

nº 89

Primer Trimestre. Año 2024



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

La aplicación del baremo de tráfico fuera del tránsito motorizado:
Análisis de la aplicación actual del sistema

La incidencia del Real Decreto Ley 6/2023 en las reclamaciones judiciales derivadas de accidentes de circulación

Responsabilidad Civil de los centros educativos en supuestos de bullying



FUNDACIÓN DE
ESTUDIOS Y PRÁCTICAS JURÍDICAS
DE GRANADA



Ilustre Colegio de
Abogados de Granada



UNIVERSIDAD
DE GRANADA

MODALIDAD
ON LINE

Máster propio RESPONSABILIDAD CIVIL 12^a Ed.



octubre 2024

● junio 2025

60 créditos
ECTS

Colaboran:



Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE GRANADA



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



nº89

Primer Trimestre. Año 2024



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

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA N° 89

EDITORIAL

El alcance de la teoría del daño desproporcionado

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

DOCTRINA

- La aplicación del baremo de tráfico fuera del tránsito motorizado: Análisis de la aplicación actual del sistema

Juan Dueñas Martínez.....11

- La incidencia del Real Decreto Ley 6/2023 en las reclamaciones judiciales derivadas de accidentes de circulación

M^a Montserrat Peña Rodríguez.....29

- Responsabilidad Civil de los centros educativos en supuestos de bullying

Miguel Ángel Crespo Pensado.....43

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^ª) de 18 de enero de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Indemnización a Renfe por la paralización del tráfico ferroviario a consecuencia del hundimiento de un túnel por la deficiente ejecución de una obra. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por las constructoras integradas en UTE, al considerar que existe relación de causalidad entre el hundimiento del túnel y los daños y perjuicios ocasionados por la paralización del tráfico ferroviario. Responsabilidad de las aseguradoras de las empresas constructoras integradas en una UTE.61

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1^ª) de 31 de enero de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Pérdida del cristalino tras impactar en el ojo de un cliente de un bar un fragmento del cristal de la puerta de entrada, roto al ser golpeado violenta e inopinadamente por otro cliente. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido por el actor contra la sentencia de la AP Álava que confirmó en apelación la desestimación de la demanda formulada contra el titular de un establecimiento de hostelería y su aseguradora en reclamación de una indemnización por los daños sufridos en el establecimiento, al considerar que no responde ex art. 1910 CC.77

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 de febrero de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Responsabilidad del distribuidor por haber puesto en circulación el producto defectuoso y no haber identificado oportunamente al fabricante. El Tribunal Supremo estima parcialmente los recursos interpuestos por la demandante, casa la sentencia recurrida en lo que concierne a la apreciación de que la demanda se interpuso extemporáneamente, al considerar que el momento relevante para el cómputo de los 10 años no es el de la puesta en circulación por la fabricante no demandada, sino el de la puesta en circulación por la distribuidora demandada.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de febrero de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción directa del art. 76 LCS formulada contra la aseguradora de la Administración sanitaria, tras haberse desestimado, por resolución administrativa firme, la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la propia Administración. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda, al considerar que la acción directa contra la aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa.111

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 19 de febrero de 2024.

RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción directa contra la aseguradora. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la demandante y casa la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda, al considerar que hubo un error en el diagnóstico de una mielitis aguda transversal (confundida con un trastorno de ansiedad con clínica conversiva) y demora en la instauración del tratamiento. Considera que se privó a la paciente de la ocasión de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a ésta, y determina que hay una pérdida de oportunidad de un 33%.123

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos

Por José María Hernández-Carrillo Fuentes.....139

PUESTA AL DÍA INTERNACIONAL

El factor idiomático en la asistencia médica internacional: el consentimiento informado como derecho fundamental del paciente.- ¿Incluye el derecho a la traducción?

Por Jorge Fuset Domingo161

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, Susana Sucunza Totoricagüena, Luis Julio Cano Herrera, José Antonio Badillo Arias, Alberto Pérez Cedillo, Fernando Talens Aguiló, Xavier Coca Verdaguer, Lutz Carlos Moratinos, Francisco José Ledesma de Taoro y Sergio García-Valle Pérez.

MIEMBROS DE HONOR DE LA ASOCIACIÓN:

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

GRAN MEDALLA DE ORO DE LA ASOCIACIÓN:

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

DISEÑO:

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

IMPRIME:

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

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



asociacionabogadosrcs.org

El alcance de la teoría del daño desproporcionado

por Javier López y García de la Serrana
Director

En responsabilidad civil la distribución de la carga de la prueba, en principio, parece estar clara, así, a la parte demandante le corresponde probar aquellos hechos en los que basa su demanda y a la parte demandada aquellos otros con los que pretende eludir su responsabilidad frente a los hechos alegados de contrario. Es el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el que establece que: *“Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición”*. Mientras que *“Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”*

Así, el incumplimiento de tales normas será tenido en cuenta en la sentencia a la hora de apreciar qué hechos han quedado acreditados y cuáles no, y ello a los efectos de poder determinar la procedencia de la acción ejercitada. Dice nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de noviembre de 2015, que: *“Las reglas de distribución de la carga de prueba solo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quien según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria. [...] El principio sobre reparto del onus probandi [carga de la prueba] no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba»*.

Pues bien, estas normas, sin embargo, pueden verse alteradas o modificadas en aplicación de algunas construcciones doctrinales o jurisprudenciales, a través de las cuales la carga probatoria se desplaza hacia una de las partes que en principio estaba exenta de su cumplimiento, y ello en aras a favorecer una mayor facilidad en la efectividad de la prueba, teniendo en cuenta las dificultades que en determinados supuestos pueden existir para el perjudicado por el daño,

en su obligación de probar todos aquellos elementos necesarios para hacer valer su acción. Es precisamente en esta idea donde encontramos el encaje de la teoría del daño desproporcionado, una figura que **Llamas Pombo**¹ consideraba que tiene su origen en el derecho alemán, de forma concreta en una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1 de abril de 1979, en la que se establecía que las partes de un proceso deben tener una «igualdad de armas» y para ello es necesario estudiar caso por caso si ésta se da, y de no ser así, procederse a sopesar la carga de la prueba. Es muy clarificadora esta definición, pues lo que sin duda alguna busca esta figura, es que las partes puedan partir de una misma posición igualitaria a la hora de acceder a los medios de prueba necesarios para hacer valer sus pretensiones, buscando por tanto que puedan solventarse los obstáculos que se dan en determinados supuestos, para conseguir que esa posición igualitaria se haga efectiva.

La teoría del daño desproporcionado, por tanto, es aplicable cuando alguna de las partes ocupa una posición procesal privilegiada, y por tanto le permite el acceso a la prueba de forma mucho más fácil y lo que pudiera ser más importante, le permite conocer de primera mano y con más rapidez cuál es la prueba que puede determinar el origen del daño e incluso sus consecuencias, teniendo en cuenta que esto último a efectos de valoración del daño puede suponer algo fundamental. En este sentido, la aplicación de la teoría del daño desproporcionado va a exigir al demandado de forma indispensable, que acredite haber actuado con toda la diligencia exigible y de conformidad a la *lex artis* que le es aplicable, o en su caso probar que el origen del daño reclamado se encuentra en la acción de un tercero totalmente ajeno e independiente del mismo, pues solo así podrá desvirtuar la presunción de culpa que se crea como consecuencia de la producción de ese daño extraordinario. Esta es realmente la causa de ser de esta teoría, la existencia de una presunción de culpa hacia el demandado que se origina como consecuencia del daño inesperado y totalmente desproporcionado, un daño que no puede ni debe ser asumido por el perjudicado y que en modo alguno podía ser esperado por el mismo.

En esta misma línea, nuestro querido miembro de honor de ésta Asociación recientemente fallecido, **De Ángel Yágüez**, indicaba² que: «Se

ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse “elíptico”, conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa. Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente».

Esta figura se identifica o explica también a través de la llamada culpa virtual, como mecanismo deductivo que liga la presunción judicial de la culpa al resultado desproporcionado. Así, nuestro Tribunal Supremo iniciaba una línea jurisprudencial en este sentido mediante la

[dicos: problemas de prueba”, Civitas 1999.](#)



¹ En su manual “La responsabilidad civil del médico”, Trivium, 1988.

² En su manual “Responsabilidad civil por actos mé-

sentencia, entre otras, de 12 de diciembre de 199,8 donde en resolución a un supuesto de negligencia médica se establecía lo siguiente: *“quedó determinado un actuar que encaja en el reproche culpabilísimo como culpa virtual, en razón a la desproporción del resultado debido a la acreditada negligencia del recurrente.”*

Veamos ahora cuáles son por tanto los requisitos para poder apreciar la existencia de esta figura y cuándo va a poder ser aplicable, y acudamos para ello a lo dispuesto por nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 19 de mayo de 2016, en la cual, en resolución también de un supuesto de negligencia médica, nos establece las siguientes premisas:

1.- Debemos estar ante la presencia de un daño que exceda de lo previsible y normal, que no guarde relación con el resultado previsible

de la intervención realizada, pues si se tratara de un daño que entra en la esfera de los riesgos inherentes a la misma no podríamos hablar de daño desproporcionado.

2.- El efecto dañoso que se haya producido no puede ser asumible por el perjudicado, en atención a lo inesperado e inexplicado del mismo, y precisamente atendiendo a su desproporción.

3.- Los anteriores elementos enunciados crean la presunción de quiebra de la lex artis por parte del demandado, presunción que sólo podrá desvirtuarse si prueba que la causa del daño se encuentra fuera de su ámbito de actuación, tratándose por tanto de un caso de fuerza mayor.

4.- La carga de la prueba sobre las circunstancias en las que se produce el daño la asume el demandado, y ello atendiendo, como veníamos diciendo a lo largo de esta editorial, en atención al principio de facilidad y proximidad probatoria.

5.- Ante la falta de prueba por parte del demandado, la imprevisibilidad del daño lo convierte en antijurídico, sin que quepa aludir al caso fortuito para excluir su responsabilidad.

También en este sentido indica el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencia de 24 de noviembre de 2016, que *“La doctrina del daño desproporcionado - STS 6 de junio 2014 - permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume.”*

Me parece muy interesante el apunte de esta sentencia, pues pone el acento en una idea fundamental en este tema, y es el hecho de que no es el resultado dañoso el elemento fundamental de esta figura, si no la imposibilidad del agente para demostrar que la causa de dicho daño es ajena a él, pues sólo ante la ausencia de dicha prueba es cuando podrá considerarse la presunción de culpa que determinará su responsabilidad.



Citemos igualmente la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de julio de 2013, donde se define al daño desproporcionado como *“aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales.”*

Como decíamos al principio, este resultado anormal es el que provoca la modificación de las normas tradicionales que regulan la distribución de la carga de la prueba entre las partes, y es el principio de facilidad probatoria el que justifica jurídicamente esta modificación sustancial en las “reglas de juego”. Dejemos citada la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012, donde con ocasión de una inseminación artificial se causan secuelas que constituyen una tetraparesia espástica; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 2021, donde tras una cirugía menor con colocación de material de osteosíntesis se causaron graves daños de carácter irreversible.

Pero es que es más, yo diría que esta modificación en la distribución de la carga probatoria es un medio para conseguir la efectividad del principio de tutela judicial efectiva y su propia satisfacción, pues se trata de facilitar el acceso a la prueba por parte de aquellos que lo ven dificultado, por ser ajenos a la propia esfera donde dicha prueba se ha producido o se encuentra depositada, y sólo facilitando ese acceso se puede conseguir que el derecho de defensa pueda hacerse efectivo para cada una de las partes que intervienen en un proceso. Pensemos por ejemplo en un incidente que se produce dentro de un quirófano y que provoca daños inesperados al paciente, es evidente que la entidad sanitaria será quien disponga de la mayor facilidad probatoria acerca de cómo tuvieron lugar los hechos causantes del daño y en qué circunstancias se produjeron, pues era su personal el que estaba dentro del quirófano en el momento de la producción del daño y es quien conoce en primera persona de los medios empleados para aquella intervención.

Además, hay algo que debemos añadir y que deberá tenerse en cuenta a estos efectos, y es que tal y como tiene establecido nuestro Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) en su sentencia de 4 de junio de 2013, la inversión de la carga probatoria en esta figura no se produce automáticamente por la sola presencia de un gravísimo resultado, sino que, además de requerir que exista nexo causal entre la producción de un resultado desproporcionado con la patología inicial del paciente y la esfera de actuación de los servicios sanitarios y que el daño producido no constituya una complicación o riesgo propios de la actuación médica, exige también que no se haya acreditado la causa de la producción de ese resultado, es decir, *“que la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable cuando el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el*



proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho “físico” de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba.”

Por último, en lo referente al alcance de la teoría del daño desproporcionado en materia de responsabilidad sanitaria, me gustaría citar ahora la recientísima sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada, de 19 de abril de 2024, que es la razón de ser de este editorial, en la que de forma amplia y detallada se entra a valorar la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, matizando cuáles son los elementos sustanciales de la misma y destacando los presupuestos que deben concurrir para proceder a su aplicación: *“La inversión de la carga probatoria no se produce automáticamente por la sola presencia de un gravísimo resultado, sino que, además de requerir que exista nexo causal entre la producción de un resultado*

desproporcionado con la patología inicial del paciente y la esfera de actuación de los servicios sanitarios y que el daño producido no constituya una complicación o riesgo propios de la actuación médica, exige también que no se haya acreditado la causa de la producción de ese resultado, es decir, que la doctrina del daño desproporcionado no es aplicable cuando el resultado puede obedecer a un riesgo o a una complicación inherente al acto médico y/o se pueden explicar los hechos a través de las pruebas practicadas en el proceso, ya que la esencia de la doctrina no está en el hecho “físico” de que el resultado sea desproporcionado a lo que se esperaba (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2013). No se trata de producción de daños graves o desorbitados, siempre que se hallen dentro de los “riesgos típicos”, ni de un resultado posible entre las opciones disponibles; no hay daño desproporcionado cuando cabe la posibilidad de que el mismo se hubiera producido en el curso ordinario de los acontecimientos; para que lo sea, se debe partir de la evidencia de que el daño se ha producido, y, tras haberse descartado todas las posibles causas que hubieran podido producirlo razonablemente, se llega a la conclusión de que es incompatible con las reglas de la lex artis y con la naturaleza del daño por su falta de relación con la actividad médica practicada.

Y es que en esta sentencia el hecho fundamental tenido en cuenta por la Sala, para estimar el recurso planteado y revocar la sentencia de instancia que rechazó la reclamación, es precisamente la falta de prueba suficiente practicada por la Administración demandada y sus peritos para justificar que su actuación fue diligente y que por tanto no existió vulneración de la *lex artis*, tal y como se recoge en la misma: *“Debe destacarse la excepcionalidad de la complicación que concluyó en el fatal desenlace, que exige que por la Administración o los peritos de la codemandada ofrecieran una explicación razonada y contundente, sin atisbo de duda, mientras que no se explica suficientemente que el resultado lesivo fuera un riesgo o complicación inherente al acto médico que se realizaba y, por tanto, imprevisible e inevitable.”*

Con todo lo anterior, aun siendo cierto que el peso de esta teoría la encontramos reflejada por nuestra jurisprudencia, de forma mayoritaria en asuntos donde el objeto de litigio versa sobre la existencia o no de una negligencia médica, me parece interesante hacernos eco aquí también, de algunos otros supuestos en los que nuestros órganos jurisdiccionales aplican el concepto de daño desproporcionado para in-



vertir las normas sobre distribución de la carga de la prueba; citemos así por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 17 de febrero de 2016, donde acude a esta figura para resolver sobre la responsabilidad en un accidente laboral: *“Este criterio jurisprudencial es seguido por la reciente Sentencia de 11 de junio de 2008 , que cita las de 14 de diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006 , y que, tras confirmar que el principio de responsabilidad subjetiva aparece consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, también a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, dice sin embargo que ello no es óbice para admitir en este ámbito de la responsabilidad civil «supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo».*

También la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 de febrero de 2009, de la que fue ponente **Roca Trías**, entró a conocer sobre la aplicación de la teoría de la agravación del riesgo, en este caso para denegarla ante el accidente ocurrido en una atracción de feria donde el recurrente buscaba la condena del Ayuntamiento organizador del evento, y ello al considerar que pese al hecho de que el resultado dañoso pudiera calificarse como inesperado y desproporcionado, no existía principio de atribución de culpa alguno con el que poder construir la presunción necesaria para estimar responsabilidad en la Administración demandada: *“La jurisprudencia de esta Sala ha venido repitiendo que “el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos. (1902 y 1903 CC), a no ser que se trate de “riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole”. Este criterio jurisprudencial es seguido por la reciente Sentencia de 11 de junio de 2008 , que cita las de 14 de*

diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006 , y que, tras confirmar que el principio de responsabilidad subjetiva aparece consagrado como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, también a la hora de apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, dice sin embargo que ello no es óbice para admitir en este ámbito de la responsabilidad civil «supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo».

Podemos concluir por tanto, que nos encontramos ante una figura que no sólo puede ser utilizada dentro del ámbito de la responsabilidad civil sanitaria, si no que sus consecuencias van a poder verse desplegadas en cualquier otro ámbito de la responsabilidad civil donde, en atención a las circunstancias del supuesto en cuestión, podamos estimar concurrentes los elementos aquí analizados y a partir de ellos pueda construirse la presunción de culpa que finalmente determinará la existencia de la responsabilidad reclamada.

Abril 2024





doctrina

La aplicación del baremo de tráfico fuera del tránsito motorizado: Análisis de la aplicación actual del sistema

Juan Dueñas Martínez

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil en la
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. EL EFECTO EXPANSIVO DEL SISTEMA DEL BAREMO DE TRÁFICO
- II. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO
- III. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
- IV. APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO
- V. APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO
- VI. APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO
- VII. TOMA DE POSTURA
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

I. EL EFECTO EXPANSIVO DEL SISTEMA DEL BAREMO DE TRÁFICO

En la actualidad, la herramienta más utilizada para el cálculo del daño corporal es el sistema de valoración del daño, introducido en el TRLRCSVM, aprobado 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 circulación¹. Tal y como establece el art. 1.4 del TRLRCSVM, el Sistema del Baremo será de obligatorio uso para la cuantificación de los daños corporales ocasionados por hechos de la circulación, prescindiendo en estos casos, del principio de la discrecionalidad judicial. Fuera de los hechos de la circulación, el tribunal valiéndose del principio de discrecionalidad podrá utilizar el sistema del baremo o no para el cálculo de los daños corporales, pudiendo acudir a este sistema como medida orientativa², una norma de soft law³. Recordemos que la Constitución Española en su art. 120.3 la obligación para los jueces y magistrados de motivar las resoluciones judiciales. De acuerdo con este precepto, los jueces deberán buscar fórmulas para fundamentar las sentencias judiciales. Es por ello, que fuera de los hechos de la circulación es muy frecuente encontrar la motivación de la valoración del daño en el sistema del Baremo de tráfico⁴.

1 Las reglas contenidas en esta Ley serán de obligatorio cumplimiento para los daños que tienen su origen en un accidente de tráfico. Aplicándose de forma orientativa en el resto de los sectores. En relación con la aplicación del Baremo de forma orientativa fuera de su ámbito obligatorio, el relevante jurista MEDINA CRESPO ha señalado: “una prueba del minimalismo pretensión al que se rinden, a través de sus abogados, la mayor parte de los perjudicados, que son incapaces de justificar, cómo es elemental y técnicamente procedente, que la indemnización que tienen que recibir ha de ser superior a la resultante de un Baremo presidido por un principio excepcional de fraccionalidad reparatoria”. MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, 22 de septiembre)*. (1ª ed.). Editorial Bosch Wolters Kluwer, L’Hospitalet de Llobregat, 2017, p. 168.

2 Según la civilista ROCA TRIAS, “tan constitucional es recurrir al Baremo como medida orientativa para reconocer indemnizaciones (STC 181/2000, de 19 de junio), como no hacerlo, o incluso utilizarla para valorar unas partidas y no otras”. ROCA TRIAS, E. & NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, (8ªed.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2020, pp. 88 y 89.

3 Esta nomenclatura inglesa ha sido utilizada de forma reciente por la autora VICENTE DOMINGO en VICENTE DOMINGO, E. “Cuestiones controvertidas sobre aplicación, valoración y prueba del Baremo a ámbitos ajenos a la circulación” en *Daño y resarcimiento*. Dirigido por Mariano José Herrador Guardia. Editorial Sepin, Madrid. 2024, pp. 684-687.

4 La aplicación del Baremo por las diferentes jurisdicciones es con carácter orientativo y no analógica. XIOLARIOS, J.A., “Reflexiones sobre la indemnización del daño

La doctrina civil mayoritaria se ha mostrado favorable a su utilización, pudiendo destacar al relevante civilista REGLERO CAMPOS⁵, quien sostuvo que la fórmula de la reparación de los daños corporales a través de las reglas del baremo de tráfico es “francamente recomendable” y “un mecanismo de valoración del daño corporal (y de los patrimoniales consecuentes) enormemente útil”⁶. Esto ha provocado que, en la actualidad, sea frecuente que los jueces y magistrados utilicen el mencionado baremo de tráfico para la valoración del daño fuera de su ámbito de aplicación obligatoria. Este hecho se ha denominado “el efecto expansivo del baremo”, pudiendo observarse como todas las Salas del Tribunal Supremo han motivado sus resoluciones aplicando este sistema. A este respecto, el civilista YZQUIERDO TOLSADA ha manifestado que este sistema de valoración del daño “está llamado a convertirse en auténtico Derecho general para la valoración de los daños derivados de la muerte y las lesiones”⁷. En cambio, otra parte de la doctrina civil se ha mostrado más crítica con la aplicación del baremo de tráfico fuera de su ámbito de aplicación obligatoria. En esta línea, ha destacado el autor MEDINA CRESPO⁸, quien ha manifestado que debido a que la aplicación del sistema de baremo de tráfico no cumple con el principio de reparación integra del daño, su aplicación sin matices fuera del

personal a partir del nuevo baremo” en *Daño, Responsabilidad y Seguro* / Mariano José Herrador Guardia (dir.). Editado por Francis Lefebvre, Madrid. 2016, p. 332. APARICIO REDONDO, M.C., “Sistema de valoración del daño corporal (LRCSVM): ámbito propio de aplicación y aplicación orientadora” en *XX Congreso Nacional. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Javier López y García de la Serrana (dir.). Editorial jurídica Sepin, Madrid 2020, pp. 143. RAMOS GONZALEZ, S., “Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños patrimoniales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida)” en *El daño moral y su cuantificación*. (2ª ed.) Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García (Dirs.) Editado por Bosch Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, pp. 120-125.

5 REGLERO CAMPOS, L.F., “Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de vehículos a motor” (Capítulo actualizado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.) en *Tratado de Responsabilidad Civil*. (5ª ed.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. 2014, p. 481.

6 REGLERO CAMPOS, L.F., “Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de vehículos a motor” ..., p. 481.

7 YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. (7ª ed.). Editorial Dykinson, Madrid. 2021, p. 681.

8 En la misma línea, VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito*. Editorial Reus, Madrid. 2022. pp. 208, 217 y 283.

sector de la circulación vulnera los derechos de las víctimas a ser reparados de forma completa⁹. Por ello, cuando este sistema se utilice fuera de su ámbito de aplicación obligatoria será necesario que se apliquen factores de corrección que permitan a las víctimas ser reparadas de forma íntegra. Fuera del tránsito motorizado la aplicación del baremo de tráfico deberá ser orientativa y no analógica, para conseguir la reparación completa de la víctima¹⁰. De esta forma, una correcta aplicación del baremo de tráfico fuera de su aplicación imperativa deberá utilizarse de forma orientativa, acudiendo a los “correctivos expansivos” y rebasando los límites cuantitativos, en aquellos casos en los que se pruebe que se sobrepasan¹¹. De igual forma, considerar el baremo de tráfico como una norma de soft law permite la aplicación retroactiva de la norma, pudiendo fuera del tránsito motorizado aplicar tablas posteriores al momento del siniestro. A este respecto, en este trabajo, definiendo que en aquellos casos en los que el baremo de tráfico se utilice fuera de su ámbito de aplicación obligatoria, las cuantías previstas en el sistema tabular supongan un mínimo; así la reclamación de los litigantes podría solicitar mayores indemnizaciones en aquellos casos en los que pueda motivar este mayor perjuicio, pero el sistema de valoración del daño supondrá un cuadro de mínimos para los jueces y tribunales, en la determinación de las indemnizaciones. La posición que defendemos en este proyecto encuentra su apoyo jurisprudencial en las recientes SSTs 217/2006 de 20 de febrero (RJ 2006\947); 323/2020 de 23 de julio (RJ 2020\5165); 582/2020 de 5 de noviembre (RJ 2020\4195); 714/2021 de 23 de septiembre (RJ 2021\317084); 953/2021 de 2 de diciembre (RJ 2021\5752); y 614/2022 de 22 de junio (RJ 2022\3430). Por otra parte, una parte de la doctrina civil ha criticado la creación de un sistema baremado, para un sector específico¹² con

sus particularidades; en lugar, de crear un Baremo para la reparación de un daño sufrido en cualquier ámbito o sector. En este sentido, la autora VICENTE DOMINGO¹³ ha sostenido que “lo correcto hubiera sido establecer por ley un sistema de valoración abstracto de baremos para los daños corporales y para los morales independientemente del origen del daño o del sector de actividad en el que éste haya sido causado”¹⁴. A este respecto, VILLALUENGA AHIJADO ha sostenido que las víctimas de los accidentes de vehículos de motor en hechos de la circulación son privilegiadas al tener una norma que sirve para motivar sus indemnizaciones, aunque sea un sistema de reparación parcial; en su obra, el autor manifiesta que debido al principio de justicia rogada y su relación con el principio de congruencia, los jueces y tribunales no otorgaran indemnizaciones superiores a las solicitadas por los litigantes¹⁵.

En los próximos epígrafes analizaremos la aplicación del baremo de tráfico, fuera de los hechos de la circulación de vehículos a motor, por los tribunales.

II. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Debido al efecto expansivo del baremo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha aplicado este sistema de valoración a otros sectores ajenos a tráfico motorizado. De esta forma, en

ciación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro N.º. 65, 2018, p. 87.

13 VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, L., BUSTO LAGO, J., *Tratado de responsabilidad civil Tomo I*; (5ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi. 2014, pp. 418 y 419.

14 En este sentido, en la doctrina laboralista se pueden ver posiciones que defienden la no aplicación a los casos de responsabilidad civil empresarial el Baremo de la Ley 35/2015. DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º 79, 2009, p. 79. Si bien, esta postura del exmagistrado fue matizada por el jurista MEDINA CRESPO. El motivo es que el principal argumento de la no aplicación del Baremo de tráfico es que esta Norma está pensada para un ámbito de responsabilidad objetiva, mientras que la responsabilidad civil empresarial es culpabilístico, pero como señala MEDINA CRESPO en el ámbito de los daños causados por vehículos de motor en los hechos de circulación el sistema baremado también se aplica cuando el responsable responde por culpa. MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico* ..., p. 165.

15 VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., p. 283.

9 En su obra MEDINA CRESPO recoge las manifestaciones cuantitativas y cualitativas de la parcialidad indemnizatoria del Baremo de la Ley 35/2015. Véase MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico* ..., pp. 169-175.

10 VICENTE DOMINGO, E. “Cuestiones controvertidas sobre aplicación, valoración y prueba del Baremo a ámbitos ajenos a la circulación” ..., pp. 688 y 689.

11 MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” en *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Dir. Javier López y García de la Serrana. Editorial Atelier, Barcelona. 2021 pp. 627.

12 En la misma línea, verse FERNANDEZ IGLESIAS, C., “La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos” en *Revista de la Aso-*

un caso de responsabilidad médico-sanitaria, la Sala Primera del Alto Tribunal ha señalado que “el denominado baremo de tráfico o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, vigente a la fecha de los hechos, es aplicable a otros sectores distintos de la circulación” [STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 84/2020 de 6 febrero (RJ 2020\445)]. Este Tribunal ha considerado que la valoración del daño a través del baremo de tráfico debe considerarse un sistema cerrado y excluyente¹⁶, no permitiendo que las cuantías del baremo fueran complementadas con otros conceptos indemnizatorios. A este respecto, en la mencionada STS 82/2020, la Sala Primera ha manifestado “la aplicación del sistema tabular debe ser íntegra y no solo en los aspectos que las partes consideren más favorables a sus intereses. Así, la Sala de lo Civil sostiene que realiza una aplicación orientativa del baremo de tráfico¹⁷, pero con tales limitaciones¹⁸ que lleva al resultado de una aplicación analógica. Siguiendo con el análisis del Fundamento Jurídico quinto de la mencionada STS 82/2020, el Tribunal determina que la aplicación orientadora del sistema de valoración se llevará a cabo con dos limitaciones, siendo la primera de ellas “la imposibilidad de alterar los términos en que el debate fue planteado, lo que exige el respeto a las circunstancias concurrentes”. La segunda de las limitaciones se refiere a los límites de la revisión en casación de las indemnizaciones¹⁹. Anteriormente esta línea jurisprudencial aparece recogida en la STS (Sección 1ª) 262/2015 de

27 mayo (RJ 2015\2628)²⁰; y de forma reciente en la SAP Madrid (Sección 8ª) 510/2022 de 23 diciembre (JUR 2023\74229)²¹. Sin embargo, en el mediático Caso Spanair, la Sala de lo Civil se ha apartado de esta regla general, tal y como veremos a continuación.

La Sentencia del “Caso Spanair”²² es un ejemplo de que el sistema de valoración del daño moral ha dejado de ser un sistema cerrado, pudiéndose aplicar factores correctores que dependan del caso concreto y del sector en que se ha ocasionado el daño²³. Esta solución ha dado origen a la denominada doctrina del desvío necesario²⁴. Este proceso judicial resuelve el accidente de avión que tuvo lugar en Madrid en el año 2008; entre los argumentos que la Sala Primera del Tribunal Supremo utiliza para aplicar los mencionados factores correctores y aumentar con ello las indemnizaciones, destaca “la frustración de la confianza en la mayor seguridad del transporte aéreo de pasajeros por la exigencia de elevados estándares de seguridad”²⁵. Esta “especial confianza”, señala el Alto Tribunal, eleva “el duelo patológico por el fallecimiento de un ser querido”. Por todo ello, en el caso que nos ocupa, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplicó el baremo de tráfico²⁶ con el incremento del 50% (como factor de corrección); además se consideraron perjudicados por el siniestro los hermanos de las víctimas²⁷, reali-

16 RAMOS GONZÁLEZ, S., “Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida)” ..., p. 120. FERNÁNDEZ IGLESIAS, C., “La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos” ..., p.76.

17 En aquellos casos fuera de su ámbito de aplicación obligatoria.

18 A este respecto, ha señalado VILLALUENGA AHIJADO que “su criterio orientativo resulta bastante inflexible” VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., p. 212.

19 Al señalar el tribunal “que es posible revisar en casación la concreta regla del baremo, que se haya inaplicado, que se haya aplicado indebidamente o que se haya aplicado de forma incorrecta; pero no podrá ser objeto de examen la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS de 14 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10433) , con cita de las de 6 de noviembre 2008, 22 de junio 2009 y 29 de mayo de 2012 y 262/2015, de 27 de mayo)”.

20 Aplicación en un caso de negligencia sanitaria.

21 Aplicación en un caso de negligencia sanitaria (tratamiento odontológico).

22 STS (Sala de lo Civil) 269/2019 de 17 mayo (RJ 2019\2710).

23 FARNÓS AMORÓS, E., “La aplicación orientativa del baremo de tráfico y sus límites: de nuevo sobre el “caso Spanair”. Comentario a la STS, 1ª, de 21 de diciembre de 2021” *En Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Num.120/2022. Editorial Civitas, SA. BIB 2022\3355. 2022, pp.17 y 18. ÁLVAREZ OLALLA, P., *Violencia de género y responsabilidad civil* ..., p.132.

24 MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” ..., pp. 704-711.

25 ÁLVAREZ OLALLA, P., *Violencia de género y responsabilidad civil*. Editorial Reus. Madrid. 2020, p. 132. APARICIO REDONDO, M.C., “Sistema de valoración del daño corporal (LRCSCVM): ámbito propio de aplicación y aplicación orientadora” ... Pág. 141. MEDINA CRESPO, M., “Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 17 de mayo de 2019” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº. 70, 2019, pp. 50-52.

26 Contenido en el RDL 8/2004.

27 Circunstancia que no aparecía prevista en el RDL

zando una aplicación orientativa del baremo de tráfico y reconociendo el daño que el fallecimiento de un hermano en un accidente de avión puede provocar. La aplicación orientativa del baremo ha sido ratificada en el resto de las piezas judiciales que han resuelto este siniestro aéreo [SSTS, 1.^a, de 19 de noviembre 624/2020 (RJ 2020\4294); de 21 de diciembre de 2021 (JUR 2022\1384); y 963/2023 de 14 junio (RJ 2023\3836)]. En la misma línea, puede verse la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a). Caso German Wings 704/2023 de 9 mayo (RJ 2023\3045) que resuelve otro caso de responsabilidad por accidente aéreo, aplicando la misma doctrina.

III. LA APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

El “efecto expansivo” del baremo de tráfico puede observarse en la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Al igual que la jurisdicción civil, la jurisdicción penal ha visto en la aplicación de baremo de tráfico un método objetivo para la valoración del daño corporal. Así, puede verse en la STS (Sala 2.^a, Sección 1.^a) 953/2021 de 2 diciembre (RJ 2021\5752)²⁸. En esta resolución, el Tribunal establece que el baremo de tráfico “ha sido tomado en la práctica judicial como parámetro orientativo cuando se trata de fijar indemnizaciones civiles en el orden penal, aunque no nos movamos en el ámbito de la circulación viaria. Se atiende a las puntuaciones de las lesiones y de las secuelas padecidas que determinan los informes médico-forenses”.

En cuanto a la aplicación del sistema de valoración del daño por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debe señalarse que, en una primera época, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo excluyó la aplicación del Baremo de la Ley de tráfico para la valoración de los delitos dolosos; por ejemplo, la STS 8 de enero de 2007 (RJ 2007\626). En cambio, en los últimos años, se ha establecido su aplicación de forma orientativa, con el fundamento de “su carácter objetivo”²⁹

8/2004, pero que, si aparece recogida en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

28 Línea jurisprudencial que ha continuado y puede verse en la reciente SAP Madrid (Sección 15.^a) 53/2023 de 30 enero (JUR 2023\87804).

29 Según establece el art. 33.5 de la Ley 35/2015: “La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él”.

y detallado” [SSTS (Sala de lo Penal) de 22 de junio de 2005 (RJ 2005\ 5157); 13 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6424); 247/2018 de 24 mayo (RJ 2018\3015); y 134/2022 de 17 febrero (RJ 2022\1297)]. De esta forma, podemos señalar dos líneas jurisprudenciales diferentes; de un lado, una línea jurisprudencial que en términos similares a los observados en la Sala Primera del Tribunal Supremo realiza una aplicación del baremo de tráfico orientativa inflexible³⁰, siendo esta interpretación contraria al principio de reparación completa del daño³¹ e injusta para la víctima. Frente a esta posición, podemos observar una línea jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, según la cual, cuando se trata de delitos dolosos el baremo de tráfico sirve para tener un cálculo del valor mínimo de los daños sufridos por la víctima. Esta doctrina jurisprudencial puede verse en las SSTS 796/2005 de 22 junio (RJ 2005\5157) o 863/2006 de 13 septiembre (RJ 2006\6424). En esta última resolución, la Sala Segunda ha señalado que “es claro que no es aplicable a los delitos dolosos la normativa existente acerca de la determinación de las cuantías pertinentes en caso de lesiones causadas con motivo de la circulación de vehículos de motor, aunque de esas normas resulten unos mínimos que deben ser atendidos, salvo motivación suficiente en contrario, como orientativos”. Esta línea jurisprudencial, puede verse en la STS núm. 247/2018 de 24 mayo (RJ 2018\3015). Según la Sala Segunda del Alto Tribunal, “partiendo del contenido propio y detallado de los informes forenses de sanidad antes reseñados, y de la aplicación orientativa del Baremo contenido en el Anexo de la LRCSCVM (con valoración del punto por separado entre secuelas fisiológicas y perjuicio estético), y con el lógico incremento porcentual de las cantidades resultantes en atención al mayor dolor moral producido por el hecho de haber sufrido lesiones de carácter doloso, y además de una persona con la que ha mantenido durante 14 años una relación sentimental análo-

30 A este respecto, podemos observar la crítica que realiza VILLALUENGA AHIJADO, quien sostiene que la interpretación orientativa inflexible se asimila a una aplicación analógica, contraria a la reparación completa del daño. En su obra el autor llega a defender que mientras que la doctrina jurisprudencial no cambie en su interpretación orientativa inflexible del baremo, el reclamante debería motivar su pretensión indemnizatoria sin utilizar para ello el baremo de tráfico. VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., p. 218.

31 MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” ..., pp. 683-693. Este autor defiende la interpretación flexible del baremo de tráfico fuera de su ámbito, señalando que la aplicación orientativa debe llevar a que el sistema de valoración cumpla con el principio de reparación completa del daño.

ga a la conyugal; lo que se cifra en un 30% conforme al *usus fori provincial*". Esta línea jurisprudencial ha continuado y podemos observarla en la reciente STS 508/2023 de 28 junio (RJ 2023\3540), en la que la Sala de lo Penal aplica el baremo de tráfico de forma orientativa en un caso de homicidio.

En los supuestos de especial gravedad, la Sala 2ª del Alto Tribunal ha considerado escasas las cantidades que le corresponderían a los perjudicados aplicando el baremo, incluso de forma orientativa. Véase en este sentido, la STS (Sala de lo Penal) 47/2007 de 8 enero (RJ 2007\626), siendo este un supuesto de especial gravedad, al producirse un asalto a un vehículo en el que se encontraba una pareja. El sujeto activo asesinó al hombre y la mujer fue secuestrada y agredida sexualmente. En este caso, según la Sala Segunda del Tribunal Supremo, "sin necesidad de seguir estas pautas, es evidente que existen las bases necesarias para hacer un cálculo más razonable y ajustado a la naturaleza de los hechos. A todas luces, la indemnización es absolutamente precaria y dudosamente razonada, ya que la sentencia se refugia en el cómodo cuadro de cálculos del seguro y despreja la gravedad del resultado dolosamente causado"³². Esta línea jurisprudencial³³ ha conti-

32 Línea jurisprudencial que puede verse en la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) 39/2019 de 14 marzo (ARP 2019\1122).

33 La STS de 8 de enero de 2007 contiene un voto particular del magistrado Maza Martín, según este jurista, "Es claro que de la forma dolosa o culposa de actuar no se deriva una diferenciación del resultado lesivo o de las secuelas causadas por la conducta, por lo que el perjuicio indemnizable puede ser idéntico en uno y otro caso. De manera que en esta materia es posible partir de una consideración inicial en la que se otorgue una valoración similar para los

perjuicios sufridos a causa de lesiones y secuelas por las víctimas de delitos dolosos y culposos, de forma que las primeras no resulten injustificadamente de peor condición que las segundas en el aspecto que tratamos. Ello no significa que las previsiones del referido sistema deban ser consideradas como un mínimo necesariamente aplicable de modo automático a los perjuicios causados por delitos dolosos, pero sí implica que el Tribunal debe explicar suficientemente en la sentencia las razones que ha tenido, en el caso concreto, para no atender a los criterios objetivos introducidos por la norma.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Tribunal dispone de unos criterios objetivos establecidos por el legislador, que son útiles, con carácter orientativo, como base para determinar la cuantía de la indemnización por perjuicios personales derivados de delitos dolosos, es exigible que razone expresamente en la sentencia su decisión de separarse de los mismos.

Es por esto que aquella consideración inicial puede resultar modificada en cada caso en atención a las circunstancias que concurren, las cuales debe tener en cuenta el Tribunal al establecer razonadamente en la sentencia las bases de las que resulta la cuantía de la indemnización. Pues, como decíamos en la STS núm. 130/2000 de 10 de abril (RJ 2000, 3439), "el baremo en cuestión, sin suponer una inflexible limitación en la valoración de los perjuicios, brinda cuando menos criterios objetivos, y generales para todos, introduciendo claridad, precisión y certeza. Por ello su observancia no precisa de una expresa justificación, exigible por el contrario cuando el Tribunal decide separarse de las valoraciones normadas"³⁴.

Este voto particular encuentra su apoyo en una parte de la doctrina, pudiendo destacar la argumentación del autor VILLALUENGA AHIJADO, quien ha defendido "que a igual daño debe concederse igual indemnización. Resulta difícil imaginar que una cantidad a tanto alzado, fijada subjetivamente, pueda ser considerada más justa o equivalente al daño sufrido que una cantidad obtenida tras la aplicación de unas bases valorativas legalmente establecidas". VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito ...*, pp. 271 y 272. A este respecto, la posición defendida en este proyecto, en especial referencia a los daños derivados de los delitos contra los derechos de los trabajadores, difiere de esta argumentación, sosteniendo que hay medios para cuantificar el daño sin necesidad de utilizar el baremo de tráfico, consiguiendo una indemnización más acorde a la re-



nuado y pueden verse otros casos en los que la Sala Segunda no aplica el baremo de tráfico por las condiciones del caso. En este sentido, puede verse las SSTs 126/2013 de 20 de febrero (RJ 2013\2025); 222/2017 de 29 de marzo (RJ 2017\1654); 741/2018 de 7 de febrero (RJ 2019\436). Otro ejemplo, con un resultado similar al anterior, es el Caso Madrid Arena, resuelto por la Sala de lo Penal en la Sentencia 805/2017 de 11 diciembre (RJ 2017\6237). En este supuesto, la Sala 2ª del Alto Tribunal vuelve a separarse de las cantidades del mencionado Baremo, considerándolo una herramienta orientativa y cuyas cantidades se deben tener como mínimos³⁴.

En los últimos años, una gran parte de la doctrina ha sostenido la aplicación orientativa del baremo de tráfico para el cálculo de los daños corporales, fuera de su ámbito de aplicación obligatoria, pero pudiendo aplicar los factores correctores, en aquellos casos en los que la víctima acredite mayores perjuicios. A este respecto, la autora ALVAREZ OLALLA³⁵ ha señalado que “lo procedente es indemnizar con mayor cuantía el daño moral derivado de la conducta dolosa cuando el hecho de haber sufrido el daño como consecuencia de la voluntad intencionada del agresor haya causado un mayor sufrimiento a la víctima”. En este sentido, pueden verse a otros autores como el penalista HORTAL IBARRA³⁶, quien ha señalado que “la

distinta valoración que merecen los daños no patrimoniales imputados dolosamente frente a aquellos que sólo lo son a título de mera culpa levisima carente de significación penal”. Por su parte, la mencionada autora ALVAREZ OLALLA³⁷ ha señalado que cuando se produce un daño corporal fruto de un delito doloso, deben repararse también los daños indirectos que se deriven de la acción; en este sentido, esta autora ha señalado que “podría pues defenderse el incremento de un porcentaje a aplicar sobre la cantidad resultante del cálculo según baremo, en una horquilla que pudiera oscilar entre 10 y un 30%. Tal incremento debería aplicarse solo a los perjuicios personales básicos y no al perjuicio personal particular ni al patrimonial”. En la misma línea, puede verse la tesis del jurista MEDINA CRESPO. En su obra, al analizar el nuevo Baremo aprobado por la Ley 35/2015, este autor ha manifestado que el importe en concepto de perjuicios personales debe incrementarse en al menos un 20%³⁸ de las cantidades previstas en el sistema previsto en la Ley 35/2015. El propio autor puntualiza que este incremento debe afectar a las partidas personales, excluyendo, por tanto, los daños patrimoniales; MEDINA CRESPO añade que el plus indemnizatorio no debe justificarse en el aspecto volitivo de la acción, dado que la punición a las acciones delictivas recae en el derecho sancionador, siendo el Derecho civil ajeno a la potestad punitiva; así el incremento indemnizatorio tendrá su justificación el mayor perjuicio padecido por la víctima³⁹. Además, añade este relevante autor que en los casos en los que se ha producido un daño corporal doloso, debe realizarse un estudio del caso concreto, debiendo aumentarse

paración íntegra de la víctima.

34 Expuso la mencionada STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 805/2017 de 11 diciembre (RJ 2017\6237): “La fijación de los baremos en el caso de responsabilidades civiles derivadas de hechos que deberían estar cubiertos por la garantía de un seguro responde, no a criterios objetivos o de justicia, sino a cálculos matemáticos obtenidos a partir de un estudio de posibilidades entre la cobertura técnica en función del mercado, las ramas de explotación y las reservas matemáticas que hay que contemplar para que el sistema pueda subsistir sin riesgos inasumibles para los fondos de cobertura; que la fluctuación al alza o a la baja no responde a criterios equitativos sino a factores como el alza o la baja de la siniestralidad e incluso a ponderaciones mercantiles de cuotas de mercado; que la indemnización baremada no es sino la permisible para el sistema; y que en el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad si se trasvasara sin más el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro ya que los criterios de determinación son radicalmente diferentes (SSTS 47/2007, de 8 de enero (RJ 2007, 626); 126/2013, de 20 de febrero (RJ 2013, 2025); 222/2017, de 29 de marzo (RJ 2017, 1654)); y 580/2017, de 19 de julio (RJ 2017, 3859)”.

35 ALVAREZ OLALLA, P., *Violencia de género y responsabilidad civil* ..., p. 134. En la misma línea, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “La dignidad de las víctimas de delitos” ..., p. 13.

36 HORTAL IBARRA, J.C. “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo” *Revista para el análisis del Derecho*. Indret.

Barcelona. Octubre de 2014, p. 7.

37 ALVAREZ OLALLA, P., *Violencia de género y responsabilidad civil* ..., p.135.

38 A esta tesis llega MEDINA CRESPO manifestando que las cantidades que establece el Baremo para reparar el “perjuicio fisiológico básico permanente” son “irrisorias”. A este respecto, este relevante autor señala lo siguiente:

“El Baremo de 1995 supuso un descenso del orden del 30% respecto de las indemnizaciones que antes se establecían bajo el estatuto de la pura judicialidad valorativa. El nuevo Baremo supone, a su vez, según se ha dicho desde el sector asegurador, un incremento del 16´5%, sobre las cantidades que se venían estableciendo en 2015 con la aplicación del Baremo derogado”. MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico* ..., pp. 217 y 218.

39 MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” en *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Dir. Javier López y García De La Serrana, Editorial Atelier, Barcelona. 2021, p. 713.

entre un 10 y un 200%⁴⁰. Esta tesis es compartida por VILLALUENGA AHIJADO, quien añade la necesaria modificación del método de actualización de las cantidades del baremo de tráfico. En la actualidad la actualización de las cuantías del baremo de tráfico se realiza de acuerdo al índice de revalorización de las pensiones y no de acuerdo con el IPC, tal y como defiende el mencionado autor y como ha recomendado la Comisión de seguimiento del sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación⁴¹.

Siguiendo esta línea doctrinal, podemos observar en la jurisprudencia menor, cómo los tribunales han aplicado los factores de corrección incrementando las cantidades del baremo en los casos de daños causados por delitos dolosos. En esta línea, se produjo el Acuerdo de la Junta de Magistrados de las Secciones Civiles y Penales de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha de 29 de mayo de 2008 (2009\44689); esta resolución estableció, “en el supuesto de lesiones, cuando no se justifique el importe de los ingresos netos por trabajo de la víctima en edad laboral, debe aplicarse el 10% de incremento, salvo que concurren circunstancias excepcionales”. Las circunstancias excepcionales dejarían la puerta abierta a un mayor incremento en caso de conductas dolosas. El incremento de las cantidades recogidas en el baremo para la valoración del daño ha sido una solución acogida por la jurisprudencia penal menor, con el objetivo de cumplir con el principio de reparación completa del daño. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona ha admitido incrementar las cuantías previstas en el baremo de tráfico en un 75 % [SAP Barcelona (Sección Tribunal Jurado) 14/2020 de 20 abril. JUR 2020\135851]. En esta resolución, el Tribunal resuelve un caso de asesinato, concurriendo cir-

cunstancias que pueden considerarse perjudiciales para los allegados de la víctima fallecida; así de los hechos probados observamos la intención de causar un dolor a la víctima a la que golpearon hasta fallecer, no contando con medios para poder defenderse ante tres personas armadas. Los reclamantes solicitaron un incremento de un 75% en la valoración del perjuicio básico, de acuerdo con la previsión del baremo de tráfico, siendo aceptada la petición por la Audiencia Provincial de Barcelona. Esta línea doctrinal puede verse aplicada por otras Audiencias Provinciales (Asturias⁴², Cádiz⁴³, Granada⁴⁴ o Islas Baleares⁴⁵) que en casos similares

42 SAP Asturias (Sección 3ª) 45/2021 de 15 febrero (JUR 2021\129493): Caso de asesinato.

43 SAP Cádiz (Sección 6ª, Ceuta) 83/2020 de 22 octubre (ARP 2021\11): Caso de asesinato con agravante de parentesco. En este caso, una mujer asesina a su marido, quedando los tres hijos que tenían en común privados de la patria potestad. El Tribunal señala que debe incrementarse en 50% las cantidades previstas en el baremo de tráfico, como un plus de aflicción.

44 SAP Granada (Sección 2ª) 324/2019 de 27 agosto (JUR 2020\20875). Este caso comienza con el contacto a través de medios telemáticos del sujeto activo con la víctima, a través de la red social Facebook, en aquel momento el reo tenía 26 años y la menor 14 años; a pesar de esta diferencia de edad, las partes tuvieron una relación sentimental en la que la menor le enviaba contenido pornográfico al reo y en la que mantenían relaciones sexuales completas, circunstancia que fue conocida por la madre de la menor quien denunció esta circunstancia. A pesar, de que el hecho estaba siendo seguido en un proceso penal por la tipicidad de las relaciones sexuales entre el sujeto activo y la menor, ambos decidieron continuar con la relación sentimental, hasta que la menor decidió poner fin a la misma debido al actitud celosa y excesivamente controladora del delincuente. El reo no aceptó la decisión de la menor y un día en el que volvieron a verse la llevó a la fuerza a una casa en obras, donde le agredió sexualmente e intentó acabar con su vida, apuñalando a la joven, hasta 26 veces, sin que la menor tuviera posibilidades de defenderse. Acto seguido dejó a la víctima en el suelo de la casa en “estado agonizante”. A la mañana siguiente la menor fue encontrada por unos hombres que escucharon sus gritos de auxilio. A consecuencia de los hechos la víctima sufre daños de diversa índole, pudiendo identificar daños corporales a consecuencia de las puñaladas y del perjuicio psicofísico y además un perjuicio moral por el daño a su dignidad. Dadas las peculiaridades del caso y la especial gravedad de los hechos probados, la Audiencia Provincial de Granada admite aplicar el baremo de tráfico aplicando un factor de corrección e incrementando las cuantías en un 50%, cuantificando el Tribunal la indemnización en 836.444,67 euros, consiguiendo una reparación íntegra y vertebrada del daño sufrido.

45 SAP Islas Baleares 43/2018 (Sección 1ª) 43/2018 de 4 mayo (JUR 2018\189269), confirmada por el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 103/2019 de 10 enero (JUR 2019\46357). En este caso, el Tribunal admite incrementar las cantidades del baremo de tráfico en un 50% en un caso de delitos de lesiones y tentativa de homicidio. El juez penal en la resolución sostiene que el aumento del 50% en los casos en los que el delito generó un especial perjuicio moral a la víctima, señalando en la sen-

40 MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico ...*, p. 170. MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” ..., p. 713.

A este respecto, el autor matiza que en los supuestos ordinarios el incremento de las cantidades personales debe ser del 20%, MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” ..., p. 726.

41 Según el art. 8.1.15 Actualización de acuerdo con el IPC: “El art. 49.1 LRCSCVM establece que la actualización automática que se produce cada 1 de enero de cada año se lleva a cabo «en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado». La CS recomienda que se sustituya dicho índice en este artículo y en los demás artículos concordantes, como el 42.1 LRCSCVM, por el IPC”. Este precepto puede encontrarse en el *Informe razonado previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015*. Emitido por la Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración de Daño Corporal de la Ley 35/2015.

admitieron incrementos del 50%, los mencionados tribunales justifican el incremento, en el mayor daño moral que las conductas dolosas llevadas a cabo por los delincuentes provocan en la víctima y los perjudicados. En este sentido, VILLALUENGA AHIJADO⁴⁶ ha sostenido que los tribunales penales han aplicado estos incrementos porcentuales, para resarcir “circunstancias singulares” que no son recogidas en el baremo de tráfico, asimilando el mencionado autor esta práctica jurisprudencial con los denominados “perjuicios excepcionales” que el legislador ha previsto en el art. 33.5 Ley 35/2015. Por su parte, RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE⁴⁷ ha reclamado al Tribunal Supremo que unifique doctrina en la materia, con el objetivo de aportar seguridad jurídica a todas las partes del proceso judicial. Analizando la SAP Baleares 43/2018 (Sección 1ª) de 4 mayo (JUR 2018\189269), confirmada por el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1ª) núm. 103/2019 de 10 enero (JUR 2019\46357), observamos que son los propios reclamantes quienes no solicitan el incremento del 50% que admite la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, privando al perjudicado de la reparación completa al no poder el Tribunal determinar una indemnización superior a la solicitada de acuerdo con el principio de justicia rogada que tiene la acción civil en el proceso penal. Otra resolución, en la que observamos esta aplicación del baremo de forma orientativa es la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 289/2019 de 31 mayo (RJ 2019\3099), en esta resolución la Sala Segunda admite la posibilidad de incrementar las indemnizaciones previstas en el baremo de tráfico entre un 20% y un 50% “en los casos de delitos dolosos, máxime en supuestos especialmente traumáticos y violentos, como el aquí enjuiciado”. En este supuesto, el reo comete un delito de homicidio consumado y otro en grado de tentativa⁴⁸.

tencia que el mencionado aumento es una práctica habitual en el territorio. En este caso, al ser la cantidad solicitada por la reclamante inferior a la cantidad resultante de incrementar el sistema de valoración del baremo de tráfico y de acuerdo con el principio de justicia rogada que debe cumplir la acción civil en el proceso penal, el Tribunal concede la indemnización solicitada y no la que obtendría en caso de aplicar el factor de corrección del 50% sobre las cantidades del baremo de tráfico.

46 VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., pp-291 y 292.

47 RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., “La determinación del quantum en la responsabilidad civil por delitos dolosos”. En *Revista Aranzadi Doctrinal* num.6/2011. (BIB 2011\1469), pp. 1-6. En la misma línea, VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., p. 292.

48 De acuerdo con los hechos probados el delincuente fue expulsado de una discoteca, revolviéndose contra los

IV. APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como es sabido, las controversias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración son competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, cuyo órgano judicial de mayor importancia es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Ante estos tribunales recaerán, entre otras, aquellas cuestiones en las que un trabajador de la Administración ha padecido un accidente laboral o una enfermedad profesional.

En la Ley 40/2015, el legislador ha determinado el carácter orientativo del baremo de tráfico, al disponer que “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” (artículo 34.2 segundo inciso). De esta forma, en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, es común la aplicación del baremo de tráfico de forma orientativa⁴⁹; si bien, el legislador parece establecer una aplicación orientativa y no una aplicación analógica (art. 34.2) del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, debiendo tenerse en cuenta los factores que puedan afectar en cada supuesto. A este respecto, en esta jurisdicción observamos una mayor discrecionalidad por parte de los jueces y tribunales en la aplicación del baremo de tráfico para el cálculo del monto indemnizatorio. En este sentido, la doctrina civil ha manifestado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo admite la aplicación del baremo de tráfico “a medias”⁵⁰, señalado este Tribunal que los baremos “tienen una función orientativa y no vinculante”⁵¹.

empleados de seguridad portando un cuchillo en actitud amenazante, motivo por el que los empleados de seguridad de la discoteca tuvieron que desarmarle. Unas horas después el reo volvió armado con una pistola y disparó 12 veces, hiriendo a dos de los empleados de seguridad, uno de ellos falleció y otro sufrió graves lesiones en el ojo.

49 DOMENECH PASCUAL, G., “La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas” en GOMEZ POMAR, F., & MARTIN GARCIA, I., (Dirs.) *El daño moral y su cuantificación*. (2ªed.) Editorial Wolters Kluwer Bosch, Barcelona. 2017, pp. 518 y ss.

50 FERNÁNDEZ IGLESIAS, C., “La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos” ..., p.81. VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., p. 213.

51 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec-

De esta forma, la Sala Tercera realiza una verdadera aplicación orientativa, utilizando el sistema en aquellos supuestos análogos para otorgar seguridad jurídica al proceso indemnizatorio, pero teniendo la potestad discrecionalidad suficiente para apartarse del baremo en aquellos casos en los que los jueces y tribunales motiven una forma óptima para calcular el montante indemnizatorio. A este respecto, destaca la STS (Sala Tercera, Sección 4ª) de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013\582)⁵². En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo no aplica el sistema de valoración propio del tránsito motorizado, en un caso de negligencia sanitaria, debido a que al paciente no se le realizaron las pruebas oportunas para diagnosticar su cáncer, lo que hubiera supuesto darle a la víctima un 25% más de posibilidades de supervivencia; así, la Sala determina que el sistema tabular del baremo de tráfico daría como resultado una indemnización insuficiente, señalando el Tribunal que la aplicación del mencionado sistema de valoración del daño no debe excluir “la necesidad de valorar todas las circunstancias que concurren en cada caso para lograr la total in-

demnidad del daño ocasionado”⁵³. De forma reciente, la Sala Contencioso-Administrativo ha discutido la valoración del daño corporal en un caso de enfermedad profesional de un trabajador de la Administración [STS (Sala 3ª, Sección 5ª) 137/2023 de 6 febrero (JUR 2023\65820)]. En esta resolución, el Tribunal estudia la responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso en el que se prueba que la víctima, fallecido en el momento de la sentencia, tuvo una enfermedad profesional a consecuencia de su exposición al amianto, mientras ejerció sus funciones como *Subteniente del Cuerpo de Especialistas de la Armada*. En el procedimiento judicial los familiares de la víctima probaron que el trabajador inhaló fibras de amianto durante su servicio en la Armada, retirándose del servicio en 1996 y teniendo los primeros problemas relacionados con el amianto en el año 2011. Como es conocido, los perjuicios derivados de la exposición a las fibras del amianto suelen dar origen a un daño diferido, teniendo estos menoscabos una exposición muy posterior a la exposición de la víctima. En la reciente STS 137/2023 de 6 de febrero, la Sala Tercera establece que la aplicación del baremo de tráfico tendrá un alcance orientativo, debiendo omitirse su aplicación en aquellos casos en los que su aplicación resulte desproporcionada, como ocurre en el caso que resuelve. La mencionada resolución sigue la línea jurisprudencia de la Sala que puede verse en las SSTs 22 septiembre 2010 (RJ 2010\6717); 1806/2020 de 21 diciembre (RJ 2020\5615); y 92/2021 de 28 enero (RJ 2021\563).

ción 6ª) de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005\490). En este caso, el Tribunal aplica el baremo al entender que valora casos análogos al perjuicio padecido, en un caso en el que se prueba que ha existido un defectuoso funcionamiento del servicio público educativo.

52 En la misma línea, puede verse la STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 18 de septiembre de 2009 (RJ 2009\7303), en un caso de un siniestro de una aeronave militar contra una vivienda que acaba con la vida de la mujer y la hija de nueve meses del perjudicado. El Tribunal determina que la indemnización (16.424,55€), que recogía el baremo de tráfico en estos casos, no repararía de forma completa el daño psicológico generado en el perjudicado, otorgándole una indemnización de 80.000€, bajo la siguiente argumentación:

“El baremo tiene un simple valor referencial u orientativo que requiere su adaptación al caso concreto. Previsto para determinar la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación de vehículos a motor, mal cabe su aplicación o al menos sin correcciones al caso de autos, en el extremo relativo a la indemnización de las secuelas del recurrente. No se puede dejar de valorar que el fatal desenlace se produce cuando la esposa e hija del recurrente se encontraban en el domicilio familiar y que el siniestro es contemplado por este cuando estaba trabajando en el campo, quien al acudir de inmediato a comprobar lo ocurrido se encuentra con su casa en parte derrumbada y en parte ardiendo, sin señales de su mujer y de su hija. Y es que las circunstancias con las que se presentan los acontecimientos se revelan como especialmente trágicas, espeluznantes, conmovedoras, y por ello acreedoras de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos y en atención a las responsabilidades de las compañías aseguradoras contratantes de seguros de vehículos a motor”. A este respecto, la Sala 3ª valora que las especiales circunstancias “trágicas, espeluznantes y conmovedoras” para otorgar una mayor indemnización al perjudicado.

V. APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

En el caso de los daños corporales sufridos por los trabajadores, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social estableció la aprobación de “un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo”. En la actualidad, y a pesar de esta disposición, no contamos con ningún baremo específico para el sector laboral. Por ello, de forma orientativa en este sector, se sigue utilizando el Baremo previsto en la Ley

53 De esta forma, la Sala Tercera del Tribunal Supremo valora las especiales circunstancias de la víctima como es su edad (50 años) y el hecho de que tuviera un menor a su cargo.

35/2015 para motivar las indemnizaciones por daño corporal; a pesar de las críticas de parte de la doctrina laboralista⁵⁴.

