

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 261 | Octubre 2022

ISSN: 2697-1631



El daño voluntariamente causado

Mariano Yzquierdo Tolsada



Contrato de préstamo hipotecario con venta vinculada o combinada de seguros

César García González

Exequatur. Regulación actual

Berta Leal Cañadell

El principio de solidaridad en los daños derivados de la vacunación. Referencia a la vacuna frente a la covid-19

Estefanía Pérez López



Si necesitas motivación,

SOMOS EXIGENCIA.

Contigo, somos uno.



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresa y Tecnología • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADOS

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Educación Inclusiva y Personalizada • Educación y Recursos Digitales • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Asesoramiento Financiero y Bancario • Auditoría de Cuentas • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Administración de Empresas (MBA) • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídica de Empresas • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Interuniversitario en Estudios Avanzados de Derecho Financiero y Tributario • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Enseñanza Bilingüe • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia

¡ÚLTIMOS DÍAS DE MATRÍCULA!

Revista CEFLegal

Núm. 261 | Octubre 2022

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Enrique Arnaldo Alcubilla. Magistrado del Tribunal Constitucional y catedrático de Derecho Constitucional. URJC

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

José Luis Blanco Pérez. Adjunto a dirección. Asesoría Jurídica de la Sociedad Española de Sistemas de Pago

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Lucía Casado Casado. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Nicolás González-Deleito y Domingo. Socio de Cuatrecasas

Pilar Gutiérrez Santiago. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de León

Pablo Hernández Lahoz. Abogado del Estado y director de Asesoría Jurídica de AENA

José Damián Iranzo Cerezo. Magistrado del TSJ de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Carlos Lema Devesa. Catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Esther Muñiz Espada. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

Fabio Pascua Mateo. Catedrático de Derecho Administrativo. UCM y letrado de las Cortes

Antonio Ortí Vallejo. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Granada

Ángel José Sánchez Navarro. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM y letrado del Tribunal Constitucional

Javier Serra Callejo. Secretario del Consejo. Grupo Arcelor Mittal

Francisco Javier Silván Rodríguez. Socio de EY Abogados

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2022) (11 números) 175 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239

Entidad certificada por:



Imprime

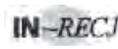
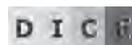
Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

El daño voluntariamente causado: una propuesta de reforma del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro 5-48

Willfully caused damages: a proposal to reform article 76 of the insurance contract Law

1.º Premio «Estudios Financieros» 2022

Mariano Yzquierdo Tolsada

Elementos relevantes en materia de contratos de préstamo hipotecario con venta vinculada o combinada de seguros. Obligaciones de los notarios 49-78

Relevant elements regarding mortgage loan contracts with tied selling or combined sale of insurance. Obligations of notaries

César García González

El *exequatur*. Regulación actual 79-94

The exequatur. Current regulations

Berta Leal Cañadell

Resolución de arrendamiento por ruina o indemnización de perjuicios por negligencia del arrendador (Comentario a la STS de 18 de julio de 2022) 95-98

Casto Páramo de Santiago

Constitucional-administrativo

El principio de solidaridad en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la vacunación. Referencia a la vacuna frente a la covid-19 99-134

Solidarity in the pecuniary liability of public Administrations for damages arising from vaccination. Reference to the vaccine against covid-19

1.º Premio «Estudios Financieros» 2022

Estefanía Pérez López

Casos prácticos

Civil

Curación de lesiones y seguro obligatorio de viajeros Adelaida Medrano Aranguren	135-139
Contrato con una entidad bancaria de producto financiero José Ignacio Esquivias Jaramillo	140-146

Administrativo

Expropiación forzosa urgente; procedimiento y competencia de la Administración local Julio Galán Cáceres	147-170
Acto de entrega de los Premios Estudios Financieros 2022	171-174
Normas de publicación	175-176

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>

El daño voluntariamente causado: una propuesta de reforma del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro

Mariano Yzquierdo Tolsada

Catedrático de Derecho Civil.

Universidad Complutense de Madrid

myzquito@telefonica.net | <https://orcid.org/0000-0002-5193-4642>



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Carlos Lema Devesa, don José Luis Blanco Pérez, don Pablo Hernández Lahoz, doña Esther Muñoz Espada, don Javier Serra Callejo y don Francisco Javier Silván Rodríguez.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

La ley entiende, desde 2001, que «no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes». Después de décadas de jurisprudencia contradictoria, el legislador puso orden: si alguien toma un automóvil como arma homicida y, sustituyendo por él la navaja o el veneno, mata o lesiona intencionadamente a alguien, el siniestro no está cubierto por el seguro.