Debido a las especiales connotaciones de las relaciones laborales, el hecho de aprobar un sistema baremado, en este sector, resultaría muy interesante por las diferencias que podrían producirse en el cálculo de determinados daños, en comparación con el Baremo de la Ley 35/2015. Si bien, como acertadamente ha señalado VILLALUENGA AHIJADO⁵⁵, “los baremos no son ninguna panacea, ni la única solución posible”, debemos manifestar que aportan seguridad jurídica y certidumbre a las partes litigantes. El principal motivo de estas diferencias se debería al acuerdo al que llegarían los diferentes agentes sociales presentes en esta relación especial y que son diferentes al sector de los accidentes de tráfico. Otra de las diferencias entre uno y otro sector es la institución del seguro, cuya importancia en los accidentes de tráfico es mayor debido a la obligatoriedad de la contratación por parte del propietario de vehículo a motor de una póliza que asegure los daños a terceros⁵⁶; mientras, en el caso del ámbito laboral, en la mayoría de los casos la contratación de un seguro es voluntaria. Además, debe tenerse en cuenta que un sistema baremado puede reportar grandes beneficios para la reparación del daño, siempre que como apunta LLAMAS POMBO, el modelo tabular cumpla con el principio de reparación completa⁵⁷. Si bien, en la

doctrina iuslaboralista hay posiciones contrarias al uso de los sistemas baremados⁵⁸.

De acuerdo con la Disposición Final 5ª de la LRJS, el legislador establecería un sistema de valoración del daño específico del sector “para la compensación objetiva” de los posibles perjuicios causados, mientras no se justifiquen daños superiores. En este sentido, MEDINA CRESPO ha manifestado que la expresión “compensación objetiva” debe interpretarse como las cantidades indemnizatorias mínimas que puede obtener la víctima, pero dejando abierta la posibilidad de que, en el caso de probarse daños mayores, estos puedan reclamarse, cumpliendo con el principio de reparación íntegra del daño.

El espíritu de la Disposición Final 5ª puede verse en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (2018) de forma parcial, en concreto, en su art. 5192-12⁵⁹. Esta propuesta señala la posibilidad de tener sistemas baremados para sectores específicos, que objetiven la indemnización; si bien esta Propuesta reconoce la posibilidad de que una ley especial limite las indemnizaciones⁶⁰.

La Jurisdicción Social, en su objetivo de motivar las resoluciones judiciales, ha aplicado el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes

54 EL exmagistrado DESDENTADO BONETE ha manifestado, en primer lugar, el Baremo de tráfico está concebido para ser aplicado en un régimen de responsabilidad objetiva; en segundo lugar, este prestigioso jurista señala la necesidad de mejorar los perjuicios personales para cumplir el principio de reparación completa. DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo ...”, p. 79. En esta línea, LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J., & MARCOS GONZALEZ, J., L., “El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. Nº. 393, 2015, pp. 75 y 76. A este respecto, MEDINA CRESPO ha criticado que el Baremo recogido en la Ley 35/2015 no persigue la reparación completa del daño, manifestando que la aplicación del mencionado sistema de valoración en actividades ajenas a la circulación de vehículos a motor, para cumplir con la reparación íntegra del daño debe aumentar sus cuantías indemnizatorias que cubran los perjuicios personales, en al menos un 20%. MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico ...*, p. 170.

55 VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito ...*, pp. 191 y 192.

56 LRCSCVM.

57 LLAMAS POMBO, E., “Presupuestos y límites de la reparación del daño” ..., p. 520.

58 En concreto, en el ámbito de la reparación de los derechos fundamentales, la autora BALLESTER PASTOR ha señalado que “el propio principio de seguridad jurídica ha ido consolidando en todos los sistemas jurídicos un marco indemnizatorio que, a fuerza de baremos y de aplicaciones matemáticas, no sólo ha menguado las indemnizaciones a mínimos, sino que también las ha hecho totalmente previsibles”. En este sentido, la autora sostiene que la incertidumbre en las posibles indemnizaciones favorece la prevención de futuros actos contrarios a los derechos fundamentales. BALLESTER PASTOR, M.A., “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”. En *Revista de derecho social*, núm. 69. 2015, pp. 42 y 43.

59 Según el art. 5192-12: “La existencia de un baremo indemnizatorio para valorar ciertos daños dentro de un ámbito o sector de actividad permite considerar acreditado el mismo valor que allí se establece para los daños que se producen en cualquier otro sector de actividad. Salvo si una ley especial establece lo contrario, el perjudicado puede acreditar que ha padecido un daño de cuantía superior a la fijada en el baremo”.

60 Es sorprendente que una regulación tan ambiciosa como la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil publicada en el año 2018, proclame el principio de reparación íntegra del daño en su art. 5192-3.1, para después admitir la reparación parcial de los sistemas baremados en su art. 5192-12. MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico ...*, p. 228.

de circulación, recogido en la Ley 35/2015⁶¹. De las diferentes cuestiones que nos podemos plantear en el estudio del uso del Baremo de tráfico de forma orientativa para resolver los casos de responsabilidad civil empresarial, por accidente laboral; la primera que debe resolverse es qué Baremo se debe aplicar a un accidente de trabajo que ha ocurrido durante la vigencia del antiguo Baremo de circulación, pero cuya resolución se ha producido tras la entrada en vigor de la Ley 35/2015 (1 de enero de 2.016). Para buscar una respuesta debemos acudir a la disposición transitoria de la Ley 35/2015. En este sentido, el jurista GONZÁLEZ CALVET⁶² ha expuesto que se debe aplicar el nuevo baremo

pese a que en el caso que analiza el autor en su trabajo, en la Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Bilbao 379/2017, de 5 de diciembre, se apliquen las tablas del antiguo baremo. El motivo parece ser que la parte actora fundamentó su demanda en el antiguo baremo menos favorable para la víctima. Esta tesis no ha sido compartida por toda la doctrina laboralista. De un lado, podemos señalar a PALOMO BALDA⁶³, quien ha defendido que el nuevo baremo debe ser solo aplicado a accidentes laborales posteriores a enero de 2016, esta tesis se apoya en la Disposición Transitoria de la Ley 35/2015:

“Disposición transitoria. Aplicación temporal del sistema.

1. El sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que establece esta Ley se aplicará únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor.

2. Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la en-

61 SÁNCHEZ REYES, M.M., “La suerte del baremo civil de daños viales en el orden social: descifrando el enigma de los perjuicios excepcionales. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de Canarias 155/2019 de 19 de febrero”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 443, CEF, 2020, p. 152. CONDE MARÍN, E., “La responsabilidad del empresario en materia de riesgos profesionales en la actualidad (I)”. En *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*. Dir. Pilar Álvarez Olalla. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. 2022, pp. 954 y 955.

62 GONZALEZ CALVET, J.: “Responsabilidad civil del empresario en accidente “in itinere”. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Bilbao 379/2017, de 5 de diciembre” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos* Nº. 421, 2018, pp. 118-123.

63 PALOMO BALDA, E.: *Cálculo de indemnización por accidente de trabajo según el nuevo Baremo*. Ed. Francis Lebre-EI Derecho, Madrid, 2016, pp. 31 y 32.



trada en vigor de esta Ley subsistirá y será de aplicación el sistema recogido en el Anexo y en el Anejo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre”.

Frente a esta tesis, podemos destacar a otros autores como MEDINA CRESPO⁶⁴, VILLALUENGA AHIJADO⁶⁵, GONZALEZ CALVET⁶⁶, LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA & MARCOS GONZALEZ⁶⁷ que defienden que dado el carácter orientativo con el que se debe aplicar el Baremo a los accidentes ajenos a los hechos de la circulación, si después del accidente se ha aprobado un sistema baremado que es más próximo a la reparación íntegra del daño, lo normal es usarlo. Así lo ha entendido también la Sala 4ª del Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\1656). En esta resolución, la Sala de lo Social del Alto Tribunal afirmó que **«el «Baremo» se aplica en esta jurisdicción con carácter orientador, para facilitar la vertebración y motivación de la cuantificación de la indemnización que debe perseguir la íntegra reparación del daño.** Al usarse con carácter orientador, el juez de lo social puede usar uno u otro “Baremo”, apartarse de las normas de este y moverse con libertad de criterio dentro de los márgenes que conceda, siempre que justifique las razones de su decisión final, cual aquí se hace»⁶⁸.

64 MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de Tráfico* ..., p. 67.

65 VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., pp. 210 y 211.

66 GONZALEZ CALVET, J.: *Las indemnizaciones por accidente de trabajo en base al nuevo baremo de tráfico* ..., pp. 197 y 198

67 LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. y MARCOS GONZALEZ, J.I.: “El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral” ... p. 95.

68 En la misma línea, se ha posicionado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo [STS (Sala de lo Penal) 782/2017 de 30 noviembre (RJ 2017\5153)]. En Audiencias Provinciales se han visto las dos posturas enfrentadas en este punto; por ejemplo, la Audiencia Provincial de Pontevedra, en un primer momento descartó la aplicación del Baremo previsto en la Ley 35/2015 para reparar unos daños estabilizados en el año 2014 [SAP Pontevedra (Sección 2ª) 179/2017 de 24 julio (ARP 2017\1217)]; en cambio, en una Sentencia más reciente aplicó el Baremo de la 35/2015 para un caso cuyo alta es el 11 de marzo de 2015 [SAP Pontevedra (Sección 5ª) 17/2019 de 21 enero (JUR 2019\123261)].

En cambio, en la jurisdicción civil la regla general establecida por los tribunales ha sido la no aplicación del Baremo previsto en la Ley 35/2015 para valorar los hechos acontecidos antes del 1 de enero de 2016; en esta línea puede verse la STS (Sala de lo Civil) 33/2015 de 18 febrero (RJ 2015\340), en esta Resolución, la Sala Primera establece la doctrina ju-

Por otro lado, la aplicación del Baremo previsto en la Ley 35/2015 debe realizarse cumpliendo los principios de la responsabilidad civil; es decir, el principio de reparación íntegra y el principio de vertebración del daño⁶⁹. En relación con este último, la aplicación del sistema de valoración del daño recogido en la Ley 35/2015 supone el cumplimiento de este principio, tal y como ha reconocido la jurisprudencia de la Sala de lo Social⁷⁰ y la doctrina mayoritaria⁷¹. En cambio, la aplicación analógica del Baremo al ámbito de las relaciones laborales no cumple con el principio de reparación completa⁷². Por ello, será necesario realizar una aplicación orientativa del Baremo que, por un lado, complementa aquellos conceptos que supongan una repa-

risprudencial:

“Procede cuantificar el daño mediante la aplicación del Baremo o sistema legal de valoración del daño corporal incorporado al Anexo de la Ley 30/95 de 8 de noviembre (RCL 1995, 3046) , de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de aplicación orientativa a otros sectores distintos de la circulación,(...) que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona ese daño, sin perjuicio de que su valoración económica se haga, a efectos de concretar la indemnización correspondiente, con arreglo a los importes que rigen para el año en que se produzca el alta definitiva o estabilización de las lesiones sufridas por el perjudicado”. En la misma línea, pueden verse las SSTS (Sala de lo Civil) 147/2016 de 10 marzo (RJ 2016\958); o la reciente 597/2021 de 13 septiembre (RJ 2021\4051). En cambio, la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de A Coruña se apartó de esta línea doctrinal, aplicando el Baremo previsto en la Ley 35/2015 para unas lesiones cuya fecha de estabilización fue el 28 de octubre de 2015[SAP A Coruña (Sección 5ª) 166/2020 de 2 junio (JUR 2020\225261)].

69 Tal y como ha establecido la jurisprudencia de la Sala de lo Social en las SSTS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007\8300 y RJ 2007\8303); doctrina jurisprudencial que ha continuado y puede verse en la STS 664/2017 de 12 septiembre (RJ 2017\4169).

70 En este sentido puede verse la STS de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016\1656). En este caso, la Sala Cuarta ha establecido que “el «Baremo» se aplica en esta jurisdicción con carácter orientador, para facilitar la vertebración y motivación de la cuantificación de la indemnización que debe perseguir la íntegra reparación del daño”.

71 MEDINA CRESPO, M.: *El nuevo baremo de tráfico* ..., pp. 189-195. GONZALEZ CALVET, J.: *Las indemnizaciones por accidentes de trabajo en base al nuevo baremo de tráfico*. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018., p. 143. XIOL RIOS, J.A., “Reflexiones sobre la indemnización del daño personal a partir del nuevo baremo” ..., p. 325. LLAMAS POMBO, E., “Presupuestos y límites de la reparación del daño” ..., p. 524.

72 LLORENS ESPADA, J.: *La reparación del daño derivado del accidente de trabajo* (1ª ed.). Editorial Bomarzo, Albacete. 2016, p. 203. MEDINA CRESPO, M.: *El nuevo Baremo de Tráfico* ..., pp. 187. APARICIO REDONDO, M.C., “Sistema de valoración del daño corporal (LRCSCVM): ámbito propio de aplicación y aplicación orientadora” ... Pág. 139. GONZALEZ CALVET, J.: *Las indemnizaciones por accidentes de trabajo en base al nuevo baremo de tráfico* ..., p. 143.

ración parcial y, por otro lado, descontar aquellos conceptos homogéneos, ya percibidos por el trabajador, a través de otras partidas indemnizatorias⁷³.

Para la aplicación del baremo de tráfico en el ámbito del Derecho del trabajo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha creado una doctrina jurisprudencial que intenta acercarse al principio de reparación íntegra, pretendido por el mencionado sistema de valoración. A este respecto, la Sala 4ª aplica la denominada “doctrina del desvío justificado”⁷⁴, siendo esta doctrina analizada en la STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014\1023)⁷⁵, según este Tribunal, “el

73 Me refiero a las prestaciones de la Seguridad Social y a la aplicación de la doctrina del descuento condicionado, a la que luego nos referiremos.

74 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., & MARCOS GONZÁLEZ, J.I., “El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral”. *En Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. N.º 393, 2015, pp. 74-78. VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito* ..., p.213. MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” ..., pp. 702 y 703.

75 Como señala MEDINA CRESPO, en esta resolución la Sala de lo Social del Tribunal parte de una media verdad, el baremo de tráfico está confeccionado para un sector de

baremo tiene además un carácter orientador no vinculante en la medida en que los órganos judiciales del orden social podrán apartarse razonadamente de sus criterios, incrementando incluso los niveles de reparación previstos, dadas las particularidades de la indemnización adicional de los accidentes de trabajo, que opera en el marco de la responsabilidad por culpa y dentro de obligaciones cualificadas de seguridad. Lo importante es que el juzgador razone su aplicación del baremo y su apartamiento de él, para lo que debe hacer una aplicación vertebrada de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado y razonando las modificaciones que considere necesario establecer”. Bajo esta argumentación, la Sala de lo Social manifiesta que la responsabilidad civil del empresario debe cumplir el principio de reparación completa del daño⁷⁶ y por ello, en aquellos casos en

responsabilidad objetiva, siendo la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tráfico un sistema de responsabilidad mixto, al configurar un sistema de responsabilidad objetivo en los daños corporales y un sistema de responsabilidad cuasiobjetiva en los daños materiales. MEDINA CRESPO, M., “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” ..., pp. 702 y 703.

76 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., & MARCOS



los que el juez social decide utilizar el baremo de tráfico para la cuantificación del daño, tendrá la potestad para apartarse de este sistema de valoración cuando considere que su aplicación no supondría una verdadera reparación íntegra del daño. De esta forma, la Sala Cuarta sostiene una verdadera aplicación orientativa del baremo de tráfico, siguiendo esta interpretación la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que se aplica el mencionado sistema de valoración fuera del tránsito motorizado [STC 178/2014 de 3 de noviembre (RTC 2014\178)].

Por otra parte, la doctrina mayoritaria⁷⁷ en

GONZÁLEZ, J.I., "El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral" ..., p. 74.

77 GONZÁLEZ CALVET, J., *Las indemnizaciones por accidente de trabajo en base al nuevo baremo de tráfico* ..., pp. 163 y ss. CONDE MARIN, E., "La responsabilidad del empresario en materia de riesgos" ..., pp. 954 y 955. SÁNCHEZ REYES, M.M., "La suerte del baremo civil de daños viales en el orden social: descifrando el enigma de los perjuicios excepcionales. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de Canarias 155/2019 de 19 de febrero" ..., p. 154. MOLINA NAVARRETE, C., *Nueva indemnización por daño profesional: mejoras y límites del nuevo baremo* Editorial Bomarzo, Albacete. 2016, p. 68 y ss. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., & MARCOS GONZÁLEZ, J.I., "El nuevo ba-

este campo del Derecho ha defendido la aplicación del baremo de tráfico en este campo, considerándolo una herramienta útil. Tres son los motivos principales que ha dado la doctrina laboralista; en primer lugar, el baremo de tráfico "establece el perjuicio excepcional en la mejora del perjuicio personal", diferenciando de forma clara ambos conceptos; en segundo lugar, permite separar y no compensar la indemnización por perjuicio moral por la pérdida de calidad de vida de la víctima, de los conceptos indemnizatorios que el trabajador pudiera recibir gracias a las mejoras voluntarias; en tercer lugar, aplica los intereses desde la fecha del siniestro, circunstancia que eleva las indemnizaciones en beneficio de las víctimas. Todo ello supone que se considere una herramienta idónea, que además favorece la aplicación de la doctrina del descuento condicionado, pero que no debe aplicarse de forma analógica al perseguir el orden social la reparación completa del daño sufrido⁷⁸. A este respecto, lo cierto es que en este sector hay un grupo de accidentes donde la aplicación del baremo de tráfico encaja de forma perfecta, me refiero a los accidentes in itinere.

La aplicación orientativa del baremo de tráfico puede verse en la SSTS (Sala de lo Social, Sección 1ª) 465/2018 de 4 mayo (RJ 2018\2371); 844/2019 de 5 diciembre (RJ 2019\5331); y en la reciente (Sección 1ª) 364/2023 de 18 mayo (RJ 2023\3122)⁷⁹. En esta última resolución, la Sala Cuarta ha aplicado de forma orientativa el baremo de tráfico para indemnizar a los familiares (padres divorciados) de una auxiliar de vuelo que falleció en el siniestro del avión de Spanair el fatídico 20 de agosto de 2008, mientras prestaba servicios para la aerolínea.

En mi opinión, un sistema baremado ofrece

remo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral" ..., p. 83 y 84. PALOMO BALDA, E., *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo* ..., pp. 124 y ss.

78 CONDE MARIN, E., "La responsabilidad del empresario en materia de riesgos" ..., p. 955. LLORENS ESPADA, J., *La reparación del daño derivado del accidente de trabajo* ..., p. 140.

79 En la STS 364/2023 para la unificación de doctrina, la Sala de lo Social manifiesta que «esta Sala viene reiterando que el " Baremo " se aplica en esta jurisdicción con carácter orientador, para facilitar la vertebración y motivación de la cuantificación de la indemnización que debe perseguir la íntegra reparación del daño. Al usarse con carácter orientador, el juez de lo social puede usar uno u otro " Baremo ", apartarse de las normas del mismo y moverse con libertad de criterio dentro de los márgenes que conceda, siempre que justifique las razones de su decisión final, cual aquí se hace».



muchas ventajas para las partes en el proceso; en primer lugar, ofrece seguridad jurídica a las partes, pues contiene una previsión de la cuantía indemnizatoria que acuerde el tribunal; en segundo lugar, facilita a los jueces el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 120.3CE⁸⁰, siendo una forma de argumentar la acción de responsabilidad civil en las sentencias; en tercer lugar, dotará a la víctima de un mecanismo con el que reclamar unas cantidades que han sido previamente acordadas, facilitando su satisfacción. Ahora bien, para cumplir esta última ventaja es necesario que el sistema baremado cumpla con el requisito de reparación integral del daño, como el espíritu de la Disposición Final 5ª hacía prever del futuro “sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales” y que no se cumple en un sistema baremado con limitaciones, como el Baremo de la Ley 35/2015. Esta posición es defendida por otros juristas, destacando la obra de la autora MORALES VÁLLEZ, quien defiende “la imperiosa y urgente necesidad” de promulgar un sistema específico para la valoración de los daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales⁸¹.

VI. APLICACIÓN DEL BAREMO DE TRÁFICO DE FORMA ORIENTATIVA POR LA SALA DE LO MILITAR DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sala Quinta del Tribunal Supremo sigue la línea jurisprudencial marcada por la Sala de lo Penal y, si bien la jurisprudencia es más escasa por el escaso número de controversias judiciales. En la jurisprudencia podemos observar las dos líneas doctrinales que hemos analizado en el análisis de la aplicación del Baremo de tráfico de forma orientativa por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. En primer lugar, una primera línea doctrinal que establece la aplicación del baremo de forma inflexible. A este respecto, podemos destacar la STS (Sala de lo Militar, Sección 1ª) de 16 mayo 2012 (RJ 2012\8586). En este caso, la Sala Quinta del Tribunal Supremo resuelve un caso de un delito contra la eficacia en el servicio; en concreto,

80 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto el énfasis en la necesidad de que la indemnización sea motivada, incluyendo la motivación del daño moral. Véase las SSTC 6/2002 14 de 2002 (RTC 2002\6); 36/2006 13 de febrero de 2006 (RTC 2006\36); y 42/2006 13 de febrero de 2006 (RTC 2006\42).

81 MORALES VÁLLEZ, C., “La responsabilidad en los accidentes de trabajo”. Coord. José Antonio Seijas Quintana. (2ª ed.). Editorial Sepin, Madrid. 2015, pp. 383 y 384.

durante el tiempo libre un militar dispara por accidente su arma e impacta en el pómulo de otro militar causándole graves daños. En la resolución, la Sala de lo Militar manifiesta la importancia de aplicar el baremo de tráfico para la reparación de los daños y perjuicios, manifestando el Tribunal que “aun cuando la aplicación del Baremo en supuestos distintos de los del tráfico automovilístico no sea vinculante, salirse del Baremo para procurar indemnizaciones distintas en determinados capítulos, una vez admitida su aplicación por el Tribunal con carácter general, haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño”. Esta línea jurisprudencial ha continuado, pudiendo verse en la STS (Sala de lo Militar, Sección 1ª) 76/2018 de 30 julio (RJ 2018\3971)⁸²; si bien, en este caso, podemos observar un voto particular del Excmo. Magistrado Jacobo Barja de Quiroga López, quien manifiesta que no se debe aplicar el baremo de tráfico a estos casos, al derivar la lesión de una actividad que nada tiene que ver con el tránsito motorizado. La línea jurisprudencial defendida en el mencionado Voto Particular coincide con la aplicación más flexible que hemos visto anteriormente, aplicando los mencionados factores correctores. Esta línea doctrinal puede verse de forma reciente en la STS (Sala de lo Militar, Sección 1ª) 81/2020 de 26 noviembre (RJ 2020\4751), produciéndose en este caso un abuso de autoridad por parte de cabo del ejército que en una ceremonia golpea a una soldado en el pecho causándole una fractura de costilla. A este respecto la Sala 5ª aplica la línea doctrina jurisprudencial seguida por la Sala de lo Penal y analizada anteriormente, sosteniendo el Tribunal que “en el caso de los delitos dolosos se rompería cualquier criterio de justicia, racionalidad, proporcionalidad y legalidad, si se trasvasara, sin más, el criterio técnico y objetivo del contrato de seguro, ya que, los criterios de determinación son radicalmente diferentes”.

VII. TOMA DE POSTURA

Del análisis de la jurisprudencia de las diferentes jurisdicciones, podemos afirmar que el efecto expansivo del baremo de tráfico fuera

82 En este caso, se aplica el baremo de forma orientativa a un caso de delito contra eficacia en el servicio, dando como resultado lesiones graves, “dado el estado del río no debió realizar los ejercicios en aguas bravas y menos que la víctima entrara solo en el agua, sin chaleco de rescate y atado de forma irregular, con la cuerda atravesada en bandolera”.

de su ámbito de aplicación obligatorio es cada vez mayor. Fuera del tránsito motorizado, la aplicación del baremo de tráfico sirve a los jueces para motivar las cantidades otorgadas a las víctimas, contribuyendo a aportar seguridad jurídica al proceso, al conocer las partes las cantidades que van a tener que pagar o recibir en el proceso. Sin embargo, como hemos sostenido el actual sistema del baremo de tráfico contiene importantes limitaciones cuantitativas y cualitativas que provocan que su aplicación deba ser en todo caso orientativa, huyendo de la aplicación analógica. De esta forma, las recientes resoluciones de accidentes de aeronaves, en las que la Sala Primera ha aplicado el baremo de tráfico de forma orientativa, adaptando la indemnización de acuerdo con los factores de corrección, suponen un importante paso a la hora de cumplir el principio de reparación íntegra del daño a partir de la aplicación del baremo de tráfico. En cambio, nos oponemos a la aplicación analógica del baremo de tráfico fuera de su ámbito obligatorio, debido a la limitaciones mencionadas en el trabajo. Diferente sería la aprobación de un sistema de valoración del daño que no contara con limitaciones legales, tal y como anunciaba la Disposición Adicional Quinta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. En pocas palabras, baremos sí, pero siempre que no limiten la reparación completa del daño.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P.: *Violencia de género y responsabilidad civil*. Editorial Reus. Madrid. 2020.

APARICIO REDONDO, M.C., “Sistema de valoración del daño corporal (LRCSCVM): ámbito propio de aplicación y aplicación orientadora” en *XX Congreso Nacional. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Javier López y García de la Serrana (dir.). Editorial jurídica Sepin, Madrid 2020.

BALLESTER PASTOR, M.A., “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”. En *Revista de derecho social*, núm. 69. 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La dignidad de las víctimas de delitos” en *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, N.º. 6, 2010.

CONDE MARÍN, E., “La responsabilidad del empresario en materia de riesgos profesionales en la actualidad (I)”. En *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*. Dir. Pilar Álvarez Olalla. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. 2022.

DESDENTADO BONETE, A., “El daño y su valoración en los accidentes de trabajo” en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N.º 79, 2009.

DOMENECH PASCUAL, G., “La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas” en GOMEZ POMAR, F., & MARTIN GARCIA, I., (Dir.) *El daño moral y su cuantificación*. (2ªed.) Editorial Wolters Kluwer Bosch, Barcelona. 2017.

FERNANDEZ IGLESIAS, C., “La superación de los límites del sistema de valoración de daños en el ámbito de circulación cuando se utiliza con carácter orientativo en otros ámbitos” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* N.º. 65, 2018.

GONZALEZ CALVET, J.: “Responsabilidad civil del empresario en accidente “in itinere”. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Bilbao 379/2017, de 5 de diciembre” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. N.º. 421, 2018.

-: *Las indemnizaciones por accidente de trabajo en base al nuevo baremo de tráfico*, (1ªed.). Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

HORTAL IBARRA, J.C., “La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo” *Revista para el análisis del Derecho. Indret*. Barcelona. Octubre de 2014.

LLAMAS POMBO, E., “Presupuestos y límites de la reparación del daño” en *XX Congreso Nacional. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Javier López y García de la Serrana (dir.). Editorial jurídica Sepin, Madrid. 2020.

LLORENS ESPADA, J.: *La reparación del daño derivado del accidente de trabajo*. (1ª ed.). Editorial Bomarzo, Albacete. 2016.

LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J., &

MARCOS GONZALEZ, J., L., “El nuevo baremo de la Ley 35/2015 y su aplicación al ámbito laboral” en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*. Nº. 393, 2015.

MEDINA CRESPO, M., *El nuevo Baremo de tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, 22 de septiembre)*. (1ª ed.). Editorial Bosch Wolters Kluwer, L'Hospitalet de Llobregat, 2017.

-: “La proyección del baremo de tráfico de 2015 fuera de su específico ámbito” en *Responsabilidad civil y valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*. Dir. Javier López y García de la Serrana. Editorial Atelier, Barcelona. 2021.

-: “Sobre el alcance de la responsabilidad civil de una compañía aérea por los daños corporales causados a los pasajeros de un vuelo nacional. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 17 de mayo de 2019” en *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* Nº. 70, 2019.

MOLINA NAVARRETE, C., *Nueva indemnización por daño profesional: mejoras y límites del nuevo baremo*. Editorial Bomarzo, Albacete. 2016.

MORALES VÁLLEZ, C., “La responsabilidad en los accidentes de trabajo” en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*. Coord. José Antonio Seijas Quintana. (2ª ed.). Editorial Sepin, Madrid. 2015.

PALOMO BALDA, E.: *Cálculo de indemnización por accidente de trabajo según el nuevo Baremo*. (1ª ed.). Editorial Francis Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.

RAMOS GONZALEZ, S., “Pautas de valoración del daño moral (Sistema legal de valoración de daños patrimoniales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida)” en *El daño moral y su cuantificación*. (2ª ed.) Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García (Dirs.) Editado por Bosch Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

REGLERO CAMPOS, L.F., “Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de vehículos a motor” (Capítulo actualizado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.) en *Tratado de Responsabilidad Civil*. (5ª ed.). Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. 2014,

ROCA TRIAS, E. & NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños. Textos y materiales*, (8ªed.). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2020.

RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., “La determinación del quantum en la responsabilidad civil por delitos dolosos”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 6/2011. (BIB 2011\1469).

SÁNCHEZ REYES, M.M., “La suerte del baremo civil de daños viales en el orden social: descifrando el enigma de los perjuicios excepcionales. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de Canarias 155/2019 de 19 de febrero”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 443, CEF, 2020.

VICENTE DOMINGO, E. “Cuestiones controvertidas sobre aplicación, valoración y prueba del Baremo a ámbitos ajenos a la circulación” en *Daño y resarcimiento*. Dirigido por Mariano José Herrador Guardia. Editorial Sepin, Madrid. 2024.

-: “El daño” en REGLERO CAMPOS, L., BUSTO LAGO, J., *Tratado de responsabilidad civil Tomo I*; (5ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi. 2014.

VILLALUENGA AHIJADO, A., *El daño moral derivado del delito*. Editorial Reus, Madrid. 2022.

XIOL RIOS, J.A., “Reflexiones sobre la indemnización del daño personal a partir del nuevo baremo” en *Daño, Responsabilidad y Seguro* / Mariano José Herrador Guardia (dir.). Editado por Francis Lefebvre, Madrid. 2016.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. (7ª ed.). Editorial Dykinson, Madrid. 2021.



La incidencia del Real Decreto Ley 6/2023 en las reclamaciones judiciales derivadas de accidentes de circulación

Mª Montserrat Peña Rodríguez
Magistra

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA REFORMA EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

1.1. LA MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DEL JUICIO VERBAL

1.2. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD. FORMA Y CONTENIDO DE LA DEMANDA Y DE LA CONTESTACIÓN. ACTOS DE COMUNICACIÓN INICIALES. POSIBILIDAD (TEÓRICA) DE NO CELEBRACIÓN DE VISTA

1.3. MODIFICACIÓN GENERAL: LA CELEBRACIÓN DE ACTOS PROCESALES MEDIANTE PRESENCIA TELEMÁTICA

1.4. MODIFICACIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PRÁCTICA DE PRUEBA DOCUMENTAL

1.5. MODIFICACIONES EN MATERIA DE PRUEBA DE INTERROGATORIO DE PARTE Y DECLARACIONES DE TESTIGOS

1.6. NOVEDADES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PRUEBA PERICIAL

1.7. RÉGIMEN DE RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL ACTO DE LA VISTA EN MATERIA DE PRUEBA. FACULTAD DEL JUZGADOR PARA EL TRÁMITE DE CONCLUSIONES.

1.8. LA PREVISIÓN DE LAS DILIGENCIAS FINALES EN EL JUICIO VERBAL

1.9. MODIFICACIONES EN MATERIA DE RECURSOS

1.10. MIRANDO MÁS ALLÁ: POSIBLES EFECTOS PREJUDICIALES EN CASOS DE COLISIONES MÚLTIPLES O DE PLURALIDAD DE DEMANDANTES Y DE PROCEDIMIENTOS

BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende analizar la incidencia que la entrada en vigor, el 20 de marzo de 2024, del **Real decreto ley 6/2023 de 19 de diciembre por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo**, va a tener en lo que respecta al proceso civil, y en particular a las reclamaciones o demandas derivadas de accidentes de tráfico.

Como punto de partida hemos de tener en cuenta que el Artículo 86.1 de la Constitución Española prevé que, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno pueda dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

El decreto-ley constituye un supuesto en que el Gobierno puede dictar normas con rango de Ley como manifestación de una facultad propia del Ejecutivo, (frente a los decretos legislativos en que la facultad de legislar se ejerce por delegación de las Cortes para cada caso concreto), y se define por tres notas:

1.- El presupuesto habilitante: esto es, la extraordinaria y urgente necesidad, respecto del cual, el Tribunal Constitucional ha reconocido:

* El “juicio puramente político” del Gobierno, al que incumbe la dirección política del Estado, para la apreciación de la concurrencia de tales circunstancias, sin perjuicio de que pueda controlar los “supuestos de uso abusivo o arbitrario” (STC 29/1987) que pudieran desvirtuar la potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales, las cuales pueden legislar también por el procedimiento de urgencia (STC 6/1983).

* El presupuesto habilitante puede ser apreciado en el Gobierno con un “razonable margen de discrecionalidad”, debiendo no obstante hacerse explícita la definición de su concurrencia (lo que se hace habitualmente en el preámbulo del decreto-ley), y no autoriza para incluir disposiciones que no guarden relación con la situación que se trata de afrontar o no modifiquen de forma instantánea la situación jurídica existente. La existencia del presupuesto habilitante puede ser contrastada tanto en vía parla-

mentaria, como por el propio Tribunal Constitucional (STC 29/1982). Ahora bien, el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (STC 182/1997).

2.- Las materias excluidas de su regulación.

3.- Su carácter de norma provisional, así calificada (“disposiciones legislativas provisionales”) por el apartado 1 del precepto, completado en el apartado 2 por la regulación de la intervención del Congreso de los Diputados para su convalidación o derogación (86.2 CE), trámite en el que no interviene el Senado, (el procedimiento para la convalidación está regulado por el artículo 151 Reglamento del Congreso), preveyéndose también la posibilidad de su tramitación como proyecto de ley (86.3 CE).

Esta triple delimitación del decreto-ley deriva de su carácter de excepción a la potestad legislativa de las Cortes y, por ende, al principio de separación de poderes. Como señala la STC 29/1982, la Constitución ha adoptado *“una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del decreto-ley, que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo en forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, entendiéndose por tales aquellas en que pueda existir un peligro inminente para el orden constitucional. Nuestra Constitución ha contemplado el decreto-ley como un instrumento normativo del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la sociedad actual, siempre que su utilización se realice bajo ciertas cautelas”*.

En definitiva, la utilización del decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta.

Qué explicación ofrece el Gobierno para dictar el Real Decreto-Ley 6/2023 ?

Según el PREÁMBULO del Real Decreto-Ley que estamos analizando, como texto intro-



ductorio de la Ley que tiene por destinatarios a los ciudadanos a los que la ley se dirige, (y que difiere de la Exposición de Motivos, texto que sí existe en el Real Decreto Legislativo y que también está sujeto a la aprobación parlamentaria), y en lo que respecta estrictamente a las reformas procesales, se indica lo siguiente:

“Desde la responsabilidad y la necesidad de asumir con éxito los retos de la transformación digital en el marco de la Justicia española, el presente texto busca presentarse como una herramienta normativa completa, útil, transversal y con la capacidad suficiente para dotar a la Administración de Justicia de un marco legal, coherente y lógico en el que la relación digital se descubra como una relación ordinaria y habitual, siendo la tutela judicial efectiva en cualquier caso la prioridad absoluta, pero hallando bajo esta cobertura de normas y reglas un nuevo cauce, más veloz y eficaz, que coadyuvará a una mejor satisfacción de los derechos de la ciudadanía”.

“A la digitalización debe añadirse la necesidad de introducir los mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para hacer frente al incremento de la litigiosidad y para recuperar el pulso de la actividad judicial, al compás de la

recuperación económica y social tras la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID- 19; así como las reformas correspondientes en las leyes procesales como medidas de agilización de los procedimientos en los distintos órdenes jurisdiccionales”.

“En cuanto a la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, destaca la introducción de una serie de modificaciones legislativas en las que se ha tenido especialmente en cuenta la situación y necesidades de las personas mayores, para eliminar las barreras que les impiden participar en los procesos judiciales en igualdad de condiciones, contribuyendo a la creación de un servicio público de Justicia inclusivo y amigable. Otras medidas, como la ampliación de materias que con independencia de su cuantía se tramitarán por las normas del juicio verbal, o la incorporación del procedimiento testigo, o las reformas introducidas en los procesos de familia y en la ejecución, persiguen dotar de mayor celeridad a los pleitos, sin merma alguna de las garantías procesales ni derechos de las partes”.

Obviamente, la oportunidad, conveniencia y necesidad de modificar por la vía legislativa de

urgencia excepcional las materias procesales objeto del Real Decreto Ley objeto de análisis, y la merma o no de las garantías procesales y de los derechos de las partes, es algo sobre lo que cada uno puede tener su opinión personal, y desde luego, si la modificación por esta vía de la Ley procesal civil ha logrado su objetivo de disminuir la litigiosidad y sobretodo, de hacer una justicia más ágil y eficiente, es algo que el tiempo pondrá de manifiesto.

II. LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA REFORMA EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

Las reformas operadas en la LEC por el RDL 6/2023, y que se van a analizar a continuación, entraron en vigor a los 3 meses desde la publicación del RDL 6/2017 en el BOE, esto es, el pasado día 20 de marzo de 2024. Por su parte, las disposiciones relativas al Expediente Judicial, la Carpeta Judicial y la Sede Judicial Electrónica, previstas en el libro primero del Real Decreto (no analizadas en esta ponencia) entraron en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE.

1.1. La modificación de la cuantía del juicio verbal

La novedad legislativa más importante es la introducida con respecto a la cuantía en el artículo 249.2 LEC, en el que se establece que “se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de 15.000 €” (en lugar de los 6000 € que establecía la regulación anterior), así como “aquellas, cuyo interés económico, resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”, lo que está en consonancia con la modificación introducida en el artículo 250, apartado segundo, que establece que “se decidirán también en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 15.000 € y que no se refieran a ninguna de las materias previstas en el apartado uno del artículo anterior”, (que es el que regula los supuestos de juicio ordinario por razón de la materia).

Esta modificación de la cuantía del juicio verbal supone que las reclamaciones de daños personales o materiales derivados de accidentes de tráfico se van a tramitar, en un altísimo porcentaje, a través de los cauces de dicho procedimiento y no a través del juicio ordinario.

En cuanto a las consecuencias netamente procesales va a conllevar el hecho de que la in-

mensa mayoría de las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación se tramiten a partir del 20 de marzo de 2024 por los cauces del juicio verbal, podemos destacar las que siguen a continuación, y entre las que podemos diferenciar en aspectos de tramitación no modificados por la reforma pero que van a incidir en las reclamaciones de las que estamos tratando, y aspectos sí afectados por la reforma.

1.2. Requisito de procedibilidad. Forma y contenido de la demanda y de la contestación. Actos de comunicación iniciales. Posibilidad (teórica) de no celebración de vista

No afecta la reforma al requisito específico de procedibilidad regulado en el art. 7 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (esto es, la obligación de formular reclamación extrajudicial previa a la aseguradora, que deberá ser aportada con la demanda junto con la oferta o la respuesta motivada si hubieran sido emitidas), al mantener el art. 439.5 de la LEC su redacción, según la cual “5. *Tampoco se admitirán las demandas de juicio verbal cuando no se cumplan los requisitos de admisibilidad, que, para casos especiales, puedan establecer las leyes*”.

Respecto al contenido y forma de la demanda en el Juicio Verbal, el art. 437.1 de la LEC se remite a lo dispuesto para el Juicio Ordinario en el art. 399 de la LEC, que ha sido modificado, en el sentido de introducirse la siguiente previsión (párrafo segundo del apartado 1): “*para aquellos supuestos en que legalmente sea necesario realizar notificaciones, requerimientos o emplazamientos personales directamente al demandante o cuando éste actúe sin procurador, y siempre que se trate de personas obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, o que elijan hacerlo pese a no venir obligadas a ello, se consignarán cualquiera de los medios previstos en el apartado 1 del artículo 162 o, en su caso, un número de teléfono y una dirección de correo electrónico haciéndose constar el compromiso del demandante de recibir a través de ellos cualquier comunicación que le dirija la oficina judicial. Dicho compromiso se extenderá al proceso de ejecución que dé lugar la resolución que ponga fin el juicio*”.

En consonancia con dicha previsión, habrá de tenerse en cuenta que el artículo 155 de la LEC señala la obligación del demandante de indicar, además de los requisitos establecidos en el artículo 399, cuantos datos conozca del de-

mandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como número de identificación fiscal o de extranjeros, números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares, que se utilizarán con sujeción a lo dispuesto en la Ley que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia. Y ello por cuanto el art. 162 prevé la plena eficacia procesal del acto de comunicación realizado por medios electrónicos cuando se trate de profesionales obligados a su empleo, disponiendo en su apartado 2 que: *“cuando constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, salvo los practicados a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la comunicación ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos. En este caso, los plazos para desarrollar actuaciones procesales comenzarán a computarse desde el día hábil siguiente al tercero”*.

Solo se exceptúan los supuestos en que el destinatario justifique que no pudo acceder al sistema de notificaciones durante ese periodo y los supuestos de fuerza mayor en que los Colegios de Procuradores hayan suspendido el reenvío del servicio de notificaciones durante el plazo máximo de tres días según lo previsto en el artículo 151.2.

Por lo que se refiere a los actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador, se diferencia:

a) cuando se trate de persona o parte que venga obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, (como puede ser una persona jurídica aseguradora), el artículo 155 de la LEC establece que el acto de comunicación se realizará por medios electrónicos de conformidad con el artículo 162, salvo que se trate del primer emplazamiento o citación, en cuyo caso, si transcurrieran tres días sin que el destinatario acceda a su contenido, se procederá a su publicación por la vía del Tablón Edictal Judicial Único conforme a lo dispuesto en el artículo 164, (con la posible declaración de rebeldía, en su caso).

b) Cuando la parte no representada por procurador no venga obligada legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, si se trata del primer emplazamiento o citación al demandado, se podrá practicar por remisión a su domicilio, o

en forma telemática en los términos previstos en el artículo 162, en cuyo caso, el acto de comunicación practicado por medios electrónicos producirá plenos efectos procesales sólo en el caso de que fuese aceptado voluntariamente por su destinatario. Si puesto a disposición del destinatario en la sede judicial electrónica, no constara la recepción por el destinatario en plazo de tres días, se practicará por remisión al domicilio.

Tras la admisión de la demanda y el emplazamiento de la parte demandada, ésta contará con un plazo de diez días para formular la contestación, conforme a lo establecido en el art. 438.1 de la LEC, y la contestación deberá cumplir los requisitos de forma y contenido previstos en el art. 405 de la LEC para el juicio ordinario, procediéndose, en caso de que el demandado no compareciere en el plazo otorgado, a su declaración en situación de rebeldía procesa conforme al artículo 496.2 de la LEC.

El hecho de que, como consecuencia del aumento de la cuantía del juicio verbal se vea reducido a diez días el plazo para contestar a la demanda en una reclamación que puede ascender hasta 15.000 euros dificulta, desde mi punto de vista, la defensa en estos casos de la parte demandada, y casa mal con una verdadera y eficaz tutela judicial efectiva.

Por otro lado, y al encontrarnos en el ámbito de tramitación del juicio verbal, ello implica, al menos desde el punto de vista estrictamente teórico, la posibilidad de que no se celebre vista, aspecto sobre el cual deben expresamente pronunciarse las partes conforme a lo dispuesto en el art. 438.8 de la LEC, (el demandado, en su escrito de contestación y el demandante en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación), con posibilidad de que si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, se dictará sentencia sin más trámites. En todo caso, bastará con que una de las partes lo solicite para que el Letrado de la Administración de Justicia señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes.

Con carácter general, la posibilidad de no celebrarse vista en los procedimientos judiciales derivados de reclamaciones de tráfico queda, a mi parecer, descartada en la práctica, pues la controversia normalmente no afectará a cuestiones meramente jurídicas (como pudiera ser la procedencia de imponer a la aseguradora los intereses moratorios del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro o la concurrencia

de causa de exoneración de los mismos), sino principalmente fácticas, tales como la relativa a la dinámica del siniestro, a la responsabilidad del conductor del vehículo asegurado, al alcance de los daños materiales y a la valoración de los daños personales, etc, para lo cual será necesaria la práctica de prueba más allá de la mera aportación de documentos o informes, por lo que casi con total seguridad tanto las partes solicitarán su celebración y, en caso de no hacerlo, el órgano judicial así debería acordarlo. Personalmente no estoy a favor de considerar los informes periciales como simple prueba documental sino que estimo que, como dictámenes emitidos por expertos en materias en las que, desde luego, los jueces somos legos, deberán comparecer al acto de la vista para ratificarlos, exponerlos, someterlos a contradicción, etc, si bien lo cierto es que el art. 347 de la Lec contempla que los peritos solo intervendrán en el acto de la vista si lo solicitan las partes y el tribunal lo admite, pudiendo tener como finalidad la comparecencia de los peritos en el acto del juicio la exposición completa del dictamen, (cuando ésta requiera la realización de otras operaciones, complementarias del escrito aportado), la explicación del dictamen o de alguno o algunos de sus puntos, cuyo significado no se considerase suficientemente expresivo a los efectos de la prueba; responder a preguntas y objeciones, sobre método, premisas, conclusiones y otros aspectos del dictamen; responder a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos, por si pudiera llevarse a cabo en el mismo acto y a efectos, en cualquier caso, de conocer la opinión del perito sobre la posibilidad y utilidad de la ampliación, así como del plazo necesario para llevarla a cabo, y la crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria (ex. Art. 347 Lec).

1.3. Modificación general: La celebración de actos procesales mediante presencia telemática

La más importante modificación introducida por el Real Decreto Ley 6/2023 se refieren, sin duda, a la digitalización y a la práctica telemática de los medios de prueba, afectan tanto al Juicio verbal como al Juicio Ordinario, siendo de especial importancia la norma general introducida "ex novo" en el art. 129 bis de la LEC con respecto a la celebración de juicio, vistas, audiencias, comparecencias, declaraciones y, en general, todos los actos procesales, al disponer que se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que las oficinas judiciales tengan a su disposición los medios

técnicos necesarios para ello, y siempre a través de punto de acceso seguro, (de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia: respecto de esta previsión, señalar que la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia ha sido derogada por el propio Real Decreto Ley 6/2023).

Pese al establecimiento de esta norma general, se establece en dicho artículo que en los actos que tengan por objeto la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de la persona menor de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a persona con discapacidad, será necesaria la presencia física de la persona que haya de intervenir y, cuando ésta sea una de las partes, la de su defensa letrada.

Sin embargo, a continuación se establecen una serie de excepciones:

a) Aquellos en que el juez o tribunal, en atención a las circunstancias del caso, disponga otra cosa;

b) Cuando la persona que haya de intervenir resida en municipio distinto de aquel en el que tenga su sede el tribunal, en cuyo caso, podrá intervenir, a su petición, en un lugar seguro dentro del municipio en que resida, de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia;

c) En los casos en que el interviniente lo haga en su condición de autoridad o funcionario público, realizando entonces su intervención desde un punto de acceso seguros.

Obsérvese que el artículo diferencia entre lo que denomina "lugar seguro" y "punto de acceso seguro", sin definir ni uno ni otro, por lo que habrán de concretarse estos conceptos.

Y nuevamente, una excepción a las excepciones, dado que conforme al apartado 3 del art. 129 Bis, *"El juez o tribunal podrá en todo caso determinar mediante resolución motivada la participación física de cualquier interviniente de los señalados en las letras b) y c) del apartado 2 anterior, cuando estime, en atención a causas precisas y en el caso concreto, que el acto requiere su presencia física"*.

En el artículo 137 de la LEC se mantiene la regulación del principio de inmediación, al disponer que los jueces presenciarán las declara-



ciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente, que las vistas y las comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución se celebrarán siempre ante el Juez o los Magistrados integrantes del tribunal que conozca del asunto, y que, además, la infracción de estas normas determinará la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones.

Pese a ello, el legislador luego introduce un nuevo artículo, el 137 bis de la LEC, en el que se insta la norma general de que los profesionales, así como las partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo, e incluso establece que, en el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo, es más, señala que cuando el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del

interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente.

1.4. Modificaciones específicas en materia de práctica de prueba documental

Los artículos que regulan la presentación de documentos, los genéricos relativos a la prueba y los específicos que regulan la prueba de interrogatorio de parte, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos, o los instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, son de aplicación a todos los procesos declarativos. En este sentido, las modificaciones introducidas por el Real Decreto se refieren, sobre todo, a la práctica de medios probatorios de forma telemática y a la presentación digital de todo tipo de documentos. Dichas modificaciones pueden sintetizarse como sigue:

* En el art. 264 (presentación con la demanda de documentos procesales), ya no se alude al poder notarial conferido al procurador o a la representación otorgada apud acta, sino a la certificación del registro electrónico de apoderamientos judiciales o referencia al número asignado por dicho registro.

* En cuanto a la presentación de documentos tanto públicos (art. 267) como privados (art. 268), la novedad es que se permite la posibili-

dad de aportarlos *“en soporte electrónico a través de imagen digitalizada conforme a la normativa técnica del Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica sobre imagen electrónica”*. Se añade, además, el art. 268 bis que establece que *“La presentación de documentos por medios electrónicos se ajustará en todo caso a lo que determine la Ley que regule el uso de las tecnologías en la Administración de Justicia”*. Y en el art. 270 (que regula la presentación de documentos en momento no inicial del proceso), se añade un apartado 3 que establece que *“La presentación de documentos en el curso de actos judiciales o procesales celebrados por videoconferencia, en los casos en los que dicha presentación sea posible de conformidad con la presente ley, se ajustará a lo establecido por la Ley que regule el uso de las tecnologías en la Administración de Justicia”*.

Es evidente que, cuando se celebre una vista telemáticamente, y cualquiera de las partes pretenda aportar en la misma algún documento, podrían plantearse situaciones de indefensión si no es posible conferir traslado en el mismo momento a la otra parte para su impugna-

ción, caso de que sea admitido, por lo que la solución en estos casos estaría, tal vez, en su aportación anticipada y con el correspondiente traslado vía lexnet entre las partes.

En todo caso, en cuanto a la forma de presentación de los escritos y documentos presentados por vía telemática o electrónica, se modifica el apartado 4 del art. 273 de la LEC, señalando que *“indicarán el tipo y número de expediente y año al que se refieren e irán debidamente referenciados mediante un índice electrónico que permita su debida localización y consulta. El escrito principal deberá incorporar firma electrónica y se adaptará a lo establecido en la Ley reguladora del uso de las tecnologías en la Administración de Justicia”*.

1.5. Modificaciones en materia de prueba de Interrogatorio de parte y declaraciones de testigos

En consonancia con lo anterior, se establece, mediante la modificación del art. 311.1 de la LEC, la posibilidad de que se practique el interrogatorio domiciliario de la parte mediante vi-



deoconferencia, con las siguientes particularidades:

a) esta posibilidad solo se acordará en caso de enfermedad que impida a la persona comparecer en la sede del tribunal, o por otras circunstancias especiales, o cuando el órgano judicial no considere conveniente dicha comparecencia;

b) se acordará a instancia de parte o de oficio, pero con audiencia de todas las partes; y

c) siempre que las circunstancias concurrentes garanticen la validez de la declaración, (extremo este que también queda “en blanco” en la norma).

También se conserva la posibilidad de practicar el interrogatorio en el domicilio o residencia del declarante y ante el Juez y con la presencia del LAJ. Además, en cuanto a la documentación de la práctica de este tipo de interrogatorio, se establece en el art. 312 de la LEC no solo la posibilidad de documentarse en acta suficientemente detallada extendida por el LAJ, sino mediante grabación (incluso solo de audio), en los siguientes términos: *“Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios y el juez o Tribunal aprecie que resulta posible la grabación del interrogatorio sin afectar a la protección de la intimidad o dignidad de la persona, así lo ordenará, pudiendo ser la grabación únicamente de audio. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el párrafo anterior, sino que el letrado o letrada de la Administración de Justicia garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica u otro sistema de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías”*.

Por su parte, el art. 313 de la LEC, también modificado, establece (fuera ya de los casos de imposibilidad o enfermedad) la norma, sin excepciones, (dado el carácter imperativo del verbo utilizado por el legislador) de que *“Cuando la parte que hubiese de responder al interrogatorio resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, será examinada mediante videoconferencia en los términos del artículo 137 bis; en otro caso, podrá ser examinada por vía de auxilio judicial si concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el apartado 5 del artículo 169.*

En tales casos, se acompañará al despacho una relación de preguntas formuladas por la parte proponente del interrogatorio, si ésta así lo hubiera solicitado por no poder concurrir al

acto del interrogatorio. Las preguntas deberán ser declaradas pertinentes por el tribunal que conozca del asunto”.

Suponen también una importante novedad las modificaciones del art. 364 de la LEC, que ahora establece, como medio preferente de práctica de la declaración testifical de aquellos testigos que residan fuera de la demarcación del Tribunal, la práctica de la misma mediante videoconferencia. Igualmente, prevé la posibilidad de practicar, en casos de enfermedad o imposibilidad del testigo para comparecer en la sede del tribunal de su domicilio, la práctica de la prueba en su propio domicilio, bien de forma directa, bien por medio de auxilio judicial, según el domicilio del testigo se encuentre o no dentro del partido judicial, y con las mismas previsiones respecto a su documentación y grabación que las ya vistas para el interrogatorio domiciliario de la parte. En todo caso, resulta importante la previsión legal del art. 137.4 de la LEC y es que *“El uso de medios de videoconferencia deberá solicitarse con la antelación suficiente y, en todo caso, diez días antes del señalado para la actuación correspondiente”*. Esta previsión temporal resulta, a todas luces, insuficiente, pues la práctica de una declaración testifical o de una prueba pericial por medio del sistema de videoconferencia a través de auxilio judicial no es algo que pueda acordarse y realizarse “sobre la marcha”, sino que requiere de un previo exhorto al juzgado correspondiente, y de que el juzgado exhortado disponga de los medios personales y materiales necesarios para su práctica, y además, de un tiempo suficiente para poder citar a quien deba comparecer en la sede judicial...

1.6. Novedades específicas en materia de prueba pericial

Se introducen también algunas modificaciones en materia de prueba pericial, tan usual en los procedimientos de tráfico, (informes periciales de biomecánica, informes periciales de reconstrucción de accidente, de valoración del daño corporal, de tasación de daños materiales, etc). No se ha modificado el art. 336 (cuya redacción actual proviene de la Ley 42/2015 de 5 de octubre), de modo que se mantienen las previsiones generales de dicho artículo en cuanto a que:

- Como regla general, los informes periciales elaborados por peritos designados por las partes y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarse con la demanda o con la

contestación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337.

- Se mantiene igualmente la presunción de que al demandante le es posible aportar con la demanda dictámenes escritos elaborados por perito por él designado, si no justifica cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen. Del mismo modo, se mantiene la regla general de 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.
- Se mantiene la previsión del apartado 5 que afecta, de forma muy específica y directa, a los procedimientos derivados de accidentes de circulación, según el cual *“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.”*

Por el contrario, sí se modifica el Artículo 337.1 de la LEC respecto al anuncio y aportación de dictámenes cuando no se puedan aportar con la demanda o con la contestación, en cuyo caso se establece un plazo, para su presentación y traslado a la parte contraria, *“en cuanto dispongan de ellos, y en todo caso cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o en treinta días desde la presentación de la demanda o de la contestación en el juicio verbal. Este plazo puede ser prorrogado por el tribunal cuando la naturaleza de la prueba pericial así lo exija y exista una causa justificada”*.

Lógicamente, el problema que con toda seguridad se va a plantear en la práctica diaria de los juzgados es justificar que la naturaleza de la prueba pericial exige la prórroga de ese plazo y que existe una causa justificada para ello.

En cuanto a la prueba de designación de perito judicial, se mantienen las previsiones generales para el caso de que cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial,

sino simplemente anunciarlo, a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito, conforme a lo que se establece en la Ley de asistencia jurídica gratuita, así como de que cuando se trate de juicio verbal y las partes solicitasen en la vista designación de perito a consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias, en cuyo caso se interrumpirá aquélla hasta que se realice el dictamen. Se mantiene igualmente la designación de peritos judiciales a instancia del demandante o del demandado, e incluso, se permite la interrupción de la vista del juicio verbal cuando a consecuencia de las alegaciones complementarias, se solicite la designación de perito por el tribunal, y se considere pertinente y útil dicha prueba (art. 339.3 de la LEC).

Sí se introducen novedades en el art. 342 de la LEC respecto a la provisión de fondos del perito designado judicialmente, introduciendo un apartado 3 que establece: a) que el perito designado podrá solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento y con presentación de un presupuesto de lo que sería su futura factura, la provisión de fondos que considere necesaria, que será a cuenta de la liquidación final; b) que el LAJ, mediante decreto, decidirá sobre la provisión solicitada y ordenará a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial y no tuviesen derecho a la asistencia jurídica gratuita, que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del tribunal, en el plazo de cinco días. Transcurrido dicho plazo, si no se hubiere depositado la cantidad establecida, el perito quedará eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación; c) Cuando el perito designado lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior; y d) Terminada la práctica de la prueba pericial el perito presentará su factura o minuta de honorarios, a la que se dará la tramitación prevista en cuanto a las impugnaciones de tasaciones de costas por honorarios excesivos que proceda, y firme que sea la resolución que recaiga se procederá a su pago.

Otras particularidades o modificaciones que en este caso sí se introduce de forma expresa en el art. 346 son que el perito designado judicialmente deberá hacer llegar al tribunal por medios electrónicos su informe, y que, bien por

solicitarlo las partes, bien por ser acordado de oficio por el tribunal, *“Cuando el perito que deba intervenir en el juicio o la vista resida fuera de la demarcación judicial del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia”*.

1.7. Régimen de recursos contra las resoluciones adoptadas en el acto de la vista en materia de prueba. Facultad del juzgador para el trámite de conclusiones

Conforme a la pequeña modificación introducida en el art. 446 de la LEC, en el juicio verbal contra las resoluciones del tribunal sobre admisión o inadmisión de pruebas en el acto de la vista cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y, si se desestimare, la parte podrá formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia. Ello casa con la redacción de la disposición general aplicable a todos los procesos declarativos que recoge el art. 286.2 de la LEC.

Por otro lado, se mantiene la redacción del artículo 447.1 de la LEC, que señala que *“Practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones”*. Por tanto, se mantiene para el juzgador el carácter facultativo o discrecional de conceder un trámite de conclusiones a las partes; quizás el hecho de que se haya elevado la cuantía del juicio verbal hasta un límite cuantitativo tan alto como es 15.000 euros, dé lugar a un cambio de postura con respecto a este trámite facultativo, si bien es algo que está por ver, teniendo en cuenta el volumen habitual de las agendas de señalamientos de los juzgados y el hecho, nada despreciable, de que al encontrarnos en el ámbito del juicio verbal no es tan fácil prever con antelación la prueba de la que van a intentar valerse las partes (y que solo se va a conocer en el propio acto de la vista, informes periciales aparte), lo que puede ocasionar distorsiones en la duración inicialmente prevista del juicio.

1.8. La previsión de las diligencias finales en el Juicio Verbal

Se ha introducido en el Artículo 445 de la LEC una modificación, de modo que ya no solo se prevé que en materia de prueba, y de presunciones, será de aplicación a los juicios verbales lo establecido en los capítulos V y VI del Título I del presente Libro, (es decir, los artículos 281 a 386 de la LEC), sino también los artículos 435 y 436 que regulan las diligencias finales,

cuya regulación, en síntesis, implica la posibilidad de que a instancia de parte se practiquen aquellas pruebas admitidas que por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado o que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.

Las diligencias se llevarán a cabo dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida en la LEC para las pruebas de su clase, lo que obviamente implicará un nuevo señalamiento de fecha y hora para su práctica: este plazo ya cabe augurar que está abocado al fracaso teniendo en cuenta la dificultad de señalar su práctica en un plazo tan breve donde hay altas probabilidades de coincidencia de señalamientos de los Letrados que deban intervenir en su práctica, por no mencionar los inconvenientes que conlleva para quien debe dictar sentencia en un juicio hecho “por partes” con una distancia temporal evidente entre ellas y que normalmente implica la necesidad de volver a visionar nuevamente la grabación de la vista inicial, y si a ello le añadimos que a efectos de módulos de productividad para jueces fijados por el Consejo General del Poder Judicial, las Sentencias dictadas en juicios verbales de tráfico se valoran como 2’15 horas de trabajo, incluido el estudio previo, la celebración del juicio y la elaboración de la sentencia, resulta desmotivador.

Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado. Quiero llamar la atención sobre la “contradicción” que, ab initio, puede suponer que no haya trámite legal obligatorio de conclusiones en el juicio verbal y que, sin embargo, haya posibilidad de valorar por escrito la prueba practicada como diligencia final.

1. 9. Modificaciones en materia de recursos

No ha sido objeto de modificación el requisito de la previa consignación que establece el art. 449.3 de la Lec al señalar que *“3. En los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación o casación, si, al interponerlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto. Dicho depósito no impedirá, en su caso, la ejecución provisional de la resolución dictada”*.



Sin embargo, el Real Decreto Ley que analizamos sí ha introducido importantes modificaciones en relación con la tramitación del recurso de apelación, que se pueden sintetizar en las siguientes:

* En primer lugar, en el artículo 455 LEC se mantiene la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta supere los 3.000 euros, sin embargo, sí se modifica la competencia para la tramitación del recurso, que en estos supuestos corresponderá *“2.º Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción”*, modificándose igualmente el artículo 458.1 de la LEC, de modo que respecto de la presentación del recurso se indica que *“El recurso de apelación se interpondrá, cumpliendo en su caso con lo*

dispuesto en el artículo 276, (es decir, con traslado al resto de partes personadas, en su caso), ante el tribunal que sea competente para conocer del mismo, en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución impugnada, debiendo acompañarse copia de dicha resolución”, manteniéndose en su apartado 2, en cuanto al contenido del recurso, que *“En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna”*.

* en cuanto a la tramitación, el mismo artículo 458 de la LEC señala que, y con carácter previo a la decisión de admisión o inadmisión a trámite del recurso, el Letrado de la Administración de Justicia de la AP, en el plazo de tres días, deberá dictar diligencia de ordenación requiriendo el traslado de los autos del órgano

que dictó la resolución apelada, cuyo letrado de Administración de Justicia dará traslado de los autos y notificará a las partes no recurrentes para que comparezcan ante el órgano de apelación competente.

Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiere formulado dentro de plazo, en el plazo de tres días el letrado o letrada de la Administración de Justicia tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre su admisión.

Si el tribunal entendiera que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará auto acordando la inadmisión y la remisión de las actuaciones al órgano que hubiera dictado la resolución objeto de recurso. Esta nueva regulación, en la que es el propio Tribunal de apelación el que, en su caso, dicta el auto denegando la tramitación del recurso, hace que haya desaparecido, en el art. 494 de la LEC, la posibilidad de recurrir en queja los autos en que se denegaba por el juzgado de primera instancia la tramitación del recurso de apelación, manteniéndose este recurso de queja únicamente ante el Tribunal Supremo contra los autos en los que se deniegue por la Audiencia Provincial la tramitación del recurso de casación.

Contra la resolución por la que se tenga por interpuesto el recurso de apelación no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso a que se refiere el artículo 461 de esta ley.

Una vez interpuesto y admitido a trámite el recurso de apelación, queda igualmente modificada la oposición al recurso en lo dispuesto en el art. 461.1 de la LEC, de modo que del escrito de interposición del recurso de apelación, el letrado o letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable.

En lo demás, (incluida la posibilidad de solicitar prueba en la segunda instancia), mantiene su anterior redacción.

* Sí debemos tener en cuenta que se modifica el artículo 398 de la LEC, de tal forma que los recursos de apelación y casación dejarán de estar exentos de imposición de costas en los su-

puestos de estimación parcial o total. Así, en cuanto a los recursos de apelación, se regirán por lo dispuesto para la condena en costas de la primera instancia del artículo 394 de la LEC en virtud de la remisión que realiza el art. 398.1 de la LEC: *"1. En los casos de un recurso de apelación, en cuanto a las costas del recurso, se aplicará lo dispuesto en el artículo 394"*. Y por lo que se refiere al recurso de casación, conforme a la modificación introducida en el art. 398.2 y 3 de la LEC, su desestimación total llevará aparejada la imposición de costas a la parte recurrente, salvo que la Sala aprecie circunstancias especiales que justifiquen otro pronunciamiento, mientras que si fuere estimado total o parcialmente, no se impondrán las costas a ninguna de las partes.

Por otro lado, el juzgado de primera instancia mantendrá su competencia funcional para conocer de la ejecución provisional de la resolución recurrida conforme a la modificación operada en el art. 463 de la LEC, que señala que *"Si se hubiere solicitado la ejecución provisional, quedará en el tribunal de primera instancia testimonio de lo necesario para dicha ejecución"*.

Cuando se hubiere solicitado después de haberse remitido los autos al tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de este testimonio de lo que sea necesario para la ejecución."

* finalmente, la reforma ha suprimido el recurso extraordinario por infracción procesal con autonomía propia, estableciendo ahora el art. 466 de la LEC que *"Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas interponer el recurso de casación"*, el cual, conforme al art. 477.2 de la LEC, habrá de fundarse *"en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concorra interés casacional"*.

1.10. Mirando más allá: posibles efectos prejudiciales en casos de colisiones múltiples o de pluralidad de demandantes y de procedimientos

En particular, quiero referirme a esta posibilidad cuando se trate de Sentencias dictadas en primera instancia en asuntos de cuantía no superior a 3.000 euros y que conforme al art. 222.4 tengan eficacia prejudicial en procedimientos seguidos ante otros juzgados. Recordemos que el citado artículo señala que *"4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso"*

vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto (...)”.

Imaginemos un supuesto en el que hay varios perjudicados en un mismo accidente de tráfico; que tras la reclamación previa efectuada por separado por cada uno de los perjudicados, la compañía aseguradora del vehículo causante emite una respuesta motivada por la que considera que no hay relación causal entre las lesiones por las que se reclama y el siniestro, porque no concurre el criterio de intensidad del art. 135 del TR de la LRCSCVM, y que se aportan a los reclamantes tanto el informe de biomecánica como los informes periciales médicos.

Si por la razón que sea, los perjudicados demandan finalmente por separado, dando lugar a la incoación de diferentes procedimientos judiciales ante distintos juzgados de primera instancia de un mismo partido judicial, podría darse la circunstancia de que, bien por la mayor gravedad de las lesiones padecidas o reclamadas por unos perjudicados frente a otros, que provoca que la formalización de la reclamación judicial se posponga en el tiempo, o porque uno de los perjudicados únicamente reclame por daños materiales; bien por la mayor celeridad en la tramitación de la demanda por menos retraso en un juzgado de primera instancia que en otro, o por circunstancias análogas, una vista se celebre antes que otra, lo que podría abocarnos a la paradójica situación de que un juzgado de primera instancia dictase sentencia considerando que, efectivamente, no existe relación de causalidad por no concurrir el criterio de intensidad sobre la base del informe de biomecánica, desestimando por tanto la demanda, y que esa sentencia, (recordemos: firme para el caso de tratarse de un procedimiento de cuantía inferior a 3.000 euros), desplegara efecto positivo prejudicial sobre las sentencias que tuvieran que dictar el resto de juzgados de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el art. 222.4 de la LEC.

Cabría pensar que esta “anomalía” o efecto perverso del sistema se podría evitar acudiendo al cauce de la acumulación de procedimientos regulada en los art. 74 a 97 de la LEC, pero esto no siempre va a ser posible, y en tal sentido, téngase en cuenta que conforme dispone el art. 77.5 de la LEC “*Para que sea admisible la acumulación de procesos será preciso que éstos se encuentren en primera instancia, y que en ninguno de ellos haya finalizado el juicio a que se refiere el artículo 433 de esta ley*”: el art. 433 de la LEC es el que regula la vista del juicio ordinario, pero considero que la previsión deberá extenderse igualmente al caso del art. 443 de la LEC, esto es, cuando en alguno de los procesos acumulables ya se haya celebrado el juicio y esté solamente pendiente del dictado de sentencia, no será posible la acumulación, aunque sí podría solicitarse en determinados casos la suspensión del más moderno por prejudicialidad civil conforme al art. 43 de la LEC.

BIBLIOGRAFÍA

Javier Tajadura Tejada (Profesor de Derecho Constitucional de la Univ. Del País Vasco): “Exposiciones de motivos y preámbulos”

Trabajos de Salas, Astarloa, Jiménez Campo, Santolaya, etc.

Sinopsis realizada por: Piedad García-Escudero Márquez, Letrada de las Cortes Generales, Profesora titular. Universidad Complutense. Junio, 2005, (Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011, Y Actualizada por Mercedes Cabrera, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2018.)

Nota-Juridica-Real-Decreto-Ley-6-2023.pdf (Pérez - Llorca)

<https://vlex.es/vid/principio-constitucional-proceso-civil-481094462>



doctrinaa

Responsabilidad Civil de los centros educativos en supuestos de bullying

Miguel Ángel Crespo Pensado
Grado en Derecho
Máster en Responsabilidad Civil

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CONCEPTUACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL BULLYING
 - 2.1. DEFINICIÓN DE BULLYING
 - 2.2. CIBERBULLYING
 - 2.3. CASUÍSTICA DEL BULLYING EN ESPAÑA
- III. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS EDUCATIVOS
 - 3.1. LEY ORGÁNICA 8/1985 DE 3 DE JULIO, REGULADORA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN
 - 3.2. LEY ORGÁNICA 2/2006 DE 3 DE MAYO, DE EDUCACIÓN
 - 3.3. LEY ORGÁNICA 8/2021 DE 4 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA FRENTE A LA VIOLENCIA
 - 3.4. CÓDIGO CIVIL
 - 3.5. LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO
 - 3.6. CÓDIGO PENAL
 - 3.7. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
- IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
 - 4.1. STSJ PV 93/11, “CASO JOKIN”
 - 4.2. SAP 737/2008 DE MADRID, RESPONSABILIDAD IN VIGILANDO
 - 4.3. STSJ M 413/2020, CARENCIA PROBATORIA
 - 4.4. SAP 107/2014 DE VALENCIA. DEFENSA DE POSIBLE RC IN VIGILANDO CULPANDO AL CENTRO EDUCATIVO
 - 4.5. 139/2016 SAP DONOSTI, PROFESORA FRENTE A CENTRO ESCOLAR Y PADRE DE ALUMNA
 - 4.6. SAP 3/2023 DE MADRID, RACISMO EN EL CENTRO ESCOLAR
 - 4.7. SJCA 88/2021 DE BADAJOZ, INEXISTENTE NEXO CAUSAL
 - 4.8. SAP 836/2020 DE BARCELONA, DIFICULTAD CUANTIFICACIÓN DAÑO MORAL
- V. CUESTIONES PROCESALES
 - 5.1. PRUEBA DE EXISTENCIA DE ACOSO ESCOLAR
 - 5.2. PRUEBA DE NEGLIGENCIA DEL CENTRO ESCOLAR
 - 5.3. DIFICULTADES PROBATORIAS
- VI. CONCLUSIONES
- VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Nos encontramos ante un asunto de actualidad, al sucederse diversos casos de suicidios de menores en España que pueden estar relacionados con el acoso de terceras personas, pudiendo existir responsabilidad indirecta tanto de los tutores legales como de los centros educativos donde se suceden los casos de acoso.

El incremento de bullying en los últimos años, derivado también de un uso irresponsable de las redes sociales puede provocar una mayor inestabilidad emocional en terceras personas, derivando en el último caso en el acto de suicidio. Analizaré la jurisprudencia existente derivada de daños a terceros ocasionada por el bullying entre menores en el que pueda existir una responsabilidad indirecta por parte de los centros educativos donde estuvieran adscritos los menores.

Los principales objetivos que se van a intentar desgarnar con el presente trabajo son los siguientes:

- I. Conocer la incidencia real de la responsabilidad de los centros educativos en casos de bullying.
- II. Desgranar las leyes que protegen a las víctimas de este tipo de situaciones.
- III. Sensibilizar sobre la injerencia del bullying y otras modalidades de acoso en la salud mental de las víctimas.
- IV. Establecer las principales cuestiones probatorias.
- V. Desgranar las peculiaridades y trabas existentes en los efectos probatorios en este tipo de casos.

II. CONCEPTUACIÓN Y DELIMITACIÓN DEL BULLYING

2.1. Definición de bullying

Analizando el acrónimo de la palabra bullying, se puede comprobar que viene de dos conceptos anglosajones, por un lado “bully”, cuya definición concreta en castellano sería la de “matón”¹ y por otro lado la terminación “ing”

siendo esta una conjugación gramatical inglesa que se usa para describir una acción en progreso. Es decir, la propia palabra nos viene a decir que se trata de un acto continuado de hostigamiento e intimidación frente a un tercero.

Una de las primeras definiciones que se da al concepto de bullying es “una conducta de persecución física y/o psicológica que realiza un estudiante contra otro, al que elige como víctima de repetidos ataques” (Olweus 1983). Otras definiciones que complementan a la anterior han sido dadas por otros expertos en materia “la proliferación de conductas agresivas de tipo físico y verbal entre alumnos o hacia los maestros” (Godas, Santos y Lorenzo 2008).

Según la Doctrina de la Fiscalía General del Estado, en su instrucción 10/2005 de 06 de octubre, distingue los hechos esporádicos de violencia entre menores del acoso escolar, al cual define de la siguiente forma “Debe deslindarse el acoso escolar de los incidentes violentos, aislados u ocasionales entre alumnos o estudiantes. El acoso se caracteriza, como regla general, por una continuidad en el tiempo, pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima, siendo frecuente que el mismo sea la resultante del empleo conjunto de todas o de varias de estas modalidades”².

De igual manera, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas sentencias: STS 1122/1998 de 29 de septiembre, STS 819/2002 de 8 de mayo, STS 1218/2004 de 2 de noviembre, entre otras.

Existen numerosas definiciones adicionales o complementarias, pero con las aportadas podemos comprobar que el bullying se puede definir como el acoso persistente de una persona a otra, disponiendo para tal fin numerosos actos, sin que impliquen únicamente la violencia física, pudiendo provocar en la víctima numerosos perjuicios de índole no sólo física, sino también psicológicas.

2.2. Cyberbullying

En las últimas décadas, internet ha cambiado la forma de conectarse de las personas, siendo mucho más accesible el contacto social

¹ Definición de la RAE del término matón: persona jactanciosa y pendenciera, que procura intimidar a los demás.

² Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil. Doctrina General del Estado. Artículo 1.1. Notas características del acoso escolar.

a través de las herramientas que se han puesto en manos de la sociedad y que basan su uso en la citada Red de Redes.

Dentro de las herramientas comentadas, debemos hacer especial hincapié en la mensajería instantánea, así como en las redes sociales. En ambos casos permiten a los usuarios estar en contacto permanente y constante entre sí.

Podríamos definir el ciberbullying como la persecución hacia un tercero a través de medios telemáticos, una definición más concreta la define Belsey (Belsey, 2005) el ciberbullying es “el uso de algunas Tecnologías de la Información y la Comunicación como el correo electrónico, los mensajes de teléfono móvil y la mensajería instantánea, los sitios personales vejatorios y el comportamiento personal en línea difamatorio, de un individuo o grupo, de deliberadamente y de forma repetitiva y hostil, pretende dañar a otro”.

La instauración de las redes sociales dentro de lo cotidiano en nuestra sociedad, ha provocado que se hayan incrementado los casos de ciberbullying, dando una mayor facilidad a los agresores dada la posibilidad de realizar en cualquier momento y lugar el acto de acoso usando para ello medios telemáticos. Además, el oscurantismo de la red y la facilidad para ocultar al usuario que realiza la acción, puede provocar que el acosador se vea más protegido y, por tanto, que continúe con las acciones de acoso sobre su víctima. Destacar que en muchas ocasiones los acosadores actúan de manera anónima en la red, evitando exponerse ante la propia víctima, además, la capacidad de divulgación de internet, y más concretamente de las redes sociales, puede provocar una mayor difusión del acoso realizado, obteniendo un mayor perjuicio sobre la víctima.

Existen subtipos de ciberbullying, como pueden ser el sexting (envío de imágenes o similar de la víctima de carácter sexual), doxing (revelación de datos personales de la víctima), happy slapping (podemos definirlo textualmente como “palizas felices” siendo el acto de grabar una acción de dicho tipo para difundirlo en redes), dissing (difusión de información cruel o malintencionada de la víctima), etc.

2.3. Casuística del bullying en España

Es complejo poder establecer con exactitud la cantidad de casos de bullying que se dan actualmente en España. Según las estadísticas publicadas por Bullying Sin Fronteras, y

en colaboración con la Organización Mundial de la Salud, España es el tercer país a nivel mundial donde más casos de bullying y ciberbullying se suceden, ascendiendo a la cifra a 69.554 casos³.

Más prudentes son las estadísticas obtenidas en el estudio realizado por la Fundación de Ayuda a Niños y Adolescentes (Fundación ANAR), donde especifican en su informe de 2022 que el porcentaje de alumnos que considera que en su propia clase existen casos de bullying, en cualquiera de sus modalidades, asciende al 8,2 %⁴.

Muy similar a esta última estadística, encontramos lo estipulado por el Ministerio de Educación y Formación Profesional en su estudio de convivencia escolar, realizado por la Universidad de Alcalá de Henares, donde señala que el 9,53% de los alumnos se ha sentido acosado y un 9,2% ciber-acosado⁵.

Por otro lado, la Comunidad de Madrid en su informe anual⁶ establece que dentro de la citada región el porcentaje de alumnos que presenta indicadores de “potencial acoso escolar” asciende únicamente al 0,60%. Este porcentaje es muy dispar a los anteriores sin poder determinar realmente cual es la casuística real.

Los datos que disponemos para poder acreditar realmente la cantidad de casos existentes en España por acoso escolar son muy dispares, por lo que es complejo poder ver la magnitud real del problema existente.

No obstante a lo anterior, en los últimos tiempos se han producido diversos casos que se han mediatizado y que podrían guardar rela-

3 ESTADÍSTICAS MUNDIALES DE BULLYING. 2022/2023. ESPAÑA TERCER LUGAR. 69.554 casos. 2022/2023, recuperado de: <https://bullingsinfronteras.blogspot.com/2016/11/estadisticas-de-acoso-escolar-o.html#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20estudio%20de%20la,tipo%20de%20acoso%20y%20ciberacoso>.

4 ANAR y Mutua Madrileña presentan el IV Informe 'La opinión de los estudiantes' sobre acoso escolar, 13/09/2022, recuperado de: <https://www.anar.org/repunta-el-acoso-escolar-segun-el-iv-informe-la-opinion-de-los-estudiantes-de-anar-y-mutua-madrilena/>

5 Ministerio de Educación y FP, 03/05/2023 “El Ministerio de Educación y FP presenta el mayor estudio de convivencia escolar realizado en este ámbito”.

6 VI Informe Regional Acoso Escolar 2020-2021, Comunidad de Madrid, recuperado de: <https://www.educa2.madrid.org/web/convivencia/i-informe-regional-acoso-escolar>.

ción con casos de acoso entre menores. Las víctimas, decidieron poner fin a sus vidas de forma abrupta. El daño moral puede ser tan incipiente que puede provocar autolesiones en la víctima que lo sufre, siendo el último extremo el propio suicidio de la víctima. Según la información que traslada bullying sin fronteras son al menos 7 suicidios⁷ en los últimos meses, todos ellos por posible acoso escolar.

III. PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

Antes de analizar lo predispuesto en el código civil y establecer la posible responsabilidad de los centros educativos, conviene que revisemos la legislación afecta en nuestro país.

3.1. Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

En primer lugar, debemos ver lo predispuesto en la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, don-

de se estipulan tanto los derechos como los deberes del propio alumnado.

Dentro del artículo 6 de la citada normativa, entre los derechos de los estudiantes, debemos destacar los apartados “b” y “g” del punto tercero, se especifica textualmente: “a que se respete su identidad, integridad y dignidad personal” y “a la protección contra toda intimidación, discriminación y situación de violencia o acoso escolar”⁸.

Por otro lado, en el mismo artículo de la ley se establecen como deberes del alumnado en el apartado 4 del mismo artículo y bajo los epígrafes e, f y g “participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros y compañeras a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado”, “respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la diversidad, dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa” y “respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo”⁹.

⁷ Ola de suicidios por bullying en niños y adolescentes en España en 2023, recuperado de: <https://joven-seguro.com/sin-categoria/ola-de-suicidios-por-bullying-en-ninos-y-adolescentes-en-espana-en-2023/>

⁸ Artículo 6, apartado 3 de Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

⁹ Artículo 6, apartado 4 de Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.



Por tanto, nuestra propia legislación nos indica que el propio alumnado no sólo tiene el derecho de no sufrir ningún tipo de vejación, acoso ni molestia mientras que se encuentre en su centro escolar, además, establece que el mismo debe respetar al resto de alumnos, así como al resto de miembros de la comunidad educativa. Es decir, le impone una serie de obligaciones y derechos que se deben cumplir, siendo el propio centro educativo quien vele por su cumplimiento.

3.2. Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación

En este punto, es importante reseñar la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación (LOE en adelante). Se trata de la normativa estatal que reglamenta los preceptos mínimos de regulación que deben tener en cuenta las Comunidades Autónomas a la hora de realizar sus normativas estatutarias en materia de educación¹⁰.

El artículo 124 de la LOE regula las Normas de organización, funcionamiento y convivencia de los centros escolares, dispone de los siguientes apartados que conviene analizar:

- 1.- Predispone que los centros educativos deberán disponer de un plan de convivencia donde establezcan los derechos y deberes de los alumnos del propio centro, así como las actuaciones que tengan previstas para la resolución de los conflictos existentes.
- 2.- Deberán establecer las medidas correctoras e indica que el plan de convivencia debe ser de obligado cumplimiento. Establece además que las medidas correctoras deben ser siempre en aras de reeducar al alumno y proporcionales a la falta cometida. Dentro de las mismas establece incluso la expulsión temporal o definitiva del centro.
- 3.- La autoridad pública en los centros educativos será tanto el equipo técnico del mismo como los profesores y profesoras del centro. Disfrutarán de la presunción de veracidad salvo prueba en contra.
- 4.- Las Administraciones dispondrán que los centros puedan tener sus propias normas organizativas y correctoras.
- 5.- Serán las Administraciones educativas quie-

nes regularán los protocolos de actuación frente a los indicios de bullying, ciberbullying, acoso sexual, violencia de género, etc., debiendo disponer de un coordinador de bienestar y protección. Es obligación de la dirección del centro escolar el informar debidamente a la Administración de cualquier caso de la presente índole.

Todo ello establece que debe ser el propio centro escolar, en base a las normativas autonómicas correspondientes, quienes establezcan un plan de convivencia que debe ser cumplido por parte de la totalidad de los integrantes del propio centro, inclusive los alumnos.

Sin embargo, las Comunidades Autónomas regirán planes mínimos de convivencia, que podrán ser ampliados por los propios centros educativos. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en el Decreto 32/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid que dispone su capítulo IV exclusivamente para las conductas contrarias a la convivencia en los centros escolares de la Comunidad de Madrid.

Conviene resaltar dentro de la citada normativa se incluyen actuaciones correctoras que debe llevar a cabo el centro incluso cuando el alumnado realice las acciones sancionadoras fuera del mismo "También los centros en el marco de su autonomía incluirán en las normas de organización y funcionamiento, medidas correctoras conforme al presente decreto para aquellas conductas de los alumnos que, aunque llevadas a cabo fuera del recinto escolar, estén motivadas o directamente relacionadas con la vida escolar y afecten a los derechos de algún miembro de la comunidad educativa o impliquen riesgo para su seguridad e integridad física y moral"¹¹.

3.3. Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Cómo legislación más reciente que guarde relación con los supuestos a tratar en la presente, encontramos la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

¹⁰ Artículo 6 bis, apartado 3 de Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo.

¹¹ Artículo 31, apartado 2 del Decreto 32/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid.

Esta normativa viene a completar las anteriormente descritas, todo ello por indicaciones precisas desde el Comité de los Derechos del Niño (CDN en adelante) quien en su informe de 2018 detectó la necesidad de redactar una ley como la presente, en aras de buscar una analogía con la normativa estipulada en violencia de género.

La presente Ley se disgrega en diversos títulos, destacó los más relevantes:

El Título Preliminar hace mención a diversos aspectos fundamentales que busca la presente ley, que pueden resumirse en la necesidad de garantizar los Derechos fundamentales de la infancia, poniendo para tal fin diversos medios, entre los que cabe destacar la formación, cooperación entre administraciones, colaboración público-privado entre otras.

El Título I Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia nos cita los derechos disponibles para los menores, entre otros “Derecho a ser escuchado, Derecho a la información y asesoramiento, Derecho a la atención integral”.

El Título II Deber de comunicación de situaciones de violencia, la presente normativa nos indica que todo ciudadano está obligado a comunicar de forma inmediata cualquier caso de violencia que haya sido ejercida frente a un menor de edad.

Importante y más reseñable lo descrito en su artículo 16 “Deber de comunicación cualificado”, donde se deja indicado que será especialmente exigible a aquellas personas que por su profesión u oficio tengan la encomienda la asistencia, cuidado, enseñanza o la propia protección de menores y que en su propia encomienda sean conocedores de posibles sucesos de violencia sobre los mismos. Dentro de sus competencias se encuentra avisar, si así fuera preciso, a los servicios sociales correspondientes.

En su artículo 18 establecen que todo centro educativo debe tener a disposición del alumnado toda la información, así como los protocolos de actuación en situaciones de esta tipología.

Igualmente, en su artículo 19 se hace referencia a que, cualquier ciudadano debe avisar a las Fuerzas de Seguridad del Estado o a la autoridad competente de cualquier forma de violencia que pueda sufrir un menor a través de Internet.

El título III trata sobre la prevención, información y sensibilización de este tipo de situaciones de violencia sobre menores, no obstante, conviene detenerse adicionalmente en su capítulo IV, donde nos cita lo correspondiente al ámbito educativo.

Reseñable su artículo 31 donde establece la necesidad de que cada Centro Educativo disponga de un plan de convivencia de conformidad con el artículo 124 de la LOE. En su artículo 34 la necesidad de disponer de protocolos de actuación. En el artículo 35 se establece la necesidad de que cada centro escolar disponga de un coordinador o coordinadora de bienestar y protección, quienes tendrán las obligaciones de realizar planes de formación sobre la prevención, detección precoz y protección de los menores, coordinar los protocolos de actuación con las administraciones educativas, etc.

Tal y como se puede analizar, nos encontramos nuevamente con una normativa que busca fomentar la prevención y formación en aras de evitar este tipo de situaciones, además de buscar la detección precoz de situaciones de riesgo sobre los menores de edad, en aras de solventar aquellas situaciones dañinas sobre los mismos.

3.4. Código Civil

Según se cita en el artículo 1903 del Código Civil “Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”¹², es decir, los propios centros educativos de enseñanza no superior deben responder por los daños y perjuicios que pueden ocasionar los menos adscritos al mismo, debiendo existir un claro control sobre los menores tutelados.

No obstante, el mismo artículo muestra una salvedad que puede eliminar la posible responsabilidad del centro “La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”¹³.

12 Artículo 1903 del Código Civil.

13 Idem.

Lo estipulado en el código civil, sumado a las leyes citadas anteriormente, provocan que los centros educativos dispongan además de los protocolos de convivencia correspondientes, medidas de control en aras de evitar los daños que se produzcan como consecuencia de hechos acaecidos dentro del propio centro escolar, sin embargo, establecen que carecerán de responsabilidad en el caso de disponer de una clara prevención y el establecimiento de protocolos suficientes para que su actuar sea considerado como el de buen padre de familia.

3.5. Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Debemos recordar que los centros educativos públicos se deben regir directamente por la presente Ley, correlacionada con el Derecho Administrativo de las entidades Públicas.

La presente Ley desarrolla en su sección 1ª la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En este aspecto es importante reseñar su artículo 32.1 donde se indica que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Debemos considerar como funcionamiento anormal aquel que, por negligencia y/o omisión del centro educativo público, haya podido ocasionar lesiones en un integrante del propio centro educativo.

3.6. Código Penal

Nuestro Código Penal no recoge ningún artículo genérico sobre el posible acoso en el ámbito escolar, sin embargo, recordemos que la mayor parte de las injerencias sobre la víctima tendrían correlación con otros artículos de nuestro Código Penal, en concreto se podrían ver afectados, entre otros, los siguientes artículos:

- Lesiones (art. 147 y ss.).
- Amenazas (art. 169, 170 y 171).
- Coacciones (art. 172).
- Contra la integridad moral (173 y ss.).
- Injurias (art. 205 y 207).
- Calumnias (208 y 210).

- Delitos de odio (510 y ss.)¹⁴.

Por tanto, nuestro Código Penal no entra a valorar el acoso en el ámbito escolar per sé, sin embargo, podría entrar a calificar de manera más específica los posibles delitos cometidos en este ámbito.

3.7. Constitución Española

Mención adicional debemos realizar a nuestra Ley de Leyes, donde figuran dos artículos inherentes a los Derechos de los ciudadanos de nuestro país.

En concreto debemos referir a los artículos 10.1 “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” e incluso con mayor repercusión en lo referido en su artículo 15.1, donde refiere “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Por último, se debe citar el artículo 106.2 “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 en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, por dicho motivo, todo particular que se vea afectado por la negligencia u omisión en la gestión de un servicio público, en este caso los centros educativos, tendrán derecho a ser indemnizados por las lesiones sufridas.

IV. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En el presente epígrafe se procede a realizar un análisis jurisprudencial sobre el acoso escolar.

4.1. STSJPV 93/11, “Caso Jokin”

El caso Jokin es uno de los casos más significativos que han existido en la historia de España, donde el menor, Jokin Ceberio, decidió quitarse la vida a los catorce años de edad.

¹⁴ Conviene referenciar la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

El presente caso finaliza con la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala de lo Contencioso, sección 3 de Bilbao que procedemos a analizar, no sin antes indicar que los hechos acontecidos han sido debidamente probados en la jurisdicción penal¹⁵, se exponen a continuación los datos más relevantes del caso:

El 15 de septiembre de 2003, la víctima sufrió un episodio gástrico severo que provocó el inicio de numerosas burlas por parte de sus compañeros, durante aproximadamente dos semanas. Estas actuaciones cesaron tras la intervención de la jefa de estudio quien comentó el asunto con los menores implicados y posteriormente avisó al padre de la víctima para informarle de lo acontecido y con el fin de que vigilara la actitud del menor.

Entre julio y agosto de 2004, la víctima y su grupo de amigos fueron sorprendidos fumando sustancias prohibidas (hachís) en un campamento de verano. Los menores implicados consiguieron interceptar la correspondencia enviada por los monitores del campamento y cuyos destinatarios eran los padres de los mismos, salvo Jokin, que no detuvo la correspondencia por lo que sus padres tuvieron conocimiento de lo acaecido.

Tras hablar los padres de la víctima con el resto de padres de la cuadrilla de Jokin, empezaron a tratarle como de chivato, distanciándose del mismo y aprovechando cualquier ocasión que dispusieran para reprocharle lo acontecido.

Una vez iniciado el nuevo curso escolar, en pleno cambio de profesores entre clases, uno de los compañeros de la víctima le agredió físicamente. Además, el resto de la citada cuadrilla que compartía clase con la víctima aprovechaba esos intercambios de clase para agredirle verbal y físicamente.

El día siguiente, 14 de septiembre, al acercarse la víctima a otra clase, es intercedido nuevamente por varios menores que deciden insultarle y golpearle de manera abrupta, con puñetazos y patadas incluso encontrándose Jokin indefenso en el suelo de la clase.

El día 15 de septiembre, habiendo transcurrido un año desde su indisposición estomacal, el resto de menores decide dejar varios rollos de papel higiénico sobre la mesa de Jokin así como desparramados por el suelo a su alrede-

dor. La profesora que verificó dichos hechos, al desconocer lo acontecido solicitó a la propia víctima y a los compañeros de los alrededores que recogieran el citado papel. Además, dicho día en la clase de gimnasia los compañeros, valiéndose de la actividad que les permitía cierto ocultamiento, aprovecharon para golpear de manera agresiva con balones a la víctima.

Ese mismo día siguieron con vejaciones e insultos. Debemos destacar que Jokin no se defendía de las agresiones sufridas.

Los días 16 y 17 de septiembre el menor no acudió al centro escolar, por lo que la jefa de estudios se puso en contacto con los padres de Jokin para saber las circunstancias. Los padres del menor, desconociendo este hecho, realizaron una serie de preguntas al mismo hasta que les confesó todo lo acontecido en su centro educativo.

La jefa de estudios contacta nuevamente con los padres de Jokin en sábado para saber lo acontecido, además, el lunes siguiente la citada responsable del centro educativo habla con los menores implicados, reconociendo los hechos. Posteriormente cita a la totalidad de los padres el día siguiente para tratar una reunión sobre lo acontecido.

Poco antes de la reunión, la madre de la víctima pone en aviso a la responsable del centro educativo que el menor, Jokin, no se encuentra en su domicilio, desconociendo su paradero. La reunión posteriormente se celebró por la tarde con discusiones y afrentas verbales entre los padres de los menores.

El día siguiente, aparece el cuerpo de la víctima en los alrededores de la muralla de Hondarribia. En la autopsia se revelan diversos hematomas que disponía el cuerpo y que se produjeron días antes del fallecimiento.

Sin entrar en detalles sobre la sentencia recaída frente a los menores en el juzgado competente, donde se indica que no existe prueba suficiente para saber si la causa del suicidio del menor se debe únicamente al acoso sufrido, la Sentencia 93/2011 del Tribunal Superior de Justicia en su sala 3 de Bilbao, establece un pago por los daños morales de 10.000 € a cada uno de los padres de los agresores, sin embargo, establece que no existe responsabilidad civil por parte del centro educativo, eximiendo al mismo de la posible responsabilidad sobre los daños psicológicos y físicos sufridos por Jokin.

¹⁵ SAP 178/2005 de 15 de julio de 2005, Gipuzkoa, sección 1 Penal.



El principal motivo que expone la sentencia para la absolución del centro educativo es por la diligencia mostrada por la jefa de estudios del citado centro. Dado que parte de las agresiones se realizaron entre clases, los docentes no fueron conocedores de las mismas, sin embargo, la jefa de estudios actuó de manera completamente diligente al enterarse de la falta de asistencia de la víctima, contactando con los padres del menor, manteniendo conversaciones telefónicas de manera reiterada con los padres del mismo, incluso en días no lectivos, así como por las gestiones realizadas tanto con los menores implicados como con la convocatoria a una reunión urgente a la totalidad de las familias implicadas en el presente incidente.

La cita textual que conviene reseñar de la sentencia “Lo cierto es que la Sala considera que la actuación de los responsables del centro fue absolutamente diligente”¹⁶.

4.2. SAP 737/2008 de Madrid, responsabilidad in vigilando

En el presente asunto la Audiencia Provincial de Madrid, en su sección 10, realiza una modificación íntegra de la Sentencia en 1ª Instancia que había seguido el Procedimiento Ordinario 38/2007¹⁷ y donde se absolvía al Colegio Suizo de los hechos acontecidos.

¹⁶ Fundamento de Derecho Sexto STSJ 93/11, Sala 3 de lo Contencioso, Bilbao.

¹⁷ Sentencia 38/2007 seguida ante el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Alcobendas.

En el presente asunto, los padres de la víctima interpusieron demanda frente al centro educativo por importe de 30.000 € por los daños morales sufridos por el menor “Joaquín”, de once años de edad.

Los padres del menor instaron la demanda tras el acoso sufrido por Joaquín durante su adaptación al centro educativo, y que finalizó con la grabación que le realizaron al mismo mientras sufría vejaciones y golpes por parte de otros integrantes del centro educativo.

La Sentencia en 1ª Instancia libra al centro escolar, entendiendo que no se trataba de un hecho de hostigamiento, sino una única pelea, imprevisible, entre menores y en unas circunstancias donde ningún profesor se encontraba presente. Resolviéndose la citada pelea con la intervención de una docente del centro, actuando posteriormente contra los menores agresores con una “sanción de ultimátum”.

La exposición de los fundamentos en la Audiencia Provincial es claramente contradictoria a los hechos valorados en primera instancia. En primer lugar, la citada Sentencia indica que el simple hecho de que los menores acudieran al centro escolar con una cámara de grabación denota una premeditación previa, en concreto, se describe como “una estrategia que deja poco margen a la espontaneidad de un mero y aislado enfrentamiento infantil”, además de lo anterior, la intención de difusión de los hechos al haberse grabado infunde una mayor connotación de acoso y burla sobre la

víctima, no debiendo considerarse un hecho aislado.

Por otro lado, dos testificales resultan fundamentales para obtener las conclusiones por parte del Juzgador. El padre de otro menor, no implicado en el presente asunto, testificó que el maltrato a Joaquín era “vox populi”, incluso siendo un punto que se había tratado en diversas reuniones escolares. Además, acudió a testificar la psicóloga que atendió al menor, quien indica que dado el grado de afección del menor no podía considerarse un hecho puntual.

Además de lo anterior, el informe del Defensor del Menor, realizado el 8 de febrero de 2006 deja en evidencia que los daños ocasionados a Joaquín se produjeron de manera continuada, que además otra menor había sufrido acoso en el mismo centro educativo sin una reacción diligente por parte del centro. En el citado informe se hace hincapié en la minusvaloración de la tutora sobre la situación de acoso existente, agravando las conclusiones del juzgador.

Por último, se debe reseñar que el centro educativo negó la falta de diligencia al desconocer la situación vivida por Joaquín, no obstante, el centro debe invertir la carga de la prueba, en este caso sin éxito, dado que los informes citados anteriormente, así como las testificales en las que se sustenta el demandante no han sido contrarrestadas por el centro educativo. Además, la actuación de la docente que intervino no fue completamente diligente como marca el buen padre de familia, al ser la autoridad en dicho momento y no requisar la cámara para observar la realidad de lo acontecido e intentar evitar una difusión posterior.

Respecto a la cuantificación de los daños morales, como bien sabemos es un campo difícil de determinar. En el presente asunto, la Audiencia Provincial estableció como cuantía correcta la reclamada por el demandante, ascendiendo a 30.000 €, entendiendo que dicha cuantía no era excesiva y cuya función es reparadora del daño sufrido.

4.3. STSJM 413/2020, carencia probatoria

En el presente asunto, los progenitores de Crescencia, menor de edad, interpusieron demanda en vía Contencioso Administrativa contra el Ayuntamiento de Madrid, así como contra su entidad aseguradora, Allianz, por los daños sufridos por la menor como consecuencia de un supuesto acoso escolar sufrido en el propio

centro educativo, reclamando 34.340,94 € por daños morales.

La sentencia trata dos periodos diferenciados de tiempo, por un lado, lo acontecido en los cursos cuarto y quinto, analizando los acontecimientos narrados en el sexto curso en otro epígrafe diferenciado.

La parte actora aporta como prueba en el presente asunto un manuscrito de la propia menor afectada, que constaba en el expediente administrativo donde citaba diversas vejaciones sufridas desde su incorporación al centro escolar. Entre otras, la introducción de comida “grasienta” en su abrigo, insultos de diferentes índoles donde reseña en diversas ocasiones que hacían colación a su condición física, sustracción y rotura de diverso material escolar, etc. Además, narra como comentaba cada suceso con los profesores pertinentes, sin que los mismos realizaran actuación alguna al respecto.

Esta situación fue continuada en el tiempo según la versión aportada por la actora, en concreto desde su adscripción al centro, desde el cuarto hasta el sexto curso de primaria, incrementándose los insultos y golpes a medida que pasaba el citado tiempo en el centro escolar.

Además de lo anterior, la parte actora se basa en un manuscrito de otra menor del centro, Visitación, donde reseña los sufrimientos y vejaciones sufridas por Crescencia en el centro escolar. No obstante, no se consideran probatorio el resto de pruebas aportadas, siendo las mismas la declaración psicológica, un manuscrito de otra menor por las inconexiones existentes en el mismo ni tampoco la declaración del padre de la menor, al referir únicamente un caso aislado de cuarto de primaria donde el mismo calificó los hechos de “novatada”.

No obstante, el juzgado determina “tales elementos probatorios no desvirtúan la fuerza de convicción de lo escrito por la menor, ni de lo declarado por la testigo Visitación en relación al 5º curso, que nos merecen credibilidad, por lo que consideramos acreditada la situación de acoso escolar de la menor Crescencia durante el periodo en que cursó 4º y 5º de Primaria...¹⁸”, por tanto, el juzgador estima que existe realmente un acoso escolar sobre la menor, sin embargo, este hecho no prueba la posible culpa en la que puede incurrir el centro escolar. En el fundamento quinto, desvirtúan el efecto probatorio de la parte actora, una inconexa mención en

18 Fundamento 4º STSJM 413/2020

uno de los manuscritos, así como el hecho de que no existe una prueba fundada de la comunicación de la menor con los responsables del centro educativo, y el propio desconocimiento de los padres de la menor y por tanto, la inexistencia de comunicación de los mismos al citado centro, hacen desconocedores a los docentes de la situación de acoso, que aun siendo sufrida por la menor, no es conocida por la dirección ni el personal del centro educativo.

Sin embargo, existe una actuación posterior, ocurrida en el sexto curso que el juzgado desgrana en sus fundamentos sexto y séptimo. En concreto se narran dos agresiones físicas prácticamente continuadas, durante una clase y posteriormente en el recreo. Crescencia puso en conocimiento de su tutor las agresiones sufridas; días más tarde se mantiene una reunión entre el tutor, la jefa de estudios y el director del centro en aras de estudiar la posibilidad de que exista un caso de acoso, sin embargo, tras las indagaciones realizadas y los indicios analizados, entendieron que se trataba de un hecho puntual.

A pesar de lo anterior, tomaron medidas precautorias en aras de vigilar el posible acoso hacia la menor, acercando su posición en clase a la mesa del docente y realizando una mayor vigilancia en las diversas estancias del centro educativo entre otras medidas de vigilancia.

Según estima el propio juzgador, son hechos probados que la menor sufrió acoso durante el transcurso de diversos años, todo ello demostrado tanto por los manuscritos aportados como por los informes psicológicos aportados a posteriori de los hechos narrados, sin embargo, en ninguno de los casos se puede estimar que exista una negligencia del centro educativo, quien actuó como observador, tomando diversas precauciones para evitar el posible acoso sobre la víctima desde el momento en el que tuvieron constancia de la posible existencia del citado acoso.

4.4. SAP 107/2014 de Valencia. Defensa de posible RC in vigilando culpando al centro educativo

Conviene reseñar la presente sentencia de manera somera, dado que la misma no fue interpuesta contra el centro educativo, sino contra los padres de la menor causante del acoso a la víctima. Además, es significativa porque se reclaman los gastos morales sufridos por la menor, así como por la madre de la misma que se vio sometida a una situación de estrés emocio-

nal, constatando un alto nivel angustia, la existencia de labilidad emocional y depresión.

Los hechos narrados en la citada sentencia ocurren tanto dentro del centro como fuera del mismo, incluyéndose entre otro vejaciones y mofas a través de redes sociales, llamadas telefónicas intimidatorias, golpes e incluso la jactación de los golpes proferidos a la víctima a través de las citadas redes sociales.

Uno de los motivos alegados por los padres de la menor causante del acoso es la “falta de legitimación pasiva ad causam o de manera subsidiaria, la falta de litisconsorcio pasivo necesario” al no demandar también en el procedimiento al centro educativo donde recibían enseñanza ambas menores.

Los motivos fundamentales por los que se deniega lo anterior vienen expuestos en el fundamento cuarto de la demanda, entendiendo el juzgador que los hechos se desenvuelven en gran medida fuera del centro escolar “nos hallamos ante una pelea de dos menores, como un hecho aislado, sino ante una situación de acoso, de molestias continuas de la menor Eva María contra la menor Marí Jose que se han desarrollado tanto en el colegio como fuera de él como se desprende de los relatos plasmados en la red social “tuenti” y por la llamada telefónica realizada desde la casa de una tercera menor, por todo ello, estimamos que los padres se hallan legitimados pasivamente para soportar esta acción.”¹⁹.

Por tanto, en el presente asunto el juzgador, sin encontrarse el centro educativo demandado, interpreta que es el propio tutor de la menor quien debe responder por los daños ocasionados.

4.5. 139/2016 SAP Donosti. Profesora frente a centro escolar y padre de alumna

Conviene reseñar la presente sentencia dado que el caso enjuiciado nos demuestra que el acoso en los centros escolares no siempre es sufrido por menores de edad, sino que puede devenir incluso en situaciones de vulnerabilidad en adultos, ocasionadas por la falta de diligencia de centros educativos y de los propios tutores de los menores a su cargo.

El presente asunto se promueve por los daños morales sufridos por D^a Mariola, profesora

¹⁹ Fundamento 4º SAP 107/2014 de 14 de marzo, sección 7, Valencia.

del centro educativo al que procede a demandar, además de a la aseguradora del citado centro y al padre de la menor que genera el acoso sobre la profesora.

Se consideran hechos probados que la acosadora, menor de trece años de edad y alumna de la demandante, valiéndose de una red social "Tuenti", vierte insultos y amenazas contra de D^a Mariola, ofensas e intimidaciones que son visibles para cualquiera que acceda a la red de la citada menor, provocando una fácil difusión de los menoscabos realizados.

Queda probado que diversos alumnos del mismo centro reaccionan en la propia red social a las publicaciones de la menor, incluso obteniendo el menoscabo de otra menor a la demandante.

Sin ser consciente de lo anterior, D^a Mariola observó una degradación cada vez más exhaustiva del comportamiento de los alumnos, donde proferían faltas de respeto y no acataban la autoridad que debe establecer un docente. Este hecho fue puesto en conocimiento del director del centro educativo, no solo por D^a Mariola, sino por diversos docentes que se enfrentaban al menoscabo de su autoridad, sin que él mismo realizara ninguna gestión en aras de solventar la situación sufrida por los profesores.

Queda también probado que incluso tras retirar el móvil D^a Mariola a la menor, fue instada por el director del centro para que procediera a devolver el terminal a la susodicha.

Las injurias vertidas en la red social fueron observadas por un familiar de D^a Mariola, quien comunicó dicho hecho a la demandante. Nuevamente la demandante, comunicó este hecho al director, así como lo puso en conocimiento de diversos profesores, no obstante, el director nuevamente no adoptó medida alguna para atajar la situación observada.

La demandante causó baja médica diagnosticada por la depresión sufrida, siendo un hecho probado mediante los informes psicológicos aportados al procedimiento que no existía otra causa ajena a las viviendas y el estrés sufrido en su puesto de trabajo, provocado por la desobediencia, injurias y falta de educación mostrada por el alumnado, más en concreto por lo generado por la citada menor.

El juzgador resuelve la sentencia condenando a las tres partes demandadas, que recordemos eran el padre de la menor, el centro educativo así como la aseguradora de éste último, ciñéndonos

únicamente a la resolución frente al centro educativo, conviene reproducir con exactitud los motivos expuestos en la sentencia: "ha quedado precisamente acreditado en las actuaciones es que el trastorno adaptativo que padeció D^a. Mariola, es decir, el trastorno que le provocó la depresión sufrida, y que le obligó a permanecer de baja durante el periodo referido, estuvo motivada o tuvo su razón de ser en la actitud negligente en la actuación negligente del director del Colegio, el cual no estableció unas normas claras y precisas en cuanto al uso de tales medios en el referido Centro, a fin de que los alumnos tuvieran perfecto conocimiento de ellas y los profesores pudieran actuar en debida forma, atajando cualquier acto de indisciplina, ni adoptó con la debida rapidez las medidas oportunas, para poner fin a la situación ya mencionada, que se fue creando en sus dependencias, como consecuencia de la actuación inicial de dicha alumna y de la posterior, tanto suya como del resto de sus compañeros"²⁰.

4.6. SAP 3/2023 de Madrid, racismo en el centro escolar

La presente sentencia de segunda instancia narra los hechos acontecidos en un centro escolar sito en Madrid debido a una posible negligencia del centro escolar que ha provocado un sufrimiento a una menor del mismo, Coro, menor de edad, cuya tutora legal reclamaba al centro los daños morales ocasionados por el acoso sufrido por la misma en el aula, en este caso con un componente adicional de racismo. Interesante el presente asunto dado que la demandante no procede únicamente contra el centro educativo, sino que interpone la demanda contra el citado centro, así como contra parte de los componentes del profesorado. En el presente asunto se reclamaba la cuantía total de 35.381,67 €, aunque posteriormente fue incrementada hasta alcanzar los 45.029 € reclamados a favor de la menor, así como 2.100 € para la madre de la misma.

Se consideran hechos probados los continuos ataques verbales que proferían parte de los compañeros de Coro por su color de piel. La menor refiere que entre otros insultos ha recibido los siguientes: "negra", "hija de puta", "chula y color mierda", e incluso se insulta a la menor en plena clase y en presencia de la profesora donde se cita textualmente en el Diario del Aula que gestionaban los profesores "marrón, color mierda. Por ejemplo, Coro tiene color mierda".

Además de lo anterior, los informes psicológicos aportados a la causa demuestran que

existe un daño moral continuado a la menor, incluso con pensamientos autolíticos.

La tutora de la menor mantuvo diversas conversaciones por email con la progenitora de Coro, donde ésta última le citaba los insultos que refería la menor en el centro educativo.

Queda por tanto demostrado que el centro era conocedor de la situación vivida por Coro en sus instalaciones, de hecho, redactaban el Diario del Aula, donde en el mismo se realiza un seguimiento de lo acontecido.

Sin embargo, a pesar de la diligencia mostrada por el centro al conocer el caso, activar los protocolos pertinentes y realizar un seguimiento del mismo, según palabras del juzgador “las medidas adoptadas no fueron proporcionadas a las circunstancias del caso”. Este hecho está fundamentado en que el centro tomó una actitud preventiva, realizando diversas dinámicas de grupo en aras de evitar este tipo de sucesos, sin embargo, el hecho de que fueran reiteradas en el tiempo y que se prologaran tiempo después de las citadas acciones preventivas demuestra que las mismas eran insuficientes para paliar los sucesos que acontecen y que causan una situación de vulnerabilidad en la menor.

Tanto el Juzgado Mixto nº 4 de Aranjuez como la Audiencia Provincial en su sección 9 coinciden en qué si existe una responsabilidad del centro educativo, imponiendo por tanto al mismo una responsabilidad civil sobre los daños ocasionados a la menor, sin embargo, el petitum de la demanda lo consideran excesivo a los hechos acontecidos, basando su cuantificación en diversas sentencias análogas de otras Audiencias Provinciales.

Por último, conviene reseñar que los docentes demandados fueron absueltos en primera instancia y ratificada su absolución en la presente sentencia, en concreto en base al artículo 1903 del CC, donde se determina que la responsabilidad debe recaer sobre los titulares del centro docente, sin que este hecho suponga que el propio centro educativo pueda, posteriormente, reclamar a los docentes si consideraran que los mismos hubieran actuado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, tal y como establece el artículo 1904 del CC.

4.7. SJCA 88/2021 de Badajoz, inexistente nexa causal

En el presente asunto se dirimieron los posibles daños psicológicos sufridos por el menor

en su estancia en el centro educativo público en el que estudiaba.

En el mismo se narran diversos hechos manifiestos que inducen a pensar que viene sufriendo durante diversos años dinámicas de acoso provocadas por diversos compañeros del centro escolar. Además, en el presente asunto se da el aliciente de que el menor sufre una enfermedad, siendo motivo de burla por parte de sus compañeros.

Según la madre del menor, el posible acoso se inició en el primer curso de primaria, advirtiéndole a la dirección del centro de diversas acciones que veía a primera hora de la mañana relacionadas con el menor, continuando dicho seguimiento materno en el segundo curso. Sin embargo, en tercero y cuarto de primaria no acudió al centro al no verificarse nuevos hechos de acoso físico contra el menor, a pesar de verificar un estado de ánimo decaído, pero sin tratamiento psicológico. Indicó que fue en el quinto curso cuando se inició de una manera más continuada un acoso frente al menor.

La dirección del centro demuestra que realizó medidas de prevención en el primer curso de primaria, con especial hincapié en las entradas, salidas y en las clases de educación física realizadas en el centro por la víctima. En los años siguientes no se da aviso alguno por los padres de los posibles malos tratos recibidos por el alumno. En el cuarto curso, advirtió a la madre del menor de los problemas de lectoescritura del mismo, aportando recomendaciones que no fueron tenidas en cuenta. En quinto de primaria, se activa el protocolo de actuación del centro al verificarse un posible caso de acoso escolar sobre la víctima, que incluía la suplantación de identidad de la misma en internet y que finalizó con la expulsión del causante de los hechos.

El informe del Inspector encomendado del presente asunto resuelve que el centro educativo actúa de manera conforme a los protocolos, siendo la actitud de los padres del menor de confrontación y no de colaboración.

Además de lo anterior, el Juzgador tiene en consideración que los informes psicológicos no han sido aportados en ningún momento antes de interponerse la demanda, y en los mismos, a pesar de citarse que las psicopatologías pueden devenir de un posible acoso escolar, narran hechos en su mayoría acontecidos fuera del propio centro docente y desconocidos por el mismo, cito textualmente “sí se hace preciso desta-

car que dicho profesional, a preguntas de este Juzgador en el acto de la vista oral, establece que el pretendido acoso sobre el menor proviene, en un porcentaje muy alto, de su vida fuera del centro escolar, y que tan sólo mínimamente lo es en el propio centro”, así se termina ratificando el propio psicólogo que realizó el seguimiento del menor y llevado al procedimiento por la parte actora.

Por todo ello, el juzgador entiende que no queda demostrado el nexo causal reclamado, dado que la mayoría de los hechos sufridos por el menor son ocasionados fuera del centro escolar, siendo necesario precisar que el centro educativo realizó diversas acciones encomendadas a resolver las situaciones de conflicto recibidas por la víctima.

4.8. SAP 836/2020 de Barcelona, dificultad cuantificación daño moral

En el presente asunto se enjuiciaron los sucesos vividos por Lorenza, menor de edad y que según demostraron sus padres fue víctima de acoso escolar en los cursos comprendidos entre 2012 y 2014. La pretensión de la actora ascendía a 30.000 € por los daños psicológicos sufridos por la menor. El Juzgado de 1ª Instancia²¹ falló que quedaba demostrado el acoso escolar sufrido por la menor y que la falta de un diagnóstico acertado sobre la situación sufrida por la menor por parte del centro escolar provocó un daño sobre la misma, no obstante, establece una compensación de 2.500 €.

La parte actora presenta el correspondiente recurso de apelación alegando errores en la valoración de la prueba, dado que los hechos acontecidos provocaron 18 meses de alteraciones en la menor “taquicardias, diarrea, dolor torácico, ritmo de 15 micciones diarias” y, por tanto, una incorrecta valoración del daño moral.

Se consideran hechos probados tanto las vejaciones sufridas por la menor, donde fue reiteradamente insultada por diversos motivos, entre otros “tus padres son una mierda”, “españolita de mierda”, “tú no eres catalana”, “aquí no se habla castellano, que te tiro por la ventana”, así como diversos golpes sufridos a lo largo de los citados años. En la presente apelación no se discute la existencia de los citados hechos ni la responsabilidad del centro escolar, sino la cuantificación de los daños ocasionados a la menor.

Interesante reflexión realiza la sentencia sobre diversos casos de la misma idiosincrasia sin que puedan obtener una resolución clara de la cuantificación de los daños morales del presente asunto, en concreto realizan un estudio de diversas sentencias de Audiencias Provinciales con las siguientes conclusiones: “Así, la sección 4ª de la A.P. de Baleares, en sentencia de 8 de junio de 2011, estimando en parte el recurso de apelación del centro educativo, reduce la indemnización concedida en primera instancia de 8.000 a 3.000 euros; la sección 1ª de la A.P. de Álava, en sentencia de 30 de abril de 2019, reconoce, asimismo, una indemnización de 3.000 euros; la sentencia dictada por la sección 25ª de la A.P. de Madrid, de 11 de mayo de 2012, condena al centro escolar privado al abono de 8.000 euros por acoso escolar; la sentencia dictada por la sección 6ª de la A.P. de Valencia, de 8 de febrero de 2019, fija una indemnización por el acoso escolar de 10.000 euros; la sentencia dictada por la A. P. de Jaén, sección 2ª, de 30 de junio de 2010, confirma una indemnización de 11.185,62 euros, aplicando el baremo; la sentencia de la sección 7ª, de 13 de octubre de 2006, de la A.P. de Valencia, establece la indemnización en 11.221,21 euros; la sentencia dictada por la A.P. de Álava, sección 1ª, de 27 de mayo de 2005, reconoce una indemnización de 12.000 euros; la sentencia de la A.P. de Barcelona, de fecha 27 de enero de 2010, determina la cuantificación del daño moral en la suma de 13.000 euros; y la sentencia de la sección 10ª de la A.P. de Madrid, de 18 de diciembre de 2008, cuantifica la indemnización en 30.000 euros. Por lo tanto, los supuestos son tan distintos y las cantidades son tan dispares, que el criterio del precedente no nos sirve como criterio orientativo”.

Estima por tanto el Juzgador que debe entrar a valorar con minuciosidad las actuaciones realizadas por el centro educativo en aras de solventar la situación y que según consta en hechos probados son insuficientes para paliar lo sufrido por la menor, entre otros reunió a los padres de los alumnos causantes de las vejaciones, castigos de servicio a la comunidad (limpieza del gimnasio, del aula, etc.) así como la prohibición de asistir a competiciones deportivas organizadas el día de la “diada de lesport”.

Por todo ello, tanto en primera instancia como en la presente apelación se considera que no se le puede imputar al centro educativo una culpa grave en lo sucedido, además se tuvo en consideración que no se presentaron informes psicológicos concluyentes, siendo una cuantificación carente de criterio objetivo y que se sol-

21 Sentencia Procedimiento Ordinario 13/2017 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº3

ventó con el cambio de centro escolar de la víctima. Concluye considerando la cuantía indicada en primera instancia como insuficiente, elevando la misma a 7.000 € sin establecer sin disponer de razones suficientes para cuantificar los daños sufridos en una suma superior.

V. CUESTIONES PROCESALES

Tal y como hemos visto en el análisis jurisprudencial, existen diversos hechos enjuiciables que son analizados punto por punto por el juzgador. Por un lado, se debe probar la existencia de acoso escolar o bullying, por otro si el centro educativo ha actuado con el deber de “buen padre de familia”.

Analizamos en los siguientes epígrafes la diferenciación correspondiente, así como las dificultades probatorias en ambos casos, con referencia adicional a los casos que desemboquen en el suicidio de la víctima.

5.1. Prueba de existencia de acoso escolar

Las definiciones marcadas para definir bullying, tanto por los expertos en materia (Olweus, Belsey, entre otros) dejan claro que no se trata de un hecho puntual, sino de una persecución sobre la víctima.

En numerosos casos nuestros juzgadores se encuentran con situaciones violentas, pero las mismas son generadas de manera imprevista y puntual, sin tratarse de reiteraciones frente a la víctima, y por tanto, deben ser consideradas como tal, y no como un hecho de acoso escolar.

Tal y como se ha citado en las diversas sentencias recopiladas para la presente, los daños que se ocasionan deben ser continuados.

Interesante y reflexiva la sentencia 737/2008 analizada anteriormente, donde recordemos, se analiza la sentencia de primera instancia donde se absuelve al centro escolar al entender que los hechos juzgados eran imprevisibles, tratándose de una única pelea en el citado centro, y, por tanto, inexistente el acoso continuado. No obstante, como bien queda probado, el hecho de acudir con una cámara de video al centro, denota una premeditación por parte de los acosadores, en palabras del juzgador “una estrategia que deja poco margen a la espontaneidad de un mero y aislado enfrentamiento infantil”. Además, en base a las testificales se mostró que era un hecho conocido por los docentes y por

tanto, por el centro escolar, que la víctima del presente asunto era constantemente acosada.

Es importante por tanto para la parte demandante, el poder establecer que se trata de un acoso continuado si se pretende realizar una reclamación de responsabilidad civil por los daños morales que se puedan generar.

Conviene reseñar nuevamente que cualquier persona puede ser objeto de acoso, incluido el personal docente o cualquier personal que pueda trabajar en los citados centros educativos.

5.2. Prueba de negligencia del centro escolar

Una vez probada la existencia del acoso, el demandante deberá demostrar que ha existido una clara falta de diligencia por parte del centro educativo. Este hecho es fundamental si las pretensiones de la parte reclamante son únicamente frente al centro escolar.

Hemos analizado diversas sentencias con resultados diversos en este campo. Ejemplos significativos son los analizados en el “caso Jokin” o la STSJM 413/2020, donde se determina la inexistencia de responsabilidad de los centros educativos, a pesar de que en ambos casos queda probado el acoso sufrido por las víctimas.

En el “caso Jokin” se ha verificado como la jefa de estudios se interesa de manera constante por la situación vivida por el menor, incluso realizando gestiones de indagación y subsanación fuera de su horario laboral. En la citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el centro inicia su actuación al ser conocedor del posible acoso, sin que se inicie antes el protocolo pertinente al no quedar demostrado que fueran conocedores de los hechos enjuiciados, muy significativa la reflexión del juzgador en el presente caso cuando incide que la víctima lleva dos años sufriendo acoso, pero que nadie puso sobre aviso al centro escolar, actuando este de acorde al buen padre de familia cuando verificaron una posible situación de acoso en el siguiente año.

Situación contraria las analizadas en las sentencias 737/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid o la 136/2016 de San Sebastián, entre otras²², donde se demuestra que el centro por

²² Sentencia 1903/2010 de 25 de marzo 2011, Juzgado 1ª Instancia 44 de Madrid, Sentencia 1/2014 de

omisión o falta de diligencia, no actúa como buen padre de familia, permitiendo los actos narrados en las diversas sentencias donde se determina la existencia de actos de acoso sobre las respectivas víctimas.

5.3. Dificultades probatorias

En la mayor parte de los procedimientos analizados, se observa que la prueba a portar en los procedimientos debe ser concienzudamente analizada por cada una de las partes.

En la mayor parte de las sentencias se demuestra la existencia de informes psicológicos que ayuden a la identificación de las posibles consecuencias del acoso sufrido por las víctimas. Además, las pruebas testificales, incluidas la de los afectados son fundamentales para la resolución de los hechos.

Por otro lado, para demostrar la posible culpabilidad de los centros educativos se deben

07 de enero, Juzgado Contencioso Administrativo 6 de Madrid, etc.

disponer de pruebas debidamente fundadas, donde se demuestre una inactividad por parte del centro educativos. Significativa en este aspecto la sentencia anteriormente analizada, SAP 139/2016 de San Sebastián, que cuenta con la declaración de diversos profesores que corroboran el conocimiento por parte del centro y la inacción por parte del mismo en los hechos narrados por la parte demandante.

Más compleja es la tarea de probar de manera fehaciente el acoso que puede ocasionar tal daño personal que finalice con el suicidio de la víctima.

El “caso Jokin”²³ finaliza con un fallo en el que se condena a los padres de los menores acosadores al pago de 10.000 € por cada uno de los menores implicados por los daños morales sufridos por Jokin, sin embargo, esta cuantía pecuniaria obedece únicamente a los daños morales

²³ Se cita a pesar de que se demuestre que no existe responsabilidad por parte del centro educativo por lo significación de la sentencia obtenida frente a los tutores de los alumnos acosadores.



constantes sufridos, sin que el juzgador interprete que quede demostrado que la víctima se quitó la vida “únicamente” por el acoso sufrido.

La falta de una pericial médica psicológica previa al acto de suicidio, provoca la carencia de prueba del demandante, quien podrá solicitar los daños morales, pero no la cuantía correspondiente a la pérdida del propio sujeto tras su suicidio, dado que no queda demostrado que el sujeto se suicidara únicamente por el acoso sufrido en el centro educativo, pudiendo existir otras causas añadidas a la anterior que provocaran el fatal desenlace del citado caso.

Por dicho motivo, la existencia de periciales médicas en las que puedan basar la reclamación los familiares del posible difunto son fundamentales, dado que la prueba pericial médica a posteriori de los hechos puede ser insuficiente como carga probatoria.

VI. CONCLUSIONES

Tras el estudio tanto sociológico, como de la legislación afecta, así como un exhaustivo estudio jurisprudencial, se pueden acreditar las siguientes conclusiones.

I. Los datos que nos aportan los estudios revisados en el presente trabajo nos muestran dos datos importantes a considerar, en primer lugar, la injerencia negativa de las redes sociales que han propiciado un aumento de casos, y, por otro lado, la cuantía de sentencias actuales sobre la presente temática que nos hacen entrever el incremento de este tipo de sucesos, también acontecidos en los centros escolares.

El estudio sociológico no nos ha aportado una visión amplia sobre la casuística del bullying en nuestro país. La disgregación de la normativa, provocando que la misma recaiga en última instancia en cada Comunidad Autónoma, provoca que se desprendan datos muy dispares sobre la veracidad de este suceso.

Además de lo anterior, la concienciación internacional que se está adoptando en los últimos tiempos sobre este tipo de sucesos, con especial mención a la Conferencia de Utrecht de 1997, han provocado la actualización de la legislación afecta en aras de proteger sobre todo a los menores, siendo a priori los más vulnerables ante este tipo de acoso.

II. Tal y como se ha desgranado en la presente, existen diversas leyes afectas, debiendo

hacer especial hincapié en lo establecido en la LOE, donde se insta a cada Comunidad Autónoma a regular su normativa afecta con una serie de predisposiciones establecidas, que podemos concretar en la prevención para evitar este tipo de sucesos, vigilancia y observación en el caso de que se ocasionen y por último de resolución, donde se deberán tomar las medidas correctoras pertinentes, y donde se incluye la posible expulsión del centro educativo del acosador.

III. En la presente se ha tratado de manera soslayada pero no menos importante el menoscabo psicológico que pueden sufrir las víctimas del bullying. En concreto se han analizado diversas sentencias con un rango diferenciado de daños sufridos por el perjudicado. A diferencia del baremo de accidentes, el menoscabo moral no está definido mediante ninguna tabla por su complejidad. En el presente análisis se han podido observar como se han reclamado por distintas cuantificaciones, quedando siempre al superior criterio del juzgador, el determinar si las cuantías reclamadas eran correspondientes a los sucesos juzgados.

Además, queda acreditado, tal y como se demuestra mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial 107/2014, analizada previamente, como los daños morales pueden influir en el resto de componentes de la familia, y no sólo en el propio acosador, provocando situaciones de estrés que pueden dirimir en una responsabilidad pecuniaria de los tutores del causante o incluso del propio centro escolar.

Mención aparte aquellos casos donde el daño cometido puede inferir de manera más abrupta en la víctima, pudiendo ocasionar el suicidio de la víctima.

IV. Se verifican principalmente dos características probatorias fundamentales a la hora de dilucidar los procedimientos jurídicos de la presente índole.

Por un lado, la necesidad de atestiguar que el suceso a tratar se puede considerar como acoso o bullying, siendo por tanto necesario acreditar que el sujeto perjudicado o víctima ha sufrido de manera premeditada y durante un espacio de tiempo continuado una situación de acoso “agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima”.

Por otro, se debe acreditar la imputabilidad por omisión del centro educativo, o lo que es lo mismo, que el centro no ha realizado acciones

encaminadas al cese del acoso en el momento en el que el citado centro es conocedor de la situación padecida por alguno de los integrantes del mismo. Por tanto, debe acreditarse la inacción, inoperancia o negligencia del citado centro escolar.

VII. La principal traba probatoria que se dispone en este tipo de asuntos es el conseguir acreditar la ineficacia u omisión del centro educativo, debiendo aportar pruebas fehacientes sobre lo realizado por el propio centro en aras de solventar cualquier caso de acos escolar.

Se pueden analizar en la presente diversos casos donde el centro educativo consigue acreditar que actuó como buen padre de familia, principalmente valiéndose de dos premisas, que iniciaron las oportunas gestiones de vigilancia y/o corrección sobre los causantes de los hechos (o de vigilancia sobre la propia víctima), así como por ser desconocedores de los hechos, al no haber sido debidamente informados y ocasionándose parte de las actuaciones de los acosadores en zonas a priori sin posibilidad de vigilancia, como pueden ser los cambios de clase.

BIBLIOGRAFÍA

Barquin Sanz J. (2002). Sobre el delito de grave trato degradante del art. 173 CP.

Belsey, B. (2005). Cyberbullying: An emerging Threta to the always of generation.

Defensor del Pueblo (2007), "Violencia Escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006". Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2007-01-Violencia-escolar-el-maltrato-entre-iguales-en-la-Educaci%C3%B3n-Secundaria-Obligatoria-1999-2006.pdf>

Doctrina de la Fiscalía General del Estado, instrucción 10/2005 de 06 de octubre, sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil.

Gómez Díaz-Romo, A. (2016), Responsabilidad Patrimonial derivada del acoso escolar. Recuperado de: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Agomez/GOMEZ_DIAZ_ROMO_Antonia_Tesis.pdf

Gálvez Melguizo, S. "Bullying, marco legal y jurisprudencial", recuperado de: https://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/doctrina_55_sandra_galvez.pdf

Godas, O., Santos, R., Lorenzo, M. (2008). Convivir en los centros educativos ¿Cómo los ven los alumnos, padres y profesores? Bórdón, 60 (1) 41-58.

López y García de la Serrana, J. 29-07-2017 "La mala educación como criterio de imputación". Recuperado de: <https://www.hispacolex.com/biblioteca/articulos-doctrinales/la-mala-educacion-como-criterio-de-imputacion/>

Ministerio de Educación y FP, 03/05/2023 "El Ministerio de Educación y FP presenta el mayor estudio de convivencia escolar realizado en este ámbito".

Olweus, D. (1983). Low school achievement and aggressive behavior in adolescent boys. In Magnusson, D. and Allen, V. (Eds.). Human development. An interactional perspective. New York: Academic Press, 353-365.

Rodríguez González del Real, Concepción. "La jurisdicción de menores ante los casos de bullying y cyberbullying" recuperado de: https://www.injuve.es/sites/default/files/2017/42/publicaciones/documentos_2_la_jurisdiccion_de_menores_ante_los_casos_de_bullying_y_ciberbullying.pdf



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Indemnización a Renfe por la paralización del tráfico ferroviario a consecuencia del hundimiento de un túnel por la deficiente ejecución de una obra. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por las constructoras integradas en UTE, al considerar que existe relación de causalidad entre el hundimiento del túnel y los daños y perjuicios ocasionados por la paralización del tráfico ferroviario. Responsabilidad de las aseguradoras de las empresas constructoras integradas en una UTE. El acuerdo transaccional entre una de las constructoras y su aseguradora no tiene efectos liberatorios frente a Renfe (que no fue parte en la transacción). Seguros por capas o tramos. Condena a cada aseguradora a indemnizar hasta el límite de las distintas capas pactado como cobertura del seguro. Devengo de los intereses Intereses del art. 20 de la LCS, desde que se dictó por ADIF la resolución administrativa que dictaminó la responsabilidad de la UTE

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 18 de enero de 2024
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. Sobre las 10:30 horas del 20 de octubre de 2007, se produjo un hundimiento en el túnel del Gornal, en el punto kilométrico ferroviario 674/094 (término municipal de Hospitalet), en el marco de los trabajos de ejecución de las obras llevadas a cabo por la Unión Temporal de Empresas (UTE) Hospitalet (compuesta por Obrascón Huarte Laín S.A.-OHL- y Agrupación Guinovart Obras y Servicios Hispania S.A.-AGOSH-) para la construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad Madrid - Zaragoza - Barcelona - Frontera Francesa, al producirse la rotura de dos paneles de la pantalla del túnel y el posterior hundimiento de parte del andén de la estación de ferrocarril de Bellvitge.

2. En virtud de lo previsto en el art. 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el

Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (entonces vigente), se tramitó un procedimiento administrativo de determinación de responsabilidad, que concluyó con un Acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad Pública Empresarial del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) de 30 de octubre de 2009, que declaró a la UTE Hospitalet responsable de los daños y perjuicios producidos por el mencionado hundimiento.

Esta resolución fue confirmada por la sentencia de 27 de diciembre del 2011, del Juzgado Central de lo Contencioso- Administrativo núm. 7.

3. El hundimiento provocó la paralización del servicio del transporte ferroviario desde el 20 de octubre del 2007 hasta el 1 de febrero de 2008.

4. Grupo Renfe (Renfe Viajeros S.A; Renfe Fabricación y Mantenimiento S.A; y Renfe Mercancías S.A.), presentó una demanda contra Obrascón Huarte Lain S.A; Agrupación Guinovart Obras y Servicios Hispania S.A. (ambas integrantes de la mencionada UTE), y contra las compañías aseguradoras Generali España S.A de Seguros y Reaseguros, HDI-Gerling Industrie Versicherung Ag Sucursal en España y Aig Europe Limited Sucursal en España; solicitando que se las condenara a pagar solidariamente la cantidad de 13.473.063,69 €, de acuerdo con el siguiente desglose:

- A.- Renfe Viajeros S.A., la cantidad de 11.795.143,78 €.
- B.- Renfe Mercancías S.A., la cantidad de 1.607.701,15 €.
- C.- Renfe Fabricación y Mantenimiento S.A, la cantidad de 70.218,76 €.

La acción se sustentó en el art. 1902 CC, por la responsabilidad de la UTE Hospitalet por la ejecución con evidente mala praxis de la obra encomendada, que provocó un desplazamiento de las pantallas laterales y su rotura, con desplazamiento de las armaduras y corrimiento de los puntales, al no soportar la presión ejercitada por la inyección del mortero llevada a cabo por la empresa subcontratada por la UTE, Rodio S.A.

5. Sobre estos mismos hechos y sus consecuencias habían recaído diversas resoluciones judiciales, en particular en lo que ahora interesa:

(i) La sentencia de 27 de diciembre del 2011, del Juzgado Central de lo Contencioso- Administrativo núm. 7, según la cual: “[...] las oquedades y socavones que se formaron tienen su origen en la defectuosa impermeabilización de las pantallas realizadas por la UTE- deficiencias de

estanqueidad de las pantallas que configuraban el túnel y, concretamente por la falta de calidad de las juntas entre bataches, por las que se produjeron las filtraciones de agua que originaron hundimientos y deformaciones en el entorno del trasdós de las pantallas [...]”.

(ii) La sentencia núm. 233/2012, de 5 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), conforme a la que la decisión de realizar las inyecciones de mortero fue de la empresa Rodio, subcontratada por la UTE.

6. Previa oposición de las partes demandadas, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia que estimó parcialmente la demanda: desestimó las excepciones de falta de legitimación activa y prescripción de la acción, consideró que la responsabilidad de la UTE en el accidente era cosa juzgada y que existía relación de causalidad entre el hundimiento del túnel y los daños y perjuicios ocasionados por la paralización del tráfico ferroviario, pero aminoró la indemnización solicitada en la demanda, por lo que condenó a Obrascón Huarte Lain S.A (OHL); Agrupación Guinovart Obras y Servicios Hispania S.A (AGOSH), Generali España S.A. (Generali), HDI-Gerling Industrie Versicherung Ag Sucursal en España (HDI) y Aig Europe Limited Sucursal en España (AIG), al pago de la cantidad de 3.250.829,04 €.

7. Renfe formuló recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial. Tras confirmar los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia sobre la legitimación activa y la prescripción, consideró que se trató de un único siniestro a efectos de cobertura de las pólizas y condenó a las demandadas a que indemnizaran a la actora, hasta el límite de las distintas capas pactado como cobertura del seguro, en 13.473.063,69 €.

8. La sentencia de la Audiencia Provincial ha sido recurrida por las partes demandadas, mediante sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal de la UTE Hospitalet (OHL y AGOSH)

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Cosa juzgada*

Planteamiento:

1. El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, de-

nuncia la infracción del art. 222 LEC, por aplicación errónea de los efectos de la cosa juzgada.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida yerra al considerar que es cosa juzgada que el periodo de suspensión del tráfico ferroviario como consecuencia del hundimiento del túnel fue de 42 días, cuando ninguna de las resoluciones precedentes decidieron sobre el periodo de afectación del siniestro al Grupo Renfe, y las posibles menciones que se incluyen en tales sentencias no forman parte del fallo ni constituyen el fundamento de la decisión.

Decisión de la Sala:

1. La cosa juzgada material es el efecto externo que desencadena una resolución judicial firme, que ha alcanzado el estado de cosa juzgada formal (art. 207.3 LEC), sobre los restantes órganos jurisdiccionales o sobre el mismo tribunal en un procedimiento distinto, consistente en una vinculación negativa o positiva reguladas en el art. 222 LEC. La primera impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado; conforme a la segunda, lo resuelto en un primer proceso debe tenerse en cuenta en el segundo, cuando sea un antecedente lógico de lo que sea su objeto (sentencias 169/2014, de 8 de abril; 5/2020, de 8 de enero; 223/2021, de 22 de abril; 310/2021, de 13 de mayo; 411/2021, de 21 de junio; 21/2022, de 17 de enero; y 757/2022, de 7 de noviembre).

2. El art. 222.4 LEC regula el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, al decir que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

Como declara la sentencia 1218/2023, de 8 de septiembre, con cita de las sentencias 789/2013, de 30 de diciembre, y 306/2019, de 3 de junio, el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria, desde el momento en que se admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo.

3. La sentencia recurrida no considera que el periodo de paralización objeto de indemnización en favor de Renfe fuera de 42 días por aplicación de la institución de la cosa juzgada positiva, que únicamente extiende a la previa declaración de responsabilidad de la UTE y a la determinación de que hubo un único siniestro, pero no al dato de la duración del periodo indemnizable. A la concreción de tal periodo susceptible de indemnización llega por la valoración de distintas pruebas periciales, entre ellas, algunas practicadas en los procedimientos judiciales previos; pero ello no supone que llegara a la conclusión de que dicho periodo se contrajo a 42 días porque ese dato fuera cosa juzgada.

No puede confundirse la cosa juzgada con la apreciación de los argumentos de otras sentencias a las que se hace referencia por tratarse de la misma problemática jurídica (sentencia 476/2016, de 13 de julio). Respecto de esta cuestión, la Audiencia Provincial no ha invocado ni aplicado la institución de la cosa juzgada material, en concreto la positiva o prejudicial, sino que en su valoración probatoria conjunta también ha tenido en cuenta los argumentos expuestos en otras resoluciones judiciales previas sobre el mismo asunto, sin aplicar el art. 222 LEC. Por tanto, no puede haberse cometido la infracción legal denunciada.

4. Como consecuencia de lo expuesto, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Carga de la prueba

Planteamiento:

1. El segundo motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia la infracción del art. 217, en cuanto a las reglas de la carga de la prueba.

2. Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la Audiencia Provincial atribuye a las empresas recurrentes las consecuencias de la falta de acreditación precisa del daño, cuando era Renfe quien disponía de todos los datos necesarios para ello, los cuales no constaban en archivos públicos a disposición de terceros.

Decisión de la Sala:

1. La carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos

hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, “no está claro”) que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC, al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que regula la carga de la prueba, el art. 217 LEC, no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a298 LEC), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

2. Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencias 244/2013, de 18 de abril; 484/2018, de 11 de septiembre; y 925/2023, de 12 de junio).

En este caso, la sentencia recurrida ni hace uso de las reglas de la carga de la prueba ni basa su valoración en la aplicación del art. 217 LEC.

3. En su virtud, el segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso extraordinario por infracción procesal de HDI

CUARTO.- Único motivo de infracción procesal. Valoración errónea de la prueba documental

Planteamiento:

1. El único motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.4º LEC, en relación con el art. 24 CE, denuncia la infracción del art. 326 LEC.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente afirma, resumidamente, que la Audiencia Provincial realiza una interpretación patentemente arbitraria y errónea del contrato de transacción de 15 de julio de 2016, celebrado entre OHL y HDI, al considerar que la suma asegurada no estaba totalmente consumida o agotada con el pago objeto de la transacción. El límite de indemnización fijado en la póliza era de 24 millones de euros y, tras haberse realizado diversos pagos previos, quedó agotado con el abono de 6.869.880,85 € acordados en la transacción. En consecuencia, la sentencia recurrida debería haber concluido que no existía cobertura de seguro respecto de la reclamación de Renfe, porque ya se había consumido la suma asegurada establecida en la póliza de HDI.

Decisión de la Sala:

1. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de



mayo, 411/2016, de 17 de junio, 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; y 391/2022, de 10 de mayo (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

2. El motivo denuncia el error en la valoración de la prueba documental (art. 326 LEC), a cuyo efecto hemos declarado que la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencias 458/2009, de 30 de junio, 163/2016, de 16 de marzo, y 642/2016, de 26 de octubre), puesto que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (sentencia 356/2016, de 30 de mayo). Una cosa es el valor probatorio de los documentos en cuanto a la autenticidad, fecha o personas que intervinieron, y otra distinta la interpretación efectuada por la sentencia recurrida acerca del contenido de los documentos (por todas, sentencia 235/2018, de 23 de abril), puesto que la expresión “prueba plena” del artículo 326.1 LEC no significa que el tribunal no deba valorar el contenido documental de acuerdo con las reglas de la sana crítica y en el conjunto de las pruebas aportadas.

3. En este caso, el error que denuncia la recurrente no responde a tales características revisables en un recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que atañe a una valoración jurídica -los efectos de la transacción sobre la suma asegurada y sus consecuencias en orden al límite indemnizatorio- estrictamente sustantiva, que, en su caso, ha de denunciarse en el recurso de casación.

4. En todo caso, debe tenerse presente que el acuerdo transaccional se llevó a cabo entre dos partes codemandadas en este procedimiento, OHL y HDI, por lo que sus efectos únicamente pueden tener lugar entre ellas (arts. 1257, 1809 y 1816 CC), pero no son oponibles a

quienes no participaron en la transacción (Renfe y el resto de las partes codemandadas).

5. En su virtud, el recurso extraordinario por infracción procesal de HDI debe ser desestimado.

Recurso extraordinario por infracción procesal de AIG

QUINTO.- Primer motivo de infracción procesal. Derecho a la utilización de los recursos previstos legalmente

Planteamiento:

1. El primer motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º y 3º LEC, por vulneración del artículo 461.1 LEC, en relación con el art. 24 CE, por vulneración del derecho a la impugnación de la sentencia.

2. En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida vulnera el derecho de AIG de impugnar la sentencia de primera instancia, al considerar erróneamente que las pretensiones contenidas en la impugnación iban dirigidas contra las codemandadas, cuando realmente se dirigían contra Renfe, en cuanto que discute la condena dineraria pronunciada a su favor.

Decisión de la Sala:

1. El motivo parte de un presupuesto erróneo, puesto que la sentencia recurrida no considera inadmisibles la impugnación de AIG únicamente como consecuencia del efecto positivo de cosa juzgada producido por la previa sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 36 de Madrid, sino que, junto a dicho argumento, también apreció que ninguno de los implicados había cuestionado la resolución que establecía que había un único siniestro y no tres.

2. Además, en lo que se refiere propiamente al ámbito de la impugnación de sentencias de primera instancia, la jurisprudencia de esta sala (verbigracia, sentencias 869/2009, de 18 de enero; 127/2014, de 6 de marzo; 257/2017, de 26 de abril; 548/2019, de 16 de octubre; y 459/2020, de 28 de julio), ha abordado la impugnación de la sentencia por el apelado en los siguientes y resumidos términos:

(i) La impugnación de la sentencia es un instrumento para recurrir pronunciamientos distintos de los que constituyen el objeto de la apelación principal, con independencia de que

estén o no relacionados con ella: “una vez interpuesta la impugnación, se convierte en un recurso autónomo, de manera tal que es factible que el apelado impugne los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia que le sean desfavorables, sin necesidad de que los mismos estén relacionados con los que son objeto de la apelación principal”.

(ii) Quien interpone un recurso de apelación no puede utilizar el traslado que se le da del recurso (o de la impugnación) interpuesto por otra parte para impugnar, a su vez, la sentencia ampliando su recurso inicial, porque ello contravendría el art. 461.2 LEC, que limita la impugnación a quien inicialmente no hubiera recurrido, y conllevaría una ampliación de la apelación a extremos sobre los que se aquietó con la sentencia al no haberlos incluido en el recurso de apelación inicial (sentencia 869/2009, de 18 de enero de 2010).

(iii) No obstante, cuando se trata de un proceso con varios litigantes, por acumulación subjetiva de acciones, la regla del art. 461.1 LEC (posibilidad de impugnar la sentencia) ha de aplicarse independientemente en cada relación actor-codemandado, de tal modo que el recurso de apelación que el demandante interponga respecto de uno de los codemandados no le impide impugnar la sentencia con motivo del recurso de apelación interpuesto por otro de los codemandados respecto del que inicialmente el demandante no hubiera recurrido (*quot capita, tot sententiae*).

(iv) La impugnación debe ir dirigida contra el apelante principal, único al que, según el art. 461.4 LEC, hay que dar traslado de ella.

(v) La configuración legal de la impugnación exige que el recurso de apelación interpuesto pueda perjudicar a la parte apelada. Aunque, en determinados casos de intervención provocada, al quedar tales terceros vinculados por las declaraciones que se hagan en la sentencia de apelación respecto de un posible proceso posterior, no cabe privarles de la posibilidad de impugnar.

3. Además, con independencia de a quién se haga constar formalmente como contraparte en la impugnación de la sentencia de primera instancia, es evidente que lo determinante es el contenido de las pretensiones. Y aunque en el suplico de la impugnación se solicitara que se desestimara la demanda de Renfe, lo cierto es que AIG reconocía en su escrito que carecía de interés legítimo para recurrir, puesto que admitía expresa-

mente que, conforme a la sentencia de primera instancia, no tenía que afrontar pago alguno:

“Esta representación no interpuso el correspondiente recurso de apelación frente a la Sentencia de instancia toda vez que, conforme al tenor literal de la misma, AIG no debe afrontar el pago de la indemnización alguna a GRUPO RENFE, de tal manera que una eventual ejecución de la misma no le afecta.

“En efecto, como es sabido la Sentencia condena a OHL y AGOSH y a sus aseguradoras de responsabilidad civil. Respecto de estas últimas, establece el fallo de la Sentencia que deberán responder *“hasta el límite de las distintas capas pactadas como seguro”*. Pues bien, Generali es el asegurador de primera capa (hasta 6.000.000 €) y HDI es el asegurador de la segunda capa (hasta 24.000.000 €), mientras que mi representada, AIG, es aseguradora de la tercera capa, que comienza cuando se han agotado las dos primeras capas, a partir de 30.000.000 €.

“Por lo tanto, la sentencia, que condena al pago de 3.250.829,04 € más intereses no alcanza a afectar a la capa de AIG, máxime cuando el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia establece con claridad que las cantidades eventualmente pagadas privadamente por HDI a OHL no surten el efecto de agotar su capa de seguro de responsabilidad civil, pues dicho pago no es oponible al tercero reclamante, GRUPO RENFE”.

Es decir, AIG reconocía paladinamente en su escrito que carecía de interés legítimo para recurrir (impugnar), al carecer de gravamen (art. 448.1 LEC), pero pese a ello, manifestaba su disconformidad con la sentencia, como si los recursos fueran medios hábiles para polemizar con los tribunales en cuanto a la aplicación del derecho aun cuando el resultado no perjudique a quien discrepa.

4. En consecuencia, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

SEXO.- Segundo motivo de infracción procesal. Efecto positivo de la cosa juzgada

Planteamiento:

1. El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, en cuanto al efecto positivo de la cosa juzgada.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que no se

discute la vinculación positiva de las sentencias contencioso-administrativa y civil que declararon la responsabilidad del contratista (la UTE) en la producción del siniestro, sino que lo que se impugna es la aplicación extensiva de las conclusiones de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 36 de Madrid sobre la existencia de un único siniestro, cuando en el procedimiento hay pruebas periciales que permiten afirmar la existencia de tres siniestros diferentes. Y ello, porque no puede aplicarse a AIG una cosa juzgada positiva derivada de un procedimiento en el que no fue parte.

Decisión de la Sala:

1. Sobre la institución de la cosa juzgada y su efecto positivo o prejudicial, nos remitimos a lo expuesto en el fundamento jurídico segundo, a fin de evitar inútiles reiteraciones, si bien debemos incidir en dos ideas: (i) que la cosa juzgada prejudicial se puede extender a terceros no litigantes cuando haya una justificación legal; y (ii) que dicho efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria, desde el momento en que se admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo.

2. La sentencia recurrida no ignora que entre este procedimiento y los que cita como antecedentes (las dos sentencias contencioso-administrativas y las dos sentencias civiles) no hubo identidad subjetiva, pero no infringe el art. 222.4 LEC porque considera correctamente que la conclusión sobre la existencia de un único siniestro también se extiende a AIG en cuanto que obligada solidaria *ex lege* con su asegurada, que sí fue parte en tales procesos previos.

3. Como consecuencia de ello, el segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

Recurso de casación de OHL y AGOSH

SÉPTIMO.- *Primer motivo de casación. Daño resarcible*

Planteamiento:

1. El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1902 CC, en relación con el art. 34 de la Ley del Sector Ferroviario (LSF).

2. Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que Renfe no sufrió un daño injusto o antijurídico, porque tenía el deber de soportar las consecuencias de la suspensión del tráfico ferroviario una vez que dicha medida había sido acordada por el administrador de infraestructuras (ADIF). Por cuya decisión, las empresas ferroviarias no tienen derecho a exigir compensación o indemnización alguna.

Decisión de la Sala:

1. Aunque el motivo, al invocar como infringido el art. 34 LSF hace mención a la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, se debe tratar sin duda de un error, puesto que por la fecha del siniestro y por el contenido del precepto que invoca, debe referirse a la LSF de 2003, cuyo art. 34.2 establecía:

“Cuando, por cualquier causa, la infraestructura haya quedado temporalmente inutilizable, el administrador de infraestructuras ferroviarias podrá suspender, sin previo aviso, la prestación del servicio ferroviario sobre dichas infraestructuras para la realización, con carácter urgente, de las reparaciones oportunas. En tal caso, las empresas ferroviarias afectadas no tendrán derecho a exigir compensación o indemnización alguna”.

2. El precepto transcrito confería al administrador de infraestructuras ferroviarias (ADIF) la facultad de suspensión del tráfico en las circunstancias especiales previstas en el párrafo primero del mismo artículo (accidentes, fallos técnicos o cualesquiera otras incidencias) y disponía que las empresas ferroviarias afectadas por una medida de suspensión de tal naturaleza no podían exigirle indemnización a ADIF, pero no que tales empresas no pudieran hacerlo frente a los terceros causantes de los hechos que dieron lugar a la suspensión.

Debe tenerse en cuenta que las perturbaciones a las que se refiere el art. 34.1 LSF como causantes de la medida de suspensión del tráfico pueden tener su origen en circunstancias excepciones no achacables a ningún acto humano (fenómenos meteorológicos, accidentes naturales) o en hechos generadores de responsabilidad contractual o extracontractual, como fue en este caso el hundimiento de un túnel por la mala ejecución de una obra, en cuyo supuesto rigen las reglas generales de responsabilidad civil previstas en los arts. 1093 y 1902 CC.

Es decir, conforme al art. 34.2 LSF, Renfe no tenía acción frente a ADIF, pero el precepto no

impedía que la tuviera contra los causantes del hundimiento del túnel que motivó la paralización de la operativa de dicha empresa ferroviaria en el tramo afectado.

3. Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

OCTAVO.- Segundo motivo de casación. Interrupción abusiva del plazo de prescripción de la acción

Planteamiento:

1. El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 7.2 CC, por interrupción abusiva del plazo de prescripción de la acción por parte de Renfe.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que Renfe ejerció su acción nueve años después de la resolución del expediente administrativo de determinación de responsabilidad y mantuvo artificialmente la vigencia de la acción mediante el envío repetitivo de unos burofaxes estereotipados, cuando podría haber liquidado el daño y formalizado su reclamación judicial desde que ADIF confirmó la responsabilidad de las empresas constructoras. Conducta abusiva que se acentúa con la petición a las aseguradoras de los intereses del art. 20 LCS.

Decisión de la Sala:

1. En las sentencias 159/2014, de 3 de abril, y 474/2018, de 20 de julio (entre otras muchas) hemos caracterizado el abuso del derecho en los siguientes términos:

“La doctrina del abuso de derecho se sustenta en unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancias subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclama las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad del perjudicar o ausencia de interés legítimo)”.

2. El motivo denuncia el abuso del derecho desde la perspectiva del retraso en el ejercicio de la acción con la finalidad de obtener una ventaja o un lucro por el transcurso del tiempo. Sobre la incardinación del retraso desleal en el art. 7.2 CC, la sentencia 994/2002, de 22 de octubre, declaró que era contrario a la buena fe el ejercicio de un derecho tan tardío que la otra parte tenía razones para pensar que no iba actuarlo; y la sentencia 872/2011 de 12 de diciembre, estableció que:

“[u]n derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercita el derecho”.



3. Para la apreciación del retraso desleal, la actuación de la parte debe ser anterior al término del plazo de prescripción legalmente previsto y, además de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, requiere una objetiva deslealtad respecto de la confianza suscitada en el deudor de la no reclamación del derecho de crédito (sentencias 300/2012, de 15 de junio, 530/2016, de 13 septiembre, y 148/2017, de 2 de marzo). De tal manera que para que se pueda estimar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de un derecho deben concurrir los presupuestos siguientes: (i) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho, aunque necesariamente ejercitado dentro de plazo prescriptivo o de caducidad de la acción; (ii) la omisión de dicho ejercicio; (iii) la creación de una confianza legítima en la otra parte en que no se va a ejercitar la reclamación; y (iv) una conducta del titular del derecho/acreditor que puede ser calificada como permisiva de la actuación de la otra parte, o que suponga una clara e inequívoca renuncia de su derecho.

4. En este caso cabe descartar la concurrencia de tales requisitos, puesto que precisamente la reiteración en las reclamaciones, mediante la repetición de los actos interruptivos de la prescripción, mostró la voluntad inequívoca de Renfe de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados y desvirtuó cualquier posible confianza o expectativa que pudieran tener los responsables y sus aseguradoras en que no se les iba a reclamar dicha indemnización.

Tampoco puede obviarse que en el tiempo transcurrido entre el siniestro y la interposición de la demanda inicial de este procedimiento tuvieron lugar diversas actuaciones que descartan la pasividad o inactividad de Renfe y que constituyeron antecedentes necesarios para su actuación, fundamentalmente la determinación de la responsabilidad por parte de ADIF y su confirmación en la jurisdicción contencioso-administrativa y los procesos civiles previos sobre la exigencia de la responsabilidad civil. En todo caso, la causa última del retraso en la formulación de la reclamación judicial que da lugar a este procedimiento sería precisamente la reiterada desatención por parte de los responsables civiles de las múltiples reclamaciones que les dirigió la perjudicada.

5. Como consecuencia de lo cual, este segundo motivo de casación también debe decaer.

Recurso de casación de HDI

NOVENO.- *Primer motivo de casación. Interpretación literal de los contratos*

Planteamiento:

1. El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1281 CC.

2. Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la Audiencia Provincial debió interpretar en su literalidad el contrato de transacción de 15 de julio de 2016, de la que se desprendía que, una vez abonadas las distintas indemnizaciones por HDI, la suma asegurada estaba agotada, al haber alcanzado el límite pactado en la póliza.

Decisión de la Sala:

1. Conforme a jurisprudencia constante de esta sala, hemos de partir de dos consideraciones previas, sobre el sentido de las reglas legales de la interpretación de los contratos y sobre el alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 27/2015, de 29 de enero, 13/2016, de 1 de febrero; y 1577/2023, de 15 de noviembre).

2. Respecto del sentido y la finalidad de las reglas legales de interpretación contractual, el principio rector de la labor interpretativa es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes, que se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

No obstante, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito comercial proyectado en el contrato. Y cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC (“si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”).

Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su

falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282 - 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

3. En cuanto al alcance de la revisión casacional, la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo). El único objeto de discusión a través del recurso de casación sobre la interpretación contractual, no se refiere a lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (sentencias 198/2021, de 26 de marzo, y 1577/2023, de 15 de noviembre, y las muchas que en ellas se citan).

4. En este caso, en el acuerdo transaccional entre OHL y HDI se refiere a las cantidades pagadas por OHL a ADIF, que la sentencia recurrida no discute, como tampoco cuestiona, respecto de esa particular cobertura, el agotamiento de la capa de HDI, sino que la Audiencia Provincial concluye que la liquidación practicada entre OHL y HDI en la transacción no tiene efectos liberatorios frente a Renfe (que no fue parte en la transacción).

Además, en este procedimiento no consta que la resolución administrativa (confirmada en vía contencioso-administrativa) que obligó a la UTE Hospitalet (OHL y AGOSH) a indemnizar a ADIF en la suma de 26.756.301,06 € fuera cumplida y que esa cantidad haya sido abonada.

Por lo demás, las menciones a otro contrato de transacción de 16 de diciembre de 2013, que no figura junto con el contrato de 15 de julio de 2016, ni se ha aportado al procedimiento, no pueden ser tenidas en cuenta.

5. Razones por las cuales no cabe achacar a la sentencia recurrida el apartamiento de la lite-

ralidad del documento en que se basa el motivo, que por ello debe ser desestimado.

DÉCIMO.- Segundo motivo de casación. *La suma asegurada como límite de la indemnización*

Planteamiento:

1. El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1 y 27 LCS, en relación con la doctrina del enriquecimiento injusto.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente arguye, que la condena a HDI por encima del límite de cobertura de la póliza vulnera los mencionados preceptos de la LCS y supone un enriquecimiento injusto de AIG, que sería quien debería abonar esa suma excedida.

Decisión de la Sala:

1. La suma asegurada es la cuantía por la que el interés se asegura en el contrato y, por lo tanto, representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro (art. 27 LCS). Como recuerda la sentencia 93/2002, de 11 de febrero, con cita de otras varias, “la suma asegurada, fijada unilateralmente por el tomador, tiene como función la de servir de límite máximo de la indemnización que corresponde satisfacer y actúa para calcular la prima, pero sin que tal suma pueda tenerse en cuenta a los fines de fijar la indemnización, para lo que ha de tenerse en cuenta el importe del daño efectivamente causado”.

Delimitación cuantitativa que también se encuentra en los arts. 1 LCS (“el asegurador está obligado dentro de los límites pactados”) y 73 LCS (“el asegurador está obligado dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato”).

2. Ante ciertas vacilaciones de la jurisprudencia de esta sala sobre la calificación de las cláusulas que contraen el límite indemnizatorio a la suma asegurada como delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado, la sentencia de pleno 853/2006, de 11 de septiembre, unificó el criterio y concluyó que eran cláusulas delimitadoras, en los siguientes términos:

“El art. 8 LCS establece como conceptos diferenciados la “naturaleza del riesgo cubierto (art. 8.3 LCS) y la “suma asegurada o alcance de la cobertura” (art. 8.5 LCS). La suma asegurada, como límite máximo establecido contractualmente para el contrato de seguro (art. 27), puede ser limitada o ilimitada, cuando así se pacta o se deduce de

las prestaciones convenidas, pero debe incluirse necesariamente en la Póliza, como elemento esencial del contrato, en cuanto sirve de base para calcular la prima y de límite contractual a la futura prestación de la aseguradora, según la propia definición del contrato de seguro en el artículo 1 de la Ley, de tal forma que aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la cuantía asegurada o alcance de la cobertura no constituyen una limitación de los derechos que la ley o el contrato reconocen al asegurado, sino que delimitan la prestación del asegurador por constituir el objeto del contrato”.

A su vez, las sentencias 82/2012, de 5 de marzo, 417/2013, de 27 de junio, y 727/2013, de 12 de noviembre, admitieron que la cláusula de suma asegurada, en cuanto límite cuantitativo de la indemnización, es oponible al tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil.

3. El art. 27 LCS contiene una definición común para todos los seguros de daños, y si bien el de responsabilidad civil pertenece genéricamente a dicha categoría, no cabe obviar que su verdadera naturaleza es la de un seguro de deudas, de protección del patrimonio del responsable asegurado, porque el nacimiento de la obligación de indemnizar a la que se refiere el art. 73 LCS implica correlativamente el nacimiento de un crédito a favor del tercero perjudicado. Especificidad del seguro de responsabilidad civil que, en el caso de la suma asegurada, se manifiesta en que como la cuantía económica del daño indemnizable únicamente se puede determinar cuando se liquida el siniestro (a diferencia de los seguros puros de daños, en que puede fijarse *a priori*), el modo de fijación de la suma asegurada debe ser mediante el establecimiento de un límite por siniestro.

Este problema se manifiesta paradigmáticamente en aquellos casos en que los daños causados a terceros tienen la misma causa garantizada en la póliza, de modo que puedan dar lugar a una o a varias reclamaciones. Para estos casos, suele establecerse por las aseguradoras la cláusula de “unidad de siniestro” o de “siniestros en serie”, con la que se persigue fijar un tope a la obligación máxima del asegurador; sobre la base de considerar que constituye un solo y único siniestro el acontecimiento o serie de acontecimientos dañosos debidos a una misma causa original con independencia del número de reclamantes o reclamaciones formuladas.

En tales supuestos de múltiples reclamaciones, que puedan ser calificadas como un único

siniestro, el límite asegurado es aplicable a su conjunto y no a cada una de las reclamaciones individuales, por lo que se constituye como una eventual excepción al ejercicio de la acción directa por el perjudicado cuando el límite de la suma asegurada ya se ha alcanzado con el pago de las indemnizaciones realizadas por el asegurador hasta ese momento.

4. En relación con los límites indemnizatorios pactados y la posibilidad de múltiples reclamaciones, en la práctica es frecuente en casos de seguros de responsabilidad civil de grandes empresas -como aquí, del sector de la construcción o la ingeniería civil-, la suscripción de varias pólizas con la misma o diferentes aseguradoras por tramos (en el argot asegurador, por “capas”). Es decir, se contratan distintas capas que consisten cada una de ellas en una suma asegurada expresada en un límite y que se superponen unas a otras, operando “en exceso” (así se denomina expresamente la póliza contratada con AIG) cuando la cuantía total del siniestro sobrepasa el límite correspondiente. De tal manera que cuando un siniestro o un conjunto de siniestros supere el límite del primer tramo (capa), el segundo cubre la diferencia y el tercero la posible nueva diferencia resultante, etc. (cláusula *Drop down* o *Step down*).

5. En este caso, OHL tenía contratadas tres pólizas en este régimen de seguros por capas. La primera, con Vitalicio (posteriormente, Generali) con un límite hasta 6.000.000 €; la segunda, con HDI, con un tramo 6.000.000/30.000.000 €; y la tercera, con AIG, con un tramo de 30.000.000/50.000.000 €.

6. En consecuencia, como según la sentencia recurrida, incólume en casación, no consta probado que HDI haya hecho pagos que, en conjunto, superen su límite asegurado (suma asegurada por capa o tramo), este motivo de casación también debe ser desestimado.

DÉCIMO PRIMERO.- *Tercer motivo de casación. Exención de intereses del art. 20 LCS. Remisión a la resolución del recurso de casación de AIG*

1. El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 20.8 LCS.

2. Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la Audiencia Provincial debería haber apreciado una causa justificada de exoneración de los intereses del art. 20 LCS, por cuanto el daño no se cuantificó hasta que se tramitó el presente procedimiento y era razonable la oposición de la aseguradora

ya que incluso se discutía si habían sido uno o tres los siniestros, amén de que Renfe tardó más de ocho años en interponer su demanda.

3. Como quiera que este motivo tiene una misma fundamentación concordante con los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de casación de AIG, se resolverá juntamente con ellos, para evitar inútiles reiteraciones.

Recurso de casación de AIG

DÉCIMO SEGUNDO.- *Primer motivo de casación de AIG. Improcedencia de la acción directa contra la aseguradora*

Planteamiento:

1. El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 73 LCS.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que Renfe no sufrió ningún daño material directo, sino que los daños materiales los sufrió ADIF. Los daños de Renfe eran indirectos (pérdida de ingresos por la suspensión del tráfico, coste de los trasbordos y devolución de billetes) y no estaban cubiertos en la póliza suscrita con AIG.

Decisión de la Sala:

1. En la configuración de la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil hemos establecido que la inmunidad de dicha acción a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impeditivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (sentencia 200/2015, de 17 de abril, con cita de las de 26 de noviembre de 2006, 8 de marzo de 2007 y 23 de abril de 2009; y sentencia de pleno 321/2019, de 5 de julio).

En particular, “la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la

obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato” (sentencia 730/2018, de 20 de diciembre, que cita las sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre; 268/2007, de 8 de marzo; 40/2009, de 23 de abril; 200/2015, de 17 de abril; y 484/2018, de 11 de septiembre).

Por ello, la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitadoras del riesgo, como es el capital máximo por siniestro (sentencia 213/2015, de 17 de abril).

2. Sobre estos presupuestos, las condiciones particulares de la póliza contratada entre OHL y AIG establecía bajo el epígrafe “DAÑOS” lo siguiente:

“Sólo serán indemnizables por esta póliza los daños:

CORPORALES: Las lesiones, enfermedades o fallecimientos sufridos por persona físicas.

MATERIALES: El daño, deterioro o destrucción de una cosa, así como el daño ocasionado a animales.

PERJUICIOS: La pérdida económica consecuencia directa de los daños corporales o materiales sufridos por el reclamante de dicha pérdida.

DAÑO PATRIMONIAL PRIMARIO: La pérdida económica que no se derive de un daño personal o material y, por tanto, no se trate de un perjuicio consecuencial de éstos”.

3. En consecuencia, no es correcto afirmar que los perjuicios reclamados por Renfe no estaban cubiertos por el contrato de seguro, puesto que se trataba de pérdidas económicas causadas por la paralización de la actividad, que constituye en sí misma un daño. El daño material debe ser apreciado en función del objeto dañado, que aquí era una actividad mercantil (el transporte de viajeros y mercancías por ferrocarril), por lo que se manifiesta en su aspecto patrimonial y no estrictamente físico. Realmente, la cláusula distingue entre daños corporales (personales) y daños patrimoniales, que pueden ser directos sobre el propio objeto en que recaen o indirectos o consecuenciales, entre los que se incluyen los daños económicos reclamados en la demanda. Máxime si también encajan en el concepto de perjuicios descritos por la propia póliza.

4. Razones por las cuales este motivo de casación debe ser desestimado.

DÉCIMO TERCERO.- Segundo a cuarto motivos de casación. Justificación de la exoneración de intereses. Día inicial del devengo

Planteamiento:

1. El segundo motivo de casación se interpone con carácter subsidiario al anterior y denuncia la infracción del art. 20.8 LCS.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la falta de abono de la indemnización estaba justificada por una serie de discrepancias sobre el importe de los daños y su distribución entre las aseguradoras que hacía necesaria la intervención judicial.

2. El tercer motivo de casación, también planteado subsidiariamente, denuncia la infracción del art. 20.8 LCS.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la sentencia recurrida debería haber fijado el día inicial del devengo de los intereses en la fecha en que se disiparon las dudas racionales sobre el alcance del siniestro, que fue con la sentencia de segunda instancia.

3. El cuarto motivo de casación, también subsidiario, denuncia la infracción del art. 20 LCS.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente que la mora de AIG no pudo iniciarse antes del dictado de la sentencia de segunda instancia, que determinó el importe de la indemnización y las cantidades restantes para agotar las pólizas inferiores.

4. Dada la evidente conexidad argumental entre estos tres motivos de casación, coincidentes con el tercer motivo de casación de HDI, se van a resolver de manera conjunta.

Decisión de la Sala:

1. La sentencia 234/2021, de 29 de abril, sintetiza los pronunciamientos de esta sala sobre la imposición de los intereses del art. 20 LCS y su posible exoneración:

“Es reiterada jurisprudencia de la sala la que viene proclamando sin fisuras que dichos intereses ostentan un carácter marcadamente sancionador, imponiéndose una interpretación restrictiva de las causas justificadas de

exoneración del deber de indemnizar, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (sentencias 743/2012, de 4 de diciembre; 206/2016, de 5 de abril; 514/2016, de 21 de julio; 456/2016, de 5 de julio; 36/2017, de 20 de enero; 73/2017, de 8 de febrero; 26/2018, de 18 de enero; 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre y 419/2020, de 13 de julio).

“En congruencia con ello, se ha proclamado que sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero y 419/2020, de 13 de julio, entre otras muchas).

“Ahora bien, como es natural, la mera circunstancia de judicializarse la reclamación, ante la negativa de la aseguradora de hacerse cargo del siniestro, no puede dejar sin efecto la aplicación del art. 20 de la LCS, pues en tal caso su juego normativo quedaría desvirtuado y su aplicación subordinada a la oposición de las compañías de seguro. Es decir, la judicialización, excluyente de la mora, habrá de hallarse fundada en razones convincentes que avalen la reticencia de la compañía a liquidar puntualmente el siniestro; dado que no ha de ofrecer duda que acudir al proceso no permite presumir la racionalidad de la oposición a indemnizar, puesto que no se da un enlace preciso y directo, conforme a las directrices de la lógica, entre ambos comportamientos con trascendencia jurídica.

“En definitiva, como señala la sentencia del Tribunal Supremo 317/2018, de 30 de mayo, citada por la más reciente 419/2020, de 13 de julio: “[...] solamente cuando la intervención judicial sea necesaria para fijar el derecho a la indemnización y razonable la oposición de la compañía, ante la situación de incertidumbre concurrente, podrá nacer la causa justificada a la que se refiere el art. 20.8 LCS”. De esta manera, se expresan igualmente las sentencias 56/2019, de 25 de enero; 556/2019, de 22 de octubre y 116/2020, de 19 de febrero”.

2. En este caso concurre una circunstancia específica, cual es que la propia perjudicada, Renfe, acudió al procedimiento administrativo de determinación de responsabilidad previsto en el art. 97.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, con lo que consideramos que no puede adelantarse el devengo de intereses a una fecha anterior a la conclusión de ese procedimiento.

Por el contrario, una vez que el Consejo de Administración de ADIF dictó la resolución de 30 de octubre de 2009, en la que dictaminó que la responsabilidad era de la UTE, sus aseguradoras deberían haber adoptado las medidas previstas en el art. 20.3º LCS, por lo que, al no haberlo hecho así, han incurrido en mora no justificable conforme al apartado 8º del mismo precepto.

3. En consecuencia, deben estimarse los recursos de casación de HDI y AIG en el único sentido de establecer que el día inicial del cómputo de los intereses del art. 20 LCS será el 30 de octubre de 2009.

DÉCIMO CUARTO.- *Costas y depósitos*

1. De conformidad con lo previsto en el art. 398.1 LEC, la desestimación de todos los recursos extraordinarios por infracción procesal comporta la imposición a las respectivas partes recurrentes de las costas causadas por ellos.

2. La desestimación del recurso de casación de OHL y AGOSH conlleva igualmente que se le impongan las costas por él causadas, a tenor del mismo art. 398.1 LEC.

3. La estimación en parte de los recursos de casación de HDI y AIG supone que no proceda hacer expresa imposición de las costas por ellos causadas, según previene el art. 398.2 LEC.

4. Igualmente, tales desestimaciones de todos los recursos extraordinarios por infracción procesal y el de casación de OHL y AGOSH suponen la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ. Mientras que la estimación en parte de los recursos de casación de HDI y AIG supone la devolución de los

depósitos prestados para su interposición, conforme al apartado 8 de la misma disposición.

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 los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por Obrascon Huarte Laín S.A. (OHL) y Agrupación Guinovart Obras y Servicios Hispania S.A. (AGOSH), HDI Global Sucursal en España, y AIG Europe Limited Sucursal España contra la sentencia de 20 de junio de 2019, dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 206/2019.

2.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por OHL y AGOSH contra dicha sentencia.

3.º Estimar los recursos de casación interpuestos por HDI y AIG contra la indicada sentencia, en el único sentido de establecer como día inicial del devengo de los intereses del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro el 30 de octubre de 2009.

4.º Imponer a los recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos extraordinarios por infracción procesal.

5.º Imponer a OHL y AGOSH las costas de su recurso de casación.

6.º No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de casación de HDI y AIG.

7.º Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para los mencionados recursos desestimados y la devolución de los constituidos para los recursos estimados.

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

Los hechos sobre los que se basa esta resolución están claros. El 20 de octubre de 2007 se produjo un hundimiento en el túnel del Gornal, en el marco de los trabajos de ejecución de las obras llevadas a cabo por la Unión Temporal de Empresas (UTE) Hospitalet (compuesta por Obrascón Huarte Laín S.A.-OHL- y Agrupación Guinovart Obras y Servicios Hispania S.A.-AGOSH-) para la construcción de la plataforma de la línea de alta velocidad Madrid - Zaragoza - Barcelona - Frontera Francesa, al producirse la rotura de dos paneles de la pantalla del túnel y el posterior hundimiento de parte del andén de la estación de ferrocarril de Bellvitge.

Como consecuencia de estos hechos se tramitó un procedimiento administrativo de determinación de responsabilidad, que concluyó con un Acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad Pública Empresarial del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) de 30 de octubre de 2009, que declaró a la UTE Hospitalet responsable de los daños y perjuicios producidos por el mencionado hundimiento. Esta resolución fue confirmada por la sentencia de 27 de diciembre del 2011, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 7.

Sin embargo, para la Sala, la condena solidaria a las tres aseguradoras no vulnera el límite de cobertura de la aseguradora HDI ni supondría un enriquecimiento injusto de AIG, al no constar probado que aquella hubiera hecho pagos que, en conjunto, superen su límite asegurado (suma asegurada por capa o tramo).

Dicho hundimiento provocó la paralización del servicio del transporte ferroviario desde el 20 de octubre del 2007 hasta el 1 de febrero de 2008. Por ello, el Grupo Renfe, ex artículo 1902 CC, como perjudicada de esta paralización, presentó una demanda contra las empresas que formaban la UTE, y contra las compañías aseguradoras Generali España S.A de Seguros y Reaseguros, HDI-Gerling Industrie Versicherung Ag Sucursal en España y Aig Europe Limited Sucursal en España, solicitando que se las condenara a pagar solidariamente la cantidad de 13.473.063,69 €.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial establecen la relación de causalidad por la negligente actuación de las empresas que formaban la UTE y los daños producidos al Grupo Renfe. La Sentencia de la Audiencia condena a la totalidad de la cantidad reclamada, condenando también a las respectivas aseguradoras hasta el límite de las distintas capas pactadas como cobertura del seguro.

Ante la sentencia del Audiencia, recurrieron en casación las distintas partes demandadas, empresas y aseguradoras. Dicho recurso fue desestimado, salvo en lo que respecta a la condena a los intereses del artículo 20 de la LCS, donde el alto tribunal entendió que el *dies a quo* para su cálculo respecto a las entidades HDI y AIG era el 30 de octubre de 2009 y no la fecha de siniestro, puesto que esa fecha fue en la que el Consejo de Administración de ADIF dictó la resolución, en la que dictaminó que la responsabilidad era de la UTE. Por lo tanto, sus aseguradoras deberían haber adoptado las medidas previstas en el art. 20.3º LCS para no incurrir en mora.

Uno de los motivos de casación de las empresas demandadas fue la interrupción abusiva por parte de Renfe del plazo de prescripción. En efecto, Renfe ejerció su acción nueve

años después de la resolución del expediente administrativo de determinación de responsabilidad y mantuvo artificialmente la vigencia de la acción mediante el envío repetitivo de unos burofaxes estereotipados, cuando podría haber liquidado el daño y formalizado su reclamación judicial desde que ADIF confirmó la responsabilidad de las empresas constructoras. Naturalmente, esta conducta abusiva se acentúa con la petición a las aseguradoras de los intereses del art. 20 LCS.

La Sala desestima el motivo, argumentando que precisamente la reiteración en las reclamaciones mediante la repetición de los actos interruptivos de la prescripción, mostró la voluntad inequívoca de Renfe de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados y desvirtuó cualquier posible confianza o expectativa que pudieran tener los responsables y sus aseguradoras en que no se les iba a reclamar dicha indemnización. En tal sentido, considera que para que se pueda estimar la existencia de retraso desleal en el ejercicio de un derecho deben concurrir los presupuestos siguientes: (i) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho, aunque necesariamente ejercitado dentro de plazo prescriptivo o de caducidad de la acción; (ii) la omisión de dicho ejercicio; (iii) la creación de una confianza legítima en la otra parte en que no se va a ejercitar la reclamación; y (iv) una conducta del titular del derecho/acreedor que puede ser calificada como permisiva de la actuación de la otra parte, o que suponga una clara e inequívoca renuncia de su derecho.

Otra de las cuestiones que plantean interés es la forma de aseguramiento por capas. En este caso, la entidad responsable había contratado con la entidad Vitalicio (Ahora Generali) hasta 6 millones euros, de 6 a 30 millones de euros con la entidad HDI y de 30 a 50 millones de euros con la entidad AIG. Por ello, la entidad HDI alegó que la condena a esta entidad por encima del límite de cobertura de la póliza vulnera determinados preceptos de la LCS y supone un enriquecimiento injusto de AIG, que sería quien debería abonar esa suma excedida.

Sin embargo, para la Sala, la condena solidaria a las tres aseguradoras no vulnera el límite de cobertura de la aseguradora HDI ni supondría un enriquecimiento injusto de AIG, al no constar probado que aquella hubiera hecho pagos que, en conjunto, superen su límite asegurado (suma asegurada por capa o tramo). De este modo, la Sala considera que en estos supuestos de múltiples reclamaciones, que puedan ser calificadas como un único siniestro, el límite asegurado es aplicable a su conjunto y no a cada una de las reclamaciones individuales, por lo que se constituye como una eventual excepción al ejercicio de la acción directa por el perjudicado cuando el límite de la suma asegurada ya se ha alcanzado con el pago de las indemnizaciones realizadas por el asegurador hasta ese momento.

Finalmente, la aseguradora AIG argumentó que los daños sufridos por Renfe no estaban cubiertos, puesto que esta entidad no sufrió ningún daño material directo, sino que los daños materiales los sufrió ADIF. Los daños de Renfe eran indirectos (pérdida de ingresos por la suspensión del tráfico, coste de los trasbordos y devolución de billetes). Se basaba la aseguradora en que la póliza cubría la pérdida económica consecuencia directa de los daños corporales o materiales sufridos por el reclamante de dicha pérdida.

Sin embargo, para la Sala, que también desestima el motivo, no es correcto afirmar que los perjuicios reclamados por Renfe no estaban cubiertos por el contrato de seguro, puesto que se trataba de pérdidas económicas causadas por la paralización de la actividad, que constituye en sí misma un daño. El daño material debe ser apreciado en función del objeto dañado, que aquí era una actividad mercantil (el transporte de viajeros y mercancías por ferrocarril), por lo que se manifiesta en su aspecto patrimonial y no estrictamente físico. Realmente, para la Sala, la cláusula distingue entre daños corporales (personales) y daños patrimoniales, que pueden ser directos sobre el propio objeto en que recaen o indirectos o consecuenciales, entre los que se incluyen los daños económicos reclamados en la demanda. Máxime si también encajan en el concepto de perjuicios descritos por la propia póliza.



jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Pérdida del cristalino tras impactar en el ojo de un cliente de un bar un fragmento del cristal de la puerta de entrada, roto al ser golpeado violenta e inopinadamente por otro cliente. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación promovido por el actor contra la sentencia de la AP Álava que confirmó en apelación la desestimación de la demanda formulada contra el titular de un establecimiento de hostelería y su aseguradora en reclamación de una indemnización por los daños sufridos en el establecimiento, al considerar que no responde ex art. 1910 CC, por daños causados por cosas arrojadas o caídas, al tratarse de una actuación imprevisible del tercero que excede del posible control que el titular del negocio pudiera ejercer sobre él. Tampoco responde ex art. 1902 CC, por culpa, al no existir relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado, pues la rotura repentina y violenta por un tercero de la puerta de acceso al local no tiene relación con la naturaleza y desempeño normal del servicio prestado, y tal actuación no tuvo lugar en la esfera de control del empresario

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 31 de enero de 2024
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1. El 21 de julio de 2016, Leon estaba tomando un café en la puerta del bar Lima, de Vitoria, cuando un cliente que se encontraba en el interior del establecimiento golpeó violentamente el cristal de la puerta de entrada, que resultó hecho añicos.

2. Un fragmento de cristal impactó en el ojo izquierdo del Sr. Leon, que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, estando en situación de incapacidad temporal durante 543 días y quedándole como secuela la pérdida del cristalino (afaquia).

3. El Sr. Leon formuló una demanda contra el titular del bar Lima y contra su compañía de seguros (Mapfre), en la que solicitó que se les condenara solidariamente a indemnizarlo en la suma de 80.477,84 €, por los días de incapacidad, las secuelas, el perjuicio estético y el daño moral.

La demanda se basaba en los arts. 1902 y concordantes CC y en el art. 147 TRLCU, por cuanto el cristal del establecimiento que resultó roto y fragmentado no reunía los requisitos técnicos de seguridad legalmente exigibles, en particular los previstos en el Código Técnico de la Edificación.

4. Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró que las lesiones no se habían producido como consecuencia de un riesgo derivado de la actividad de hostelería desempeñada por el demandado, sino por la acción voluntaria de un tercero -no demandado- ajena al negocio; no existía relación de causalidad entre una conducta u omisión de titular del establecimiento y el resultado dañoso padecido por el demandante.

5. El recurso de apelación del demandante fue desestimado por la Audiencia Provincial. En lo que ahora importa, el tribunal de segunda instancia consideró que no cabía imputar la responsabilidad objetiva del art. 1910 CC por cuanto ni se arrojó ningún objeto, ni nada cayó del edificio, sino que se rompió un cristal; así como que el daño no fue consecuencia de ningún riesgo derivado de la actividad empresarial realizada, ni podía imputarse al demandado ninguna acción u omisión negligente que tuviera relación causal con las lesiones sufridas por el demandante.

6. El Sr. Leon interpuso un recurso de casación.

SEGUNDO.- *Primer y segundo motivos de casación. Planteamiento. Resolución conjunta*

1. El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1910 CC y la jurisprudencia representada por las sentencias de 12 de abril de 1984 y 20 de abril de 1993.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que el art. 1910 CC no contiene un *numerus clausus* y pueden incluirse en su ámbito objetivo tanto los líquidos como las cosas sólidas que, de una forma u otra, caen de un espacio arquitectónico y causan

daño a un tercero; entre las que puede incluirse un fragmento de cristal de una puerta de entrada a un establecimiento.

2. El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 1910 CC y la jurisprudencia representada por las sentencias de 12 de abril de 1984 y 20 de abril de 1993.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que el art. 1910 CC establece una responsabilidad objetiva, por lo que resulta indiferente que medie o no culpa para que el titular del establecimiento deba responder por el daño y resarcir al perjudicado; todo ello, con independencia de quien pudiera resultar causante directo, contra el que podría repetir.

3. Como quiera que ambos motivos denuncian la infracción de un mismo precepto legal y de una idéntica jurisprudencia, se resolverán conjuntamente, para evitar inútiles reiteraciones.

TERCERO.- *Decisión de la Sala. La responsabilidad civil del art. 1910 CC por daños causados por cosas arrojadas o caídas*

1. Aunque el art. 1910 CC se refiere únicamente a los daños causados a terceros por las cosas que son arrojadas o que caen desde un edificio, la jurisprudencia de esta sala optó ya hace tiempo por una interpretación extensiva, conforme a la que el precepto se aplica no solo a los eventos dañosos originados por las cosas que se arrojen hacia afuera, sino también a aquellos que se arrojen o proyecten dentro de una casa, puesto que el citado artículo no indica hacia dónde deben dirigirse los objetos lanzados. Resulta paradigmática a estos efectos la sentencia 526/2001, de 21 de mayo, que aplicó el art. 1910 CC en un caso de lesiones sufridas por el impacto de un vaso arrojado en el interior de una discoteca.

2. Más importancia tiene para nuestro caso, dado que aquí sí hubo proyección al exterior (el cristal saltó hecho añicos hacia la calle) el carácter de *numerus apertus* que otorga nuestra jurisprudencia a las expresiones de arrojar o caer empleadas en el art. 1910 CC, en el sentido de que el daño podrá ser igualmente causado por fluidos que se filtran por el suelo, paredes o techo, o por el desprendimiento de sustancias nocivas, entre otros. E incluso se aplica el artículo tanto en los casos en los que la cosa se desplaza de arriba abajo, como en aquellos en los que el objeto se mueve sin existir un desni-

vel, o asciende, como sucede en las emanaciones de gas. Como declaró la sentencia 239/1984, de 12 de abril:

“[L]as expresiones “se arrojen o cayeren” en él empleadas no constituyen “numerus clausus”, razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva en cuanto a los supuestos que originados dentro del límite ambiental en él determinado, puedan causar daño o perjuicio, tanto a otros vecinos, copropietarios, etc., por razón en tales casos de aplicación y observancia del principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad, como a quienes con ocasión de deambular por las inmediaciones del inmueble reciban daño o sufran perjuicio por las cosas que se arrojen o cayeren del piso, vivienda o local en cuestión».

3. También ha hecho esta sala una interpretación amplia del término “cosas”, que incluye tanto los objetos sólidos, como los líquidos y las sustancias gaseosas (aparte de las ya citadas, y en lo que se refiere a objetos sólidos, como los del supuesto que nos ocupa, sentencias 535/1989, de 5 de julio -caída a la calle del cristal de una ventana-; 1113/1999, de 22 de diciembre -petardos arrojados en un recinto deportivo cerrado-; y 1243/2007, de 4 de diciembre -caída de una maceta-). En particular, por su cierta similitud con el presente caso, cabe resaltar la sentencia 535/1989, de 5 de julio, que consideró incluíble en la responsabilidad prevista en el art. 1910 CC la caída a la calle de un fragmento de cristal que se desprendió de una de las ventanas de un piso exterior y alcanzó a un peatón que circulaba por la calle.

4. En cuanto al lugar desde que el cae o se arroja la cosa, el término “casa” al que se refiere el precepto, ha sido interpretado por esta sala (véase la multiplicidad de supuestos tratados en las sentencias ya citadas) como cualquier inmueble habitable en sentido amplio (viviendas, locales comerciales, oficinas, teatros, discotecas, establecimientos hoteleros, etc.). Sin que el “cabeza de familia” tenga que ser necesariamente el propietario, ya que puede serlo también el arrendatario, en cuanto que poseedor directo del inmueble (sentencia 334/2001, de 6 de abril), o el titular del negocio desarrollado en dicho inmueble. Como declaró la sentencia de pleno 204/2021, de 15 de abril:

“Cuando se trata de un inmueble de uso no residencial, sedes de empresas, locales comerciales, inmuebles en los que se ejercen profesiones liberales, etc., y existen relaciones de subordinación, el “cabeza de familia” será el titular de dicho negocio o empresa, con independencia de su condición de persona física o jurídica. La exigencia de que el cabeza de familia “habeite” el edificio se interpreta de una forma amplia. En efecto, el término habitar se entiende referido a cualquier tipo de uso, residencial o no, del que sea susceptible, desde una perspectiva material, el edificio o construcción de que se trate. Además, la jurisprudencia considera que la casa es habitada por el que posee el título para usar y disfrutar la “casa” en cuestión aun cuando todavía no la utilice, como acontece en el caso de edificios en construcción”.

5. Respecto al autor material de la acción de arrojar o dejar caer, el art. 1910 CC imputa



responsabilidad al titular del inmueble desde el que caen o se arrojan las cosas tanto por hecho propio como por hecho ajeno, inclusive los hechos dañosos cometidos por personas de las que dicho titular no está legalmente obligado a responder.

Ahora bien, cuando se trata de un hecho ilícito causado por un tercero del que el titular no debía responder, como sucedió en el caso enjuiciado, en que un cliente del establecimiento rompió violenta e inopinadamente el cristal de la puerta de acceso al mismo, para que exista el nexo causal que justifique la responsabilidad del titular del establecimiento debería tratarse de un supuesto previsible e incluido en su esfera de control. Es cierto que en los establecimientos abiertos al público existe un derecho de admisión y un deber de controlar lo que pasa en el local, pero el caso enjuiciado excede del posible control que el titular del negocio pudiera ejercer sobre quien decidió romper el cristal, sin que dicho titular pudiera tener ninguna capacidad de reacción (llamar a la policía ante un altercado, expulsar a quien se ve que va a causar un daño, etc.).

Ni siquiera cohonstando esta responsabilidad con las previsiones del art. 147 TRLCU, en el que se basó coordinadamente con el art. 1910 CC la pretensión ejercitada en la demanda, puede hacerse responsable al titular del establecimiento público de la actuación imprevisible de un tercero. Y esta situación es la que hace diferente este caso de otros en los que la sala sí apreció responsabilidad, como el enjuiciado en la sentencia 526/2001, de 21 de mayo, por cuanto en ese caso el titular del establecimiento sí que pudo ejercer su capacidad de control no permitiendo que hubiera vasos usados sin recoger; o la sentencia 535/1989, de 5 de julio, en la que precisamente la razón decisoria de la condena fue que el arrendatario tenía el dominio de lo sucedido.

6. En conclusión, por más que, como regla general, el art. 1910 CC esté previsto para proteger a las víctimas y convierta al cabeza de familia (aquí, titular del establecimiento) en una especie de garante de los daños antijurídicamente ocasionados por el tercero, no puede ampliarse dicha responsabilidad a casos como el presente en que el titular carecía completamente de cualquier capacidad de dirección o control sobre lo sucedido. A cuyo efecto debe tenerse presente que, conforme a lo declarado probado en la instancia, la causa del siniestro no fue que el cristal fuera inadecuado o un defecto de mantenimiento de la puerta, sino su rotura por la actuación

inopinada y violenta de una tercera persona no demandada.

Esta conclusión no queda afectada por el hecho de que el cristal que rompió el tercero no reuniera determinadas características técnicas, porque, en primer lugar, la normativa invocada por el demandante es posterior a la licencia de apertura del establecimiento; y en segundo lugar, porque conforme a la base fáctica fijada en la instancia, incólume en casación, la norma técnica en cuestión únicamente recoge una clasificación de vidrios en cuanto al riesgo de corte del usuario, sin que conste que el instalado en el local fuera inadecuado para su función.

7. Como consecuencia de lo expuesto, los dos primeros motivos de casación deben ser desestimados.

CUARTO.- Tercer motivo de casación. Responsabilidad por culpa

Planteamiento:

1. El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1902 CC, en relación las sentencias de esta sala de 19 de diciembre de 1992 y 24 de enero de 2002.

2. En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que la jurisprudencia de la sala ha tendido a objetivar la responsabilidad extracontractual y que en este caso que el bar cumpliera con la normativa reglamentaria para su apertura no justifica la negligencia de no tener instalado en la puerta un cristal antirrotura, que no se hubiera astillado al ser golpeado.

Decisión de la Sala:

1. La jurisprudencia más reciente de esta sala sobre responsabilidad civil (entre otras muchas, sentencias 462/2006, de 10 de mayo; 645/2007, de 30 de mayo; 1070/2007, de 16 de octubre; 788/2008, de 24 de julio; 791/2008, de 28 de julio; 1200/2008, de 16 de diciembre; 149/2010, de 25 de marzo; 385/2011, de 31 de mayo; 979/2011, de 27 de diciembre; 816/2011, de 6 de febrero de 2012; 566/2015, de 23 de octubre; 639/2015, de 3 de diciembre; y 185/2016, de 18 de marzo) puede resumirse en los siguientes aspectos:

(i) La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la

actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el art. 1902 CC, que no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de la culpa -demostración de que “faltaba algo por prevenir”-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el mencionado art. 1902 CC.

(ii) La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado “reproche culpabilístico”.

(iii) El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o “agotamiento” de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

(iv) El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa; mientras que para las actividades que no quepa calificar

de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del art. 217 LEC. Del tenor del art. 1902 CC, en relación con el art. 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando “una disposición legal expresa” (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de “disponibilidad y facilidad probatoria” a los que se refiere el art. 217.7 LEC.

(v) En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a la culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte.

2. En la sentencia 185/2016, de 18 de marzo, en un supuesto de daño producido en un establecimiento abierto al público (corte en un pie por unos cristales esparcidos en el suelo de una discoteca), al interpretar conjuntamente el art. 1902 CC y el art. 147 TRLCU, afirmamos que en los establecimientos públicos dedicados a hostelería y espectáculos resulta exigible que el riesgo propio de la actividad se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto: a falta de normas reglamentarias que las precisen, aquellas cuyo coste de adopción no supere claramente el beneficio que, para el público asistente, comporte la correlativa disminución de los resultados lesivos de que se trata. Así como que deberá ponderarse si el evento dañoso acaecido evidencia, o no, un defecto -un déficit de la seguridad que legítimamente cabía esperar- del servicio prestado. Y si dicho evento tiene lugar dentro de un ámbito que se halle bajo el control del empresario prestador del servicio; que es quien cuenta con la información sobre las medidas de cuidado exigibles, y en su caso adoptadas, a fin de reducir el riesgo.

3. Pues bien, conforme a estos parámetros y entroncando con lo expuesto al resolver los dos motivos precedentes, no cabe considerar que concurren los requisitos para poder atribuir

buir al demandado -titular del establecimiento- la responsabilidad civil prevista en el art. 1902 CC, puesto que la rotura repentina y violenta por un tercero de la puerta de acceso al local no tiene relación con la naturaleza y desempeño normal del servicio prestado; ni dicha actuación tuvo lugar en la esfera de control del empresario; ni cabe, en suma, apreciar relación de causalidad entre la acción u omisión del demandado, en cuanto que titular del establecimiento, y el daño sufrido por el demandante.

4. Por lo que el tercer motivo de casación también debe ser desestimado.

QUINTO.- *Costas y depósitos*

1. Al haberse desestimado el recurso de casación deben imponerse al recurrente las costas causadas por el mismo, según previene el art. 398.1 LEC.

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

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Leon contra la sentencia núm. 825/2019, de 18 de octubre, dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 622/2019.

2.º Imponer al recurrente las costas del recurso de casación.

3.º Ordenar la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación.

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 **Mariano Medina Crespo**

Abogado

Doctor en Derecho

EL CASO DE LA PUERTA ROTA DE CRISTAL EN EL QUE EL TS DILUYE LA OBJETIVIDAD ATRIBUTIVA DEL ART. 1910 DEL CC. DESCONOCIMIENTO DE LA VIRTUD ONERADORA DE UN CASO FORTUITO, MEDIANTE LA NEGACIÓN DE LA RELACIÓN CAUSAL, PESE A QUE SE TRATA DE UNA RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHO AJENO, TRAS CALIFICAR COMO TERCERO CAUSANTE A QUIEN ES UN SEGUNDO

1.- Anticipo de la conclusión doctrinal del comentario. Sentencia muy bien escrita que contiene una precisa síntesis de la doctrina jurisprudencial atinente al estatuto atributivo de los arts. 1902 y 1910 del CC., así como un encomiable esfuerzo de motivación sin deliquios literarios, pero que escamotea con cierta sutileza un pequeño y fundamental giro o cambio restrictivo respecto del significado y alcance del segundo de los preceptos. Como dejó escrito el profesor Manuel Albaladejo García, las paradojas en el razonar de la responsabilidad civil extracontractual derivan de que la jurisprudencia mantiene una continuidad formal que encubre la discrepancia del anterior criterio con el nuevo.

El TS no tiene en cuenta que, cuando se trata de una responsabilidad civil por hecho dañoso ajeno, el nexo causal ha de ser el que ligue al agente dañoso con el daño padecido por el perjudicado; y en este caso, se está ante una posible responsabilidad civil por hecho dañoso ajeno, según viene a reconocer el propio TS, al afirmar que en el caso enjuiciado el hecho considerado es un hecho dañoso causado por un tercero.

2.- El hecho enjuiciado. Situado dentro de un bar, un cliente golpea de modo intencionado y con violencia el cristal de la puerta de acceso a él, haciéndolo añicos; y un fragmento de los cristales arrojados alcanza en un ojo a otro cliente que tomaba un café en el exterior, sufriendo la pérdida del cristalino.

3.- La demanda. El lesionado reclama indemnización por sus daños y perjuicios mediante demanda que interpone contra el titular del establecimiento y contra la aseguradora de su responsabilidad civil, con invocación de los dos preceptos civiles señalados.

4.- Las sentencias precedentes. El JPI desestimó la demanda, siendo su sentencia confirmada en apelación por la AP.

5.- El recurso de casación y su resultado. Contra la sentencia de instancia, el demandante formalizó recurso de casación que articuló a través de tres motivos, los dos primeros por la falta de aplicación del art 1910 y el tercero por la falta de aplicación del 1902. Los tres son desestimados. De ellos me ocupó seguidamente, aunque con inversión de su orden, refiriéndome al tercero en primer lugar.

6.- Rehúse del tercer motivo: la (correcta) inaplicación del art. 1902. Estando probada la falta de culpa del titular del establecimiento, se desestima este motivo. Por mucho que se objetive la apreciación de la existencia de la culpa o negligencia, no puede desconocerse que ésta constituye el título legal atributivo contemplado por el precepto invocado, al que es ajeno el rango atributivo de cualquier riesgo específico que se realice dañosamente, según sintetiza el TS con precisión, de modo persuasivo, así como con ciencia y conciencia, aunque llama la atención el innominado guiño que realiza a la teoría del análisis económico del Derecho al decir que las medidas que un agente dañoso ha de adoptar para no incurrir en negligencia son aquéllas cuyo coste no sea superior al beneficio que supone la evitación de los resultados lesivos que puedan producirse.

7.- Rechazo conjunto de los dos primeros motivos: la (incorrecta) inaplicación del art. 1910. Al abordar el TS estos dos motivos del recurso, realiza una exacta y detallada síntesis de la interpretación extensiva que, respecto del precepto invocado, ha realizado la doctrina jurisprudencial; y ello, añadido por mi parte, a partir del criterio doctrinal que sostuvo en 1963 el catedrático Manuel Batlle Vázquez y que, con tanto acierto como retraso, acogió la *STS de 12 de abril de 1984* (ponente Mariano Fernández Martín-Granizo, entonces; y Martín-Granizo Fernández, después), siguiendo las sentencias que, citadas por el TS, desarrollan el alcance del supuesto de hecho de tal precepto.

Sentado ello, el TS puntualiza que, para que el “hecho ilícito causado por un tercero” origine la responsabilidad civil del titular poseedor del inmueble explotado como bar, con aplicación del precepto invocado, es imprescindible la presencia de un nexo causal que solo es apreciable si se está ante un “supuesto previsible” que se sitúe dentro de la “esfera del control” de dicho titular; y que, en este caso, la rotura del cristal de la puerta por parte de un tercero excede de la posibilidad de tal control, por lo que el hecho dañoso queda fuera del supuesto que tipifica el precepto pretendidamente aplicable.

El TS no tiene en cuenta que, cuando se trata de una responsabilidad civil por hecho dañoso ajeno, el nexo causal ha de ser el que ligue al agente dañoso con el daño padecido por el perjudicado; y en este caso, se está ante una posible responsabilidad civil por hecho dañoso ajeno, según viene a reconocer el propio TS, al afirmar que en el caso enjuiciado el hecho considerado es un hecho dañoso causado por un tercero.

Pero debe puntualizarse que el agente dañoso del caso no era un tercero ajeno al establecimiento, sino un segundo, por ser cliente del bar, siendo para su titular, de acuerdo con la terminología de la doctrina italiana, un sujeto jurídicamente conocido y no uno desconocido, estándose ante una concreción subjetiva que es fundamental por decisiva. Se trata de una precisión técnica de signo terminológico que está dotada de una inesquivable relevancia atributiva o desatributiva, según que se esté, de modo respectivo, ante un segundo o ante un estricto tercero.

Véase, a su vez, que la sentencia, acudiendo a un cierto circunloquio, rehúye la consideración del precepto invocado como plasmador de una responsabilidad civil objetiva que es lo que sostiene la doctrina jurisprudencial antecedente; silencio u omisión que es un preludio de la subjetivación atributiva a la que viene a atenerse esta sentencia.

Sabido es, o debe saberse, que en nuestro Derecho positivo no existe ninguna norma que se ajuste a un régimen atributivo de una responsabilidad absoluta, que es la que no admite causa alguna de exoneración del agente dañoso, pues no hay más responsabilidad objetiva por razón del riesgo específico creado que la relativa que resulta atenuada, mitigada o atemperada por las dos causas eximentes típicas, constituidas por la culpa (causa relevante) exclusiva de la víctima (causa relevante aportada por ella) y por la fuerza mayor extraña al riesgo específico desplegado que, en este caso, nada tiene que ver con la con-

dición empresarial del titular del establecimiento, sino con la de ser titular poseedor del local o inmueble donde explotaba su actividad comercial.

Cuando el TS liga la esfera del control por parte del titular del establecimiento a que se esté ante un hecho previsible, se sustrae al supuesto de hecho regulado por el precepto, al que subjetiviza *contra legem* como si no contemplara una responsabilidad objetiva, acudiendo así a un criterio subjetivo (sostenido, doctrinalmente, por el profesor Ángel-Fernando Pantaleón Prieto) que maltrata la razón individualizadora del mismo. Por eso se explica, como significativo acto fallido, el silencio al que ya me he referido. Con tal enfoque apreciativo, bastaría, al efecto, el art. 1902, convirtiendo en expletivo el 1910. Si se exigiera la concreta previsibilidad y el hecho dañoso hubiera sido concretamente previsible, se habría tenido que acoger el tercer motivo del recurso.

Velit nolit, si se hubiera acudido a la efectiva esfera de control en el caso del vaso lanzado por un cliente contra otro dentro de una discoteca, se habría tenido que desestimar la demanda deducida contra su titular; y si, en tal caso, se le condenó, la misma razón existía para condenar al titular del bar, poseedor del local en el que se produjo el hecho lesivo del agente damnificador. El matiz de la pretendida diferenciación de uno y otro caso es manifiestamente artificiosa, prejudicial, extralegal y despreciable.

8.- Recapitulación de la sentencia relativa a la desestimación total del recurso. El TS remata su argumentación reafirmando que el hecho dañoso tuvo lugar “fuera de la esfera del control” asumible por el empresario, titular del establecimiento; argumento que es ajeno al supuesto de hecho del art. 1902, por ser propio de la responsabilidad civil por hecho dañoso ajeno. Lo atestigua la objetividad atributiva reconocida por la constante jurisprudencia sobre funcionamiento positivo o aplicativo del art. 1903. Pero su utilización en el ámbito del 1910 se pone, en este caso, para amortiguar su objetividad atributiva, al identificar el ámbito del propio riesgo con el requisito de la previsibilidad.

Otra cosa sería si el agente material del daño hubiera sido un verdadero tercero que hubiera irrumpido en el local para destrozar, por cualquier motivo, la puerta de cristal, porque en tal caso se estaría ante una actuación por completo ajena a la esfera del control del titular del establecimiento.

A su vez, el TS reitera la inexistencia de la relación causal entre la actuación del titular del establecimiento y el resultado lesivo producido; y ello pese a que tal nexo no es requisito de una responsabilidad civil por hecho ajeno, como es la negada de autos, pues, de haberla, sería una responsabilidad por hecho propio.

9.- La que sería, desde la perspectiva del titular del establecimiento, la correcta calificación del hecho dañoso como constitutivo de un caso fortuito por el que tendría que responder frente al perjudicado. En el caso de autos se estaba ante una demostrada realización no culpable, pero sí fortuita, del riesgo específico que constituye el título de atribución que origina la responsabilidad civil regulada por el art. 1910 del CC.

Tomando como sujeto de referencia al titular del inmueble utilizado como bar, el daño se produjo por una fuerza mayor (hecho imprevisible e inevitable), pero ésta no era extraña al riesgo específico atributivo que justifica la razón de ser del precepto, sino propia de él; y en los casos de responsabilidad civil objetiva, el caso fortuito, como fuerza mayor inserta en el riesgo desplegado, no es desatributivo, liberador, eximidor o exonerante del *artificex periculi*, sino onerador, atributivo o adjudicatorio de su responsabilidad civil estándose ante la salvedad prevista en el art. 1105 del CC.

Ello es así porque la estructura unitaria de todas las reglas atributivas de la responsabilidad objetiva, establecida por razón del despliegue de un riesgo específico, cuenta con

un denominador común consistente en que, producido un daño vinculable al rango atributivo de dicho riesgo, se presume la responsabilidad de su artífice, enervándose tal presunción (con su efecto exonerador) solo si se demuestra que el daño se ha debido en exclusiva a la actuación de la víctima o a una fuerza mayor extraña al riesgo considerado, bajo el entendimiento de que la que le es propia (fuerza mayor interna o caso fortuito) tiene una virtualidad oneradora, es decir, atributiva.

10.- El efecto de la solución adoptada contra ius: la radical desprotección de la víctima. En mi concepto, la falta de la correcta aplicación del art. 1910 del CC se tradujo en la absoluta desprotección resarcitoria de la víctima, quedando sometida al *casum sentit hostia*, principio inicial que queda desmentido cuando se aprecia la existencia de una responsabilidad civil que es solo y siempre una responsabilidad resarcitoria, afirmada cuando el perjudicado sufre un daño que otro sujeto injustamente le produce, con la mediación de un título atributivo que, en la esfera extracontractual, puede estar constituido por la culpa causativa (*negligentia* y *dolus*; *imperitia*), por la realización de un peligro o riesgo específico (*periculum speciale*) o por el sacrificio (*sacrificium* o *necessitas*).





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Responsabilidad del distribuidor por haber puesto en circulación el producto defectuoso y no haber identificado oportunamente al fabricante. El Tribunal Supremo estima parcialmente los recursos interpuestos por la demandante, casa la sentencia recurrida en lo que concierne a la apreciación de que la demanda se interpuso extemporáneamente, al considerar que el momento relevante para el cómputo de los 10 años no es el de la puesta en circulación por la fabricante no demandada, sino el de la puesta en circulación por la distribuidora demandada, y devuelve las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que se pronuncie sobre la responsabilidad de la demandada con arreglo al régimen de responsabilidad por productos defectuosos, o en su defecto, sobre la responsabilidad de la demandada conforme a las reglas de responsabilidad por culpa. Al supuesto de responsabilidad objetiva del distribuidor o proveedor deben añadirse aquellos en los que el daño causado por el producto sea imputable a una acción u omisión culposa propia del distribuidor

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 7 de febrero de 2024

Ponente: Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso y resumen de antecedentes*

El procedimiento se inicia por la demanda de reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios presentada el 10 de octubre de 2016 contra la empresa distribuidora de una prótesis de cadera por una paciente a la que se le implantó en el año 2007 la prótesis para solucionar sus problemas derivados de la coxartrosis que padecía. La artroplastia no ofreció los efectos esperados, la paciente hubo de someterse a diversas intervenciones y, finalmente, el 18 de diciembre de 2014, se le extrajo la prótesis y se le implantó otra prótesis de otra marca, después de lo cual ha sufrido nuevas luxaciones

e intervenciones quirúrgicas, la retirada de la segunda prótesis implantada, así como la colocación de un espaciador protésico que a su vez fue cambiado con posterioridad.

La sociedad demandada, que es la distribuidora de la primera prótesis implantada, pertenece al mismo grupo que la sociedad que la fabricó, y que no ha sido demandada.

El juzgado desestimó la demanda contra la distribuidora al apreciar que, de la propia documental aportada por la demandante, resultaba que la demandada no era la fabricante, sino la distribuidora, por lo que no debía responder como fabricante, sin que tampoco hubiera quedado acreditado que la demandada hubiera distribuido la prótesis a sabiendas de que era defectuosa ni existiera negligencia alguna por su parte.

La Audiencia Provincial, en cambio, consideró que durante el tiempo en el que la actora se dirigió a ella extrajudicialmente reclamando por los daños que decía haber sufrido por la

prótesis implantada en el año 2007, la demandada creó una apariencia de ser la fabricante, generando así la confianza razonable de que la demanda se dirigía contra quien produjo la prótesis, por lo que debía responder como tal. Tuvo en cuenta para ello que no negó desde el principio que fuera la fabricante, y solo después de la interposición de la demanda, mediante una carta dirigida el 27 de noviembre de 2017 por los letrados de la demandada al letrado de la actora, mostró su predisposición a identificar al fabricante de la prótesis tras negar que la demandada lo fuera.

La razón por la que la Audiencia desestima la demanda contra la distribuidora de la prótesis es porque entiende que cuando se interpuso la demanda se había extinguido la responsabilidad por el transcurso de diez años desde la fecha en que se comercializó la prótesis implantada.

Las cuestiones jurídicas que se plantean en el recurso de casación interpuesto por la demandante son dos.



De una parte, el momento a partir del que debe computarse el plazo de diez años dentro del cual el perjudicado debe interponer la demanda de responsabilidad por productos defectuosos al amparo del régimen derivado de la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, y contenido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU). La recurrente considera que la puesta en circulación de la prótesis tuvo lugar cuando se le implantó.

De otra parte, la demandante recurrente plantea la exigibilidad de la responsabilidad del distribuidor al amparo del régimen general de la responsabilidad por culpa, cuestión sobre la que la Audiencia Provincial no se pronunció por entender que tal acción no se había ejercido contra la distribuidora.

A efectos de la decisión de los recursos son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 26 de enero de 2007, la Sra. Zaida, demandante ahora recurrente en casación, que padecía una coxartrosis, se sometió a una artroplastía total de cadera en la que se le implantó una prótesis “Birmingham Hip Resurfacing”, con diámetro cefálico de 42 y cotilo de 48, fabricada por Smith & Nephew Orthopaedics Ltd.

El 18 de diciembre de 2014, la Sra. Zaida, se sometió a una operación en la que se le extrajo la prótesis para ser sustituida por una prótesis de un fabricante distinto.

2. El 20 de octubre de 2016, la Sra. Zaida presentó una demanda contra Smith & Nephew, S.A. y contra los médicos que intervinieron en la primera artroplastía.

Solicitaba una condena solidaria de los demandados al abono de un total de 902 243 euros, con la atribución de un 98% de la responsabilidad a Smith & Nephew, S.A. y un 2% para los médicos, a razón de un 1% a cada uno. En el acto de la audiencia previa redujo su reclamación a 344 777 euros.

Invocaba como fundamento de la responsabilidad, en primer lugar, las normas básicas de responsabilidad (arts. 1101 y 1902 CC) y, en segundo lugar, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos.

La Sra. Zaida alegaba, en síntesis, que la prótesis implantada resultó defectuosa; que el hecho de que el servicio de traumatología de la

policlínica optara por la extracción de la misma en el marco de las recomendaciones realizadas por la Agencia Española del Medicamento (en adelante AEMPS) y de la Sociedad Española de Cirugía de la Cadera (en adelante SECCA), y ante la presencia de concentraciones elevadas de cromo y cobalto en la sangre, no hace sino redundar en la existencia de una relación de causalidad directa y exclusiva ante el fracaso precoz de dicha prótesis de cadera y los daños y secuelas padecidos por la actora.

3. Smith & Nephew, S.A. se opuso a la demanda alegando falta de legitimación pasiva por no ser la fabricante y caducidad de la acción ejercitada por transcurso de diez años desde que la prótesis se puso en circulación. Alegó que la responsabilidad del distribuidor por productos con defectos de fabricación, de acuerdo con la Directiva 85/374/CEE, solo procede si el productor no puede ser identificado, y en este caso el fabricante estuvo identificado en todo momento. Razonó que la ley española añadió en el art. 146 TRLGDCU la responsabilidad por distribuir el producto defectuoso a sabiendas de que lo era, y que en el caso las prótesis contaban con marcado CE y cumpliendo todas las exigencias impuestas a los distribuidores.

Razonó que la actora ejercitaba conjuntamente la acción genérica de responsabilidad extracontractual al abrigo del art. 1902 CC y la acción de responsabilidad por productos defectuosos, pero que de acuerdo con la jurisprudencia no puede acudir a la responsabilidad extracontractual como un cajón de sastre cuando ha prescrito la acción prevista en la normativa específica de aplicación, y que, en el caso, si el reproche que hace la actora a la prótesis es que era defectuosa, no puede ejercitar otra acción de responsabilidad.

Añadió que no existe defecto en la prótesis, que la liberación de restos de metal y la metalosis, la luxación, la infección y la hipersensibilidad a los materiales con que está hecha una prótesis, forman parte de los riesgos típicos que deben constar en el consentimiento informado; que toda operación de cadera lleva inherente la posibilidad de una operación de sustitución; que el sobrepeso es un factor determinante en el fracaso de un implante de cadera, que no estaba indicada para esta paciente; que el cotilo de la prótesis se implantó con una anteversión de 30 grados, cuando el folleto establece como rango para su colocación entre 15 y 20 grados; que ya el 7 de agosto de 2008, en una revisión, se propuso a la actora una cirugía de revisión con sustitución de la prótesis, sin que conste

por qué no se realizó hasta 2014; que la situación clínica de un paciente al que se le implanta una prótesis no es análoga a un paciente que conserva cadera natural sana.

4. Los médicos fueron absueltos tanto en primera como en segunda instancia. Tanto el juzgado como la Audiencia Provincial apreciaron temeridad en la demanda interpuesta contra ellos por entender que habían sido traídos al pleito de manera instrumental, innecesaria e improcedente por la demandante, cuyo representante legal manifestó que su demanda contra los facultativos se justificaba porque “podían contar con evidencias relacionadas con el fracaso de estas prótesis, que podían ser desconocidas por esta parte por no ser accesible al público en general”.

Este pronunciamiento ha quedado firme al no haber sido recurrido por la demandante, que en los argumentos de desarrollo de su recurso de casación de refiere a la responsabilidad de la codemandada Smith & Nephew, S.A.

5. El juzgado desestimó la demanda respecto de la codemandada Smith & Nephew, S.A. por entender, en síntesis, que no estaba legitimada pasivamente, por no ser la fabricante de ninguno de los componentes de la prótesis de cadera implantada a la actora el 26 de enero de 2007.

El juzgado consideró que la actora conocía la identidad de la fabricante antes de la interposición de la demanda, tal como se desprende de los documentos incorporados junto a la demanda.

El juzgado razonó que, en cuanto distribuidora, la demandada solo respondía si hubiera distribuido el producto a sabiendas de su carácter defectuoso, lo que no sucedía en el caso, pues las prótesis disponían del preceptivo marcado CE, tal como había acreditado la demandada con la documental aportada, y por tanto convencida de su calidad y seguridad.

El juzgado destacó además que las alertas y recomendaciones relativas a las prótesis para determinados grupos de población, contraindicando su utilización para mujeres, tuvieron lugar años después de la implantación, por lo que ninguna negligencia se podía apreciar en la actuación de la distribuidora.

6. La actora interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo estima parcialmente en el único sentido de declarar la legitimación

pasiva de Smith & Nephew, S.A. y eliminar la condena en costas respecto de ella, pero desestima la demanda contra todos los demandados, incluida Smith & Nephew, S.A.

La Audiencia, en contra de lo que entendió el juzgado, considera que Smith & Nephew, S.A. sí está legitimada pasivamente. En síntesis porque extraprocesalmente, en la relación con la actora, se comportó como fabricante, por lo que resultaba lógico que la actora no le requiriera la identidad del fabricante, y solo después de la demanda trató de identificar al fabricante.

La Audiencia desestima la demanda contra Smith & Nephew, S.A. porque entiende que únicamente se había ejercido contra ella la acción de responsabilidad por producto defectuoso y esa responsabilidad, de acuerdo con su régimen legal especial, está extinguida, por haber transcurrido el plazo de diez años desde que la prótesis se puso en circulación.

7. La parte actora interpone recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

8. Se han opuesto a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación todos los demandados.

SEGUNDO.- Planteamiento de los motivos de los recursos. Síntesis de las cuestiones planteadas. Admisibilidad

1. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la actora consta de tres motivos y el recurso de casación consta de dos motivos.

En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia error en la valoración de unos documentos que, según la recurrente, sería determinante de la apreciación de que la acción de responsabilidad ejercitada contra Smith & Nephew, S.A. estaría extinguida por haberse interpuesto transcurrido el plazo de diez años previsto en el art. 144 TRLGDCU.

En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia por la recurrente que planteó que las prótesis explantadas carecían de marcado CE, lo que puede ser un indicio de que Smith & Nephew, S.A., que se defiende alegando su condición de distribuidora, distribuyó el producto a sabiendas de que era defectuoso, pero la sentencia recurrida omitió pronunciarse sobre este aspecto porque consideró que no se ejerció la acción del art. 1902 CC.

En el tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia que la sentencia recurrida consideró que no se había ejercido la acción del art. 1902 CC respecto de Smith & Nephew, S.A. y por ello no se pronunció sobre tal acción, cuando lo cierto es que sí se ejerció esa acción.

En el primer motivo del recurso de casación se denuncia que la interpretación de la expresión “puesta en circulación” del art. 144 de TRLGCU en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos ha sido llevada a cabo por la sentencia recurrida en contra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el segundo motivo del recurso de casación se denuncia que la sentencia recurrida infringe por inaplicación el art. 1902 CC, infringiendo así la doctrina de la unidad de la culpa civil.

2. La parte recurrida considera que concurren causas de inadmisibilidad en los dos recursos que determinan su desestimación.

Por lo que decimos a continuación, no apreciamos causas de inadmisibilidad que impidan entrar a analizar los motivos de los recursos interpuestos por la actora.

Los motivos del recurso de casación, formulados por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, con cita de los preceptos oportunos, plantean de manera formalmente correcta dos cuestiones jurídicas: i) la determinación del momento a partir del que debe computarse el plazo de diez años dentro del cual el perjudicado debe interponer la demanda de responsabilidad por productos defectuosos (motivo primero del recurso de casación) y, ii) la exigibilidad de responsabilidad al distribuidor al amparo de la responsabilidad por culpa (motivo segundo del recurso de casación).

Aunque en el desarrollo de la cuestión en el primer motivo del recurso de casación se alude a ciertos aspectos probatorios, en el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la recurrente denuncia error en la valoración de la prueba en relación con ciertos documentos en los que se habría basado la Audiencia Provincial para determinar el momento de puesta en circulación.

De otra parte, lo que plantea en el motivo segundo del recurso de casación es inaplica-

ción del art. 1902 CC, lo que guarda relación con lo alegado en los motivos segundo y tercero del recurso por infracción procesal acerca de que se denunció la falta de marcado de las prótesis y se ejerció la acción de responsabilidad extracontractual sobre la que, según la recurrente, la Audiencia Provincial debió entrar tras entender que estaba extinguida la acción de responsabilidad por productos defectuosos.

Los recursos, por ello, no adolecen de causas de inadmisibilidad de las que esta sala considera absolutas y determinantes de la inadmisibilidad, y al resolver los recursos daremos respuesta a los óbices invocados por la recurrida quien, por otra parte, tras plantear causas de inadmisibilidad, ha podido identificar con claridad las cuestiones jurídicas controvertidas y oponerse a ellas, por lo que no se la ha ocasionado indefensión alguna.

TERCERO.- Orden de decisión por la sala de los motivos planteados en ambos recursos

La Audiencia Provincial considera acreditado, y la demandada no ha impugnado este pronunciamiento, por lo que debemos partir de ello, que la distribuidora de la prótesis, mediante las contestaciones a las reclamaciones extraprocesales que le dirigió la actora, generó en ella la confianza de que era la fabricante. en consecuencia, la demandada queda sometida al régimen de responsabilidad por productos defectuosos, de acuerdo con el art. 138.2 TRLGDCU, conforme al cual “si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto”.

A la vista de las razones en que se basa la sentencia recurrida para desestimar la demanda contra Smith & Nephew, S.A. y de lo alegado por la demandante ahora recurrente, procede que analicemos en primer lugar los motivos relacionados con la extinción de la acción de responsabilidad por transcurso del plazo de diez, esto es, y por este orden, el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo primero del recurso de casación.

La extinción de la responsabilidad por el transcurso de diez años a contar desde que el producto se puso en circulación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

CUARTO.- Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1. Planteamiento. En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4 LEC, en relación con el art. 24 CE, se denuncia la valoración errónea y arbitraria de la prueba en relación con los documentos núm. 4 (informe de ventas) y 5 (carta del director de marketing) aportados por Smith & Nephew, S.A. en la contestación a la demanda.

En el desarrollo del motivo la recurrente alega que la sentencia impugnada declara extinguida la acción de reclamación de daños derivados de un producto defectuoso con apoyo en los documentos 4 y 5 de los aportados en la contestación a la demanda y que la interpretación que lleva a cabo la sentencia recurrida de esos documentos es ilógica y arbitraria porque no cabe deducir con apoyo en ellos que en las fechas indicadas se produjo una venta. Argumenta que la valoración de la prueba conforme a unos estándares mínimos impide alcanzar las conclusiones a las que llega la Audiencia. Sostiene además que, en contra lo que dice la sentencia recurrida, la actora no aceptó tales documentos, sino que los impugnó en la audiencia previa.

El motivo se desestima por las siguientes razones.

2. Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. Por lo que se refiere al error en la valoración de la prueba, recuerda la sentencia 1715/2023, de 12 de diciembre, que la sala ha declarado reiteradamente que el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4^º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1^º) que se trate de un error fáctico,

-material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2^º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En el caso que juzgamos no existe un patente y manifiesto error fáctico, de constatación objetiva, y de transcendencia acreditada en la decisión del proceso, ni una valoración arbitraria, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la razonabilidad exigible a las decisiones de los tribunales.

La Audiencia declara de una manera acertada que no encuentra razón para no dar valor probatorio a tales documentos porque su eficacia acreditativa descansa en que se refieren a hechos objetivos propios y habituales del tráfico mercantil de la demandada y del grupo de empresas a que pertenece, por lo que está en las mejores condiciones para aportar este dato, sin que se hubiera incorporado a autos ninguna prueba que aconseje poner en duda las fechas recogidas en dicha documentación.

Por otra parte, el éxito de la impugnación de la valoración de la prueba, aunque fuera apreciable un error notorio, sería irrelevante a los efectos de fondo pretendidos por la recurrente, pues su tesis, tal como expone en el recurso de casación, es que la puesta en circulación tiene lugar cuando la prótesis es implantada al paciente, y esa no es una fecha discutida ni le afecta la interpretación de los documentos 4 y 5 aportados por la demandada en su contestación. Otra cosa es que esa fecha deba considerarse como momento de la puesta en circulación de la prótesis por la distribuidora del producto demandada.

Finalmente, cabe observar que la actora no impugnó la autenticidad de los documentos, sino la eficacia de su contenido a efectos de fijar el momento de puesta en circulación en atención a si el almacén del que salieron las prótesis estaba bajo el control del fabricante y, sobre todo, a efectos de lo que es la tesis de la actora. Todo ello está relacionado con una cuestión jurídica, de fondo, propia del recurso de casación, al versar sobre el concepto de puesta en circulación, en especial cuando el producto se entrega por el fabricante a una sociedad del mismo grupo, pero es algo ajeno al recurso por infracción procesal.

En definitiva, el motivo se desestima.

Recurso de casación

QUINTO.- *Primer motivo del recurso de casación. La extinción de la responsabilidad por el transcurso de diez años a contar desde que el producto se puso en circulación*

1. Planteamiento del primer motivo. El primer motivo del recurso de casación literalmente se funda “en la existencia de interés casacional del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil con fundamento en el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (sic) art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial por oponerse la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Justicia de la Unión Europea representada por la sentencia de fecha 9 de febrero de 2006 en relación con la interpretación de la expresión “puesta en circulación” del art. 144 TRLGCU en el ámbito de la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”.

Alega la recurrente que las fechas acogidas por la sentencia impugnada como fechas de la puesta en circulación de los componentes de la prótesis no son tales, porque en ese momento no se puso el producto en disposición de ser consumido, puesto que el receptor del producto no era un consumidor, y porque la estrecha relación existente entre la fábrica y el almacén de Smith & Nephew impide considerar que Smith & Nephew, al efectuar el traslado de uno a otro centro, hubiera perdido el control sobre el producto.

Sostiene que la fecha de puesta en circulación de los elementos concretos de la prótesis fue la de su implantación a la Sra. Zaida, por ser ese el momento en que el producto se puso en disposición de ser usado, de modo que la extinción alegada de contrario no habría tenido lugar por no haber transcurrido el plazo de diez años establecido por el art. 144 TRLGDCU en el momento de presentar la demanda.



2. Decisión de la sala. Estimación del primer motivo del recurso de casación

2.1. El art. 10.1 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, establece:

“Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que la acción de resarcimiento prevista en la presente Directiva para reparar los daños prescribirá en el plazo de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo, o debería haber tenido, conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor”.

Inmediatamente a continuación, el art. 11 de la Directiva 85/374, establece:

“Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones que los derechos conferidos al perjudicado en aplicación de la presente Directiva se extinguirán transcurrido el plazo de diez años a partir de la fecha en que el productor hubiera puesto en circulación el producto mismo que causó el daño, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra el productor”.

En la regulación española de la responsabilidad civil por productos defectuosos, de conformidad con la Directiva europea, además de un plazo de “prescripción de la acción” (art. 143 TRLGDCU), el art. 144 TRLGDCU establece un plazo de “extinción de la responsabilidad”. El precepto transcribe el contenido del art. 13 de la Ley 22/1994 que, a su vez, incorporó lo dispuesto en el art. 11 de la Directiva 85/374 CEE. De este modo, se introduce un límite temporal para el ejercicio de los derechos que correspondan a las víctimas conforme al régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos. Bajo el título de “extinción de la responsabilidad” establece el art. 144 TRLGDCU:

“Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial”.

Se trata de una limitación temporal de la responsabilidad que el legislador europeo justifi-

ficó tanto por el tipo de responsabilidad que establecía para los productos defectuosos (como contrapeso a la responsabilidad objetiva) como por el avance de los conocimientos científicos y técnicos conforme a los cuales se elaboran los productos. Así lo explicaba el considerando 11 de la Directiva 85/374 CEE:

“Considerando que los productos se desgastan con el tiempo, que cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos; que, por tanto, no sería razonable hacer responsable al productor del estado defectuoso de su producto por tiempo ilimitado; que la responsabilidad debería pues extinguirse transcurrido un plazo de tiempo razonable, sin perjuicio de las acciones pendientes ante la ley”.

Como apunta la sentencia recurrida, se trata de un plazo máximo que el legislador europeo incorporó a la vista de la experiencia angloamericana en materia de “products liability” con la finalidad de evitar que el productor respondiera por tiempo ilimitado, lo que dificultaría el cálculo de riesgos y su aseguramiento. Por ello, a diferencia de lo que sucede con el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo de prescripción, el plazo de diez años no coincide con el nacimiento de la pretensión ni con la posibilidad de ejercitar la pretensión resarcitoria, sino de manera objetiva con el momento en que el productor, por su propia voluntad, puso en circulación el producto.

Así, el plazo de prescripción de tres años se computa en cada caso con un componente subjetivo, atendiendo al conocimiento de los presupuestos de la pretensión indemnizatoria y de la persona a la que se le puede exigir. En este sentido dispone el art. 143.1 TRLGDCU:

“Prescripción de la acción. La acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio”.

En cambio, el plazo de diez años de extinción previsto en el art. 144 TRLGDCU, en cuanto límite máximo a la exigibilidad de responsabilidad se fija de manera objetiva desde la puesta en circulación, cuando el fabricante deja de tener bajo su control el producto causante del daño:

“Extinción de la responsabilidad. Los derechos reconocidos al perjudicado en este capítulo se extinguirán transcurridos 10 años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño, a menos que, durante ese período, se hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial”.

2.2. Ni la Directiva 85/374 ni la ley española que la incorpora a nuestro ordenamiento interno contienen una definición de lo que debe entenderse por la puesta en circulación de un producto. Este concepto aparece en la regulación de la responsabilidad con diferentes finalidades: así, en el art. 6 de la Directiva, como momento en el que debe valorarse la seguridad del producto y, por tanto, su carácter defectuoso; en el art. 7.a) de la Directiva se prevé como causa de exoneración no haber puesto en circulación el producto; en el art. 11 de la Directiva el momento de la puesta en circulación se toma en consideración como día inicial del cómputo del plazo decenal de extinción de la responsabilidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el concepto de puesta en circulación.

La STJUE de 10 de mayo de 2001, caso *Henning Veddfald contra Århus Amtskommune* (asunto C-203/99), citada por la sentencia recurrida, declaró que el concepto se debe interpretar conforme a la finalidad y al objetivo perseguido por la Directiva. En particular, en relación con los casos en los que de manera taxativa se permite que el productor pueda liberarse de su responsabilidad en el art. 7, entiende el TJUE que deben ser objeto de interpretación estricta (uno de ellos, por no haber puesto en circulación el producto). De modo que no hay puesta en circulación si una persona distinta del productor ha hecho salir el producto del proceso de fabricación, o si se produce la utilización del producto contra la voluntad del productor, por ejemplo cuando el proceso de fabricación aún no esté terminado, así como la utilización para fines privados o en situaciones similares. Sin embargo, considera que hay puesta en circulación de un producto cuando lo fabrica en su farmacia el mismo hospital que lo utiliza en sus instalaciones en el marco de una prestación médica concreta (preparación un órgano humano para su trasplante y el daño causado al órgano es consecuencia de dicha preparación), que es lo que sucedió en el supuesto que dio origen a la cuestión prejudicial. Es decir, la finalidad de la causa de exoneración es permitir que el productor pueda exonerarse de responsabilidad

cuando otra persona ha hecho salir el producto del proceso de fabricación, cosa que no acontecía en el caso.

La STJUE de 9 de febrero de 2006, caso *Declan O'Byrne contra Sanofi Pasteur MSD Ltd.* (asunto C-127/04) (citada por el recurrente), declara que esa interpretación estricta a que se refiere la STJUE de 10 de mayo de 2001 en sede de causas de exoneración se encamina a proteger los intereses de las víctimas de un daño causado por un producto defectuoso pero advierte que, en cambio, el art. 11 de la Directiva, que tiene por objeto limitar en el tiempo el ejercicio de los derechos que la Directiva confiere al perjudicado, tiene un carácter neutro, porque “la finalidad de esta disposición es satisfacer las necesidades de seguridad jurídica en interés de las partes de un litigio. Por tanto, la determinación de unos límites temporales dentro de los cuales debe insertarse la acción del perjudicado debe responder a criterios objetivos”.

2.3. Por lo que se refiere a cómo debe interpretarse el concepto de puesta en circulación y su relación con la entrega del producto a una filial del mismo grupo y la función que cada una de ellas desempeña en la producción y distribución, como ya dijimos en la sentencia pleno 448/2020, de 20 de julio, hay que estar a las sentencias del TJUE de 9 de febrero de 2006 y de 2 de diciembre de 2009.

En estas sentencias el TJUE ha admitido que el juez nacional puede determinar, a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantea, si los lazos entre el productor y otra entidad son los suficientemente estrechos para que el concepto de productor, en el sentido de los arts. 7 y 11 de la Directiva, englobe también a esta última entidad y para que la transmisión del producto de una a otra no entrañe su puesta en circulación (apartado 30 de la STJUE de 9 de febrero de 2006; apartados 51 y 52 de la STJUE 2 de diciembre de 2009). Se trataba, como hemos señalado, de determinar si la entrega del producto por la matriz fabricante a la filial distribuidora (filial al 100% de la fabricante) comportaba la puesta en circulación del producto o si esta no había tenido lugar hasta su transmisión a un tercero ajeno al grupo, lo que en el caso era relevante a efectos de fijar si había transcurrido el plazo de diez años previsto en el art. 11 de la Directiva y dentro del cual el perjudicado necesariamente debe interponer su demanda contra el productor.

La valoración de esos vínculos estrechos entre filial y matriz le permitirían al tribunal na-

cional admitir que el fabricante pudiera sustituir a la filial en el procedimiento iniciado en plazo contra la filial, cuando ya habían transcurrido los diez años para dirigirse en nuevo procedimiento contra el fabricante (apartado 63 de la STJUE 2 de diciembre de 2009). Pero la valoración del vínculo que permitiría considerar que distribuidor y fabricante integrarían conjuntamente el concepto de productor del art. 3 de la Directiva a los efectos de la sustitución en un procedimiento judicial vendría determinada, no por la titularidad de las empresas, sino por la implicación en las funciones propias de la fabricación del producto (apartado 29 de la STJUE de 9 de febrero de 2006).

El tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial que dio lugar a la citada STJUE de 9 de febrero de 2006 preguntaba esencialmente si, en el caso de que una empresa productora entregue un producto a una filial de distribución y esta lo venda a un tercero, el art. 11 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la puesta en circulación del producto se efectúa en el momento de la entrega de la empresa productora a la filial o en el momento de la entrega de esta última a aquel tercero. El TJCE concluye en este caso que “un producto se pone en circulación, en el sentido del artículo 11 de la Directiva, cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido”.

Añade la STJUE de 9 de febrero de 2006:

“28 Carece, en principio, de importancia a este respecto que el producto se venda directamente del productor al usuario o consumidor o que esta venta se efectúe en el marco de un proceso de distribución de uno o varios intermediarios como el que se menciona en el artículo 3, apartado 3, de la Directiva.

“29 Ahora bien, cuando uno de los eslabones de la cadena de distribución está estrechamente ligado al productor, como por ejemplo en el caso de una empresa filial al 100 % de este último, es necesario determinar si ese vínculo tiene como consecuencia que dicha entidad esté en realidad implicada en el proceso de fabricación del producto de que se trata.

“30 La valoración de esa estrecha relación debe efectuarse con independencia de si se trata o no de diferentes personas jurídicas. En cambio, es pertinente saber si se trata de

empresas que ejercen actividades de producción distintas o si, por el contrario, la empresa filial actúa simplemente como distribuidora o como depositaria del producto fabricado por la empresa matriz. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar, a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantea, si los lazos entre el productor y otra entidad son lo suficientemente estrechos para que el concepto de productor, en el sentido de los artículos 7 y 11 de la Directiva, englobe también a esta última entidad y para que la transmisión del producto de una a otra no entrañe la puesta en circulación de éste en el sentido de las mencionadas disposiciones.

“31 En cualquier caso, en contra de lo que sostienen las demandadas en el litigio principal, no es decisivo el hecho de que se facturen los productos a una filial y que ésta pague el precio como cualquier otro comprador. Lo mismo cabe decir acerca de la titularidad del derecho de propiedad sobre los productos.

“32 Procede, pues, responder a la primera cuestión que el artículo 11 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un producto se pone en circulación cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido”.

“La cuestión era relevante en el caso porque la acción se había interpuesto contra una empresa por considerar erróneamente que era la fabricante de un producto cuando la productora era, en realidad, otra empresa del mismo grupo, y la demanda contra la primera se interpuso antes de que transcurrieran diez años desde que la productora vendiera el producto a la filial. Lo que se planteaba es si era posible una sustitución procesal en ese procedimiento contra el productor cuando ya habían pasado los diez años.

“Después de la STJUE de 9 de febrero de 2006, el tribunal nacional admitió la sustitución procesal por el fabricante en el litigio iniciado contra la filial distribuidora y se planteó una nueva cuestión prejudicial en la que se preguntaba si el art. 11 de la Directiva se oponía a que una normativa nacional que autorice la sustitución de un demandado por otro en el curso de un procedimiento judicial se aplique de manera que permita deman-

dar, una vez expirado el plazo que fija, a un “productor” en el sentido del art. 3 de esta Directiva, en una acción judicial ejercitada dentro de dicho plazo contra otra persona.

“La STJUE de 2 de diciembre de 2009, *Aventis Pasteur y OB* (asunto C- 358/08), reitera que el plazo de diez años responde a una voluntad de armonización completa que tiene como objetivo circunscribir a escala comunitaria la responsabilidad del productor a un plazo de tiempo razonable en atención a que el régimen establecido constituye una carga mucho mayor que la que imponen las normas tradicionales de responsabilidad, y ello con el fin de no obstaculizar el progreso técnico y permitir que las aseguradoras cubran el riesgo de la responsabilidad específico. Añade que, ello significa que “sin perjuicio de la eventual aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o de un régimen especial de responsabilidad existente en el momento de la notificación de la Directiva 85/374, aplicación a la que ésta no afecta, como se deduce de su artículo 13 y de su considerando decimotercero, el “productor” en el sentido de su artículo 3, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de esta Directiva, está exento de responsabilidad con arreglo a dicha Directiva cuando expira el plazo de diez años a partir de la fecha de la puesta en circulación del producto de que se trate, a no ser que el perjudicado hubiera ejercitado una acción judicial contra él”. En atención a lo anterior, la STJUE de 2 de diciembre de 2009 concluye:

“44 En estas circunstancias, una norma de Derecho nacional que autorice la sustitución de una parte demandada por otra durante el procedimiento judicial no puede aplicarse, habida cuenta de la Directiva 85/374, de forma que se permita demandar a tal productor, una vez expirado el citado plazo, en un procedimiento que había sido incoado dentro de dicho plazo contra otra persona.

“45 En efecto, otra solución equivaldría, por una parte, a admitir que el plazo de prescripción de diez años fijado en el artículo 11 de la Directiva 85/374 pudiera interrumpirse respecto a este productor por un motivo distinto de una acción judicial ejercitada contra él, lo cual contravendría la armonización completa perseguida por dicha Directiva a este respecto.

“46 Por otra parte, tal solución alargaría el plazo de prescripción respecto a tal produc-

tor, alterando las previsiones de este último respecto a la fecha exacta en la que se supone que quedaría liberado, al amparo del artículo 11 de la Directiva 85/374, de su responsabilidad con arreglo a dicha Directiva, lo que sería contrario no sólo a la uniformización de la duración de ese plazo que persigue el legislador comunitario, sino también a la seguridad jurídica que dicho artículo 11 pretende proporcionar al productor en el marco del régimen de responsabilidad objetiva establecido por esta Directiva.

“47 A este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de seguridad jurídica, que tiene por corolario el principio de protección de la confianza legítima, exige, en particular, que la aplicación de las normas de Derecho sea previsible para los justiciables, imperativo que tiene una importancia especial cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone (véase la sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol*, C-201/08, Rec. p. I-8343, apartado 46 y la jurisprudencia allí citada).

“48 Procede añadir, además, que elementos subjetivos basados, por ejemplo, en la atribución equivocada, por parte del perjudicado, de la condición de fabricante del producto supuestamente defectuoso a una empresa que no lo es o incluso en la intención real de la víctima de perseguir a dicho fabricante, a través de su acción ejercitada contra otra sociedad, no pueden justificar la sustitución, una vez expirado el plazo de diez años que fija su artículo 11, de este fabricante en un procedimiento judicial incoado dentro de este plazo contra otra persona, si no se quiere hacer caso omiso de la dimensión objetiva de las normas de armonización establecidas por la Directiva 85/374 (en este sentido, véanse la sentencia *O’Byrne*, antes citada, apartado 26, y, por analogía, la sentencia de 17 de julio de 2008, *Comisión/Cantina sociale di Dolianova y otros*, C-51/05 P, Rec. p. I-5341, apartados 59 a 63).

“49 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede interpretar el artículo 11 de la Directiva 85/374 en el sentido de que se opone a que una normativa nacional, que autorice la sustitución de un demandado por otro en el curso de un procedimiento judicial se aplique de manera que permita demandar,

una vez expirado el plazo que fija, a un “productor” en el sentido del artículo 3 de esta Directiva, en una acción judicial ejercitada dentro de dicho plazo contra otra persona”.

2.4. La STJUE de 2 de diciembre de 2009 añade algunas precisiones para orientar al órgano jurisdiccional nacional en la solución del litigio principal, al que le explica que, si a la vista de la prueba considera acreditado que si la sociedad matriz que fabrica el producto de que se trata, decidió, de hecho, la puesta en circulación de este, el art. 11 de la Directiva 84/374 no se opone a que el tribunal considere que, en la acción judicial ejercitada contra la filial dentro del plazo fijado por este artículo sobre la base del régimen de responsabilidad previsto por dicha Directiva, la sociedad matriz, “productor” en el sentido del art. 3, apartado 1, de esta Directiva puede sustituir a la citada filial. Pero también le recuerda que, de conformidad con el régimen de la Directiva, si el productor del producto no pudiera ser identificado, el suministrador del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de su propio suministrador dentro de un plazo de tiempo razonable, y que esta disposición es aplicable en aquellos supuestos en los que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, a la víctima del producto supuestamente defectuoso no le resultaba razonablemente posible identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente a su suministrador, extremo éste que, en el presente asunto incumbirá determinar, en su caso, al órgano jurisdiccional nacional.

La STJUE de 2 de diciembre de 2009 aclara que corresponde al tribunal nacional apreciar si el suministrador cumplió la obligación de comunicar a la víctima, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador para, si no lo hizo, considerarle “productor”, a efectos de aplicación de la Directiva. Con la consecuencia de que sería posible considerar que la acción judicial ejercitada contra el suministrador al amparo del régimen de responsabilidad previsto por esta Directiva “interrumpió, conforme a su artículo 11, el plazo de prescripción por lo que a ella se refiere” (“interrupted the limitation period applicable to it, in accordance with Article 11 thereof”, en la versión inglesa de la sentencia, en la lengua del procedimiento).

2.5. En el caso que juzgamos la distribuidora demandada invocó la extinción de la responsabilidad atendiendo al momento en el que el fabricante puso en circulación los componentes

de la prótesis y la Audiencia Provincial, tras declarar que la demandada debe responder por no haber identificado previamente al fabricante, asumió su tesis de que su responsabilidad conforme al régimen de daños por productos defectuosos estaba extinguida porque cuando se interpuso la demanda contra ella habían transcurrido diez años desde que el fabricante puso en circulación los componentes de la prótesis.

Este planteamiento no es correcto porque si entra en juego la responsabilidad subsidiaria del suministrador, haciéndole responder como fabricante, el plazo de diez años para la extinción de la responsabilidad del suministrador debe computarse desde el momento en el que el suministrador puso en circulación el producto.

En las SSTJUE de 9 de febrero de 2006 y 2 de diciembre de 2009 que hemos sintetizado, el Tribunal analizó si se podía considerar extinguida la responsabilidad del fabricante cuando la acción se dirige contra él (o se intenta su introducción en el proceso por sustitución procesal) transcurridos diez años desde que puso en circulación el producto, aunque la acción se hubiera ejercitado antes contra el suministrador. Lo que resulta de la doctrina del TJUE es que la responsabilidad del fabricante se habrá extinguido, pero el tribunal nacional debe analizar la responsabilidad del suministrador para valorar si debe responder como productor. De ahí no se desprende que el plazo aplicable al suministrador se compute como si se le estuviera exigiendo responsabilidad al fabricante, pues la responsabilidad del suministrador es subsidiaria, pero exigible conforme al mismo régimen legal, como si él mismo fuera el fabricante, por lo que el plazo de extinción de la acción debe computarse desde el momento en que el producto salió voluntariamente de su esfera de control al entregarlo a otro suministrador o directamente al consumidor o usuario.

Es razonable que así sea porque la responsabilidad subsidiaria del distribuidor procede de haber puesto en circulación el producto defectuoso y no haber identificado oportunamente al fabricante. Como causa de extinción de la responsabilidad el plazo de diez años se refiere a cada sujeto al que se exige responsabilidad desde que comercializa el producto (el productor respecto del producto acabado, el suministrador desde que lo pone en circulación). En otro caso, si se asumiera la tesis de la entidad distribuidora demandada, y se computara el plazo desde que el producto fue comercializado por el fabricante, la dilación de la distribuidora que comercializa un producto defectuoso

en identificar al fabricante podría dar lugar a la extinción tanto de la responsabilidad del fabricante como de la responsabilidad del mismo suministrador, limitando el ejercicio de los derechos resarcitorios de las víctimas de daños por productos más allá de lo que resulta de la Directiva, que establece la responsabilidad subsidiaria del suministrador cuando no está identificado el fabricante y conforme al mismo régimen jurídico del productor.

2.6. La actora recurrente sostiene que debe estarse para el cómputo de los diez años al momento en el que se le implantó la prótesis, porque considera que solo entonces se produjo la puesta en circulación a que se refiere el art. 144 TRLGDCU.

Con carácter general, de acuerdo con la doctrina que resulta de las sentencias del TJUE citadas, y a las que debe estarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ, no puede admitirse que el plazo de diez años de extinción de la responsabilidad del productor de una prótesis defectuosa deba computarse en cada caso desde que se le implantan a un concreto paciente. El plazo de diez años de extinción de la responsabilidad por productos defectuosos es un plazo objetivo, que no se inicia en cada caso con la adquisición del producto por el consumidor ni, tratándose de un producto sanitario implantable, con su implantación, sino en el momento en el que el sujeto responsable se desprende voluntariamente del producto. La referencia al “producto concreto” en el art. 144 TRLGDCU (“el producto mismo que causó el daño” en expresión del art. 11 de la Directiva) impide que el demandado pretenda que el plazo se acorte computándolo desde que empezó a comercializar el tipo de producto al que pertenece el producto litigioso, pero no significa que deba estar al momento de adquisición o uso por el demandante.

Sucede, sin embargo, que en este caso fue la empresa distribuidora demandada quien, frente a la acción de responsabilidad que se dirigió contra ella, invocó la extinción de la responsabilidad civil señalando como momento para el cómputo del plazo de diez años la puesta en circulación por la empresa fabricante. Y, de acuerdo con lo que acabamos de explicar, el momento relevante para el cómputo de los diez años no es el de la puesta en circulación por la fabricante no demandada, sino el de la puesta en circulación por la propia demandada.

En atención a lo anterior, en este caso, debemos concluir que la demandada no ha acreditado

que la demanda se interpusiera contra ella transcurrido el plazo de diez años del art. 144 TRLGDCU. En cuanto que hecho determinante de la extinción de su responsabilidad, incumbía a la demandada concretar y acreditar que la acción se dirigió contra ella después de diez años desde que perdió el control de los componentes de la prótesis mediante la entrega al siguiente eslabón de la cadena de distribución. Sin embargo, resultándole en principio más difícil, lo que acreditó fue el momento en que la fabricante puso en circulación la prótesis, y no el momento en que lo hizo ella misma, lo que sin duda le hubiera resultado más sencillo porque se refería al momento en que, según ella misma explica, pero sin indicar fecha, entregó los componentes de la prótesis al distribuidor local de los productos Smith & Nephew en Mallorca, que no forma parte del grupo Smith & Nephew. En consecuencia, a efectos de determinar la limitación temporal al ejercicio de los derechos del perjudicado en este caso, debemos estar a la única fecha que sí ha quedado acreditada como puesta en circulación de la prótesis por la suministradora demandada, la que resulta del momento de su implantación a la actora.

2.7. En consecuencia, estimamos el primer motivo del recurso de casación y declaramos que en este caso, en atención a las circunstancias, no es correcto el criterio de la sentencia recurrida al entender que la demanda, único acto que según el TJUE impide la extinción de la responsabilidad, se interpuso transcurrido el plazo de diez años desde la puesta en circulación de la prótesis por parte de la demandada. Sobre los efectos de la estimación de este motivo nos pronunciamos en el fundamento noveno de esta sentencia.

2.8. La estimación del primer motivo del recurso de casación no hace que decaiga el interés en que esta sala se pronuncie sobre las demás cuestiones planteadas por la recurrente. Ello por cuanto, además de la extinción de la responsabilidad por transcurso de diez años, la demandada invocó otras razones por las que no procedería estimar la demanda al amparo del régimen de productos defectuosos (así, entre otras, que la prótesis no era defectuosa, que no existe relación de causalidad), de modo que, en tal caso, tendría trascendencia valorar si podría afirmarse la responsabilidad de la demandada al amparo de la responsabilidad por culpa, sobre lo que la Audiencia Provincial no se pronunció por entender que no se había ejercitado tal acción.

La actora ha impugnado este pronunciamiento en los motivos segundo y tercero del recurso por infracción procesal y en el motivo se-

gundo del recurso de casación denuncia la falta de aplicación del art. 1902 CC.

La aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEXTO.- *Planteamiento de los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal*

Dada la estrecha conexión entre lo planteado en los dos motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, procede su análisis conjunto.

1. *Planteamiento del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.* En el segundo motivo, basado en el art. 469.1. 2.º LEC, la actora ahora recurrente denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia en relación con el art. 281.1 LEC al omitir pronunciarse la sentencia impugnada sobre uno de los motivos de apelación expresamente deducido en relación con las consecuencias de la falta del distintivo CE en las etiquetas del producto.

En el desarrollo del motivo se alega que ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación se pronuncian sobre la falta del marchamo o distintivo CE en las prótesis y las consecuencias que de ello derivan para la responsabilidad del distribuidor. Añade que invocó tal circunstancia en la demanda y en la audiencia previa, así como en el recurso de apelación, y que pidió complemento de sentencia, pero a pesar de ello la Audiencia no hizo ninguna mención a este tema.

La Audiencia, mediante el auto por el que deniega el complemento interesado por la actora apelante y ahora recurrente en casación responde a esta cuestión en los siguientes términos: “En cuanto a la necesidad de complementar la sentencia en torno a la responsabilidad de Smith & Nephew, S.A. por la distribución de las prótesis sin contar con el preceptivo marcado CE en las etiquetas respectivas, recordamos nuevamente el doble pronunciamiento de esta Sala, declarando caducada la acción de responsabilidad por producto defectuoso y concluyendo que no se había planteado frente a dicha mercantil acción de responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y siguientes del Código Civil), por lo que no existía acción para entrar a considerar la temática de las etiquetas”.

La recurrente considera que la razón por la que la Audiencia rechaza pronunciarse sobre este asunto, esto es, que la responsabilidad por producto defectuoso estaba extinguida, no le eximía de pronunciarse sobre este aspecto porque solo afectaría a los arts. 135 a 146 TRLGDCU, pero no al resto de preceptos de esa ley ni a otras normas de aplicación, como el art. 1902 CC y el régimen de seguridad de los productos sanitarios. En particular, señala que el hecho de que el etiquetado de las prótesis no cuente con el preceptivo marcado CE es un hecho constitutivo de una infracción independiente de la normativa de responsabilidad por producto defectuoso y un indicio de que el producto se comercializó a sabiendas de que era defectuoso.

En el desarrollo del motivo se introducen además consideraciones heterogéneas sobre la identidad del fabricante mediante el marcado y el etiquetado. También se refiere la recurrente a que sí se ejercitó la acción del art. 1902 CC, que la Audiencia ha entendido que no se ejerció respecto de Smith & Nephew, S.A. Este asunto es objeto de denuncia específica en el motivo tercero del recurso, y está estrechamente relacionado con lo que se plantea en este motivo segundo.

2. *Planteamiento del tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.* En el motivo tercero del recurso se denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, e infracción de los derechos del art. 24 CE, al considerar la sentencia recurrida que frente Smith & Nephew, S.A. no se ejercitó la acción de responsabilidad fundada en el art. 1902 CC, lo que a su vez lleva a la Audiencia a no pronunciarse sobre el tema del marcado CE.

En el desarrollo del motivo se explica que las razones por las que la resolución recurrida considera no ejercitada la acción de responsabilidad del art. 1902 CC no se ajustan a la realidad: porque el suplico de la demanda se dirige conjunta y solidariamente frente a Smith & Nephew, S.A. y frente a los doctores Fermín y Gabriel sin referir dicho suplico a una fundamentación jurídica determinada; porque la demanda dedica las páginas 49 a 51 a referir las normas básicas de responsabilidad entre en las que hace referencia al principio de unidad de la culpa civil; porque la defensa desplegada por Smith & Nephew, S.A. en relación con la acción de responsabilidad del art. 1902 CC revela que la propia Smith & Nephew, S.A. entendía que la acción del art. 1902 CC se había ejercitado frente a ella; las precauciones a que alude la sentencia, con carácter general y abstracto, y sin referirse a este

proceso en concreto, en orden a no modificar la causa de pedir acudiendo a una fundamentación jurídica distinta, o las relativas al elemento subjetivo de la acción del art. 1902 CC, se refieren a la posible aplicación de oficio del art. 1902 CC, cuando este no ha sido invocado, pero lo cierto es que este no es el caso de este proceso, porque la defensa de la Sra. Zaida sí que ha alegado el art. 1902 CC frente a Smith & Nephew, S.A. y no solo frente a los doctores codemandados.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. Estimación de los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal*

1. Admisibilidad de los motivos. La parte recurrente ha invocado causas de inadmisión respecto de los dos motivos, y en su escrito de oposición al recurso, en atención a lo que plantea la recurrente, al oponerse al motivo segundo realiza también algunas alusiones al motivo tercero. Prescindiendo de las alegaciones que basan los óbices en causas que solo permitirían la inadmisión de los motivos aplicando un rigor formal excesivo, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, daremos respuesta, para rechazarla, a la alegación de inadmisibilidad por ser inadmisibile el motivo segundo del recurso de casación.

No es inadmisibile el motivo segundo del recurso de casación porque el desarrollo del motivo revela que no se denuncia la incongruencia de la sentencia por omisión de pronunciamiento, lo que ha sido objeto del recurso por infracción procesal, sino la inaplicación del art. 1902 CC, lo que a juicio de la recurrente resulta de la consideración errónea de no apreciar la compatibilidad de esta acción con la basada en la responsabilidad por productos defectuosos. El motivo segundo del recurso de casación tampoco es inadmisibile por falta de interés casacional. La ausencia de un anterior pronunciamiento expreso de la sala que específicamente se refiera a la compatibilidad del régimen de responsabilidad por productos defectuosos con las acciones de responsabilidad por productos defectuosos no impide apreciar la falta de interés casacional, antes al contrario, dada la conveniencia de que la sala se pronuncie sobre este asunto.

Con independencia de lo anterior, dada la falta de conexión con lo que verdaderamente se plantea por la recurrente, prescindiremos de las alegaciones de la recurrente sobre la relevancia de la identidad del fabricante mediante el marcado y el etiquetado, lo que estaría relacionado en su caso con la facilidad para conocer al fabri-

cante, y la subsidiaria legitimación del distribuidor, pero son innecesarias en este caso, puesto que la Audiencia ha reconocido la legitimación pasiva de la codemandada y no se discute que no es la fabricante, y además son irrelevantes a los efectos de afirmar la responsabilidad de la demandada con fundamento en la culpa en los términos que se plantea por la recurrente.

Por lo que decimos a continuación, los motivos segundo y tercero del recurso por infracción procesal van a ser estimados.

2. Estimación de los motivos segundo y tercero del recurso por infracción procesal. La actora en la demanda (y en la audiencia previa) y luego en el recurso de apelación se refirió tanto a la acción de responsabilidad conforme a las reglas generales como a la responsabilidad por productos defectuosos, cierto que de manera poco sistemática y desordenada en sus fundamentaciones jurídicas, pero sin distinguir si se refería a todos los codemandados. Fue la Audiencia Provincial la que interpretó que la responsabilidad por culpa solo podía entenderse referida a los médicos que implantaron la prótesis a la demandante y quien señaló que no estaba facultada para construir por propia iniciativa un relato que pueda justificar una conducta imprudente o negligente desplegada por la entidad codemandada.

Como advierte la recurrente, el esfuerzo de defensa Smith & Nephew, S.A. en relación con el art. 1902 CC cuestiona frontalmente la conclusión de la resolución recurrida de que la acción del referido artículo no se había ejercitado frente a ella. En efecto, Smith & Nephew, S.A. expresamente admite en su contestación a la demanda que se ha ejercitado la acción del art. 1902 CC y dedica una parte significativa de su defensa a alegar la improcedencia de aplicar este precepto, a lo que expresamente da respuesta la sentencia recurrida, aunque luego añade que en el caso la acción no se ha ejercitado.

El énfasis de la actora en el carácter defectuoso de la prótesis no determina que la única acción ejercitada fuera la derivada del régimen específico de responsabilidad por productos defectuosos, pues además de la cita formal del art. 1902 CC y sus presupuestos genéricos, ha venido refiriéndose al conocimiento por parte de la codemandada ahora recurrida del carácter defectuoso de la prótesis y del indicio que a estos efectos representaba la supuesta falta de marcado de la prótesis, algo que sería innecesario para fundamentar una responsabilidad por el carácter defectuoso del producto, cuya regu-

lación es de carácter objetivo. Así lo entendió el Juzgado de Primera Instancia que, tras negar que Smith & Nephew, S.A. pudiera ser equiparada a la fabricante y razonar que la actora pudo conocer la identidad de la fabricante antes de interponer la demanda para dirigirse contra ella, analizó las razones invocadas por la actora para imputar a Smith & Nephew, S.A. una responsabilidad por negligencia.

Procede por ello estimar conjuntamente los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

OCTAVO.- Segundo motivo del recurso de casación.

1. Planteamiento del segundo motivo. El segundo motivo del recurso de casación denuncia la inaplicación del art. 1902 CC.

El motivo adolece de una técnica casacional mejorable, pero lo que está planteando con claridad es que la codemandada intervino en el proceso de distribución de los componentes de la prótesis en España, por lo que también le es exigible la responsabilidad en que ha incurrido como distribuidor. Se refiere, en particular, a que la prótesis fue distribuida por la demandada a sabiendas de su falta de seguridad, y que por este mismo hecho, además, debió suspender su

distribución. Razona que estos mismos hechos son constitutivos de la responsabilidad por producto defectuoso y de la responsabilidad extracontractual fundada en el art. 1902 CC.

2. Compatibilidad del régimen de responsabilidad por productos con la regla general de responsabilidad por culpa

Consciente de la cobertura limitada (por ejemplo, en cuanto a los daños indemnizables, o en la determinación de los sujetos responsables) que, como contrapartida a la introducción de un régimen de responsabilidad objetiva, se establecía en la regulación de daños por productos, la Directiva 85/374/CEE expresamente previó en su art. 13 su compatibilidad con las reglas generales de responsabilidad:

“La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva”.

La regla de compatibilidad con las acciones generales de responsabilidad se proclama actualmente en el art. 128.II TRLGDCU :

“Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado



pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar”.

En particular, por lo que se refiere a la responsabilidad de los suministradores y distribuidores de los productos, el TJUE ha reiterado en varias ocasiones que las normas nacionales que prevén la responsabilidad del distribuidor de un producto defectuoso en las mismas condiciones que la del fabricante son contrarias a la Directiva, que solo prevé la responsabilidad del suministrador, de manera subsidiaria, cuando el productor no puede ser identificado. Pero, en cambio, el Tribunal de Justicia ha admitido la compatibilidad de la norma comunitaria con las normas nacionales que imputan responsabilidad al distribuidor con arreglo a criterios de responsabilidad por culpa o las tradicionales sobre responsabilidad por vicios [sentencias de 25 de abril de 2002 (asunto C-52/2000), de 10 de enero de 2006 (asunto C-402/2003) y de 5 de julio de 2007 (asunto C-327/2005)].

El legislador español, al incorporar a nuestro ordenamiento interno el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, a la responsabilidad subsidiaria del proveedor (equivalente en la ley española a suministrador o distribuidor) prevista en el art. 138.2 TRLGDCU conforme al régimen de la Directiva, añadió expresamente otro supuesto de responsabilidad del proveedor en el art. 146 TRLGDCU, conforme al cual:

“Responsabilidad del proveedor. El proveedor del producto defectuoso responderá, como si fuera el productor, cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto. En este caso, el proveedor podrá ejercitar la acción de repetición contra el productor”.

Esta regla de responsabilidad del proveedor, que no es subsidiaria de la del fabricante, es ajena a la Directiva, y debe interpretarse en el marco de la jurisprudencia reseñada del TJUE. La norma perfila una responsabilidad del proveedor o distribuidor que suministra un producto defectuoso a sabiendas de que lo es. Por ejemplo porque las autoridades o el propio fabricante han emitido una alerta y una llamada a la retirada del producto y, pese a ello, el proveedor lo suministra. Se contempla por tanto un comportamiento calificable como doloso, al

menos eventual, en cuanto que el proveedor sabe que el producto es inseguro y pese a ello lo suministra, aceptando que con su comercialización puedan producirse daños. Se basa en una actuación del proveedor que se mueve en la órbita de la responsabilidad por culpa, no en criterios de responsabilidad objetiva a los que atiende la Directiva 85/374.

A estos supuestos de responsabilidad del distribuidor o proveedor deben añadirse, conforme a las reglas generales de responsabilidad por culpa, aquellos en los que el daño causado por el producto sea imputable a una acción u omisión culposa propia del distribuidor, en atención a las circunstancias del caso (por almacenamiento o mantenimiento en condiciones inadecuadas, o por cualquier otra negligencia).

NOVENO.- *Consecuencias de la decisión de la sala sobre los recursos por infracción procesal y casación*

La estimación del primer motivo del recurso de casación y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda, siguiendo el criterio de la sala para casos semejantes en los que no se entró a conocer en la instancia sobre la pretensión formulada por considerar que la misma lo había sido extemporáneamente (sentencias 114/2019, de 20 febrero, y 616/2020, de 17 de noviembre, entre otras). Otra solución distinta traería consigo que buena parte de las cuestiones planteadas por la demandada quedarán privadas de la segunda instancia y esta sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba.

Por ello, como consecuencia de la estimación del primer motivo del recurso de casación ordenamos la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que, con plena jurisdicción, se pronuncie sobre la responsabilidad de la demandada con arreglo al régimen de responsabilidad por productos defectuosos como consecuencia de no haber identificado oportunamente a la sociedad fabricante (art. 138 TRLGDCU), atendiendo a la prueba practicada y a las demás excepciones invocadas por la demandada y que no han sido objeto de pronunciamiento. Partiendo, por tanto, de la legitimación de Smith & Nephew, S.A. y de que su responsabilidad no

estaría extinguida por el transcurso del plazo de diez años previsto en el art. 144 TRLGDCU.

Partiendo de que la actora sí ejercitó una acción de responsabilidad por culpa, que fue desestimada por el juzgado, y en cuyo análisis no entró la sentencia recurrida, no procede sin embargo que ahora esta sala analice si concurren los presupuestos para su estimación. Para el caso de que la Audiencia entienda que no concurren los presupuestos de la responsabilidad conforme al régimen específico de responsabilidad por productos deberá analizar, de acuerdo con lo que hemos dicho y lo alegado y probado por la actora, si la actuación de la demandada como distribuidora de la prótesis puede calificarse como negligente a efectos de determinar su responsabilidad conforme a las reglas de responsabilidad por culpa.

DÉCIMO.- Costas

La estimación parcial de los recursos por infracción procesal y casación determina que no se haga imposición de las costas de estos recursos.

Tampoco se imponen las costas respecto de los doctores Fermín y Gabriel, que quedaron absueltos en la instancia, sin que los motivos de los recursos interpuestos por la actora se refieran a su responsabilidad.

FALLO

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

1.º Estimar parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar parcialmente el recurso de casación interpuestos por Zaida contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 5 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sec-

ción 4.ª, en el rollo de apelación n.º 610/2018, dimanante del juicio ordinario n.º 774/2016, seguido ante Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Palma de Mallorca.

2.º Casar la sentencia recurrida en lo que concierne a la apreciación de que la demanda se interpuso contra Smith & Nephew, S.A. transcurrido el plazo de diez años previsto en el artículo 144 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

3.º Devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que, con carácter preferente, y partiendo de que la responsabilidad de Smith & Nephew, S.A. no estaría extinguida por el transcurso del mencionado plazo de diez años, y con plena jurisdicción, se pronuncie sobre la responsabilidad de la demandada con arreglo al régimen de responsabilidad por productos defectuosos como consecuencia de no haber identificado oportunamente a la sociedad fabricante. Para el caso de que la Audiencia Provincial entienda que no concurren los presupuestos de la responsabilidad conforme al régimen específico de responsabilidad por productos defectuosos deberá analizar si procede declarar la responsabilidad de la demandada conforme a las reglas de responsabilidad por culpa.

4.º No imponer a la recurrente las costas de su recurso por infracción procesal ni las del recurso de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia certificación de la presente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Por **María del Carmen García Garnica**
Catedrática de Derecho Civil

1. Objeto e interés de la sentencia

Dictada en un procedimiento ordinario de reclamación de los daños y perjuicios causados por una prótesis de cadera, la STS, sala 1ª, de 7 de febrero de 2024 tiene el interés de poner de manifiesto, de un lado, el deber de nuestros tribunales de aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tal y como lo ordena expresamente el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de modificación de la anterior), concretamente con respecto a la interpretación de cuándo se ha producido “la puesta en circulación de un producto”, momento significativo en la aplicación del régimen especial de la responsabilidad por productos defectuosos. Y, de otro, el de subrayar la compatibilidad entre las acciones resarcitorias de daños y perjuicios formuladas al amparo de este régimen especial de responsabilidad y el general de responsabilidad civil por culpa.

Desestimada la demanda íntegramente, con costas, en primera instancia, la sentencia de segunda instancia, sin embargo, sí estimó la legitimación pasiva de la distribuidora, dado que sólo había identificado a la fabricante después de la interposición de la demanda.

2. Antecedentes del caso

Antes de reseñar los principales pronunciamientos de la sentencia, cabe destacar que el procedimiento tiene su origen en la demanda de juicio ordinario formulada por la actora con fecha de 10 de octubre de 2016, frente a la empresa distribuidora de una prótesis de cadera, que pertenecía al mismo grupo que la sociedad que la fabricó, y los dos médicos que se la habían implantado con fecha de 26 de enero de 2007.

Esta prótesis fue retirada y sustituida por otra de otro fabricante con fecha de 18 de diciembre de 2014, sosteniendo la actora que era defectuosa, no sólo porque no tuvo los resultados terapéuticos esperados; sino, también, porque su retirada se produjo conforme a las recomendaciones realizadas por la Agencia Española del Medicamento (AMEPS) y la Sociedad Española de Cirugía de la Cadera (SECCA), ante la presencia de concentraciones elevadas de cromo y cobalto en la sangre.

En atención a estos hechos, la actora reclamó la condena solidaria de los demandados al abono de 902.243 euros en concepto de daños y perjuicios (reducidos a 344.777 euros en el acto de audiencia previa), más intereses legales y expresa condena en costas por su temeridad y mala fe; atribuyendo un 98% de la responsabilidad a la empresa demandada

y el 2% restante a los médicos codemandados, a razón del 1% para cada uno. Todo ello, al amparo de las normas básicas de responsabilidad civil (arts. 1101 y 1902 CC) y del régimen de responsabilidad por productos defectuosos (FJ 1º, apartado 2).

Las pretensiones formuladas frente a los médicos fueron desestimadas en ambas instancias con expresa condena en costas a la actora, al apreciarse su temeridad por haberlos traído al procedimiento de forma instrumental, innecesaria e improcedente, a los solos efectos de que pudieran “contar con evidencias relacionadas con el fracaso de estas prótesis, que podían ser desconocidas por esta parte por no ser accesible al público en general”. Este pronunciamiento adquirió firmeza, al no ser recurrido en casación.

Por lo que se refiere a la empresa distribuidora, mientras que en primera instancia se estimó su falta de legitimación pasiva, por considerar que el fabricante estuvo identificado en todo momento; en la segunda instancia se admitió su legitimación pasiva y su sujeción al régimen de responsabilidad por productos defectuosos, al estimar acreditado que solo trató de identificar al fabricante tras formularse la demanda, generando hasta entonces en la actora “la confianza de que era la fabricante” (FJ 3º).

En consecuencia, **la sentencia del Tribunal Supremo se ciñe a las pretensiones formuladas frente a la empresa distribuidora**, la cual se había opuesto a ellas alegando su falta de legitimación pasiva, por considerar que la fabricante estuvo identificada en todo momento; la caducidad de la acción para reclamar responsabilidad por productos defectuosos, por haber transcurrido más de diez años desde su puesta en circulación; la inaplicabilidad del artículo 1902 CC, como cajón de sastre, cuando ha prescrito la acción prevista en la normativa específica de aplicación a los productos defectuosos; y, finalmente, la negación del pretendido carácter defectuoso de la prótesis, sosteniendo que todos los daños y perjuicios alegados (a saber, liberación de restos de metal, infección, luxación, hipersensibilidad a sus materiales o el fracaso de la prótesis), forman parte de los riesgos típicos asumidos en virtud del consentimiento informado. Aparte de aludir a otras circunstancias subjetivas de la actora, como su sobrepeso, que pudieron influir en el fracaso de un implante de cadera, alegando que no estaba indicada para ella, que se implantó con una anteversión fuera del rango contemplado en el folleto, y que ya el 7 de agosto de 2008, en una revisión, se le sugirió sustituirla, sin que conste por qué no se hizo hasta el año 2014.

Estas pretensiones también fueron desestimadas por ambas instancias, aunque discrepando en el razonamiento y el pronunciamiento relativo a las costas. Así, mientras que la sentencia de primera instancia desestimó la demanda con condena en costas, declarando que la empresa distribuidora carecía de legitimación pasiva, al deducir de la documental aportada en autos que la actora conocía la identidad de la fabricante. De modo que sólo cabría haber estimado su responsabilidad en caso de que la demandada hubiera distribuido el producto a sabiendas de que era defectuoso, circunstancia que no consideraba acreditada en este caso, porque el mercado CE de las prótesis permitía presumir su calidad y seguridad, y porque las alertas de las autoridades sanitarias, contraindicando su uso para mujeres, fueron muy posteriores a su implantación, sin apreciar ninguna negligencia en su actuación.

La sentencia de segunda instancia, sin embargo, sí estimó la legitimación pasiva de la distribuidora, dado que sólo identificó a la fabricante después de la interposición de la demanda. Pese a ello, su fallo fue igualmente desestimatorio de la demanda, aunque sin imponer las costas de esta pretensión en ninguna de las instancias, al considerar que la actora sólo había ejercitado la acción de responsabilidad civil por productos defectuosos, y que ésta había expirado por el transcurso de más de diez años desde la puesta en circulación del producto.

3. Cuestiones jurídicas controvertidas

Apartándose del criterio de ambas instancias, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2024 estima en parte los recursos, extraordinario por infracción procesal y casación, formulados por la actora frente a la sentencia de apelación.

Tres son las cuestiones fundamentales sobre las que el Tribunal Supremo se pronuncia en ella: los requisitos para que prospere el recurso extraordinario por infracción procesal en razón a una supuesta valoración errónea o arbitraria de la prueba; la interpretación del concepto de “puesta en circulación del producto”, dada su relevancia en el régimen especial de la responsabilidad por productos defectuosos, en particular para el cómputo del plazo decenal legalmente establecido para la extinción de dicha responsabilidad; y la compatibilidad de las acciones resarcitorias fundadas en el régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos y en el general de responsabilidad por culpa.

3.1. Pronunciamiento sobre la impugnación de la valoración de la prueba

El primer pronunciamiento de la sentencia es el relativo a la desestimación del motivo del recurso extraordinario por infracción procesal relativo a una supuesta valoración errónea y arbitraria de la prueba por el tribunal de instancia.

Al respecto, el Tribunal Supremo subraya la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada en las instancias, a fin de que el recurso por infracción procesal no se convierta en una tercera instancia. Consolidada doctrina recogida, entre otras muchas, en las SSTs, sala 1ª, 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 303/2016, de 9 de mayo; 411/2016, de 17 de junio; y, recientemente, la 1715/2023, de 12 de diciembre.

Por tanto, este motivo de impugnación sólo podrá prosperar cuando haya un error en la valoración de la prueba de tal entidad que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Ello requiere de “un patente y manifiesto error fáctico, de constatación objetiva, y de transcendencia acreditada en la decisión del proceso”, o “una valoración arbitraria, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la razonabilidad exigible a las decisiones de los tribunales”. Requisitos que no se estiman concurrentes en los presentes autos, advirtiéndose además que su eventual estimación hubiera sido irrelevante con respecto a las pretensiones de fondo de la recurrente (FJ 4º).

3.2. El cómputo del plazo decenal del artículo 144 TRLGDCU y la relevancia de la interpretación del momento de “puesta en circulación del producto”

El principal motivo de impugnación de la sentencia de apelación radica en la interpretación del momento de “puesta en circulación del producto” (la prótesis de cadera), por ser esencial para el cómputo del plazo decenal recogido en el artículo 144 del TRLGDCU; ya que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida radicó, precisamente, en considerar que cuando la actora interpuso su demanda esa responsabilidad se había extinguido “por el transcurso de diez años desde la fecha en que se comercializó la prótesis implantada”.

Frente a ello, la recurrente alega que el criterio de la demandada, y que la Audiencia hizo suyo, no puede ser acogido; sosteniendo que el producto no se puso en circulación, esto es en disposición de ser consumido, cuando fue puesto a disposición de la distribuidora, sino en el momento de su implantación a la actora.

Centrada la atención en esta cuestión, destaca la sentencia que el plazo decenal contenido en el artículo 144 del TRLGDCU no es un plazo de garantía (dentro del que

deban producirse los daños, como ocurre por ejemplo en la LOE), ni de caducidad de los derechos reconocidos en la Ley (no sólo porque este plazo puede llegar a su término sin que aquellos hayan llegado a nacer, sino porque, además, sus efectos no derivan de la pasividad del perjudicado). Es un plazo que opera de forma objetiva, “desde la puesta en circulación, cuando el fabricante deja de tener bajo su control el producto causante del daño”; inspirado en el “*statute of limitation*” del derecho angloamericano, y que obedece fundamentalmente a razones de carácter económico, al considerar que no sería razonable imponer a los fabricantes la obligación de responder del estado defectuoso de sus productos por tiempo ilimitado. En particular, porque ello dificultaría el cálculo de riesgos y, por ende, el aseguramiento de su responsabilidad (así lo subraya la STJUE de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/08). Aparte de ser un contrapeso del carácter objetivo del régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos, en consideración al hecho de que los productos se desgastan con el tiempo y cada vez se elaboran normas de seguridad más estrictas y se avanza más en los conocimientos científicos y técnicos conforme a los cuales se elaboran los productos (así lo subraya el considerando 11 de la Directiva 85/374 CEE; y Parra Lucán, “Responsabilidad por productos defectuosos”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coords. Reglero Campos y Busto Lago, 5ª ed, pp. 297 y ss.).

En suma, se trata de un plazo establecido por el art. 11 de la Directiva 85/374/CEE con el propósito de uniformar en la Unión Europea la responsabilidad del fabricante, al amparo del principio de seguridad jurídica, que tiene como corolario el de confianza legítima, exigiendo que la aplicación de las normas, en especial aquellas que puedan implicar obligaciones financieras, sea previsible para los justiciables (así lo destaca la sentencia, parafraseando la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-2021/08).

Esto presupuesto, **hay que destacar que la concreción del momento en que un producto ha sido “puesto en circulación” tiene una triple relevancia a efectos prácticos en la aplicación del régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos:** 1º) porque es el momento que debe tomarse como referencia para valorar la seguridad del producto y, por tanto, su eventual defectuosidad (arts. 6 de la Directiva y 137.1 TRLGDCU); 2º) porque el acaecimiento del daño antes de ese momento es una de las causas legales de exoneración del fabricante (art. 7 de la Directiva y 140.1.b TRLGDCU); y 3º) porque, como ocurre en el caso de autos, constituye el día inicial del cómputo del plazo decenal de extinción de la responsabilidad del fabricante (art. 11 Directiva y art. 144 TRLGDCU).

A pesar de esa relevancia, ni la Directiva ni el TRLGDCU dan una definición de cuál sea este momento. Pero, el TJUE sí ha tenido ocasión de hacerlo en varias ocasiones, lo cual no es baladí ya que nuestros jueces y tribunales tienen la obligación de aplicar el derecho de la Unión Europea de conformidad con su jurisprudencia (art. 4 bis.1 LOPJ).

En coherencia con ello, **la sentencia comentada hace una recopilación de los principales pronunciamientos del TJUE sobre el concepto de “puesta en circulación”,** destacando que este concepto debe interpretarse conforme a la finalidad y objetivos perseguidos por la Directiva. Así, en tanto causa de exoneración, deberá ser objeto de interpretación estricta, teniendo aplicación tan solo cuando otra persona distinta al fabricante haya hecho salir el producto del proceso de fabricación (así lo dispuso la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-203/99). Sin embargo, interpretada como “dies a quo” del plazo decenal de extinción de la responsabilidad del fabricante tiene un carácter neutro, que debe responder a criterios objetivos, dado que “la finalidad de esta disposición es satisfacer las necesidades de seguridad jurídica en interés de las partes de un litigio” (tal y como lo subraya la STJUE de 9 de febrero de 2006, asunto C-127/04).

Encontrándonos en este segundo supuesto en el caso de autos, la cuestión a resolver en él es la de si puede entenderse que el producto se ha puesto en circulación cuando se ha entregado por el fabricante a una filial del mismo grupo, o es precisa su transmisión a un tercero ajeno al grupo.

La sentencia destaca que, sobre esta cuestión particular, ya han tenido ocasión de pronunciarse tanto el TJUE (en sus sentencias de 9 de febrero de 2006, ya citada, y en la de 2 de diciembre de 2009, asunto C-358/09), como el Pleno de la Sala 1ª del TS (sentencia 44/2020, de 20 de julio, también relativa a una prótesis de cadera y siendo también ponente Parra Lucán). En ellas, se señala que para determinar si ha existido o no puesta en circulación, será preciso no sólo valorar si los lazos entre productor y otra entidad son los suficientes para que el concepto de productor englobe también a esta última, en el sentido de los arts. 7 y 11 de la Directiva, sin que la transmisión del producto entre ellas entrañe su puesta en circulación; sino también la función que cada una de ellas desempeña en la producción y distribución.

De modo que, la puesta en circulación del producto se produce, en el sentido del artículo 11 de la Directiva, “cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido” (STJUE de 9 de febrero de 2006); cuestión que deberán determinar los órganos jurisdiccionales nacionales a la luz de las circunstancias concretas de cada asunto y de la situación fáctica que se les plantee.

En coherencia con ello, e insistiendo en el carácter objetivo del plazo decenal, la sentencia destaca que el “dies a quo” no se inicia como pretende la actora en cada caso con la adquisición del producto por el consumidor, o su implantación siendo un producto sanitario implantable, “sino en el momento en el que el sujeto responsable se desprende voluntariamente del producto” (FJ 5º, apdo. 2.6).

No obstante, sorprende que acto seguido, como en este supuesto la demandada sólo había acreditado la fecha en que recibió del fabricante el producto, pero no el momento en que ella misma puso en circulación la prótesis, entendiendo que debió ser cuando entregó los componentes de la prótesis a un tercero que no forma parte del grupo (el distribuidor local de sus productos en Mallorca), la sentencia termina asumiendo como *dies a quo* “la única fecha que sí ha quedado acreditada como puesta en circulación de la prótesis por la suministradora demandada, la que resulta del momento de su implantación a la actora”.

Ello le lleva a concluir que la demanda se interpuso antes de que hubiera expirado el plazo decenal desde la puesta en circulación de la prótesis por parte de la demandada, estimando el primer motivo de casación (FJ 5º, apdo. 2.7).

3.3. Compatibilidad de las acciones de responsabilidad contractual o extracontractual con la basada en la responsabilidad por productos defectuosos

Por último, estimando los motivos segundo y tercero del recurso extraordinario por infracción procesal, así como el segundo motivo de casación, la sentencia se pronuncia sobre la compatibilidad entre la acción resarcitoria conforme al régimen especial de responsabilidad por productos defectuosos y las reglas generales de la responsabilidad civil por culpa.

El Tribunal Supremo destaca que, tanto el artículo 13 de la propia Directiva 85/374/CEE, como el artículo 128 II del TRLGDCU, prevén expresamente la compatibilidad del régimen de responsabilidad objetiva por productos defectuosos, con las reglas generales de la responsabilidad por culpa, tanto contractual como extracontractual. En la misma línea

COMENTARIO

se ha pronunciado el TJUE (v. gr., en sus sentencias de 25 de abril de 2002, asunto C-52/2000; 10 de enero de 2006, asunto C-402/2003; y 5 de julio de 2007, asunto C-327/2005).

Así ocurrirá, en particular, cuando el proveedor haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto (art. 146 TRLGDCU); así como en aquellos supuestos en que el daño causado por el producto sea imputable a una acción u omisión culposa del propio distribuidor (v. gr., por un mantenimiento o almacenamiento en condiciones inadecuadas del producto).

En todo caso, dado que las instancias no entraron en buena parte de las cuestiones planteadas en los presentes autos, tales como el carácter defectuoso o no del producto, el posible defecto de etiquetado de la prótesis y la posible culpa del distribuidor (en primera instancia, por entender que la demanda adolecía de un defecto de legitimación pasiva, y en la segunda, por entender extinguida la acción de responsabilidad por productos defectuosos y no ejercitada conjuntamente la acción de responsabilidad por culpa del distribuidor), el Tribunal Supremo, sin resolver sobre el fondo del asunto, ordena la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre todas estas cuestiones, con plena jurisdicción y revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio.





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Acción directa del art. 76 LCS formulada contra la aseguradora de la Administración sanitaria, tras haberse desestimado, por resolución administrativa firme, la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la propia Administración. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda, al considerar que la acción directa contra la aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa, pues si el perjudicado se somete voluntariamente a esta no puede posteriormente acudir a los tribunales civiles para obtener la revisión de actos administrativos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 12 de febrero de 2024

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

Versa el presente recurso de casación sobre el ejercicio de una acción directa del art. 76 LCS, que es formulada por la demandante contra la aseguradora de la administración sanitaria, tras haberse desestimado, por resolución administrativa firme, la reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra la propia Administración.

Son antecedentes relevantes, a los efectos decisorios del recurso, los siguientes:

1. Con fecha 19 de febrero de 2014, D.ª Belen formuló ante el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a resultas de lo que consideraba una deficiente atención sanitaria prestada por el Hospital Uni-

versitario Puerta de Hierro de Madrid, dado que, en la primera asistencia que le fue dispensada, en el servicio de urgencias de dicho centro sanitario, se le dio de alta, tras diagnosticársele una dorsalgia por artritis, mientras que, cuatro días más tarde, con los mismos síntomas, se le apreció un infarto agudo de miocardio. Este retraso en el diagnóstico le causó una minusvalía impeditiva de la realización de cualquier ocupación o actividad, sin tener reconocida ninguna pensión.

2. Tramitada dicha reclamación, como expediente responsabilidad patrimonial 32/2015, por resolución de fecha 14 de diciembre de dicho año se acordó desestimarla en vía administrativa, al no haberse acreditado una asistencia sanitaria indebida. No se discute y, además, consta probado que esta resolución administrativa fue debidamente notificada a la reclamante, y también está acreditado que ganó firmeza al no interponerse contra ella recurso contencioso-administrativo.

3. Previo requerimiento mediante burofax de 13 de diciembre de 2016, en febrero de 2017, D.^ª Belen formuló demanda contra D.^ª Custodia, médico a la que atribuía responsabilidad civil por mala praxis (extracontractual, o subsidiariamente contractual) y contra Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (actualmente Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, en adelante Zurich), como aseguradora del SERMAS, en ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS, postulando una indemnización indeterminada a cuantificar en ejecución de sentencia, más los intereses legales del art. 1108 CC y los de demora del art. 20 LCS. Alegaba, en síntesis, la concurrencia de una infracción de la *lex artis* imputable a dicha profesional sanitaria por error de diagnóstico y consiguiente tratamiento tardío de su patología cardiaca.

4. La demandante desistió de su acción contra la médica demandada, acordándose continuar el procedimiento contra la aseguradora Zurich.

Ésta se opuso a la demanda planteando la excepción de falta de legitimación pasiva y alegando, en lo que ahora interesa, que no procedía formular en vía civil acción directa contra la aseguradora de la Administración sanitaria, puesto que había sido desestimada la petición de declaración de responsabilidad patrimonial de la propia Administración por resolución administrativa firme.

5. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y condenó a la aseguradora a pagar

a la demandante una indemnización por importe de 251.679,71 euros, incrementada con los intereses del art. 20 LCS, desde el 13 de diciembre de 2016 hasta la fecha de dicha sentencia, y con los intereses del art. 576 LEC desde entonces, y al pago de las costas procesales.

En la precitada resolución judicial se razonó, en síntesis, que la excepción planteada por la aseguradora estaba supeditada a la inexistencia de responsabilidad del asegurado, por lo que, para determinarla, debía entrarse en el fondo de la cuestión litigiosa y, al hacerlo, se entendió concurrente una mala praxis por incumplimiento de los protocolos médicos aplicables a estos casos, dado que, en la primera asistencia prestada a la demandante, se omitió una prueba (electrocardiograma) que, por la sintomatología que presentaba la paciente, era necesaria para un diagnóstico diferencial y, por ende, se apreció la responsabilidad directa de la aseguradora conforme al art. 76 LCS.

6. Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la compañía Zurich.

En el desarrollo del recurso insistió en la tesis de que devenía improcedente la acción directa, solicitando la desestimación de la demanda con condena en costas de la demandante. La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia apelada, con imposición de las costas de segunda instancia a la apelante.

El tribunal sentenciador, remitiéndose literalmente al criterio seguido por la misma sección 9.^ª en sentencia de 12 de junio de 2017, y por la sección 13.^ª de la misma Audiencia Provincial de Madrid en sentencia de 13 de septiembre de 2018, consideró que la acción directa es posible si, como es el caso, la resolución administrativa firme no declara la inexistencia de responsabilidad de la compañía de seguros, pues el hecho de que la demandante no la recurriera en vía contencioso-administrativa no ha de entenderse como una renuncia al ejercicio de dicha acción directa.

7. Contra la precitada resolución judicial se interpuso recurso de casación

SEGUNDO.- Motivo único del recurso de casación

El recurso se interpuso al amparo del ordinal 3.^º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala sobre la improceden-

cia de la acción directa deducida en vía civil contra la aseguradora de una Administración sanitaria, cuando el expediente administrativo contra la propia Administración concluye con resolución desestimatoria firme.

Se consideró infringido el art. 73 LCS y, en su desarrollo, se alegó, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia fijada por esta sala en sentencia de pleno 321/2019, de 5 de junio, seguida por la sentencia 579/2019, de 5 de noviembre (y por tanto, antes de que se dictara la sentencia recurrida), la responsabilidad del asegurado es condición absoluta para que exista responsabilidad de su aseguradora por lo que, al haber sido declarada en vía administrativa la inexistencia de responsabilidad de la Administración sanitaria por resolución firme, no es posible estimar en vía civil la acción directa de la perjudicada contra la aseguradora de dicha Administración.

La parte recurrida se opone al recurso alegando, en síntesis: (i) que la jurisprudencia invocada no es aplicable al caso, porque la sentencia de pleno se refiere a un supuesto distinto en el que la resolución firme, que puso fin a la vía administrativa, no desestimó la reclamación, sino que la estimó; mientras que, en el caso presente,

la resolución administrativa fue completamente desestimatoria, sin fijar ninguna indemnización, por mínima que fuera, ni un pago a cargo de la Administración que pudiera extinguir el derecho de la perjudicada, todo lo cual conlleva que ha de primar el principio de indemnidad y el derecho de la demandante a ser resarcida por la compañía de seguros en este orden civil, ya que “no es lo mismo aceptar una resolución administrativa favorable, no recurrir y cobrar una indemnización... que ver desestimada la reclamación administrativa y optar por el ejercicio de un derecho autónomo que aún subsiste”; (ii) que las resoluciones administrativas no tienen efecto de cosa juzgada aunque puedan valorarse como prueba; (iii) que la jurisdicción civil es la única competente para conocer de la acción directa del art. 76 LCS dirigida exclusivamente contra la aseguradora de la Administración, y (iv) que la acción directa es un derecho propio y autónomo que no puede verse limitado por una resolución administrativa previa.

Terminó Zurich con la solicitud de que se dictase sentencia acordando la inadmisión del recurso por falta de interés casacional o, en su caso, su desestimación, con confirmación de la sentencia recurrida e imposición de las costas del recurso a la parte recurrente.



Ahora bien, los motivos alegados como de inadmisibilidad del recurso no constituyen óbices formales impositivos de su conocimiento, sino que conforman argumentos conducentes a su desestimación en cuanto al fondo, que es cuestión asaz diferente.

En definitiva, la parte recurrente plantea una cuestión controvertida de derecho material o sustantivo relativa a la interpretación del art. 73 de la LCS, que debe ser abordada por este tribunal.

Es doctrina de esta sala la que viene proclamando que, para superar el test de admisibilidad, puede ser suficiente la correcta identificación del problema jurídico planteado, y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso partiendo del respeto a los hechos probados; requisitos que se cumplen en este caso, toda vez que no se discute la firmeza de la resolución administrativa, que declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria asegurada, y constituye cuestión de naturaleza exclusivamente jurídica determinar si proclamada en vía administrativa la inexistencia de dicha responsabilidad, en pronunciamiento no impugnado en vía contencioso administrativa y, por lo tanto, firme, cabe exigir responsabilidad a la aseguradora por la vía de la acción directa del art. 76 de la LCS, en tanto en cuanto es presupuesto de la prestación indemnizatoria que compete a la compañía aseguradora la existencia de responsabilidad en el asegurado.

TERCERO.- Estimación del recurso

Para mejor explicación del pronunciamiento estimatorio del recurso interpuesto, abordaremos su resolución en los apartados siguientes:

3.1. Opciones que se le abren al perjudicado en casos, como el presente, de supuesta mala praxis en la asistencia sanitaria prestada por la sanidad pública.

El Tribunal Supremo ha explicitado las opciones legales que se les abren a los perjudicados en los casos de ser víctimas de acciones dañosas causadas por la Administración. Así, en las sentencias 473/2020, de 17 de septiembre, de Pleno; 501/2020, de 5 de octubre, y más recientemente en la sentencia 1519/2023, de 6 de noviembre, esta sala se ha pronunciado sobre dichas opciones legales que sintetizamos de la forma siguiente:

3.1.1. Acudir a la vía administrativa.

En efecto, una de las posibilidades legales, que brinda el ordenamiento jurídico a la demandante, es formular la oportuna reclamación administrativa previa ante la propia Administración para obtener el resarcimiento del daño, en cuyo caso finalizado el expediente con reconocimiento de la responsabilidad patrimonial y fijación de la indemnización correspondiente, se producen las consecuencias jurídicas siguientes, a las que se refiere la STS 321/2019, de 5 de febrero:

“(i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el art. 76 LCS reconoce a la aseguradora”.

Esta doctrina es ulteriormente ratificada en la sentencia 579/2019, de 5 de noviembre, entre otras.

3.1.2 Acudir a la vía contencioso-administrativa.

Los perjudicados, en el caso de que hubieran optado por la vía administrativa, si formulada la preceptiva reclamación fuera desestimada expresamente o por silencio administrativo, o cuando considerasen insuficiente la cantidad fijada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, podrían cuestionar tal resolución administrativa ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las formas siguientes:

a) Bien, mediante el ejercicio de una acción de condena exclusivamente dirigida contra la Administración, en cuyo caso es la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el conocimiento de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial dirigidas contra la Administración, según resulta de lo normado en el art. 2 e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de dicha jurisdicción (en adelante LJCA).

b) Bien, demandando, en vía contencioso-administrativa, a la Administración y a su com-

pañía aseguradora, lo que constituye una posibilidad expresamente prevista en el art. 9.4 II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en consonancia con lo dispuesto en el art. 21 c) de la LJCA, que consideran legitimada pasivamente a “las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

3.1.3 Ejercitar exclusivamente la acción directa contra la compañía de seguros de la Administración ante la jurisdicción civil.

Por último, se abre una tercera posibilidad como es la de prescindir de la vía administrativa, y demandar, exclusivamente, a la compañía de seguros, en su condición de sociedad mercantil, ante la jurisdicción civil, en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS (autos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo y sentencias 574/2007, de 30 de mayo, 62/2011, de 11 de febrero y 321/2019, de 5 de febrero, entre otras).

Recientemente, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en auto 2/2022, de 2 marzo, reiteró tal criterio atributivo del conocimiento de dicha acción, incluso tras la entrada en vigor de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dado que se trata de una controversia *inter privatos*; esto es, entre la demandante, por un bien privativo como es la salud y los perjuicios económicos sufridos en su patrimonio biológico personal, y una compañía de seguros legalmente constituida bajo el régimen jurídico de una sociedad anónima de capital.

Como señalamos en la sentencia 1322/2023, de 27 de septiembre, en tales casos, la aseguradora no puede:

“[...] ampararse en el argumento de que no está obligada a hacer honor a su compromiso indemnizatorio, si no acude la víctima a la vía administrativa, formulando la correspondiente reclamación patrimonial frente a la administración presuntamente responsable, y esperar a que aquella sea reconocida en el correspondiente expediente administrativo, pues el perjudicado no está obligado a ello, y goza del derecho de dirigir la acción de resarcimiento en vía civil únicamente contra la aseguradora de la administración”.

Por consiguiente, en el supuesto de acudir a dicha vía jurisdiccional civil, la condena de la

aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del derecho administrativo, lo que no es cuestión extravagante, sino expresamente prevista en el art. 42 de la LEC, que regula las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en el proceso civil.

En definitiva, corresponde a la jurisdicción civil resolver los casos de ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS contra la compañía aseguradora siempre que ésta sea la única demandada, como así se ha expresado en la sentencia del Pleno de la Sala 1.ª 321/2019, de 5 de junio, y no se hubiera acudido previamente a la vía administrativa.

3.2. Opciones que están vedadas a los perjudicados.

Ahora bien, lo que no cabe es que, si optaron por acudir a la vía administrativa y su pretensión resarcitoria del daño sufrido resulta desestimada o estimada en parte, es acudir posteriormente a la vía civil para obtener el reconocimiento de la responsabilidad denegada o incrementar el importe de la indemnización fijada en dicha vía; pues ello supondría atribuir a los tribunales civiles facultades revisoras de los actos administrativos con clara invasión del ámbito propio de la jurisdicción contencioso administrativa a la que le compete el control de la Administración Pública (arts. 106 CE; 9.4 LOPJ y 1 y 2 LJCA), y máxime cuando dichos actos administrativos resultan firmes por no haber sido impugnados por vía contencioso administrativa.

El ordenamiento jurídico no posibilita el trasvase indistinto de una jurisdicción a otra, ni la invasión de ámbitos ajenos a la propia, al anudar a los actos procesales de tal naturaleza la sanción jurídica de la nulidad de pleno derecho (arts. 238.1 LOPJ y 225.1 de la LEC).

En este sentido, la sentencia 358/2021, de 25 de mayo, de pertinente cita, al referirse también a un caso en el que el perjudicado ejercitó en vía civil la acción directa del art. 76 LCS contra Zurich, aseguradora del SERMAS, después de que hubiera devenido firme la resolución administrativa que declaró la inexistencia de responsabilidad patrimonial de dicha Administración sanitaria, proclama que:

“[...] la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada a partir de su sentencia de pleno 321/2019 y

reiterada en las sentencias 579/2019, de 5 de noviembre, 473/2020, de 17 de septiembre, de pleno, y 501/2020, de 5 de octubre, sobre la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la Administración en el expediente de responsabilidad patrimonial, o en su caso a lo resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativo si se impugna el acto administrativo.

“[...] En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.

“Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que “sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios” (sentencia 321/2019, citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -por ser presupuesto



para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad”.

Por consiguiente, es contrario a la legalidad utilizar la acción directa para impugnar el acto administrativo que se ha consentido.

En el caso enjuiciado, en la sentencia 119/2022, de 15 de febrero, se desestimó también una acción directa en vía civil contra la compañía de seguros, cuando había sido desestimada la pretensión resarcitoria por sentencia dictada en vía contencioso-administrativa.

En efecto, la parte actora había optado por formular reclamación por vía administrativa. A tal efecto, promovió el correspondiente expediente de declaración de responsabilidad patrimonial contra la Administración por considerar constitutiva de mala praxis la atención al parto dispensada por el Servicio Público de Salud Murciano. La pretensión indemnizatoria fue desestimada: primero por silencio negativo, lo que motivó se interpusiera recurso contencioso administrativo contra la Comunidad Autónoma de Murcia y la compañía de seguros, al amparo del art. 21.1 c) de la LJCA, conforme a la cual se considera parte demandada, en vía contenciosa, a “las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”.

Posteriormente, de forma expresa, se desestimó tal pretensión en vía administrativa, así como por sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por apreciar que la acción se encontraba prescrita, pronunciamiento que es firme.

Pues bien, en la precitada sentencia 119/2022, de 15 de febrero, se resolvió, como no podía ser de otra forma, que:

“[...] cuando existe una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que proclama mediante pronunciamiento firme, en proceso seguido contra la compañía como codemandada, que no existe responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, la cual no puede renacer mediante la promoción de una acción ante la jurisdicción civil sobre los mismos hechos contra su aseguradora absuelta”.

En definitiva, la acción directa por vía civil contra la compañía aseguradora de la Admi-

nistración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa, pues si el perjudicado se somete voluntariamente a ésta no puede posteriormente acudir a los tribunales civiles para obtener la revisión de actos administrativos.

Por otra parte, la constatación de la responsabilidad del asegurado es presupuesto básico para que pueda prosperar la acción directa ejercitada contra la entidad aseguradora (sentencias 20 diciembre 1989, 15 junio 1995, 469/2001, de 17 de mayo y 129/2022, de 21 de febrero, entre otras), de tal modo que la inexistencia de responsabilidad de la administración sanitaria (art. 73 LCS) excluye la obligación de la aseguradora.

En el presente caso, la demandante promovió expediente administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y dejó que la resolución desestimatoria dictada en dicha vía adquiriera firmeza. Con ello, se le cerró la posibilidad del ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS ante los tribunales civiles, al ser presupuesto condicionante de su estimación la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración, y en la vía inicialmente elegida por la demandante dicha responsabilidad se declaró inexistente en pronunciamiento firme.

CUARTO.- *Asunción de la instancia*

En consecuencia, conforme al art. 487.3 LEC, procede casar la sentencia recurrida y, en su lugar, en funciones de segunda instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la compañía de seguros Zurich, con la correlativa desestimación de la demanda interpuesta por la actora por mor de todo el conjunto argumental antes expuesto.

QUINTO.- *Costas y depósito*

Conforme al art. 398.2 LEC, no procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, dada su estimación, ni las costas de la segunda instancia, dado que el recurso de apelación tenía que haber sido estimado. Y conforme al art. 394.1 LEC, procede imponer a la demandante las costas de la primera instancia, dado que la demanda se desestima íntegramente.

Conforme a la disposición adicional 15.ª. 8 LOPJ procede devolver a la parte recurrente los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandada Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, contra la sentencia 538/2019, de 7 de noviembre, dictada por la sección novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 633/2019.

2.º Casar la sentencia recurrida, estimar el recurso de apelación interpuesto por dicha compañía de seguros, y con revocación de la sentencia 61/2019, de 7 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Madrid, en los autos de juicio ordinario 192/2017, desestimar íntegramente la demanda deducida

por D.ª Belen contra la compañía de seguros Zurich.

3.º No imponer a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las costas de apelación y condenar a la parte demandante a satisfacer las costas de primera instancia.

4.º Devolver a la parte demandada los depósitos constituidos para recurrir en segunda instancia y casación.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Por **Jose Manuel Villar Calabuig**
Abogado

LA IMPROCEDENTE REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN VIA CIVIL CUANDO SE EJERCITA LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA LA ASEGURADORA Y YA HA RESUELTO LA ADMINISTRACIÓN CORRESPONDIENTE

PREVIO: Sentencia de la Sala 1ª, ponente el magistrado Jose Luis Seoane Spiegelberg, que viene a dejar muy claro el criterio de la Sala respecto a la posibilidad de acudir a la vía civil, por acción directa contra la aseguradora de la administración, si ya se ha planteado la reclamación administrativa previamente y hay resolución desestimatoria o estimatoria parcial (para el perjudicado). La niega. No se puede acudir a la vía civil en ese supuesto. Y lo deja muy claro: *"En definitiva, la acción directa por vía civil contra la compañía aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa, pues si el perjudicado se somete voluntariamente a ésta no puede posteriormente acudir a los tribunales civiles para obtener la revisión de actos administrativos."*

La acción directa por vía civil contra la compañía aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa

Como si de una clase práctica se tratara y, como ya hemos visto sentencias previas, con un desarrollo docente exquisito, nos muestra, con referencias jurisprudenciales y normativas, las distintas vías del perjudicado para realizar la reclamación contra la administración:

1. Acudir a la vía administrativa: reclamación previa contra la administración. En caso de estimación (reconocimiento de responsabilidad y fijación cuantía) se produce:

- La aseguradora o la administración pueden pagar.
- Si no se recurre, queda firme (responsabilidad y cuantía).
- Todos los efectos de las obligaciones solidarias.
- La cuantía firme es el límite del derecho de repetición de la aseguradora.

2. Acudir a la vía contencioso-administrativa: si la reclamación previa fue desestimada o la cuantía reconocida se considera insuficiente. A su vez, las opciones serían:

- Acción de condena exclusivamente contra la administración.

- Acción de condena contra la Administración y su aseguradora: *“las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren”*.

3. Ejercitar exclusivamente la acción directa contra la aseguradora ante la jurisdicción civil.

Como ya hemos señalado, la sentencia hace amplia referencia a la jurisprudencia que ha desarrollado la doctrina jurisprudencial descrita, entendemos que con la finalidad de evitar que sigan repitiéndose supuestos como el enjuiciado.

SUPUESTO DE HECHO: Reclamación por presunta infracción de *lex artis*, derivada de error de diagnóstico en Urgencias, que provocó lesiones al reclamante al diagnosticarse una dorsalgia por artritis cuando a los 4 días se diagnostica que se trataba de un infarto de miocardio. Se formula reclamación previa contra la Administración, que resuelve negando la responsabilidad y rechaza la reclamación. El perjudicado decide formular demanda civil contra la aseguradora de la administración.

SENTENCIAS DE INSTANCIA. Ambas sentencias dan la razón al perjudicado y en primera instancia condenan a principal, intereses del art. 20 de la LCS y costas, siendo desestimado el recurso de apelación de la aseguradora. La Audiencia Provincial de Madrid, sección 9ª, resuelve el recurso el 7 de noviembre de 2019, dos días después de que se dictara la sentencia del Tribunal Supremo 579/2019 que, continuando con el criterio fijado por el pleno en la sentencia 321/2019 de 5 de junio, establece la improcedencia de acudir a la vía civil contra la aseguradora si se ha formulado reclamación administrativa y se ha rechazado o estimado parcialmente la reclamación.

En primera instancia, la falta de legitimación pasiva alegada por la aseguradora se consideró supeditada a la inexistencia de responsabilidad, por lo que entró en el fondo del asunto y apreció la mala praxis por incumplimiento de los protocolos médicos.

La Audiencia *“consideró que la acción directa es posible si, como es el caso, la resolución administrativa firme no declara la inexistencia de responsabilidad de la compañía de seguros, pues el hecho de que la demandante no la recurriera en vía contencioso-administrativa no ha de entenderse como una renuncia al ejercicio de dicha acción directa.”* La alegación de la aseguradora para fundamentar su falta de legitimación pasiva se basaba, puede que erróneamente por lo que el Tribunal Supremo ya ha resuelto en otras resoluciones, en que, en virtud de lo dispuesto en el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro, la aseguradora respondería de la *responsabilidad civil que pueda nacer frente al asegurado y no otra distinta, pues solo se le puede exigir a aquella responder de la eventual responsabilidad del asegurado.*

Dado que la Audiencia Provincial de Madrid ya se había pronunciado sobre esta posible competencia, reconociendo la existencia de resoluciones contradictorias, sostenía la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil contra la aseguradora aunque se hubiera formulado reclamación previa y esta hubiera sido rechazada. De interesante lectura, pese a haber sido desautorizada su teoría por el Supremo, destacaríamos los siguientes fundamentos extraídos de las sentencias en las que se basa (sentencia de 12 de junio de 2017 y 13 de septiembre de 2018 de la Sección 13ª) para resolver el recurso:

- *“Una cosa es que ya no se pueda exigir responsabilidad a la Administración, y otra muy distinta que, de haberse producido el riesgo asegurado -mal funcionamiento del servicio público, ante una actuación negligente de los facultativos que atendieron a la parturienta-, ZURICH INSURANCE no deba responder.*

- “No hay resolución judicial firme alguna en la que se declare la inexistencia de responsabilidad del Servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid, único supuesto en que esta jurisdicción se vería abocada a negar también la de la aseguradora, deudora solidaria junto con aquél frente al paciente.”

- “8. En este sentido, no vemos razones concluyentes que impidan al perjudicado optar por el ejercicio de la acción exclusivamente directa ante los tribunales civiles, incluso después de haber iniciado la vía administrativa. No cabe calificar como fraude de ley o contradicción con los actos propios la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil porque, precisamente, la Ley tiende a facilitar el resarcimiento del perjudicado mediante esta acción

- “14. Como doctrina general, no estamos vinculados a la resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial porque no hay prejudicialidad devolutiva ni la Orden administrativa produce efectos de cosa juzgada material. La resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial de la Administración, no suspende el curso de las actuaciones civiles ni vincula porque no es de aquellos contados supuestos en los que lo establece la ley o el acuerdo de las partes (art. 42.3 LEC Legislación citada LEC art. 42.3 a contrario)”.

La jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil

SOLUCIÓN: El Tribunal Supremo casa la sentencia y estima el recurso de apelación con la correlativa desestimación de la demanda formulada contra la aseguradora de la administración.

Señalábamos que la defensa de la aseguradora parecía errónea, según iba a resolver la Sala, pues ya la sentencia 1322/2023 de 27 de septiembre fijaba: La aseguradora no puede “[...] ampararse en el argumento de que no está obligada a hacer honor a su compromiso indemnizatorio, si no acude la víctima a la vía administrativa, formulando la correspondiente reclamación patrimonial frente a la administración presuntamente responsable, y esperar a que aquella sea reconocida en el correspondiente expediente administrativo, pues el perjudicado no está obligado a ello, y goza del derecho de dirigir la acción de resarcimiento en vía civil únicamente contra la aseguradora de la administración”

Consolidando su reciente doctrina, se reitera que **las reglas para determinar la responsabilidad de la administración serán los parámetros propios del derecho administrativo**, y determinada la competencia concluye “En definitiva, corresponde a la jurisdicción

COMENTARIO

*civil resolver los casos de ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS contra la compañía aseguradora **siempre que ésta sea la única demandada**, como así se ha expresado en la sentencia del Pleno de la Sala 1.ª 321/2019, de 5 de junio, y no se hubiera acudido previamente a la vía administrativa.”*

No se atribuye el Tribunal la facultad de revisar actos administrativos pues considera que “supondría atribuir a los tribunales civiles facultades revisoras de los actos administrativos con clara invasión del ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el control de la Administración Pública (arts. 106 CE; 9.4 LOPJ y 1 y 2 LJCA), y máxime cuando dichos actos administrativos resultan firmes por no haber sido impugnados por vía contencioso-administrativa. El ordenamiento jurídico no posibilita el trasvase indistinto de una jurisdicción a otra, ni la invasión de ámbitos ajenos a la propia, al anudar a los actos procesales de tal naturaleza la sanción jurídica de la nulidad de pleno derecho (arts. 238.1 LOPJ y 225.1 de la LEC).”

Finalmente, cabe resaltar el argumento reproducido de la sentencia 358/2021, de 25 de mayo, que la propia sentencia señala como de “pertinente cita”, respecto de la base de la acción directa: “En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.”





jurisprudencia

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Acción directa contra la aseguradora. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación promovido por la demandante y casa la sentencia de la Audiencia que desestimó la demanda, al considerar que hubo un error en el diagnóstico de una mielitis aguda transversal (confundida con un trastorno de ansiedad con clínica conversiva) y demora en la instauración del tratamiento. Considera que se privó a la paciente de la ocasión de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a ésta, y determina que hay una pérdida de oportunidad de un 33%, lo convella a la condena de la aseguradora a abonar la cantidad de 297.000 euros, de los 900.000 euros reclamados, más los intereses del art. 20 LCS desde la reclamación a la aseguradora, desestimando la impugnación al recurso de apelación interpuesta por esa compañía.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª)
de 19 de febrero de 2024

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los antecedentes siguientes:

1. La actora Doña Esther ejercitó la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS) contra la compañía de seguros Zurich, en la que postuló la condena de la referida aseguradora a indemnizar a la demandante con la cantidad de 1.395.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha del siniestro acaecido el 1 de agosto de 2009, como consecuencia de la existencia de un error en el diagnóstico, al no apreciarse la mielitis aguda transversal que padecía y confundirse con un trastorno de ansiedad con clínica conversiva, así como por la demora en la instauración del tratamiento adecuado una vez practicada la RMN, lo que le produjo graves secuelas.

2. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 24 de Barcelona, que la tramitó por el cauce del juicio ordinario 507/2015, con la oposición de la compañía aseguradora que solicitó su desestimación.

En su escrito de contestación la compañía aceptó su legitimación pasiva como aseguradora, pero consideró que a la demandante no se le había prestado una atención médica negligente.

Señaló, en síntesis, que la mielitis transversa es incurable, de pronóstico infausto, así como que los corticoides son un tratamiento de uso compasivo y, por lo tanto, meramente paliativo. En cualquier caso, el día 2 de agosto se le pauta corticoterapia.

La paciente presentaba una clínica neurológica fluctuante y poco consistente, no estaba indicada la RMN y constaban cuadros conversivos previos. La pérdida de conciencia nada tiene que ver con la mielitis transversa. El TAC y la analítica fueron normales. Es el 3 de agosto, cuando los signos motores y sensitivos se manifiestan como sugerentes de una comprensión medular, y entonces se acuerda la RMN urgente que solo está prescrita en los supuestos en los que se da una focalidad neurológica evidente.

Subsidiariamente, para el caso de que se declarase probado que se había incurrido en un retraso en el tratamiento recibido, nunca podría acreditarse, con absoluta certeza, que se hubiesen evitado las lesiones permanentes sufridas; puesto que la enfermedad era incurable e instauradas las secuelas neurológicas estas son irreversibles. De modo que, en todo caso, siempre estaríamos hablando de un supuesto de pérdida de oportunidad, lo que implicaría una reducción importantísima del montante indemnizatorio.

La cantidad postulada se impugna por improcedente, se alegó la excepción de pluspetición y se sostuvo que no se tiene en cuenta la patología de base que ya sufría la actora, las concausas concurrentes y los factores predisponentes.

También, se impugnó la imposición de los intereses del art. 20 de la LCS; toda vez que todos los informes de los que ha tenido acceso la aseguradora indican la ausencia de tratamiento negligente, y en un régimen de responsabilidad civil subjetiva nunca podrá hablarse de siniestro hasta que no se prueba la responsabilidad. Los asegurados no tienen constancia de mala praxis por lo que nada trasladaron a la compañía. Subsidiariamente, el cálculo de intereses no puede

ser anterior a la fecha en que se le comunicó el siniestro, el 15 de mayo de 2014 (art. 20.6 LCS). Por otra parte, concurre causa justificada para la no imposición de los intereses de demora.

Anunció la aportación de la correspondiente prueba pericial y concluyó solicitando la desestimación de la demanda.

Seguido el procedimiento por todos sus trámites se dictó sentencia en la que se estimó parcialmente la demanda, en su fundamento jurídico tercero se hizo constar:

“[...] al no quedar demostrada la relación de causa a efecto entre la tardanza en la práctica de pruebas diagnósticas e intervención consecuyente con corticoides propia de la mielitis, lo que sí existe es la desazón psicológica que puede producir a la paciente el hecho de que hallándose en un hospital no se haya advertido la aparición de esta enfermedad y que lógicamente entienda que una más rápida clarificación de su etiología y comienzo del tratamiento con corticoides (por más que no se ha demostrado su eficacia en todo caso), hubiera supuesto cuando menos un paliativo para las graves consecuencias que se derivaron. Pero ya ha quedado expuesto que a la luz de la prueba practicada valorada en su conjunto la súbita aparición de la mielitis y sus indudables trágicas consecuencias no podría haber sido evitado ni con un diagnóstico más precoz ni con una inmediata intervención dado que incluso estadísticamente sólo logran superar mielitis idiopática sin secuelas un 33 por ciento de los pacientes que la padecen. Y esa pérdida de oportunidad y frustración psicológica del paciente y demandante señora Esther puede individualizarse y valorarse en la suma de 6000 € en que parcialmente se estima la demanda”.

Con base en tal argumentación, se condenó a la demandada a que pagase a la actora dicha cantidad de dinero, con sus intereses legales desde la fecha de interpelación judicial.

3. Contra la precitada sentencia se interpuso recurso de apelación por la demandante e impugnación por la compañía de seguros. El conocimiento del recurso correspondió a la sección catorce de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia por la que desestimó íntegramente la demanda.

En la sentencia dictada por la audiencia se apreció negligencia en el diagnóstico del Hospi-

tal Parc Tauli, y una demora en la instauración del tratamiento en el Hospital de Terrassa; no obstante, desestima la demanda al no haberse acreditado la relación de causalidad con el daño sufrido por la demandante, puesto que “el retraso en cuatro días (o cinco días) en la administración de los corticoides no suponía una curación, ni tampoco está claro que una mejoría”. Así explica en el fundamento jurídico noveno que:

“1. De las pruebas periciales expuestas y de las declaraciones de la médico de la UCI del Hospital de Terrassa, queda meridianamente claro que en el Hospital PARC TAULI hubo una negligencia en el diagnóstico, pues desde las 20,26 horas del primer día ya se había indicado que debía descartarse una causa orgánica para determinar si existía o no una crisis conversiva, sin que en ningún momento se practicara una prueba médica que permitiera descartar la causa orgánica. En el informe del Dr. Luciano claramente se indica que “la enfermedad neurológica medular, que presentó la paciente, debió ser diagnosticada en la asistencia recibida en el Hospital de Sabadell, el día 1 de agosto. El proceso no fue adecuadamente valorado, ya que se reaccionó, sin pruebas diagnósticas, con los antecedentes psiquiá-

tricos que presentaba, sin que se descartara la causa orgánica -Mielitis Transversa- como responsable, mediante la realización de un RMN urgente”. También este Doctor cree “que la patología de la Sra. Esther debía haberse diagnosticado en Urgencias al observarse una afectación medular, proveyendo que podía existir una mielitis o un síndrome de Guillem Barret, si podía haberse podido prever, en segundo lugar, una crisis conversiva, pero siempre después de excluir la primera. Los antecedentes psiquiátricos no tenían nada que ver y, desde luego, no había ningún cuadro de crisis de epilepsia, ni de trastorno de la personalidad. Creo que hubo un retraso de diagnóstico y administración de medicamento. Una crisis que se acompaña es el daño del sistema neurológico autónomo, y puede afectar a los esfínteres, como de hecho sucedió”. El efecto de la retención urinaria, como un síntoma de mielitis transversa, ha sido reconocido por los otros peritos. En concreto, el Dr. Nicolas declaró: “Hasta que la paciente empeora, a la 1,32, es cuando se produce la retención urinaria. Yo hubiera hecho un diagnóstico de crisis conversiva. Una mielitis transversa como la que tuvo la paciente es más grave que la crisis conversiva. A las 2 de la noche



sufrió una disminución de la conciencia, la tuvieron que atender y la entubaron por una insuficiencia respiratoria. En el momento de la disminución de la conciencia podía haber la sospecha de la inflamación del bulbo raquídeo, de la médula no, porque hasta que no se retira la sedación no se puede averiguar". También manifiesta este perito que "al principio tenía características de un síndrome convulsivo, pues también puede dar lugar a una parálisis de las extremidades. Ahora bien, cuando se cae en la sala del hospital, mientras esperaba la ambulancia, a partir de entonces es cuando ya debía pensarse que no era un cuadro conversivo. Cuando se entuba a un paciente no se puede hacer una exploración, pues no se puede valorar la clínica. En ese momento con las notas de la Mutua de Terrassa sí que hay síntomas de una mielitis; había signos de una mielopatía, pues eran signos objetivos, como el síndrome de Babinski". No obstante, este perito considera que los profesionales del PARC TAULI actuaron conforme a su Lex artis. Por otro lado, el Dr. Porfirio, después de indicar que la clínica en el PARC TAULI no era de mielitis transversa, señala que "en el PARC TAULI estuvo desde las 12,25 de la mañana. En la primera evaluación de urgencias tenía una alteración de la movilidad tal como consta en la historia clínica; había alteración sensitiva y motora; por la tarde seguía presentada (sic) claudicación de las extremidades y eso podía ser una alteración neurológica y fue visitada por un neurólogo. Entre las 20,25 horas hasta la pérdida de conciencia no sabe si se efectuó otra valoración. A la paciente se le efectuó un Tac en el Hospital PARC TAULI, fue un Tac cerebral, pero no sé si podía hacerse una resonancia, pues para ésta se requiere más infraestructura".

"2. Pues bien, de estas periciales se deduce que había varios síntomas para detectar la mielitis: a) la claudicación de una extremidad inferior y de las dos extremidades superiores, que se produjo casi sin solución de continuidad desde la salida de casa de la paciente a las primeras horas en el centro médico PARC TAULI; b) la retención urinaria acaecida posteriormente; c) la recomendación de que debía excluirse una causa orgánica, efectuada a las 20,26 horas, antes de inclinarse por una crisis conversiva; y d) la caída en el Hospital PARC TAULI cuando ya se la iba a dar de Alta. Es evidente que en el PARC TAULI la atención médica no fue diligente, pues no existe dato alguno demos-

trativo de que se excluyera la causa orgánica. Es evidente, por lo tanto, que en el HOSPITAL PARC TAULI existió un error de diagnóstico, pues cuando se remitió a la paciente al Hospital de Terrassa se basó en una previsible crisis de ansiedad, con dificultad respiratoria (declaraciones de Doña Gema), sin que se indicaran datos de una posible mielitis transversa, pese a la claudicación de tres extremidades. En el informe final del citado Hospital seguía manteniéndose que existía una causa psiquiátrica, pues todavía se habla de que la acidosis respiratoria es por "un posible componente comicial".

"3. En cuanto a la actuación en el HOSPITAL MUTUA DE TERRASSA ha quedado acreditado por medio del historial clínico y los dictámenes periciales, que el día 3 de agosto, lunes, fue cuando se temió que podía existir una mielitis transversa, sin embargo, la forma de determinar dicha patología, que era mediante una resonancia magnética, no se efectuó hasta el día 4 de agosto. Es cierto que las resonancias se practican de forma más tardía que otras pruebas médicas, pero se podía haber agilizado dicha práctica. Obsérvese que, pese al informe del PARC TAULI, en el Hospital de Terrassa se sospechó rápidamente el día 3 que podía existir una mielitis transversa, abriendo la ventana neurológica, consistente en dejar de sedar a la paciente y examinar su evolución. Al respecto el Dr. Luciano indica que "del mismo modo la enfermedad se diagnosticó tardíamente en el Hospital Mutua de Terrassa, ya que consta en el curso clínico que el día 3 de agosto, a las 24 h del ingreso, se estableció el diagnóstico clínico-neurológico de: "afectación bulbar y de vía piramidal, con afectación de 2ª motoneurona de la extremidad superior izquierda" y se ordenó la práctica de un RMN cráneo cervical por la sospecha de patología inflamatoria (Mielitis cervical). Sin embargo, no se realizó la RMN hasta el día 4 de agosto. El retraso en la práctica de la RMN hasta el día 4 de agosto se debe considerar negligente por la sospecha diagnóstica desde el día 3 de agosto y por la imprescindibilidad de aplicar, de inmediato, el único tratamiento recomendado con corticoides a las dosis pautadas. Asimismo, existió un retraso en la aplicación del tratamiento con corticoides (Metilprednisolona), ya que se inició el día 5 de agosto a pesar de la indicación que consta en el Curs Clínic correspondiente al día 4 de agosto. Por tanto, se debe certificar la existencia del retraso de diagnóstico

de la severa enfermedad neurológica y de la imprescindible e inmediata aplicación del único tratamiento recomendado con corticoterapia, en ambas instituciones sanitarias”. Estas afirmaciones se han probado claramente, salvo la relativa a si la administración de los corticoides fue el día 4 de agosto, después de conocer los resultados de la resonancia, o el día 5 de agosto, pues la mayoría de los peritos y la testigo Doña Gema señalan que los corticoides se administraron el día 4 de agosto. Por lo demás, en cuanto a la primera tanda de corticoides, la administración posterior de inmunoglobulina, y la segunda tanda de corticoides todos los médicos están de acuerdo en que el tratamiento se siguió de este modo.

“4. En conclusión hubo un error en el diagnóstico en el HOSPITAL PARC TAULI y un cierto retraso de diagnóstico en el HOSPITAL MUTUA DE TERRASSA, pues habiéndose observado de forma diligente y rápida ya el día 3 de agosto de que podía existir una mielitis transversal aguda, no se realizó la RMN hasta el día 4 de agosto, lo que supuso que durante 4 ó 5 días se retrasara el tratamiento de corticoides, que es el indicado por la ciencia médica. Este tratamiento según los peritos es el recomendado, aunque no garantiza la curación, sin embargo, es el protocolo que se sigue en la gran mayoría de supuestos de mielitis transversa. Por lo tanto, se ha acreditado que concurrieron un conjunto de conductas y/o causas que determinaron un retraso en el diagnóstico de cuatro días. Ahora bien, cuestión distinta es la acreditación del nexo causal. Ninguno de los médicos, que han intervenido en este proceso, ha mantenido que la paciente, dada la agresividad con que se presentó la enfermedad, se hubiera curado. El Dr. Luciano lo que asevera es que “existió un retraso de diagnóstico de la severa enfermedad neurológica y de la imprescindible e inmediata aplicación del único tratamiento recomendado con corticoterapia, en ambas instituciones sanitarias”. Por otro lado, el Dr. Juan Enrique afirma que “dada la gravedad del proceso de la Sra. Esther, un paro respiratorio, y el resultado final que tuvo, no nos cabe duda de que se debió tratar de uno de los casos más graves de mielitis transversa que se pueden presentar, de manera que poco debió importar si el tratamiento farmacológico se inició al quinto o al cuarto día, como poco debería importar también si llegó a empezar el tratamiento o no. Se puede considerar que la mielitis

transversa es una enfermedad con posibilidades de control, pero ese control no ha quedado demostrado que sea debido al tratamiento farmacológico con corticoides, de manera que dicho tratamiento se aplica más por un supuesto etiopatogénico teórico de la enfermedad que por un conocimiento real de los beneficios clínicos que aporta”. Por su parte, el Dr. Nicolas entiende que “el único criterio para trasladar a la paciente a otro Centro era sospechar que había una afectación medular. En el PARC TAULI no había signos de presión medular. Esta patología de 8 a 9 casos, 8 pueden curarse, mientras que uno la evolución es fulminante e incluso puede ser mortal. Hay una atmósfera de supuestos muy variables, a veces algunos casos se sospechan que son mielitis y no lo son; el patrón o cuadro definitivo no existe. Sólo el síndrome de Babinski lo indica, pero esa paciente no lo padecía (se refiere a la actuación en el PARC TAULI)”. Pues bien, de lo actuado es evidente que la administración de corticoides, una vez acreditada la enfermedad por medio de resonancia magnética, debe realizarse con rapidez, pues el único sistema que puede ser eficaz, aunque por sí mismo los corticoides no tienen por qué curar la enfermedad. En segundo lugar, las probabilidades de curación son de 8 entre 9 casos, habiéndose determinado por la ciencia médica que uno entre 9 casos puede ser fatal e incluso causar la muerte, según se deduce de las manifestaciones del Dr. Nicolas (en uno de cada 9 casos la enfermedad tiene mal pronóstico, afirmó este facultativo). Por lo tanto, el retraso en cuatro días (o cinco días) en la administración de los corticoides no suponía una curación, ni tampoco está claro que una mejoría. De ello se deriva que el daño que sufrió y padece la actora no es imputable a la actuación médica, pues como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo, referida más arriba, 33/2015, de 18 de febrero: “El criterio de imputación resulta del artículo 1902 CC y exige del paciente la demostración de la relación o vínculo de causalidad entre el daño y el equivocado diagnóstico, así como la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado que el acto médico o quirúrgico fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005; 10 de junio de 2008), ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, sin lo cual no hay responsabilidad sanitaria”. En síntesis, no pudién-

dose imputar al retraso en el diagnóstico el daño que padece la actora, no procedía estimar la demanda, lo que implica que deba desestimarse el recurso de apelación de Doña Esther, estimándose la impugnación de la entidad ZURICH INSURACNE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA, interpuestos contra la Sentencia de 7 de octubre de 2016, dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona”.

4. Contra dicha sentencia se interpusieron por la demandante recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- *Recurso extraordinario por infracción procesal*

2.1. Los motivos del recurso

El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se formuló al amparo del artículo 469.1.4.º de la LEC por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

El segundo motivo, al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC, por incongruencia omisiva y falta de exhaustividad de la sentencia.

2.2. Examen del primero de los motivos del recurso

Este motivo se fundamenta en la vulneración del art. 469.1 4.º de la LEC por valoración incorrecta de la prueba practicada.

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1 4º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

“Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, “esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba,



siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)”.

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

También constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

En este caso, no podemos considerar que la valoración probatoria llevada a efecto en la sentencia recurrida sobre la inexistencia de un nexo

causal entre las secuelas padecidas por la demandante, el error inicial en el diagnóstico de su dolencia y la demora en la instauración del tratamiento, constituya un error de la naturaleza expuesta o una apreciación irracional o arbitraria de las pericias practicadas. Por otra parte, la relación de causalidad no solo alberga una secuencia fáctica, sino también de causalidad jurídica, propia de un recurso de casación igualmente interpuesto; por todo lo cual dicho motivo de infracción procesal no puede ser estimado.

2.3. Examen del segundo motivo por infracción procesal

El segundo motivo se fundamenta en que la sentencia de la audiencia no ha resuelto la reclamación efectuada con base en la aplicación del art. 148 de la TRLGDCU, por deficiencia en el funcionamiento de los servicios sanitarios, con lo que incurrió en incongruencia con desprecio del requisito de exhaustividad de dichas resoluciones judiciales.

La doctrina jurisprudencial ha circunscrito los “servicios sanitarios” a los aspectos funcionales de los mismos; es decir, a los organizativos o de prestación, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS 475/2013, de 3 de julio y 446/2019, de 18 de julio, entre otras muchas).

Ahora bien, en cualquier caso, para que exista una responsabilidad de tal clase es necesario que concorra el correspondiente nexo causal entre la precitada deficiencia prestacional y el resultado producido (sentencias 943/2008, de 23 de octubre y 340/2011, de 20 de mayo).

Pues bien, en este caso, la sentencia de la audiencia no es incongruente, puesto que sí que resuelve la acción deducida en aplicación de la legislación tuitiva de consumidores y usuarios, al considerar que no existe relación causal entre el error en el diagnóstico y la demora en el tratamiento médico con las secuelas padecidas por la demandante; por lo tanto, con ello se está desestimando dicha acción, abordándola y no dejándola de resolver como se denuncia en el recurso.

Como hemos declarado, en múltiples ocasiones, la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (sentencias 548/2020, de 22 de octubre; 87/2021, de 17

de febrero; 562/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre; 751/2021, de 2 de noviembre; 202/2022, de 14 de marzo; 364/2022, de 4 de mayo; 509/2022, de 28 de junio, 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas).

Por otra parte, como señala también la sentencia 77/2021, de 15 de febrero, difícilmente cabe hablar de incongruencia en los casos de sentencia absolutoria:

“[...] de acuerdo con la doctrina de la sala, “las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada, salvo supuestos muy concretos, que no son del caso, no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (SSTS 29 de septiembre de 2003; 21 de marzo 2007; 16 de enero 2008; 5 de marzo 2009), sin necesidad de que exprese la desestimación de cada una de las peticiones formuladas y menos aún de todas las cuestiones suscitadas en la demanda, y con independencia también de que la desestimación de una petición puede ser implícita como consecuencia de lo razonado en general (SSTS 23 de marzo de 2007; 16 de enero 2008)””.

En definitiva, si la sentencia recurrida considera que no existe nexo causal entre el error en el diagnóstico, la práctica tardía de la RMN y la instauración del correspondiente tratamiento médico con respecto a las secuelas padecidas por la demandante, tampoco cabe apreciar la responsabilidad prevista en el art. 148 TRLGDCU, pues no basta una supuesta deficiencia en la prestación de los servicios médicos cuando no concurre daño directamente imputable a una deficiencia de tal clase, y comoquiera que la audiencia no la aprecia, la sentencia del tribunal provincial no incurre en el defecto procesal de incongruencia que se le atribuye por la parte recurrente.

Recurso de casación

TERCERO.- *Desarrollo y fundamento de los tres primeros motivos del recurso de casación*

El recurso de casación se interpone por razón de la cuantía de la pretensión al ser ésta superior a los 600.000 euros (art. 477.2. 2.º LEC). Los tres primeros motivos del recurso se fundamentan en la infracción del mismo precepto (art. 1902 del CC), y sostienen respectivamente como vulneradas las doctrinas sobre la existencia de nexo o relación de causalidad, sobre la valoración de la probabilidad cualificada y sobre causalidad e imputación objetiva.

En definitiva, a través de dichos motivos se cuestiona la fundamentación jurídica de la decisión del tribunal provincial, al sostener que no existe relación de causalidad entre el tratamiento médico recibido y las secuelas padecidas; por el contrario, considera la recurrente que dicha conclusión no es coherente con la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, en la que se reconoce el error inicial en el diagnóstico, la tardanza en establecer el correcto y correlativa instauración del tratamiento pautado; y máxime cuando, para dar por acreditado el nexo causal, basta un juicio de probabilidad cualificada, con cita de la sentencia 701/2015, de 22 de diciembre.

Se señala en el recurso que, si seguimos los propios razonamientos de la sentencia de apelación, el juicio correcto debía tener en cuenta que, con la administración del único tratamiento que puede ser eficaz (corticoides), la probabilidad de curación de la mielitis es de ocho de cada nueve casos; es decir, que la curación se consigue el 88,89% de los supuestos en que se presenta la enfermedad; por el contrario, el fracaso del tratamiento sería del 11,11%.

En definitiva, sostiene que concurren los elementos configuradores de la causalidad jurídica tales como la proximidad en la cadena causal, el ámbito de protección de la norma y el incremento del riesgo.

CUARTO.- *Estimación de los motivos*

La responsabilidad civil de los sanitarios proviene de la infracción de la *lex artis ad hoc*, que constituye el título de imputación jurídica del daño; es decir, el criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en esa obligación de medios de la que son deudores los profesionales de la medicina (sentencias 1342/2006, de 18 de diciembre; 284/2014, de 6 de junio y 680/2023, de 8 de mayo, entre otras).

Este estándar de comportamiento debido (*estándar of care*), propio de las obligaciones de máximo esfuerzo, se utiliza igualmente por la jurisprudencia contencioso administrativa como pauta de determinación de la corrección en la actuación médica, independientemente del resultado que se produzca en la salud o en la vida del enfermo, ya que no es posible, ni a la ciencia ni a la Administración, garantizar, en cualquier caso, la curación de los enfermos que requieren los servicios sanitarios (sentencias de la Sala 3.ª de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008, 29 de junio de 2010, o, más recientemente, 232/2022, de 23 de

febrero); por lo tanto, sin abandonar el fundamento de la imputación de la responsabilidad patrimonial propia de la legislación administrativa, se introducen elementos subjetivos o de culpa, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la automática responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva que se pueda producir, convirtiéndola, de esta forma, en aseguradora universal.

Por nuestra parte, en la sentencia 680/2023, de 8 de mayo, nos manifestamos en el sentido de que:

“[...] la *lex artis* abarca la utilización de los medios y técnicas necesarias, que el estado actual de conocimientos de la medicina, posibilita para el diagnóstico de las enfermedades, de manera proporcional al cuadro clínico que presenta el enfermo; seguir las prevenciones aceptadas por la comunidad científica para el tratamiento de la patología padecida; la práctica diligente de las técnicas empleadas en el proceso curativo, comprendiendo las quirúrgicas; la prestación de la información precisa, con antelación temporal suficiente, de manera comprensible, sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgos típicos y prevenciones a seguir en el proceso de curación de la enfermedad; abstenerse de actuar en contra o al margen del consentimiento informado del paciente, que habrá de obtenerse, con mayor rigor, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva; cumplimentar los deberes de la documentación clínica, sin incurrir en omisiones relevantes e injustificadas; y actuar siempre, de forma diligente, mediante el control de las incidencias del curso de la patología, sin incurrir en descuidos inasumibles, hasta el alta del paciente, con las indicaciones correspondientes de seguimiento, si fueran procedentes (prevenciones pautadas y revisiones periódicas en su caso)”.

Pues bien, en este caso, la infracción de la *lex artis* deriva de un error en el diagnóstico por no emplear diligentemente los medios que ofertaba la medicina para filiar el cuadro neurológico preocupante que padecía la actora, unido a una demora en la ejecución de las pruebas diagnósticas y en el retraso en la instauración del tratamiento indicado en los protocolos.

Es evidente, también, que otro de los presupuestos para la apreciación de la responsabilidad civil o patrimonial de la administración, que contiene relevancia jurídica y no exclusivamente fáctica y como tal susceptible de fiscalización a

través del recurso de casación, es la existencia de una relación de causalidad entre la conducta de un sujeto de derecho y el resultado producido, y tal requisito opera tanto en los casos de responsabilidad subjetiva como objetiva; pues la diferencia entre ambas radica en el título de imputación jurídica, pero no en el vínculo que ineludiblemente debe existir entre acción u omisión y el resultado dañoso causado, pues como señala la sentencia de esta Sala 1.^a 1122/2006, de 15 de noviembre, “si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad objetiva u objetivada”.

En este caso, la sentencia de la audiencia da por justificado el error en el diagnóstico, en tanto en cuanto no fue debidamente atendido el cuadro clínico que presentaba la demandante al ser trasladada de urgencia, en ambulancia, al centro hospitalario Parc Taulí de Sabadell, con opresión torácica, sensación disneica y debilidad generalizada, imposibilidad de mover la extremidad inferior derecha y, más tarde, las extremidades superiores.

De esta forma, con una clínica neurológica se le da el alta con diagnóstico de probable crisis conversiva, en paciente con rasgos de personalidad del grupo B y antecedentes de ansiedad, y se recomienda acuda a seguimiento a su psiquiatra habitual (Dr. Cosme), para valorar derivación a psicología y ajustar medicación si precisa; al tiempo que se pautaba reposo de 1 a 2 días; y todo ello pese a que el servicio de psiquiatría había indicado que, para mantener ese diagnóstico, era necesario descartar la patología orgánica sobre la cual no se practicó prueba diagnóstica que permitiera descartarla y confirmar lo que no era otra cosa que un diagnóstico condicionado sometido a corroboración.

Pues bien, sin someterla tampoco a observación sobre la evolución de su cuadro clínico en el centro hospitalario, se acuerda el traslado de la paciente a domicilio con el cuadro clínico que motivó su presencia hospitalaria.

Es entonces, en esa situación de espera, cuando se desencadena una progresiva disminución del nivel de conciencia, se intubó a la demandante, que presentó vómito y broncoaspiración durante la maniobra. Seguidamente, se le practicó una radiografía del tórax; TAC craneal (examen dentro de la normalidad) y BAS (broncoaspirado selectivo).

Comoquiera que procedía ingreso en la UCI, y no había camas, se la derivó al Hospital Mutua de Terrassa, en el que ingresa a las 3,30 horas

del día 2 de agosto (domingo), donde se le practicó intubación orotraqueal, conectándola a ventilación mecánica y también se procedió a realizarle radiografía de tórax (aumento de densidad en todo el hemitórax izquierdo); FBS (fibrobroncoscopia), apreciándose abundante cantidad de secreciones de aspecto mucopurulento, y urocultivo positivo a enterococcus faecalis.

A la mañana siguiente, ya el lunes, sobre las 9 horas, D.^a Gema, médico de la UCI, decidió desconectar la intubación y sedación, abriendo una ventana neurológica, al sospechar que la paciente tenía un problema de tal naturaleza, que podría ser una mielitis (primera sospecha diagnóstica), dicha facultativa declaró que la paciente “cuando entró en el hospital de Terrasa venía orientada por crisis de ansiedad, aunque las indicaciones eran un poco raras”.

Se comunicó dicha sospecha diagnóstica al Servicio de Neurología. El neurólogo sobre las 12 horas de dicho día también entendió que podía tratarse de una mielitis transversa, por lo que ordenó la práctica de una resonancia magnética (RMN), con el siguiente diagnóstico indicativo: “Afectación bulbar y de vía piramidal, con afectación de 2.^a motoneurona de la extremidad superior izquierda, cuadro responsable del proceso”.

La resonancia magnética se practicó el día 4 de agosto, confirmándose que existía una patología medular, al diagnosticarse “mielitis transversa desde el bulbo a la D4 no parcheada”.

El tratamiento con corticoides se desconoce si se inicia el día 4 de agosto o el día 5 de agosto, pues al respecto lo reflejado en las hojas clínicas es contradictorio con generación de dudas que perjudican a la demandada en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC).

En definitiva, se declara por la audiencia que hubo un error en el diagnóstico y un retraso en la instauración del tratamiento, que el pautado es la indicación de corticoides a altas dosis, no el recibido anteriormente, y que dicha terapia debe iniciarse cuanto antes mejor, pero que, en cualquier caso, no se ha demostrado la relación de causalidad entre el tratamiento tardío y las secuelas padecidas.

El error en el diagnóstico y el consiguiente retraso en el tratamiento terapéutico privó a la paciente de la ocasión de mejorar sus expecta-

tivas de curación o las consecuencias asociadas a esta.

La jurisprudencia ha considerado indemnizable la pérdida de oportunidad (sentencias 10 de octubre de 1998, en recurso 1496/1994; 25 de octubre de 1997, en recurso 427/1995; 504/2003, de 27 de mayo; 948/2011, de 16 de enero; 227/2016, de 8 de abril, entre otras).

La sentencia 105/2019, de 19 de febrero, señaló al respecto que:

“Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que, por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

“En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización “en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado””.

Por su parte, la Sala de lo Contencioso de este Tribunal Supremo también ha admitido dicha doctrina, siendo manifestación al respecto en relación con la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, las sentencias de 7 de septiembre de 2005, rec. 1304/2001; 26 de junio de 2008, rec. 4429/2004; 23 de septiembre de 2010, rec. 863/2008; 13 de enero de 2015, rec. 612/2013; 24 de abril de 2018, rec. 665/2018; o más recientemente 407/2020, de 14 de mayo).

En el presente caso, desconocemos lo que le hubiera sucedido a la demandante en el supuesto en el que se hubiera sometido de forma puntual a ese tratamiento indicado y como evolucionaría su cuadro clínico; pero lo cierto es que se le privó, como consecuencia de una infracción de la lex artis ad hoc por parte del personal médico que la atendió, de la ventaja que para su salud derivaba de la instauración pronta de la terapia

pautada en los protocolos aplicables a su dolencia, lo que constituía un indiscutible interés de la demandante que el derecho debe preservar, salvo que el resultado fatal fuera irremediable.

La mielitis no es una patología incurable e irreversible de pronóstico necesariamente fatal o mortal. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el estado clínico de la demandante no permitía concluir, con un nivel de probabilidad cualificada, que obtendría su curación sin secuelas.

Es más, dado el carácter agudo de la patología padecida por la demandante, con pérdida de conciencia a las pocas horas de ingresar en el hospital e importante afectación respiratoria precisada de ingreso en uci y sometimiento a respiración asistida, podríamos calificar el cuadro clínico que presentaba como grave, como así resulta de la pericial practicada, con una elevada posibilidad de que le restasen secuelas; pero, desde luego, perdió la oportunidad de que las mismas pudieran resultar menos graves en el supuesto de que fuera inicialmente tratada de la forma indicada en los protocolos médicos, lo que no conformaba tampoco una expectativa vaga o una simple ilusión o quimera que permitiera descartar el beneficio del diligente tratamiento debido.

La medicina obviamente no puede garantizar resultados, pero la demandante tenía derecho a que se empleasen aquellos medios que la ciencia consideraba procedentes para el tratamiento de su grave patología, y que no eran fútiles o inocuos; puesto que, si así lo fueran, como sostiene la parte demandada, no estarían indicados en la unánime literatura médica existente al respecto y en los protocolos correspondientes.

Por todo ello, el recurso de casación debe ser estimado.

QUINTO.- *Asunción de la instancia*

La estimación del recurso conlleva la asunción de la instancia como resulta del juego normativo del art. 487.3 LECy, en este cometido, es preciso atemperar la indemnización procedente a las circunstancias concurrentes antes expuestas.

Para ello, partimos de que los estudios realizados, a los que se refieren los peritos informantes, concluyen que la mielitis cura en un tercio de casos totalmente, en otro tercio mejora con secuelas y el último tercio no mejora.

También, sabemos que el diagnóstico y la instauración del tratamiento con mayor pronti-

tud mejora el pronóstico; no obstante, el cuadro clínico de la demandante era grave, con lo que la posibilidad de curación sin secuelas era reducida, aunque probable que fueran de menor gravedad que las padecidas, y es esa la oportunidad perdida.

Por todo ello, consideramos que debe ser resarcida con el 33% de los daños sufridos (mejora con secuelas), lo que exige su cuantificación, mediante la conjugación de tres circunstancias; la curación sin secuelas en el 33% de los casos, con secuelas en el 66% de los casos, y el concreto cuadro clínico que presentaba la demandada, lo que implica un peor pronóstico con respecto a su recuperación. Y todo ello, en ausencia de otros datos concluyentes. La afirmación de que uno de cada nueve casos se cura no ha de prevalecer sobre aquellos porcentajes que recogen los peritos en sus informes antes reseñados.

SEXTO.- Valoración del daño corporal sufrido

La demandante no aportó un informe de valoración de daños corporales a diferencia de la parte demandada. Ahora bien, la existencia de secuelas es incuestionable, así resulta de la documental médica obrante en autos y de la propia pericial de la demandada.

Se reclaman en demanda las siguientes secuelas, sin sujeción a baremo:

Tetraparesia grave C3-D1, que cursa con afectación esfinteriana, disfunción sexual y parálisis diafragmática.

Epilepsia con crisis parciales.

Insuficiencia respiratoria importante (restricción tipo IV -= 50%), secundaria a parálisis diafragmática, infecciones respiratorias repetidas y atelectasia.

Síndrome ansioso depresivo.

Perjuicio estético muy considerable, sólo se puede desplazar en silla de ruedas propulsada eléctricamente, cicatrices importantes y ayuda mecánica para respiración

Total 655.000 euros.

Días de incapacidad del 1 de agosto de 2009 al 29 de febrero de 2013, de los que 195 son de estancia hospitalaria y el resto improductivos.

Total 80.000 euros.

Gran invalidez: 460.000 euros.

Daño moral complementario: 100.000 euros e indemnización a los familiares: 100.000 euros.

TOTAL: 1.395.000 euros.

En el informe pericial de la Dra. Sofía, forense en excedencia y diplomada en valoración de daño corporal e incapacidades, aportado por la demandada, resulta que la estabilización de las lesiones de la demandante se produce en el momento del alta en rehabilitación en la Clínica Guttman, el 28 de mayo de 2010, lo que implican 194 días de hospitalización y otros 106 improductivos que, manejando el Baremo de 2010, supondría la suma de 18.491 euros. En ausencia de otra valoración alternativa, consideramos que la estabilización de las lesiones permanentes se produjo tal y como explica dicha facultativa.

En relación con la tetraparesia grave otorga, siguiendo el sistema tabular reseñado, 85 puntos; toda vez que conserva movilidad en extremidad superior derecha, afectada en extremidad superior izquierda y mayor afectación a nivel de extremidades inferiores. La sensibilidad está también afectada y parcheada en niveles inferiores. No existe control voluntario de esfínteres, pero si conserva la sensibilidad detectando la repleción de ampolla rectal. Es posible sedestación y autopropulsa silla de ruedas eléctrica; no obstante, necesita ayuda para transferencias y cambios posturales.

Como quiera que la tetraplejía completa a nivel C5 y C6 se le otorgan 95 puntos considera, dicha perito, correctos 85 puntos. La tetrapare-

sia abarca las afecciones que se derivan de ella, como esfínteres y respiratoria, debida a la parálisis diafragmática, así como infecciones habituales.

Se descarta la epilepsia de afectación medular, pues el sustrato anatómico es diferente y era un padecimiento previo de la paciente, sin que tampoco se constate una agravación de tal dolencia previa.

También padecía antecedentes psiquiátricos como trastorno de ansiedad y depresivo previo en línea con un trastorno de personalidad tipo cluster, si bien la situación patológica existente supone una desestabilización del cuadro previo, sin que los informes de psiquiatría apunten, no obstante, a una depresión mayor, ni constan ingresos hospitalarios, por lo que entiende procedente una puntuación de 3 puntos.

Se aprecia, también, por la perito, una afectación del patrimonio estético de un 70% sobre el máximo, por lo que de un total de 50 puntos, implica 35 puntos, lo que, conforme a dicho baremo, daría lugar a una cantidad de 54.306,35 euros.

Por todo ello, la indemnización por secuelas se elevaría a la suma de 289.101,83 euros (234.795,48 euros por secuelas concurrentes y 54.306,35 de secuelas estéticas).

Respecto a daños morales complementarios, puesto que existe una secuela única, que supera los 75 puntos, entiende que proceden 40.644,72 euros adicionales, lo que determina por tal concepto una indemnización de 40.000 euros.



En cuanto a incapacidad permanente, en horquilla entre 88.063,52 euros a 176.127,03 euros, supondrían 144.000 euros.

Respecto a la necesidad de ayuda de otra persona en atención a esperanza de vida y nivel de dependencia sobre un total de 352.254 euros, entiende procedente, en aplicación de un criterio de proporcionalidad, 120.000 euros.

Respecto a perjuicios morales familiares del máximo de 132.095,27 euros, considera procedentes, en atención a que la madre la visita diariamente, aunque la demandante reside en un centro y no existe convivencia en familia de origen otros 48.000 euros.

Todo ello hace un total de 659.592,83 euros.

No obstante, el cuadro clínico de la actora, teniendo en cuenta la valoración de su incapacidad de un 91%, la podemos calificar como gran inválida y no como tributaria de una incapacidad permanente absoluta, máxime cuando en el informe ya se le fijan 120.000 euros por ayuda de otra persona dentro de dicha partida. Por sí misma, no goza de autonomía para las prestaciones esenciales de la vida y se encuentra ingresada en un centro asistencia. El baremo de dicho año fija, por tal concepto, un máximo de 352.254,05 euros.

Por todo ello, teniendo en cuenta que el baremo de tráfico no es vinculante, consideramos que la indemnización procedente en este caso, más adecuada a las circunstancias concurrentes, sería la de 900.000 euros, y dado que la oportunidad perdida la hemos determinado en un 33%, fijamos la indemnización procedente en 297.000 euros.

SÉPTIMO.- *Con respecto a los motivos cuarto y quinto del recurso de casación*

Con respecto a los otros motivos del recurso de casación, una vez establecido que el daño deriva de la deficiente atención médica prestada por los facultativos incorporados al cuadro médico de los hospitales referidos, asegurados en la entidad demandada, la responsabilidad por hecho de otro haría también imputable el resultado dañoso a dichos centros y, en consecuencia, a su compañía aseguradora Zurich.

En cuanto al art. 148 del TRLGDCU, el posible retraso imputable a la práctica de la RMN, deviene de innecesaria valoración por pérdida de interés legítimo, aun cuando no consta proceda de una deficiencia de organización de los servicios y medios materiales del hospital.

OCTAVO.- *Intereses de art. 20 de la LCS*

Esta sala ha proclamado que sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero, 116/2020, de 19 de febrero, 419/2020, de 13 de julio, 503/2020, de 5 de octubre y 563/2021, de 26 de julio, entre otras muchas).

También, hemos sostenido que no constituye tal causa justificada las diferencias entre el perjudicado y la aseguradora con respecto al importe indemnizatorio del daño sufrido, pues tales discrepancias plausibles, desde luego, no impiden a la compañía consignar la cantidad que considere debida.

En este sentido, señalamos, por ejemplo, en la STS 110/2021, de 2 de marzo, que:

“La demandada tan solo discrepa de la cuantía de la indemnización postulada en la demanda, lo que no es causa justificada conforme una reiterada jurisprudencia para evitar la aplicación de los mentados intereses (sentencias 328/2012, de 17 de mayo, 641/2015, de 12 de noviembre; 317/2018, de 30 de mayo; 47/2020, de 22 de enero y 643/2020, de 27 de noviembre entre otras muchas)”.

En este caso, el aseguramiento y la cobertura no se discuten, ni tampoco la realidad del daño corporal sufrido por la demandante, y existían elementos suficientes para que la compañía ofreciera, al menos, una indemnización a la perjudicada en atención a las circunstancias concurrentes; lejos de ello, optó por negar absolutamente el resarcimiento del daño.

Hemos señalado que la simple pendencia de un proceso no puede constituir, por sí sola, causa justificada para obviar la imposición de los intereses moratorios; pues entonces las compañías de seguros no liquidarían los siniestros y esperarían a que se promovieran acciones judiciales contra ellas, lo que conduciría a la frustración de la finalidad perseguida por el art. 20 de la LCS, que se convertiría en papel mojado en contra de la voluntad del legislador de garantizar la pronta liquidación de los siniestros.

Ahora bien, en este caso, el conocimiento del siniestro por la compañía aseguradora se produce con la reclamación que se le efectúa el 15 de mayo de 2014, por lo que es, desde esta fecha, cuando comienzan a devengarse los intereses del art. 20 LCS, por la aplicación de su numeral sexto.

Los referidos intereses moratorios se calcularán de la forma siguiente, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre; 643/2020, de 27 de noviembre; 110/2021, de 2 de marzo y 1322/2023, de 27 de septiembre).

NOVENO.- *Costas y depósito para recurrir*

La estimación parcial de la demanda, del recurso de apelación y casación conlleva no se haga especial pronunciamiento en costas a ninguna de las partes, así como que proceda la devolución de los depósitos para interponer los precitados recursos, todo ello en aplicación de los arts. 394 y 398 LEC y la disposición adicional 15.^ª, apartado 8, de la LOPJ.

Procede, desestimar la impugnación de la compañía de seguros Zurich al recurso de apelación interpuesto con preceptiva condena en costas y pérdida del depósito constituido para impugnar (art. 398 LEC y disposición adicional 15.^ª, apartado 9, de la LOPJ).

Se imponen a la parte demandante las costas del recurso extraordinario por infracción procesal con pérdida del depósito correspondiente (art. 398 LEC y disposición adicional 15.^ª, apartado 9, de la LOPJ).

FALLO

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

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la demandante Doña Esther, contra la sentencia 254/2019, de 7 de mayo, dictada por la sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 196/2017.

2.º Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revocamos la sentencia 138/2016, de 7 de octubre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Barcelona, en los autos de juicio ordinario 507/2015, y condenamos a la compañía de seguros demandada Zurich Insurance PLC, Sucursal España, a abonar a D.ª Doña Esther, la cantidad de 297.000 euros, con los intereses del art. 20 de la LCS, desde la reclamación formulada a dicha aseguradora el 15 de mayo de 2014, de la forma indicada en esta sentencia, y se desestima la impugnación al recurso de apelación interpuesta por dicha compañía.

3.º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante con imposición de costas (art. 398 LEC) y pérdida del depósito para recurrir.

4.º No imponer a ninguna de las partes las costas de primera instancia, ni las correspondientes a los recursos de apelación y casación interpuestos por la demandante. Imponer a la entidad demandada las costas procesales de su impugnación al recurso de apelación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

5.º Y devolver a la parte demandante los depósitos constituidos para interponer los precitados recursos.

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 **Carmen Reyes Vargas**
Abogada

La sentencia objeto de estudio analiza la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro ejercitada por la actora contra la compañía de seguros del Hospital de Tarrasa, en la que se postula la condena a indemnizar a la demandante con la cantidad de 1.395.000 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la fecha del siniestro acaecido el 1 de agosto de 2009, como consecuencia de la existencia de un error en el diagnóstico, al no apreciarse por los servicios médicos la mielitis aguda transversal que padecía la reclamante, y confundirse con un trastorno de ansiedad con clínica conversiva, así como por la demora en la instauración del tratamiento adecuado una vez practicada la RMN, lo que le produjo graves secuelas. En concreto, se funda la petición en que no se emplearon diligentemente los medios que ofertaba la medicina para filiar el cuadro neurológico que padecía la actora, se demoró la ejecución de las pruebas diagnósticas y se retrasó la instauración del tratamiento indicado en los protocolos, lo que en definitiva supuso una pérdida de oportunidad.

La privación al paciente de la posibilidad de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a esta, supone una pérdida de oportunidad, que debe ser indemnizada en todo caso, aunque no se pueda probar la relación de causalidad los daños irreversibles que pueda padecer el reclamante con el retraso en el diagnóstico o tratamiento.

Son tres, principalmente, las cuestiones que han sido objeto de controversia en el presente procedimiento:

a) Por un lado, se analiza si por parte del servicio público de salud, prestó o no una atención médica negligente.

b) Subsidiariamente, se discute si, para el caso de que se declarase probado que se había incurrido en un retraso en el tratamiento recibido, si podría acreditarse, que de haberse producido dicho retraso se hubiesen evitado las lesiones permanentes sufridas; puesto que la enfermedad era incurable e instauradas las secuelas neurológicas estas son irreversibles, y si a su vez, este hecho supondría una reducción importante del montante indemnizatorio, al estar ante un supuesto de pérdida de oportunidad.

c) El montante indemnizatorio, que en cualquier caso correspondía a la reclamante, y si se debía tener en cuenta la patología de base que ya sufría la actora, las concausas concurrentes y los factores predisponentes.

De modo que, en todo caso, siempre estaríamos hablando de un supuesto de pérdida de oportunidad, lo que implicaría una reducción importantísima del montante indemnizatorio.

Mientras que la sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la aseguradora a abonar la cantidad de 6.000 euros, al valorarse la indemnización, únicamente en atención a la pérdida de oportunidad y frustración psicológica de la pacien-

te, -pues el Juzgado consideró que la súbita aparición de la mielitis y sus indudables trágicas consecuencias no podría haber sido evitado ni con un diagnóstico más precoz, ni con una inmediata intervención dado que incluso estadísticamente sólo logran superar la mielitis idiopática sin secuelas un 33 por ciento de los pacientes que la padecen-, la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó la demanda, y ello, al considerar que no se había acreditado la relación de causalidad entre el servicio sanitario prestado con el daño sufrido por la demandante, puesto que “el retraso en cuatro días (o cinco días) en la administración de los corticoides no suponía una curación, ni tampoco está claro que una mejoría. De forma que, a pesar de reconocer que existió negligencia y demora en la instauración del tratamiento no concede indemnización alguna.

En este punto, debemos adelantar que coincidimos con el criterio adoptado por la Sala Primera para resolver el recurso planteado, habida cuenta, que tal y como tiene declarada la abundante jurisprudencia de nuestros Tribunales, la pérdida de oportunidad es indemnizable. Por tanto, al considerarse por el Juzgador “*ad quem*”, que hubo un error en el diagnóstico y un retraso en la instauración del tratamiento, y que dicha terapia debe iniciarse cuanto antes mejor, se le privó a la paciente de la posibilidad de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a esta (aunque no se ha demostrado la relación de causalidad entre el tratamiento tardío y las secuelas padecidas).

Asimismo, consideramos acertado el criterio adoptado por nuestro Alto Tribunal, a la hora de ajustar el porcentaje de indemnización que se corresponde, atendiendo a la pérdida de oportunidad sufrida por la paciente, en función del porcentaje de cura de la mielitis -según los estudios realizados-. Y es que según las pruebas periciales realizadas, se concluye que la mielitis cura en un tercio de casos totalmente, en otro tercio mejora con secuelas y el último tercio no mejora, asimismo, se concluye que el diagnóstico y la instauración del tratamiento con mayor prontitud mejora el pronóstico. En virtud de lo anterior, se resuelve por la sentencia que la reclamante debe ser resarcida con el 33% de los daños sufridos, esto es, considerándose que lo más probable era que la reclamante hubiera curado con secuelas, dado que presentaba un cuadro clínico grave.

Por último, y en cuanto a la indemnización que se fija, y sobre la que se aplica el 33%, se decanta la sentencia -por considerar más ajustada-, la valoración realizada por la perito de la demandada, el cual se realiza aplicando de forma orientativa, si bien, se aleja del mismo, a la hora de valorar la incapacidad permanente, considerando a la reclamante como gran inválida, y fijando un total de indemnización de 900.000 euros, que se deberá incrementar en los intereses del artículo 20 de la LCS, que se devengarán desde que la aseguradora tuvo conocimiento de la reclamación.

En definitiva, hay que tener muy en cuenta esta sentencia, pues clarifica el criterio adoptado por nuestro Alto Tribunal a la hora de resolver cuestiones relevantes en materia de reclamaciones por negligencias médicas. En primer lugar, debemos de partir del hecho de que en todo caso, la privación al paciente de la posibilidad de mejorar sus expectativas de curación o las consecuencias asociadas a esta, supone una pérdida de oportunidad, que debe ser indemnizada en todo caso, aunque no se pueda probar la relación de causalidad los daños irreversibles que pueda padecer el reclamante con el retraso en el diagnóstico o tratamiento. Por otro lado, para ponderar dicha indemnización derivada la pérdida de oportunidad, a falta de otros datos concluyentes, se puede optar por las estadísticas de cura o mejoría que existan sobre la enfermedad en cuestión, en caso de haberse abordado su tratamiento en el momento en que la paciente acude al servicio médico, y puede ser diagnosticada. Por último, nos recuerda igualmente esta sentencia, por un lado, la utilidad del baremo de accidentes de circulación para valorar los daños derivados de deficientes asistencias sanitarias -a falta de un baremo médico específico-, pero a la vez nos recuerda la facultad que ostenta el Juez en estos casos, de abandonar puntualmente el baremo para poder realizar una reparación íntegra del daño, atendiendo a los factores que efectivamente concurren en cada caso.



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes
Abogado

La Sentencia nº 364/2023, de 18 de mayo, de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. -Ponente: Excm. Sra. D.ª María Luz García Paredes- trata de determinar si la indemnización por secuelas que haya podido satisfacerse al trabajador o sus herederos, iure hereditatis, consecuencia de haber sufrido una enfermedad profesional, impide que la esposa e hijos puedan reclamar otra indemnización por el fallecimiento de aquel, a causa de esa enfermedad. Arts. 45 y ss del Real Decreto-Legislativo 8/2004, de 28 de octubre, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM):

“La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar cuándo se debe entender que está fijada la indemnización de daños y perjuicios por secuelas a los efectos del art. 47 del Real Decreto-Legislativo 8/2004, de 28 de octubre, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM), y si procede reconocer a los herederos del causante, una indemnización de daños y perjuicios, por el fallecimiento de

aquel, derivado de enfermedad profesional, cuando el causante ya fue resarcido de los daños y perjuicios por la incapacidad permanente absoluta que por dicha contingencia tenía reconocida.

La parte recurrente sostiene que la sentencia recurrida debe ser casada porque el fallecimiento del causante, ocurrido el 10 de agosto de 2016, lo fue antes del dictado de la sentencia de instancia que, por primera vez, fijó el importe de la indemnización de daños y perjuicios por la incapacidad

permanente absoluta, derivada de enfermedad profesional.

.....Como recuerda la Sala 1ª de este Tribunal, en su sentencia de Pleno, 141/2021, de 15 de marzo (rec.1235/2018), recordada en la STS, Sala 1ª, 453/2021, de 28 de junio (rec. 2389/2018), el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable “ex iure proprio”, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del “de cuius”” Refiere su doctrina diciendo “El hecho pues de con-

tar con un doble título *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio*, cada uno con su contenido patrimonial específico, permite su ejercicio conjunto, dado que no son acciones incompatibles o que se excluyan mutuamente (art. 71.2 LEC). Así lo reconoce la sentencia 535/2012, de 13 de septiembre, cuando señala que “[...] como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente -*iure proprio*- puesto que se trata de daños distintos y compatibles”. Y sigue diciendo: “Por consiguiente, el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por éstos como perjudicados por su fallecimiento”,.....

La sentencia recurrida rechaza que exista el derecho indemnizatorio porque, al interpretar, lo que ella entiende como a *sensu contrario*, el art. 47 de la LRCSCVM, llega a la conclusión de que aquel baremo sólo permite que coexistan las dos indemnizaciones cuando la que correspondía al trabajador no se encuentra determinada.

...El art. 45 de la LRCSCVM tan sólo está contemplando una concreta situación que no excluye otras. Esa situación en la cual, estando pendiente de cuantificar la indemnización por daños y perjuicios del lesionado, se produce su fallecimiento, estando estabilizadas las lesiones. En esas circunstancias, el legislador indica que la indemnización por secuelas va a ser calculada de una forma determinada, bajo lo que se identifica como *iure hereditatis*, ya que va a favor de los herederos, y este derecho, el del art. 45, es lo que el art. 47

refiere como compatible con la indemnización que corresponde a los perjudicados por la muerte por esas lesiones del trabajador.

Esto es, el hecho de que en esa específica situación los herederos no pierden su condición de perjudicados y ser perceptores de la indemnización de daños y perjuicios que, *iure proprio* y por el fallecimiento del trabajador a causa de la enfermedad profesional, en este caso, sea atendible. Lo que realiza la norma es fijar un cálculo particular de la indemnización por secuelas del trabajador cuando se está ante esa situación específica y dado que va a ser percibida por los herederos, aclara que ese derecho no enerva los que éstos puedan tener por el fallecimiento. Basta con advertir que los elementos sobre los que se configura esa indemnización no responden a los propios de una situación de fallecimiento.

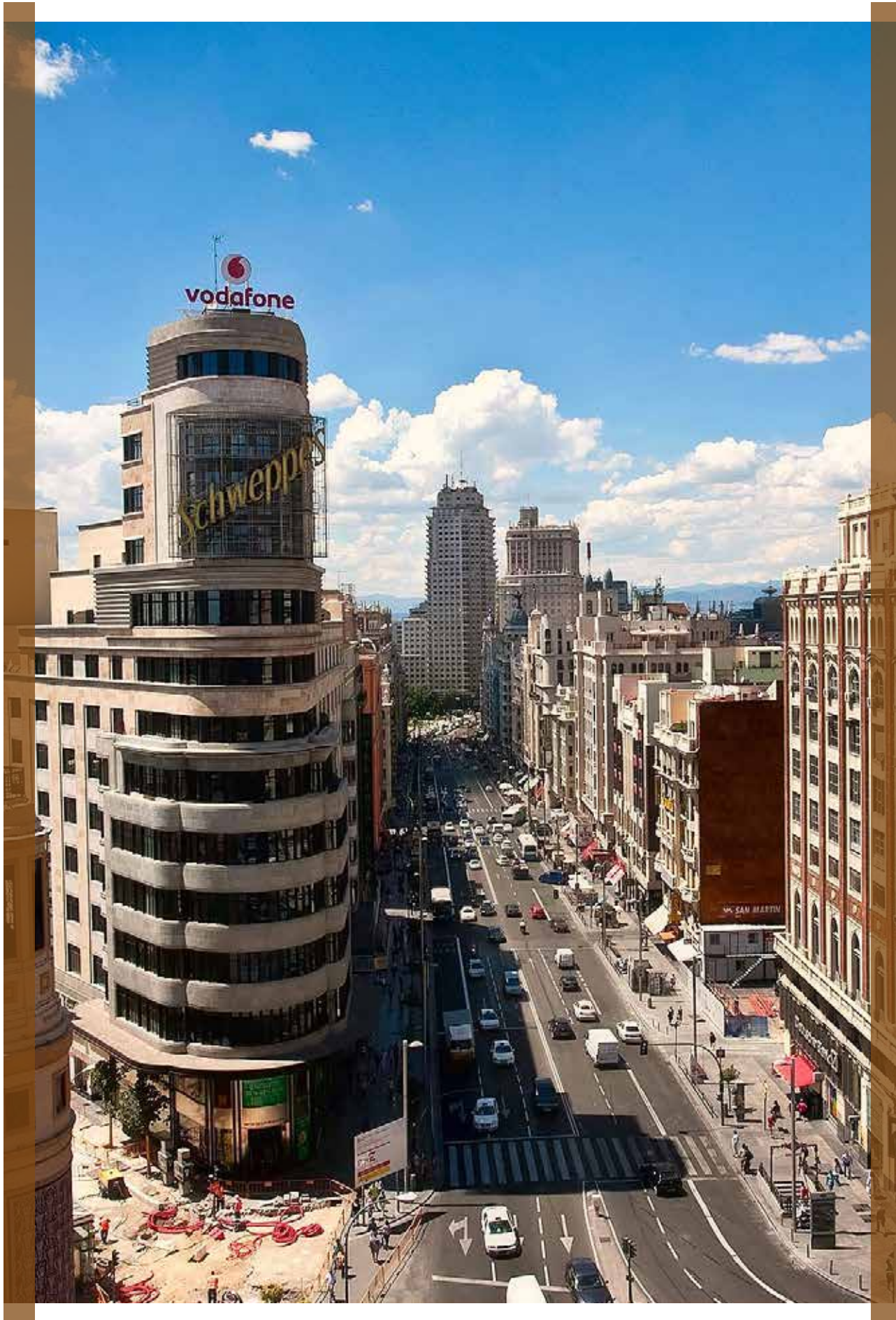
Eso significa que si la indemnización está ya determinada y el fallecimiento no se ha producido, lógicamente, no se habrá aplicado el art. 45 y la indemnización, siguiendo ese baremo de accidente de tráfico, se podrá calcular con los criterios que allí se establece por la situación incapacitante del trabajador (la indemnización por secuelas de su sección correspondiente), lo que no impide que, por otro lado y posteriormente, se pueda generar una indemnización por muerte del lesionado, y consecuencia del mismo siniestro o enfermedad profesional, ya que la situación que se pretende reparar es distinta. No se trata de la reparación del daño a la víctima del siniestro sino a otros perjudicados por la muerte de ella.

En efecto, en orden a la fecha del fallecimiento del cau-

sante, esta se debe ubicar en el 10 de mayo de 2016. ... el fallecimiento aquel tuvo lugar después del acto de juicio y antes del dictado de la sentencia de instancia, siendo la de ésta de 29 de junio de 2016 (y no septiembre), razón por la que se tuvo a los herederos como partes procesales en sustitución de aquel, por todo lo cual no es posible que el fallecimiento se sitúe en fecha posterior a la sentencia de instancia.”

La sentencia nº1795/2023, de 20 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres-, muestra cómo - al igual que ocurre a diario en los tribunales, la sola mención de la sentencia de pleno 294/2019, de 27 de mayo, que complementó y desarrolló la también sentenciada pleno 536/2012, de 10 de septiembre, que fijó la interpretación del art. 1 LRCSCVM en los casos de colisión recíproca sin determinación del grado de culpa de cada conductor, no abre inexorable la “puerta mágica” del cincuenta por ciento, esta sentencia desestima por no atacar la verdadera ratio decidendi de la sentencia recurrida, esto es quien la alega no esgrime una razón ineludible para quien enjuicia, que sigue con su libertad de criterio intacta:

“(i) El régimen legal de la responsabilidad civil en el ámbito de la circulación de vehículos a motor se funda en su origen en principios de solida-



ridad social con las víctimas de los accidentes de tráfico más que en los principios tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual. Esto explica, de un lado, que la indemnización de los daños a las personas solo quede excluida por culpa exclusiva de la víctima o fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, lo que equivale a una responsabilidad sin culpa del conductor; y de otro, que inicialmente el seguro obligatorio de automóviles solo cubriera los daños a las personas y se arbitraran medios para cubrirlos también cuando el vehículo causante del daño careciera de seguro obligatorio.

(ii) En materia de daños personales, la doctrina jurisprudencial de las condenas cruzadas responde a ese principio, pues si se siguiera otro criterio, como el de la indemnización proporcional, la consecuencia sería que en los casos de muerte de uno de los conductores, o de los dos, la indemnización a los perjudicados sufriría una reducción muy considerable, pese a no haberse probado la concurrencia de las únicas causas de exoneración legalmente admisibles, y la efectividad del seguro obligatorio del vehículo causante de la muerte del conductor del otro vehículo quedaría injustificadamente mermada, ya que el seguro obligatorio cubre los daños personales de los ocupantes del vehículo asegurado pero no los del propio conductor, que sí quedan íntegramente cubiertos en cambio por el seguro obligatorio del otro vehículo.

(iii) Cuando se trata de daños en los bienes, el régimen de la responsabilidad civil no se funda ya en ese principio de solidaridad social, sino en el de la culpa o negligencia del conductor causante del daño, como resulta de la remisión del

párrafo tercero del art. 1.1. LRCSCVM a los arts. 1902 y siguientes CC y a los arts. 109 y siguientes CP. No obstante, la remisión también a “lo dispuesto en esta ley” y el principio general del párrafo primero del art. 1.1. de que “el conductor de vehículos de motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación” justifican la inversión de la carga de la prueba, solución coherente a su vez con la ampliación de la cobertura del seguro obligatorio a los daños en los bienes desde el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio.

(iv) Cuando ninguno de los conductores logre probar su falta de culpa o negligencia en la producción del daño, cada uno asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50%.

2.- Ahora bien, en este caso, no es aplicable la referida doctrina, ya que aunque es cierto que la sentenciada primera instancia fundó su pronunciamiento absolutorio en la inexistencia de prueba sobre la mecánica causal del accidente, la Audiencia Provincial, si bien confirmó la decisión desestimatoria, lo hizo por una fundamentación jurídica diferente. ... considerar que el accidente se había producido por culpa exclusiva de la conductora demandante, que incluso en el caso hipotético más favorable a su versión de que la furgoneta del demandado había realizado un trompo y se dirigía incontrolada hacia su vehículo, realizó una maniobra totalmente inadecuada al cambiarse de carril, en vez de seguir hacia adelante por el carril derecho y eludir la colisión.

Es decir, la Audiencia Provincial basó su decisión en el

régimen de exención de responsabilidad por culpa exclusiva previsto en el art. 1.1 II LRCSCVM. Y esta conclusión no es atacada en el recurso de casación, que basa su impugnación en una pretendida falta de prueba del modo en que ocurrió el siniestro que es negada por la Audiencia, que consideró probado que la colisión tuvo lugar por culpa exclusiva de la conductora recurrente.”

Casi pasa inmerecidamente desapercibido el planteamiento de la Sentencia nº 228/2023, de 29 de marzo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García -, toda vez que aboga por la superación de la clásica doctrina jurisprudencial, en vías de replanteamiento, a tenor de la cual el tercero responsable civil no podría atacar los temas de responsabilidad penal:

“Llama la atención que el recurso venga interpuesto con exclusividad por la entidad responsable civil subsidiaria, combatiendo tanto la condena penal como la civil, corolario de aquélla. La condenada penalmente se limita a una pudorosa y discreta adhesión, sin aportar argumento alguno adicional a la pretensión principal.

Orillamos el problema de legitimación que podría plantearse si trajésemos a colación la clásica doctrina jurisprudencial, en vías de replanteamiento.

to, a tenor de la cual el tercero responsable civil no podría atacar los temas de responsabilidad penal. La tesis es más que discutible. ¿Cómo no va a poder defenderse de lo que constituye el presupuesto de su responsabilidad civil?

No entraremos en ello porque, además de que **esa jurisprudencia está en franco retroceso (vid. STS 268/2020, de 29 de mayo)**, en este caso, aunque tengan representación procesal y direcciones letradas distintas, resulta, al menos desconcertante, que la responsable civil subsidiaria sea una sociedad unipersonal cuya única socia, al menos formalmente por lo que resulta del procedimiento, es *ila acusada!* Suscita ese escenario alguna perplejidad. Probablemente sea consecuencia de la asignación de las respectivas defensas a profesionales del turno de oficio a los que se puede hacer más complicado en algunos casos contrastar con sus defendidos la estrategia procesal.

Analizaremos, por tanto, el fondo de los motivos articulados aunque versen directamente sobre los temas penales.”

La sentencia nº 508/2023, 28 de junio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo- Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz- enjuiciando un supuesto de muertes dolosas con aplicación orientativa del baremo decide frente al obligado al pago que pretendía que no se indemnizase a los hermanos :

“...estatuto de la víctima del delito, reconoce a los hermanos como víctimas indirectas del delito y como tales pueden ejercitar las acciones penales y civiles que puedan corresponderles.

El daño moral es indemnizable. Como recuerda el Ministerio Fiscal, según previene el art. 110.3º CP, la responsabilidad civil “ex delicto” (arts. 1089 y 1092 CC) comprende “la indemnización de perjuicios materiales y morales”, precisando el art. 113 CP que dicha indemnización “comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros”.

La doctrina de esta Sala (SSTS 28 de abril de 1995, 2 de marzo de 1994 y núm. 700/2018, de 9 de enero de 2019) ha señalado de forma reiterada que el daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de la víctima, por lo cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas.

En el supuesto de autos, es indudable que la forma en que acontecieron los hechos, golpeando y apuñalando el recurrente reiteradamente a D.ª Sacramento hasta ocasionarle la muerte, produjo, además, un importante daño moral a sus únicos familiares, sus hermanos.

No hay duda de que existe sería dificultad en la determinación de lo que se entiende por daño moral, dificultad que se proyecta, lógicamente en el terreno de su valoración, y tal

valoración, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, no se haya sujeta a previsión normativa alguna, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente.

En nuestro caso, el Tribunal ha considerado que la cuantía indemnizatoria que corresponde a dos de los hermanos de la fallecida, D.ª Regina y D.ª Ramona , debe fijarse en 19.296 euros, y en 17.228,47 euros la correspondiente a D.ª Ruth , D.ª Rosana y D. Marco Antonio , teniendo en cuenta la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, y el grado de parentesco con la fallecida.

El recurrente no cuestiona que se haya acudido con carácter orientativo a la aplicación del Baremo contemplado en la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobada por RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Por el contrario ,se apoya en el mismo para afirmar que no contempla indemnización a favor de los hermanos de la víctima, salvo que sean huérfanos y dependientes de ella.

Ello ha sido debidamente contestado por el Tribunal Superior de Justicia, ya que, efectivamente, el Baremo no establece condicionante alguno por la mayor o menor relación que tuvieran los hermanos. En la tabla1.A, para fijar la indemnización por el perjuicio personal básico, solo distingue atendiendo a la edad del perjudicado, superior o inferior a los 30 años para establecer una indemnización mayor o menor. Es en la tabla1.B donde, para fijar el perjuicio personal particular, se exige convivencia del perjudicado con la víctima. Pero este incremento sobre el perjuicio personal básico no ha sido tomado en consideración por el Tribunal.



También han sido valoradas las especiales circunstancias concurrentes en D.ª Ruth , D.ª Rosana y D. Marco Antonio

, como consecuencia de la discusión mantenida con la fallecida en 2018. En este punto recuerda el Tribunal Superior de

Justicia que . Ello ha motivado la concesión de una indemnización conforme al mínimo establecido en el Baremo.”

La parte recurrente, argumenta que la reducción en el importe indemnizatoria que reclamaba la viuda y que realizó el juzgador de instancia, que afecta al lucro cesante, no es procedente. A tal efecto, manifiesta que el lucro cesante que solicita se corresponde con la disminución de ingresos que ha experimentado por el fallecimiento de su esposo y no es homogéneo con el concepto de indemnización por IPA que la viuda percibió ex iure hereditatis, citando a tal efecto la doctrina recogida en la STS de 12 de septiembre de 2017. Además, la recurrente afirma que la pensión de viudedad que percibe la actora no puede ser descontada en el cálculo del lucro cesante, ya que de las reglas del del Baremo (arts. 80 a 92, Tabla 1.C.1) no se infiere tal descuento cuando resulta que el art. 82 ya toma en consideración aquella pensión, argumento que apoya con la doctrina de la STS 15/2019, de 10 de enero (rcud. 3146/2016).

Lo interesado por los demandantes que, “en atención a la edad, el tiempo que le restaba para jubilarse y el hecho de no padecer ninguna otra dolencia física”, pretendían que se incrementase la indemnización hasta la cuantía máxima que correspondía a las secuelas que inhabilitan al incapacitado para la realización de cualquier ocupación o actividad (Tabla IV), la sala de suplicación también lo desestimó porque consideró razonable el criterio de instancia que calificó de no arbitrario ni desproporcionado. En definitiva, partiendo de que reclama con arreglo a la Tabla 1.C.1, el lucro cesante a favor de la viuda perjudicada por el fallecimiento de su esposo lo obtiene aplicando los siguientes criterios: edad de la viuda al momento del fallecimiento: 53 años; años de convivencia: 31; ingresos netos de la víctima antes de fallecer: 35.582,28euros (2.98769 euros mes en doce pagas). Con ellos se alcanza una cuantía de 74.875 euros. Sentencia nº 364/2023, de 18 de mayo, de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. -Ponente: Excma. Sra. D.ª María Luz García Paredes-:

“...3.- Sobre los elementos compensables que pueden incidir en la determinación de los daños y perjuicios por enfermedad profesional, en este caso, la Sala ha tenido una jurisprudencia que es constante.

La STS 664/2017, de 12 de septiembre (rcud 1855/2015) lo que resuelve es si una mejora voluntaria, prevista en convenio colectivo y abonada por la aseguradora, debía descontarse de la suma indemnizatoria que se reclamaba por incapacidad permanente total, derivada de accidente laboral, aplicando la doctrina de la Sala pero sin referencia alguna al al-

cance de la reforma que introdujo en la materia la Ley 35/2015. Precisamente, en el caso que aquí nos ocupa, al trabajador fallecido ya le fue descontada en el procedimiento anterior la que en tal concepto le fue abonado. Y lo mismo sucede con la siguiente sentencia.

La STS 15/2019, de 10 de enero (rcud. 3146/2016), en relación con una pretensión del trabajador en la que se reclamaba una indemnización de daños y perjuicios por accidente de trabajo, lo que resuelve es si procede compensar la cantidad cobrada por aquel en

virtud de una póliza de seguro que, por mandato convencional, estaba suscrita. La Sala reiteró su doctrina según la cual, para compensar cuantías ha de estar sea conceptos homogéneos a reparar de forma que, en relación con las abonadas por mejora convencional, ésta debe atribuirse al patrimonio y, en especial, al lucro cesante, y no a daños morales. Refiere que “Que el daño patrimonial en su manifestación de lucro cesante no se compensa sólo con las prestaciones de la seguridad social lo corrobora, además de lo expuesto, que el nuevo Sistema de Valoración de Daños y Perjuicios, aproba-

do por la Ley 35/2015, de 22 de diciembre, 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 prueba 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”.

También, la ya citada STS, Sala 1ª, 141/2021, de 15 de marzo, advierte que “Cuando la víctima muere, antes de la cuantificación del daño, la duración de la vida, sus expectativas vitales, se convierten en un dato cierto, que no puede ser despreciado”, tal y como dijera su doctrina anterior al indicar que “ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales” -en el caso en-

juiciado en dicha sentencia de un joven de quince años-, “[...] puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento”....

Pues bien, es importante recordar que el lucro cesante, que configura la indemnización por muerte, consiste en las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima. Este concepto no se corresponde ni se puede considerar homogéneo con las indemnizaciones por secuelas del trabajador que en relación con el factor de corrección por perjuicios económicos ha descontado el juzgador de instancia y que, obtenida de la Tabla IV, factores, (año 2014), esta sala viene identificándola como cuantía que repara el daño moral.



El lucro cesante por muerte de la víctima lo que pretende reparar es la pérdida de los ingresos que el causante pudiera estar percibiendo en ese momento y de los que dependían los perjudicados. Por eso, el lucro cesante, como refiere la parte recurrente, toma en consideración en su multiplicador las pensiones públicas que pudiera tener el perjudicado por el fallecimiento de la víctima, que en este caso sería la pensión de viudedad. Situación económica que antes del fallecimiento tuviera el perjudicado, dependiente económicamente de los ingresos de la víctima, que es distinta de la situación económica que surge tras el óbito y la ausencia de los ingresos que el fallecido estuviera percibiendo.

Dado que la indemnización que se reconoció al causante es la anteriormente indicada, es preciso recordar la doctrina de la Sala que ha analizado la regulación anterior a la reforma de 2015. Así, en la STS 244/2020, de 12 de marzo de 2020 (rcud 1458/2017) desgranaba el alcance de los conceptos que integraban las cuantías indemnizatorias obtenidas con la aplicación de las reglas en materia de accidentes de tráfico, diciendo: “el citado baremo “no regula de forma autónoma - como tal- la Incapacidad Permanente, sino que lo hace en la Tabla IV tan sólo como uno de los “factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes” e incluso con una terminología más amplia que la utilizada en el ámbito de Seguridad Social .De ahí que sostengamos que:

a) El importe de las indemnizaciones básicas por lesiones permanente (Tabla III), “no puede ser objeto de compensación alguna con las prestaciones de Seguridad Social ya

percibidas ni con mejoras voluntarias y/o recargo de prestaciones, puesto que con su pago se compensa el lucro cesante, mientras que con aquél se repara el daño físico causado por las secuelas y el daño moral consiguiente”.

b) Asimismo, “el factor corrector de la Tabla IV [“incapacidad permanente para la ocupación habitual”] exclusivamente atiende al daño moral que supone - tratándose de un trabajador- la propia situación de IP, por lo que la indemnización que en tal apartado se fija ha de destinarse íntegramente - en la cuantía que el Tribunal determine, de entre el máximo y mínimo que al efecto se establece en ese apartado el Baremo- a reparar el indicado daño moral”.

A la vista de ello, resulta que lo descontado por el juzgador de instancia no es ajustado a derecho de forma que el lucro cesante que se reclama por la viuda, tomando como referencia los criterios del art. 80 y siguientes de la LRCSCVM, deben incluirse ya que lo percibido en su momento por las secuelas no compensaba lucro cesante alguno y menos por la muerte del causante.”

Una vez presentado un escrito procesal, hallándonos aun en plazo, podemos estar “tentados “de ampliarlo o mejorarlo, ¿es viable? Lo analiza la Sentencia nº1744/2023, de 18 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. - Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez-:

“ El escrito presentado ... el 27 de mayo de 2017 no puede sustituir al que ya había presentado, interponiendo conjuntamente el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, el día 24 anterior. Con el escrito presentado ... el 24 de mayo de 2017 los recursos ... quedaron definitivamente interpuestos. La interposición del recurso no es un acto procesal de formación sucesiva o provisorio y susceptible de repetición, sino de realización única que se perfecciona y se considera jurídicamente existente cuando el escrito de interposición se presenta ante el tribunal y se introduce en el proceso produciéndose su adquisición procesal.

“Tal y como establece el art. 135.1 LEC, en su párrafo tercero, “Presentados los escritos y documentos por medios telemáticos, se emitirá automáticamente recibo por el mismo medio, con expresión del número de entrada de registro y de la fecha y la hora de presentación, en la que se tendrán por presentados a todos los efectos (el subrayado es nuestro)”.

Además, aceptar la sustitución del escrito presentado el día 24 por el que se presentó el día 27, porque “[p]or error, fue presentada una versión equivocada de dichos recursos y no la última de ellas redactada y ultimada[...] por lo que estando aún en el plazo de veinte días legalmente establecido para ello, se presenta [...] la versión correcta [...]”, conllevaría primar el descuido a costa del esmero en la actuación procesal, y **podría provocar situaciones absurdas al dar a entender que se pueden presentar, siempre que se haga dentro del plazo de los 20 días, sucesivas versiones del escrito de interposición del recurso.**”

Es desmesuradamente frecuente que se exija una sobreargumentación de la petición de prohibición de acercamiento contemplada en el 48.2 CP, y que finalmente sea estéril, no suele acordarse; al respecto, es útil el texto de la sentencia nº 508/2023, 28 de junio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo- Ponente: Excm. Sra. D.ª Carmen Lamela Díaz-

“La prohibición de acercamiento contemplada en el 48.2 CP, impuesta al acusado respecto a los hermanos de la fallecida es proporcional y adecuada. ... deduciendo la gravedad del delito y la peligrosidad del acusado teniendo en cuenta la violencia de la acción por él protagonizada, la que tuvo lugar dentro del domicilio familiar, en el curso de una discusión doméstica originada al parecer por el destino de determinado ajuar confeccionado por su madre, y en el transcurso de la cual empuñó un cuchillo de cocina con una hoja de 21,8 cm de largo y 4 cm de ancho con el que se abalanzó sobre su víctima, asestándole tres puñaladas, ... causándole a consecuencia de ello gravísimas lesiones que determinaron su fallecimiento.”

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 803/2011, de 15 de julio, *“la prohibición de acudir a determinados lugares se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales que pudieran derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o*

perjudicados por el delito y su autor, y supone una limitación de la posibilidad de libre circulación que correspondería al acusado una vez cumplida en su integridad la pena privativa de libertad, por lo que debe estar suficientemente justificada por las características del caso, sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica solo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por el que se condena”.

En el mismo sentido se expresa la sentencia núm. 399/2021, de 11 de mayo, en la que indicábamos que “la peligrosidad valorable no es la subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros, sino la peligrosidad objetiva que deriva del delito cometido, la proximidad entre el delincuente y su víctima o su familia y la consiguiente posibilidad de enfrentamientos mutuos (STS 1359/1999, de 2 de octubre). La decisión judicial cuando impone la prohibición de residencia se justifica “... en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales que pudieran derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor”. Se trata, en fin, de una pena que “supone una limitación de la posibilidad de libre circulación que correspondería al acusado una vez cumplida en su integridad la pena privativa de libertad, por lo que debe estar suficientemente justificada por las características del caso, sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica solo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito el que se condena” (STS 803/2011, de 15 de julio). Y en el proceso de individualización el tribunal”... ha de conjugar la personalidad del delincuente

con un pronóstico aproximado e incierto de reinserción, junto con factores complementarios como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en el lugar del delito donde el recuerdo podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas-también las indirectas- podría verse afectada (STS 935/2005,15 de julio)”.

Conforme a la citada doctrina, la finalidad principal de esta pena es la prevención especial de futuros conflictos derivados del encuentro del agresor con la víctima o sus familiares cercanos, también ofendidos o dañados por el delito (los sujetos singulares que se contemplan en los arts. 48 y 57 CP).

No se trata de un exceso de pena a cumplir, sino de una pena privativa de derechos distinta a la de prisión, impuesta al penado atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que representa. ...

Como explica convenientemente el Ministerio Fiscal el inconveniente inevitable que el alejamiento impuesto supondrá para el recurrente deriva de una condena por la comisión de un grave e irreparable delito contra la vida de una persona que sume en tal dolor a sus familiares cercanos que comprensiblemente podría ser fuente de ulteriores conflictos si además, se vieran obligados a soportar la presencia y proximidad del autor.

Y, como sugiere el Tribunal Superior de Justicia, siendo evidente el perjuicio que pueda suponer para el Sr. C. D. no poder ocupar la vivienda, quizás la solución pase por proceder a la liquidación de la liquidación la sociedad conyugal y desaparición del eventual condominio sobre la vivienda en

cuestión, entre el acusado y los hermanos, en cuanto causantes de la hermana fallecida.”

¿La petición de la grabación del juicio constituye causa de suspensión del plazo para recurrir la sentencia dictada en este? La Sentencia núm. 1744/2023, de 18 de diciembre, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo -Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez-, lo analiza:

“3. En la sentencia 612/2022, de 20 de septiembre, dijimos, por lo que ahora interesa, que la doctrina general que emana de las sentencias 244/2018, de 24 de abril, y 395/2018, de 26 de junio, es que **la solicitud de una copia de la grabación del juicio no constituye una causa legal de suspensión del plazo para recurrir, y que la regla general es que, mientras no se acuerde judicialmente la suspensión del cómputo de ese plazo, la suspensión no se produce**, de tal forma que, en principio, si la solicitud de suspensión por este motivo (petición de una copia de la grabación de la vista) se hace antes de que se consuma el plazo, la resolución judicial que accede a lo solicitado, pero cuando ya ha transcurrido el plazo, no evita el efecto preclusivo del cumplimiento de ese plazo sin que se hubiera interpuesto el recurso, sin perjuicio de que atendiendo a circunstancias muy extraordinarias (que en el caso de la sentencia 395/2018 se apoyan en la diligencia adoptada por la parte apelante que había solicitado la copia de la grabación después de la vista y antes de que se dictara la sentencia, y al serle desfavorable esta y plan-

tearse el recurso, inmediatamente verifica que la grabación esta dañada y solicita una nueva copia) dicha regla general pueda ser excepcionada.

Y en la sentencia 1147/2023, de 13 de julio, consideramos justificada la admisión de un recurso de apelación interpuesto transcurrido el plazo de 20 días desde la notificación de la sentencia, ya que, atendidas las circunstancias concurrentes (la recurrente en apelación solicitó copia de la grabación con suspensión del plazo para recurrir dos días después de la notificación de la sentencia sin que el juzgado se llegara a pronunciar sobre la suspensión interesada y, tras entregársele un CD en blanco, formuló una nueva solicitud, presentando el recurso un día después de que se le entregara la copia), “[n]o puede apreciarse en este caso una conducta contraria a la buena fe en la demandada apelante, que pudo legítimamente interpretar que la anunciada respuesta a su petición de suspensión, que no llegó a producirse, estaba vinculada a la entrega de la copia, por lo que podía razonablemente pensar que las deficiencias del juzgado no podían perjudicar su derecho a recurrir”.

Desde que hace algunos años comenzasen las conformidades en el ámbito penal, no es inusitado que un acusado se muestre conforme y a continuación en el juicio oral obre en contra de su compromiso, sobre ello reflexiona la Sentencia núm. 930/2023, 18 de diciembre, de la Sala 2ª, del Tribunal Supremo.- Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García :-

“Al inicio del juicio oral se produjo una incidencia, que, por más que esté autorizada por una práctica más o menos extendida, no se ajusta escrupulosamente a la legalidad: una conformidad parcial. El legislador solo otorga eficacia a la conformidad prestada por todas las partes pasivas, con la única excepción de las personas jurídicas acusadas que consienten un tratamiento separado a estos efectos. Varios de los acusados llegaron a un acuerdo con el Fiscal: su reconocimiento de los hechos y aceptación de la pena se traduciría en una singular causa de atenuación (también de dudosa legalidad: confesión tardía) a la que se conferiría una eficacia privilegiada. El Ministerio Público se comprometió a efectuar una modificación de conclusiones según lo convenido. Como algunos acusados no estaban conformes, el juicio prosiguió para todos, en decisión acorde a la legalidad. Las defensas de los conformes se aquietaron a la calificación del Fiscal asumiéndola junto con la pena, tras confesar sus respectivos representados los hechos.

El ahora recurrente, al parecer, se posicionó junto a quienes aceptaron ese pacto con la acusación pública. De hecho, al ser requerido en los preliminares del juicio en la forma establecida por la Ley por parte de la Presidencia, indicó que reconocía los hechos atribuidos. Pero, llegado el momento de su interrogatorio, lejos de responder de forma congruente con ese compromiso y asentimiento inicial, rechazó su responsabilidad negando conocer que la tarea que le pidieron efectuar -desplazamiento- tuviese nada que ver con el tráfico de sustancias estupefacientes. Actuó sin dolo, sostuvo.

Ante ello, con toda lógica, el Fiscal no modificó sus conclusiones en la forma que hizo para los otros acusados que sí se conformaron y asumieron sus responsabilidades. ¿Cómo iba a apreciar una atenuante de confesión a quien había negado su culpabilidad y cuya defensa reclamaba la absolución?

Y recayó una sentencia de condena, no en los términos que, según alega, había pactado con el Fiscal; condena más grave, por tanto, que la recaída frente a los coacusados que sí reconocieron los hechos y que se ajustaba a la modificación del Fiscal.

Ahora aduce que se trató de un malentendido derivado del natural nerviosismo y reclama la vigencia de ese pacto; un pacto que carece de eficacia legal alguna y que, además, él incumplió primeramente.

No podemos apreciar una atenuante de confesión a la vista de la secuencia de los hechos. **Ni el tribunal de instancia, ni el de casación pueden ajustar su actuación a un acuerdo entre acusaciones y defensa que no ha cristalizado de forma oficial, entre otras cosas porque la conducta del acusado no se atuvo a lo que exigía su compromiso. Han de resolver de acuerdo con la legalidad.**

Con asistencia profesional letrada como tenía, no es aceptable que creyese, apartándose de la actitud procesal de los otros coacusados conformes, que bastaba con un reconocimiento luego retractado para obtener una atenuante de confesión cualificada en el caso de no alcanzar la absolución que solicitó expresamente reivindicando su inocencia. Esa estrategia, acertada o no, carece de toda relevancia en casación,

donde, además, se introduce un segundo motivo volviendo a reclamar la absolución por virtud de la presunción de inocencia”

En la procelosa distinción, caso a caso, entre dolo eventual y culpa consciente, es de interés acudir a la Sentencia nº 909/2023, de 13 de diciembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. - Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre-

“No siendo ocioso destacar la débil línea divisoria entre dolo eventual y culpa consciente. La jurisprudencia de esta Sala, por todas, STS 366/2020, de 2-7, considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa

consciente se caracteriza porque, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo éste se origina por el concreto peligro desplegado.

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la culpa consciente, no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son inidóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado

prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir (S.T.S. de 11/5/01).

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico.

En definitiva, si el autor quiso realizar una acción que genera un peligro adecuado a la producción del resultado que produjo, el dolo es directo. Por lo tanto, en este caso, dada la adecuación del peligro generado por la acción al resultado producido, carece de toda importancia la discusión referente a si el dolo directo es el único que permite la realización del tipo penal. De cualquier manera como recuerda la STS. 1123/2001 de 13.6, el texto del art. 150 ó art. 149 CP no requiere expresamente un dolo especial y que no existe ninguna razón teleológica que permita suponer que la Ley penal ha querido limitar la protección del bien jurídico a los ataques producidos con un dolo directo en el que el autor se haya representado exactamente la lesión producida y la haya aprobado expresamente antes de actuar.

El dolo de lesionar en el delito de lesiones del art. 149 (y 150) va referido a la acción pues el autor conociendo o se representa que como consecuencia de la acción que voluntariamente desarrolla se va o puede producir un resultado concreto de lesiones.

En definitiva para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consiente y aprueba el resultado advertido como posible, y culpa consciente cuando el autor confía en que el resultado no se va a producir. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado cuya posibilidad se ha representado el autor. En el dolo eventual esta posibilidad se representa como próxima y en la culpa consciente como remota. Otra teoría, aplica el dolo eventual entendiendo que o relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad. En SSTS. 706/2008 de 11.11, 181/2009 de 23.2, 85/2010 de 18.2, se insiste en que para la teoría del consentimiento o de la aceptación en el dolo eventual el sujeto aunque no persiga la realización del hecho típico como un fin, ni lo acepta como de necesario advenimiento junto a la consecución del objetivo propuesto, sí “consiente”, “acepta”, “asume” o “se conforma” -según la terminología de los distintos autores- con su eventual producción; mientras que en la culpa consciente el sujeto la rechaza, no se conforma con ello o confía en su no realización. La fórmula para discernir uno u otro supuesto sería no un juicio de lo que hubiese hecho el sujeto de conocer anticipadamente la certeza del resultado, sino el que atiende a la actuación concreta observada por el sujeto, una vez se ha representado lo eventualmente acaecible : si actuó a toda costa independientemente de la ocurrencia del evento típico hay dolo, pero si actuó tratando de eludir su ocurrencia habría imprudencia

consciente. Para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no requiere ningún elemento volitivo sino sólo el intelectual o cognoscitivo de la representación del resultado típico como acaecimiento eventual, de modo que si el sujeto actúa considerando ese resultado, no solo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiendo como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante.”

La sentencia nº 917/2023, de 14 de diciembre, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo se torna básica para afrontar la agravante de género del art. 22.4 CP, compendia las sentencias imprescindibles las ideas base, pero he de centrarme en la determinación que hace de la responsabilidad civil en este caso de asesinato de la mujer e hija del condenado, la premo-riencia o conmorriencia, especialmente tratadas por el Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet:

“...sí que existe discrecionalidad en la fijación de las cantidades a indemnizar en delitos dolosos, a no confundir con la arbitrariedad, y en este caso se consideran cantidades ajustadas a la realidad y grave-

dad de los hechos ocurridos... El ...crimende la madre e hija, ... con empleo de una maza y degollando a ambas mujeres

El precio del dolor de los familiares es personal, pero eso no impide que se pueda "medir" en el plano económico, porque aunque las víctimas ya están muertas el autor debe ser condenado a la reparación de un daño moral que resulta en ocasiones difícil de cuantificar, por no decir imposible realmente, pero que se debe hacer un esfuerzo para llevarlo a cabo, sin que pueda ser exigible acudir a un baremo de la circulación previsto para indemnizar a los familiares y perjudicados por hechos imprudentes. Que no es el caso en modo alguno.

Actos como el que ahora se debate están muy lejos de una imprudencia y dentro de los dolosos en un rango muy elevado por la forma en la que se han cometido los hechos

perfectamente conocidos por los familiares a los que se les reconoce el derecho a ser indemnizados, sin que pueda hablarse de una especie de "enriquecimiento por el daño moral", ya que la pérdida de sus familiares supone un "empobrecimiento moral" no solo por la pérdida de la vida, sino por la perdurabilidad del recuerdo acerca de cómo se cometió el crimen y la perpetuación en los familiares del sufrimiento en la ocurrencia de los hechos ante la violencia exagerada en la manifestación formal de ambos crímenes. Ciertamente es que la indemnización no devuelve o "anula" ese recuerdo de lo ocurrido y lo hace desaparecer, pero es la justa compensación por un "precio del dolor" que existe objetivamente.

La fijación del quantum indemnizatorio en el acceso a la casación no puede estar sustentada en una pretensión de rebaja por aplicación del baremo de la circulación en un delito doloso y de la gravedad de

los aquí cometidos. Hay que atender a la motivación y su suficiencia, que es lo que ha hecho el TSJ debidamente en este fundamento descartando acudir, obviamente, al baremo de la circulación. Además, ya hemos expuesto que el "sufrimiento indemnizable" no es tan solo por perder para siempre a sus familiares cercanos, sino "conocer" la forma en la que acabaron con su vida, porque no puede merecer el mismo criterio de daño moral la comunicación de los agentes policiales a los familiares de una persona que ha fallecido en un accidente de tráfico que la de que han sido asesinados de la forma en la que lo fueron las víctimas en estos casos.

El principio de igualdad no puede ser en modo alguno ni el patrón ni el referente para resolver la minoración del quantum ya fijado por el Tribunal del jurado avalado, además, por el TSJ. Y ello, porque si se acudiera, precisamente, al principio de igualdad para ex-



tender el baremo de tráfico a cualquier evento dañoso es cuando se incurriría en “desigualdad” por atender con el mismo parámetro a hechos en sí mismos desiguales. Y no puede tratarse de forma igual dos crímenes de género que un accidente de tráfico. En modo alguno. Y de ser así entonces sí que se atentaría contra otros principios y, sobre todo, a la debida tutela judicial efectiva que en justa compensación exige una adecuada adecuación del quantum en materia de daño moral en supuestos tan graves como los aquí ocurridos con dos crímenes.

... aumentar las cantidades que se determinan en aplicación del baremo teniendo en cuenta otros factores: no es el mismo el daño psicológico derivado de un atropello imprudente que el derivado de un doble asesinato, en concreto de la esposa e hija del condenado. La existencia de un grave dolor psicológico derivado de los hechos por los que se condena no requiere una especial prueba.

Viene a señalar la sentencia del tribunal del jurado que para la definición del quantum indemnizatorio hay que apelar a “la desmesurada violencia en la dinámica comitiva empleada contra ellas y el trato diario que mantenían con ellas sugestivo de un intenso afecto, y que necesariamente ha de tener reflejo en el quantum indemnizatorio”.

Y, además, es correcta la motivación del TSJ en cuanto a que **es irrelevante a estos efectos el fallecimiento de D.³ Belinda en tanto el daño moral que sufrió se produjo en el momento del asesinato de su hija y nieta, quedando integro en su patrimonio el derecho a ser resarcida; derecho**

que se transmite a sus herederos en virtud del artículo 19.2 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco

...Ciertamente es que el “precio del dolor” puede ser subjetivo en cada persona según su “capacidad de sufrir o tratar de olvidar”, pero es preciso objetivar lo para fijar indemnizaciones atendidas las circunstancias de cada supuesto de hecho y en este caso no existen razones, de ninguna manera, para minorar unas sumas que están perfectamente conectadas con la realidad de lo ocurrido y la necesidad de fijar una indemnización lo más ajustada al dolor, que no será puntual, sino permanente, porque el daño moral en los casos de crímenes no es transitorio, precisamente, y, mucho menos, el recuerdo de cómo se cometieron los crímenes que permanecerá de por vida en la retina y mente de los familiares directos a los que se les reconoce el derecho indemnizatorio fijado en la sentencia.

Hay que tener en cuenta **que la premoriencia de un hijo o hija a la madre, y en este caso en situación de conmoriencia con una nieta, en un doble crimen de familiares tan directos como hija y nieta, así como el fallecimiento de un hermano, tienen un valor incalculable desde el punto de vista moral, que hace muy difícil la traducción en un componente económico que es muy difícil de evaluar, pero no por ello de imposible reflejo económico** en la cantidad que se debe fijar en una sentencia condenatoria al autor de la muerte, que es lo que en este caso ha ocurrido. Teóricamente resulta este valor incalculable, porque es difícil “medir” el dolor del ser humano ante la pérdida anticipada de su hijo/a y nieta/a y en un escenario de un crimen (también en un he-

cho imprudente, porque supone de igual modo una premoriencia sumamente dolorosa). Pero **el cálculo estimado es obligatorio, porque aunque no se compense el dolor y se rebaje, no por ello hay que fijar una cantidad simbólica por el hecho de que el dolor no se anule con la entrega de dinero**. El dolor de la premoriencia de hijo/a y en conmoriencia con la nieta en este caso supone un dolor imposible de reparar. Ni con el dinero que se pretenda abonar, por lo que mucho menos cabe una reducción apelando a un baremo de la circulación.

Por ello, la circunstancia de tratarse del padre o madre del fallecido, o de su hermano, no exigen el aditamento de una específica relación personal más cuidada o directa, o un mayor trato, para suponer una elevación de la cantidad indemnizatoria, o de una minoración en caso contrario, ya que en todo caso debe ser la parte que reclama una cantidad menor, o, incluso, la anulación de todo el derecho indemnizatorio la que está en condiciones de probar, y así lo debe hacer en el procedimiento judicial, cuando concurren causas de desmerecimiento del derecho indemnizatorio del familiar directo superviviente, cómo pueden ser las causas de desheredación de los arts. 852 a 855 CC y de indignidad para suceder fijadas en el art. 756 del código civil.

El derecho indemnizatorio en un padre o una madre, cuyo hijo o hija muerto, y, sobre todo, en casos de delitos dolosos, y más en crímenes, pero también en casos imprudentes, existe de forma natural por la relación directa familiar y sin necesidad de adiciones concretas en relaciones personales, ya que son las citadas causas objetivas en el

código civil las que pueden suponer la anulación de ese derecho o su reducción. Y **lo mismo ocurre con la condición de hermano**, que ya de por sí otorga el derecho indemnizatorio por el fallecimiento en casos de delitos dolosos o imprudentes, suponiendo una mayor cantidad económica en el caso de los dolosos por la mayor afectación psicológica y personal, que supone la pérdida de un hermano, o de un hijo o hija en una causación directa y voluntaria del crimen por el autor.

De esta manera padres, madres y hermanos son sujetos acreedores de la indemnización que corresponda en caso de delitos dolosos con imposición directa al autor del mismo, y **sin poder evaluar la mayor o menor relación directa o indirecta que pueda existir entre víctima y familiar en el grado directo, como es el de un ascendiente, o el de un hermano del fallecido a consecuencia del crimen y corriendo la carga de la prueba de circunstancias impositivas en el derecho indemnizatorio a la parte que lo alega y autor del ilícito penal.**"

La sentencia nº 34/2024, de 10 de enero de la Sala 4ª del Tribunal Supremo. - Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín-determina si al trabajador recurrente en casación unificadora le corresponde el grado de incapacidad permanente parcial en la profesión de mecánico de vehículos, cuando pierde un ojo y conserva la plena visión del otro:

"Por citar algunos de los más recientes- precedentes:

a) La STS 375/2023, de 24 de mayo (rcud. 2117/2020). El caso de trabajadoras de profesión habitual limpiadoras y visión monocular, con pérdida prácticamente total de la visión en un ojo que mantienen en su integridad la del otro. Admite la contradicción y concluye que esas dolencias no son constitutivas de incapacidad permanente parcial.

b) La STS 698/2020, de 22 de julio (rcud. 4533/2017). En el supuesto de trabajadores con visión monocular por amaurosis total de uno de los ojos y agudeza visual normal en el otro, cuya coincidente profesión habitual era la de peón agrícola, en la que se reconoce que tales dolencias deben ser calificadas como incapacidad permanente parcial.

c) La STS 632/2020, de 9 de julio (rcud. 338/2018). Igualmente, limpiadoras que han perdido totalmente la visión en un ojo y mantienen la normalidad en el otro. Niega el reconocimiento de incapacidad permanente parcial.

d) La STS 372/2016, de 4 de mayo (rcud. 1986/2014). Los trabajadores tienen como profesión habitual la de abogado, y ambos han sufrido la pérdida total de visión en uno de los ojos conservando la visión completa en el otro. Reconoce la incapacidad permanente parcial.

e) La STS de 23 de diciembre de 2014, rcud. 360/2014. La profesión habitual de los dos trabajadores es aquí la de gruista, que pierden la visión total de un ojo y mantienen la normal en el otro. Situación que se califica como de incapacidad permanente total para dicho oficio.

Descendiendo a los requerimientos visuales y las tareas de la profesión de mecánico de vehículos, reflejadas en el hecho probado séptimo conforme al profesigramas del INSS, la sentencia recurrida, que parte de este profesigramas, alcanza la conclusión de que "no es asumible" que el trabajador, que ha perdido la visión del ojo izquierdo, pero conserva íntegra, con corrección de la miopía, la del ojo derecho, "no pueda realizar con esa visión todas o las fundamentales tareas de su profesión de mecánico de vehículos, anteriormente relacionadas"; añade la sentencia recurrida que, en alguna de esas tareas, las que requieran una mayor agudeza visual o precisión en el manejo de piezas, podrá existir "mayor dificultad o penosidad", pero este es precisamente "el dato que ha determinado el reconocimiento de una incapacidad permanente parcial."...

Sin que, en el presente supuesto, concurren los factores de riesgo que sí concurrían, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STS 731/2023, de 10 de octubre (rcud 1037/2021) sobre la profesión de oficial de la construcción, especialmente el de la exigencia de trabajar en alturas y en edificios en construcción, en espacios en los que hay huecos y zonas con peligro de caída desde alturas muy considerables. O en la STS 23 de diciembre de 2014 (rcud 360/2014) con la profesión de gruista.

En definitiva, en el presente supuesto no se aprecian razones para separarse de los criterios orientadores de la escala de Wecker y del Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956), que, con carácter general, consideran incapacidad parcial la pérdida de la visión



de un ojo si se mantiene la plena visión del otro. Al contrario de lo sucedido en los supuestos de las SSTs 23 de diciembre de 2014 (rcud 360/2014) y 731/2023, de 10 de octubre (rcud 1037/2021), no concurren aquí razones para soslayar estos criterios orientadores.”

También en la Jurisdicción Militar se conoce la utilidad como herramienta válida para la reparación del daño que supone la Ley 35/15 de 22 de septiembre (sentencia nº 92/2023, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo- Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Cuesta Del Castillo-):

“ Por el Tribunal sentenciador, para establecer al establecer la cuantía indemnizatoria se valora la edad de la víctima, veintidós años, así como el ser hijo único, y, si bien, no se puede considerar que la sentencia recurrida incurra un error notorio, o en arbitrariedad, no obstante atendiendo a que el daño moral para los padres por la **pérdida de un hijo** es mayor cuando el fallecido es **hijo único** que cuando se tienen más hijos, siguiendo el criterio de la citada sentencia se considera que la indemnización que procede fijar a los padres del CL fallecido debe ser de 250.000,00 euros (a razón de 125.000,00 euros cada uno), ratificando tanto lo relativo a la declaración de la responsabilidad civil directa de la Aseguradora Plus Ultra de conformidad con lo establecido en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro en virtud de la póliza suscri-

ta por el acusado, -que deberá indemnizar, con el límite total de 150.000 euros (límite de la cobertura obrante al folio 2248), a cada progenitor la cantidad de 75.000 euros, sin que proceda pago de intereses al haberse consignado la cantidad por la Aseguradora-, como a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.”

Deber de cuidado, previsibilidad, caso fortuito, imprudencia, son conceptos que hallamos en la sentencia nº 714/2023, de 28 de septiembre, de la 2ª del Tribunal Supremo.- Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet-, pero además , afronta una realidad que cada día se nos presenta en los tribunales penales :

Destacar obiter dictum.
Nos referimos a un tema que ya se está planteando en muchos órganos judiciales de enjuiciamiento respecto a las **peticiones que se están elaborando por muchos letrados y letradas en el trámite de cuestiones previas relativo a la petición de que el acusado/a declare en último lugar tras la práctica del resto de pruebas (testifical pericial y documental) a fin de garantizar mejor el derecho de defensa...**

Esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 750/2021 de 6 Oct. 2021, Rec. 21019/2019 ya ha admitido que el acusado declare en último lugar tras la práctica del resto de la prueba al solicitarlo en juicio oral de

aforado la letrada, lo que fue admitido por el Presidente del tribunal al suponer un mejor ejercicio del derecho de defensa.

Hay que señalar a este respecto que no es posible diseñar las indudables ventajas que le suponen al acusado declarar tras finalizar la práctica de la prueba en relación a lo que declararon los testigos, sobre todo, o los documentos que se han elevado al plenario como “utilizables” a la hora de que el juez o Tribunal dicte sentencia ,el informe pericial ratificado y explicado en el plenario. Su declaración puede quedar más “matizada” si conoce lo que declararon los testigos y en algún dato técnico del informe de los peritos, como decimos.

Sin embargo, no es posible comparar la declaración del acusado con el derecho de última palabra para que en este punto añada el acusado lo que le interese de las declaraciones efectuadas en la práctica de la prueba, ya que en el derecho de última palabra no hay “interrogatorio” por las partes, sino una explicación del acusado a modo de resumen. No se entiende protegido el “mejor derecho de defensa” por la circunstancia de que exista el derecho de última palabra. La defensa podrá en trámite de cuestiones previas, o bien antes en su escrito de calificación provisional instar que el acusado declare en último lugar, porque no hay precepto de la LECRIM que obligue a que lo haga en primer lugar.

Además, el Código procesal penal (art. 567) pendiente de aprobación ya apostó cuando fue redactado por los técnicos que lo elaboraron porque el acusado declare en último lugar al apostar por un mejor ejercicio del derecho de defen-

sa señalando en su Exposición de motivos que el sistema actual de declaración inicial del acusado distorsiona el juego efectivo del principio de presunción de inocencia y genera una práctica procesal puramente dialéctica en la que el juez parece encaminado a elegir la tesis más verosímil entre dos opciones de igual valor, cuando en realidad quien ha de demostrar plenamente su tesis es la parte acusadora. La defensa hade poder limitarse a generar una duda razonable sobre la misma. A esta idea responde la variación de la posición de la declaración del acusado en la estructura del juicio oral.

A mayor abundamiento, el art. 701 LECRIM señala en sus párrafos 4, 5 y 6 que:

Acto continuo se pasará a la práctica de las diligencias de prueba y al examen de los testigos, empezando por la que hubiere ofrecido el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y por último con la de los procesados.

Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas.

El Presidente, sin embargo, podrá alterar este orden a instancia de parte y aun de oficio cuando así lo considere conveniente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad.

La LECRIM no exige, por ello, que el acusado declare en primer lugar, y debemos circunscribirnos al orden que propongan las partes, y si lo in-

teresa la defensa conforme exponemos, no hay razón para negar ese derecho.

Con ello, cabe que la defensa exponga en su escrito de calificación provisional, en escrito posterior, o en el trámite de cuestiones previas, tanto en sumario como en procedimiento abreviado, que el acusado declare en último lugar, lo que, obviamente, garantiza mejor el derecho de defensa, y debería ser admitido, porque, obviamente, no se ejerce igual el derecho de defensa con el interrogatorio por el letrado en último lugar que con la "autodefensa" que pueda suponer el ejercicio del derecho de defensa, ya que en base al interrogatorio del juicio oral podrá construir, también, la defensa su alegato en el informe del plenario en resumen de la práctica de la prueba.

Con ello, se puede fijar que:

1.- El letrado del acusado tiene derecho a solicitar del juez o Presidente del Tribunal que éste declare en último lugar tras concluir el resto de la práctica de la prueba admitida.

2.- Esta petición deberá cursarse con sentido preclusivo al comienzo del juicio en el trámite del art. 786.2LECRIM, tanto en el sumario como en el procedimiento abreviado y resto de procedimientos penales.

3.- Que se curse esta petición no impide que el juez o presidente del Tribunal siga interrogando al acusado al comienzo del juicio sobre si reconoce los hechos y se muestra conforme con la más grave de las acusaciones. A continuación comenzará el interrogatorio, salvo que el letrado del acusado le solicite que declare tras la práctica del resto de la prueba.

4.- En el caso de ser varios los acusados y alguno de ellos lo interesara el juez o presidente del Tribunal preguntará al resto y si no lo interesan todos lo acordará con respecto a aquél o aquéllos que lo hubieren solicitado, declarando el resto al principio de la práctica de la prueba.

5.- El derecho a la última palabra se mantiene inalterable aunque el acusado declare tras concluir el resto de la práctica de la prueba. Es el derecho de autodefensa, en el que el acusado expone lo que le interese al concluir el juicio y sin preguntas de las partes.

6.- El acusado tiene derecho a declarar junto a su letrado.

En cualquier caso"

La Sentencia nº 432/23, de veintinueve de junio, de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ª- Ponente Excmo. Sr Hernández Calvo, Melchor Antonio.- acoge el recurso - según el apelante-"...al haber sido condenada por el mero hecho de ser mera propietaria del inmueble, cuando nunca ha tenido la posesión del mismo, al encontrarse ocupado ilegalmente (hecho acreditado y no controvertido), quien sería el único responsable de los daños, por ser quien habita real y efectivamente el inmueble (concepto cabeza de familia) y no el propietario por el mero hecho de serlo."

"...esta doctrina jurisprudencial se enunció, de manera expresiva, en la STS de 12 de abril de 1984, recaída en un



supuesto de filtraciones de agua e inundación causados en un local de negocio. Considera esta sentencia que las expresiones “se arrojasen o cayesen” no constituyen numerus clausus, razón por la cual pueden ser objeto de interpretación extensiva, que hemos de adaptar a la realidad social en que han de interpretarse las normas conforme al art. 3.1 CC), incluyéndose supuestos asimilables que, originados dentro del límite ambiental en él determinado, puedan causar daño o perjuicio tanto a otros convecinos, copropietarios, etc., por aplicación y observancia del principio de salvaguarda de las relaciones de vecindad, como son estos supuestos de filtraciones de agua, inmisiones gaseosas e incluso en los casos de filtraciones de aguas residuales”..., concluyendo (personas obligadas a indemnizar) que “el art. 1910 CC del CC establece una responsabilidad directa y objetiva del “cabeza de familia” que habite una casa o parte de ella, por las cosas que se arrojen o caigan desde la misma; de manera que responde también por acciones de otras personas, puesto que la acción de arrojar consiste en lanzar al vacío; y el referido sujeto responde de acciones de terceros de manera directa, no se establece regla alguna de solidaridad entre el “cabeza de familia” y el sujeto que haya arrojado o lanzado la cosa que causa el daño de cuyo resarcimiento se trate.

En el caso de daños ocasionados por cosas que se caen o que son arrojadas desde una vivienda, la responsabilidad civil extracontractual la imputa el art. 1910 CC al sujeto en quien concurra la condición de “cabeza de familia”. La jurisprudencia ha precisado que se trata del sujeto o persona

que la habita la casa o parte de ella, “por cualquier título como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole” (SSTS de 20 de abril de 1993 , de 6 de abril de 2001) y de 4 de diciembre de 2007), entre otras). En consecuencia, en el caso de un inmueble de uso residencial o destinado a vivienda, debe entenderse que la condición de “cabeza de familia”, ordinariamente, recae sobre el padre y/o la madre; en cualquier otro supuesto de convivencia en la misma vivienda, todos los adultos que habiten en ella. Además, el cabeza de familia seguirá ostentando esta cualidad a pesar de no encontrarse en el inmueble cuando se produce el daño. Finalmente debe señalarse que cabeza de familia pueden ser tanto personas físicas como entidades o personas jurídicas.

Cuando se trata de un inmueble de uso no residencial, sedes de empresas, locales comerciales, inmuebles en los que se ejercen profesiones liberales, etc., y existen relaciones de subordinación, el “cabeza de familia” será el titular de dicho negocio o empresa, con independencia de su condición de persona física o jurídica. La exigencia de que el cabeza de familia “habite” el edificio se interpreta de una forma amplia. En efecto, el término habitar se entiende referido a cualquier tipo de uso, residencial o no, del que sea susceptible, desde una perspectiva material, el edificio o construcción de que se trate. Además, la jurisprudencia considera que la casa es habitada por el que posee el título para usar y disfrutar la “casa” en cuestión aun cuando todavía no la utilice, como acontece en el caso de edificios en construcción”.

Sobre la responsabilidad “objetiva” del propietario de un piso ocupado, mencionar la Sentencia nº 471/2023 , de 5 de octubre, de la Audiencia Provincial de Tarragona Sección:3 - ponente Ilmo. Sr D. Juan Adolfo Martín Martín:-

“.. acreditada que la demandada es la propietaria de la finca donde se produjo el incendio, lo que provocó los daños a la comunidad, hechos que no resultaron controvertidos y que además el perito de la actora refleja en su informe, la responsabilidad por daños de DP no ofrece lugar a la duda, sin perjuicio de su derecho a repetir los ocupantes ilegales si los daños tuviesen su origen finalmente en la conducta.

El comportamiento activo o pasivo de la demandada/apelada respecto de dichos ocupantes no enerva su responsabilidad, que debe asumir como propietaria del piso causante de los daños, máxime si tenemos en cuenta que se desconoce las circunstancias de dicha ocupación, más allá de las manifestaciones de la testigo que indica que llevaba muchos años, o si DP había instado acciones judiciales, civiles o penales contra ellos, circunstancias que tampoco se prueban que existieran.

Pero es que además, como indica la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2 del 11de julio de 2023 (ROJ: SAP L 693/2023 - ECLI:ES:APL:2023:693), el “art. 553 . 38 del Código Civil de Cataluña (CCCat), impone a los

propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal el deber de conservar y mantener en buen estado los elementos privativos, y de mantener los servicios e instalaciones que se ubiquen en los mismos.

En este sentido, no cabe sino compartir el criterio seguido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18ª, de 05 de diciembre de 2019 cuando argumenta ante similar supuesto al que nos ocupa que : (...)aunque pueda resultar cierto que efectivamente los ocupantes de la vivienda propiedad de la demandada han accedido a la misma de manera ilegal, sin embargo lo cierto y verdad es que no deja de existir responsabilidad del propietario por los daños y perjuicios que se ocasionan al propietario del piso inmediatamente inferior como consecuencia de las filtraciones que proceden del piso de su propiedad.

En este sentido si bien es un hecho la ocupación ilegal no es menos cierto que las consecuencias de dicha ocu-

pación no tienen por qué ser soportadas por terceros ajenos a la relación de la propiedad con los terceros ocupantes, y en cualquier caso quedarían, al alcance de la entidad demandada, el ejercicio de las acciones de responsabilidad procedentes contra los terceros ocupantes del inmueble, por más que las posibilidades de recuperar alguna cantidad fueron verdaderamente ilusorias dada la normal carencia de medios que los ocupantes ilegales suelen aducir, pero en cualquier caso lo que no es procedente es trasladar a terceros que ninguna relación tienen con la propiedad de la vivienda, y que tan sólo son propietarios del piso inmediatamente inferior las consecuencias del uso abusivo que un tercer ocupante pueda hacer de la vivienda.”.

En cualquier caso, y aunque un cierto sector de la jurisprudencia considera que no puede imputarse a la propiedad la responsabilidad en la causación del daño en viviendas ocupadas por terceras personas sin su consentimiento ,también se exige por este

sector doctrinal la prueba de que los propietarios no ocupantes actuaron con diligencia para evitar el daño. Por todas, podemos citar la SAP de Barcelona, Civil sección 16 del 10 de octubre de 2019(ROJ: SAP B 12688/2019 - ECLI:ES:APB:2019:12688) en la que se dice probada tal diligencia “en sus esfuerzos por recuperar la posesión y el control de la vivienda de autos y, por tanto, ninguna culpa tiene en los daños causados por los ocupantes del referido inmueble”, pero en nuestro caso ninguna prueba existe de ello, lo que debe conllevar a considerar la atribución de la responsabilidad que se le imputa por la parte demandante.

Por lo tanto, además de por lo previsto en el artículo 1902 CC , por responsabilidad extracontractual, también debe responder el propietario como titular dominical de una finca integrada en una comunidad dividida en régimen de propiedad horizontal al no haber acreditado ninguna actividad diligente en evitar la causación del daño.”



Puesta al día internacional

El factor idiomático en la asistencia médica internacional: el consentimiento informado como derecho fundamental del paciente.- ¿Incluye el derecho a la traducción?

por Jorge Fuset Domingo
Abogado

1. LOS DATOS DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA

Según el **Instituto Nacional de Estadística** (INE) <https://www.ine.es/daco/daco42/ecp/ecp0123.pdf> la estadística continua de población (ECP) a 1 de abril de 2023 arrojaba unos datos provisionales en el sentido de que la población de España aumentó en 136.916 personas durante el primer trimestre de 2023 y se situó en 48.196.693 habitantes. Las principales nacionalidades de los inmigrantes extranjeros fueron la colombiana (44.300), marroquí (23.200) y venezolana (21.500), seguidos de peruanos (18.800), ucranianos (11.500), italianos (10.200), Honduras (10.100), Argentina (8.600) y Rumanía (7.100).

Como vemos, en un solo trimestre la población extranjera de lengua nativa no española ascendía aumentó en unos 52.000 habitantes solo de los principales países de procedencia referidos.

De hecho y según el propio INE a finales de 2020, el número de personas originarias de otros países que residían en España era superior a los 5 millones, con un incremento de 137.120 personas respecto al año anterior, cifra a



la que se deben añadir las 41.861 personas que llegaron a España durante ese año por vía marítima o terrestre, encontrándose en situación administrativa incierta. Además, se recibieron 86.154 solicitudes de asilo presentadas en territorio nacional.

En ese sentido la asamblea general de Naciones Unidas acordó en 2018 el **Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular** que entre sus objetivos se encuentran reducir las vulnerabilidades a las que se enfrentan las personas migrantes, protegiendo sus derechos humanos y proporcionándoles atención y asistencia, y crear las condiciones propicias que permitan a las personas que migran contribuir al desarrollo sostenible a nivel local, regional, nacional y global.

La consecución de estos objetivos conlleva garantizar el Acceso Universal a la Salud, definido como el acceso a servicios integrales de salud, adecuados, oportunos y de calidad de acuerdo con las necesidades de las personas y comunidades sin discriminación alguna.

La aprobación del **Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud** estableció que *“Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”*

https://www.sanidad.gob.es/ciudadanos/enfLesiones/enfTransmisibles/sida/INFORMES/DificultadesAccesoServiciosSanitarios_Final_2022.pdf

Por su lado aunque el turismo sanitario español, entendido como aquel que realizan personas que viajan a otros destinos en busca de tratamientos médicos a los que se someten de manera voluntaria, ha perdido fuerza en 2022 sobre todo desde el COVID frente a la creciente competencia el sector, España sigue siendo líder internacional en los tratamientos de fertilidad y reproducción asistida.

En ese sentido durante el año 2022 viajaron a España aproximadamente 39.000 turistas internacionales con el tratamiento de salud como principal motivo del viaje, según las estimaciones elaboradas por Turespaña utilizando los microdatos de la encuesta de gasto turístico del Instituto Nacional de Estadística (INE).

2. LOS HITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DEL PACIENTE A NIVEL INTERNACIONAL

Tras las cifras antes expuestas y situarnos en el tema que nos ocupa es importante repasar los hitos del consentimiento informado a nivel internacional.

Los hitos del derecho al consentimiento informado a nivel internacional, como derecho del paciente y como obligación de los profesionales de la medicina son los siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de **1948**;
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de **1950**;
- Carta Social Europea de 18 de octubre de **1961**;
- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de **1966**;
- Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de **1981**;
- Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de **1989**;
- Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa de **1994**, promovida por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud.

Y nos detendremos en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina de 1997 que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina.

El Convenio es respuesta a la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas,

persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias.

El contenido del convenio:

- Se marca entre sus objetivos la unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para lograr dicha finalidad es la salvaguardia y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
- Tiene presente los rápidos avances de la biología y la medicina.
- Destaca la importancia de garantizar la dignidad del ser humano ante el peligro de la práctica inadecuada de la biología y la medicina
- Se propone que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras.
- Y apunta la necesidad de una cooperación internacional para que toda la Humanidad pueda beneficiarse de las aportaciones de la biología y la medicina.

En ese sentido el Convenio establece los siguientes principios:

La protección y primacía del ser humano. (artículo 1 y 2)

Protección en su dignidad y su identidad garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia.

Acceso equitativo a los beneficios de la sanidad. (artículo 3)

Se pretende garantizar el acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada.

Sometimiento a las obligaciones profesionales y normas de conducta. (artículo 4)

En el sentido de que toda intervención en el ámbito de la sanidad, incluida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso.

Exigencia del consentimiento y protección de menores e incapaces. (artículo 5 y 6)



La exigencia lo es en los siguientes vertientes:

a) Una intervención en el ámbito de la salud sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

b) Consentimiento previa información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

c) En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

d) Si la persona **no tiene capacidad para expresar su consentimiento, en general** sólo podrá efectuarse una intervención cuando redunde en su beneficio directo.

Si se trata de un incapaz o un menor ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, quienes deben ser igualmente informados, sin perjuicio de que la persona afectada intervendrá, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización. Consentimiento que igualmente podrá ser retirado en cualquier momento.

e) Las únicas excepciones a la regla anterior es:

- Que la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud.
- Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada.

f) En cualquier caso serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

El Derecho a la información (artículo 10)

Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.

Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.

Todo lo anterior salvo excepciones justificadas por la ley en interés del paciente.

Reparación de un daño injustificado. (artículo 24)

La persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley.

3. HITOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN NUESTRO PAÍS

En nuestro país, es un hito el Artículo 8, en relación con el 4, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones de información y documentación clínica regula el consentimiento informado:

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general.

Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.



5. *El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento*”.

Por su parte el Artículo 4, de la misma Ley 41/2002, de 14 de noviembre regula el derecho a la información asistencial.

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan du-

rante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

La citada norma legal es considerada como el desarrollo legal del **artículo 43 de la Constitución de 1978** (que regula el derecho a la protección de la salud), plasmando los derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, como anterioridad había regulado la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad**, y a la que completa.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

La STS 140/2021, de 4 de febrero sintetiza toda una línea jurisprudencial en los siguientes términos, interpretando la normativa que acaba de citarse

“Se desprende de dicha regulación que la información facilitada al paciente debe ser la adecuada para que el mismo pueda decidir sobre la actuación sanitaria de que se trate, de manera libre y voluntaria y con los elementos de juicio necesarios, para que la decisión resulte fundada, plasmándola en el correspondiente

consentimiento. El alcance de la información se indica en los citados preceptos y su adecuación al caso supone la comunicación de las opciones en relación con la intervención de que se trate, sus resultados, riesgos y complicaciones previsibles. Como se señala en la sentencia de 29 de junio de 2010 (rec. 4637/2008) “el contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente, es decir a la persona que requiere asistencia sanitaria todos los riesgos a los que se expone en una intervención quirúrgica precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones”.

5. CONCLUSIÓN: EL FACTOR IDIOMÁTICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Si convenimos que el consentimiento informado es un proceso en el que los médicos informan a los pacientes sobre los riesgos, beneficios y alternativas de un tratamiento médico antes de que se realice.

Si el consentimiento informado es un derecho legal del paciente y es un componente importante de la atención médica.

Si el consentimiento informado se basa en la idea de que los pacientes tienen derecho a tomar decisiones informadas sobre su atención médica.

Si los médicos deben proporcionar información clara y comprensible sobre los riesgos y beneficios de un tratamiento, así como cualquier alternativa disponibles.

Si el consentimiento informado es un proceso continuo que comienza en el momento en que el paciente busca atención médica y continúa hasta que se completa el tratamiento y puede ser retirado en cualquier momento.

Si nos atenemos por tanto a las anteriores consideraciones, a los convenios internacionales, a la ley nacional y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, nos parece claro que para que se comprenda la información y se otorgue un consentimiento válido, la comprensión de la len-

gua del documento que pretende probar la existencia de ese consentimiento informado, además de la información previa, presupone el derecho a traducirse al idioma que comprenda el extranjero.

Si una persona no comprende por razones idiomáticas ni la información ni el documento de consentimiento informado que se le presenta, entonces debemos entender que es incapaz de prestar un consentimiento válido.

Como ya hemos explicado con datos en España existe desde hace años el fenómeno del turismo sanitario, pero es que además España es un país que sigue recibiendo inmigrantes a los que se le da cobertura sanitaria incluyendo la cirugía. Si las razones humanitarias son el fundamento de ofrecerse gratuitamente esa sanidad universal que incluya al inmigrante que en muchos casos no conoce la lengua nacional (ya no digamos en muchos casos la autonómica), ese fundamento humanitario y esa prestación universal se incumple si no hay entendimiento de la lengua en que se informa al paciente y se recaba su consentimiento.

Y ello es así porque desde el punto de vista internacional, pero también desde la normativa española, como hemos visto, la información y el consentimiento resultan en todo caso exigibles para el respeto a los derechos humanos y su dignidad como personas.

En ese sentido es claro que si un extranjero recibe asistencia sanitaria en España, por ejemplo una intervención quirúrgica no urgente, el no facilitar una traducción a su idioma que le permita comprender la información y el consentimiento que debe prestar, supone a todos los efectos incumplirse el deber de recabarse el consentimiento informado, con todas las consecuencias que eso implica.

Reiteramos y concluimos por tanto que desde el momento que se presta esa sanidad universal, también a los extranjeros que desconocen el idioma, la obligación de traducción de la información y el consentimiento corresponde al centro sanitario, al sistema de salud en su conjunto.



**ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

902 361 350



RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

Tu profesionalidad, bien cubierta

El seguro Responsabilidad civil profesional es la mejor protección durante el desarrollo de tu actividad profesional. Ponemos a tu disposición un equipo de profesionales con amplia experiencia, preparado para defender tus intereses y ofrecerte el mejor asesoramiento con rigor técnico, todo ello con las mejores coberturas y garantías. Somos tu compañía de referencia en el mercado de responsabilidad civil profesional.

Occident

www.occident.com

14.15.16
NOVIEMBRE 2024

PALACIO DE CONGRESOS "EL GRECO"
P.º DEL MIRADERO, S/N, 45003 TOLEDO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

XXIV CONGRESO
NACIONAL

TOLEDO