Pero la Sala 2.^a del Tribunal Supremo trata de encontrar argumentos para aplicar la regla al mínimo número de supuestos posible. Y sucede que en otros seguros de responsabilidad civil distintos de los de automóviles (y, señaladamente, los SRC profesionales), las espadas siguen en alto. A la espera de la aprobación de una nueva Ley de contrato de seguro es urgente que se modifique el artículo 76 en la misma línea en la que se modificó en 2001 el régimen del seguro de automóviles, a fin de que se comprenda que el derecho a repetir del asegurado lo que pagó por el hecho doloso de este no significa que, pronunciada una sentencia condenatoria y admitido en ella el dolo del asegurado, ello comporte la condena del asegurador. Antes bien, debe tratarse de un derecho de este a recuperar lo que pagó ignorando que el hecho había sido doloso. Solo así será cierto que el dolo no es asegurable en España, como no lo es en Alemania ni en Francia ni en Italia.

Palabras clave: responsabilidad civil; seguro; hecho de la circulación; acto doloso; derecho de repetición.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Cómo citar: Yzquierdo Tolsada, M. (2022). El daño voluntariamente causado: una propuesta de reforma del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro. *Revista CEFLegal*, 261, 5-48.



Willfully caused damages: a proposal to reform article 76 of the insurance contract Law

Mariano Yzquierdo Tolsada

Abstract

The law understands, since 2001, that «those derived from the use of the motor vehicle as an instrument of the commission of intentional crimes against persons and property will not be considered traffic events». After decades of conflicting case law, the legislator made a clear decision: if someone takes a car as a murder weapon and, substituting it for a knife or poison, intentionally kills or injures someone, the case is not covered by insurance.

But the 2nd Chamber of the Supreme Court tries to find pretexts to apply the rule to the minimum possible number of assumptions. And it happens that in civil liability insurance other than automobile insurance (and, notably, the professionals), things remain unclear. Pending the approval of a new insurance contract Law, it is urgent that article 76 be modified along the same lines in which the automobile insurance regime was modified in 2001, in order to that it is understood that the insured's right to recover what he paid for his fraudulent act does not mean that, once a conviction is pronounced and the insured's fraud is admitted, this entails the conviction of the insurer. Rather, it must be a right to recover what he paid, ignoring that the act had been intentional. Only an interpretation like this will mean that, in effect, the fraud is not insurable in Spain, as it is not in Germany, France or Italy.

Keywords: civil liability; insurance; traffic fact; malicious act; right of recovery.

Citation: Yzquierdo Tolsada, M. (2022). El daño voluntariamente causado: una propuesta de reforma del artículo 76 de la Ley del contrato de seguro. *Revista CEFLegal*, 261, 5-48.



Sumario

1. Introducción, a modo de muestrario de casos
 - 1.1. Una peculiar ambulancia y un heroinómano irritado
 - 1.2. Dos trampas judiciales: la teoría del repentino cambio de propósito viario y la metamorfosis de los seguros de responsabilidad civil
 - 1.3. El *cazador* de hombres
 - 1.4. El abogado estafador y la procuradora codiciosa
 2. Planteamiento de la cuestión y propósito del trabajo
 3. Los daños dolosos y el seguro de responsabilidad civil
 - 3.1. La anarquía jurisprudencial de finales del siglo XX
 - 3.2. El reconocimiento de la acción directa contra el asegurador en el Código Penal
 - 3.3. Los tipos de dolo excluidos de la discusión
 - 3.3.1. Dolo en delitos distintos a la conducta productora del daño
 - 3.3.2. Dolo eventual
 - 3.3.3. Especial atención al dolo del dependiente del asegurado
 - 3.4. El cambio legislativo de 2001 y la rebeldía de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo
 - 3.5. Nuevo cambio de criterio jurisprudencial: el Acuerdo General de 24 de abril de 2007, la *momentánea* obediencia de la Sala 2.^a y sus nuevas rebeldías
 - 3.6. ¿Y los demás seguros de responsabilidad civil?
 4. Conclusión y propuesta de nueva regulación
- Referencias bibliográficas

1. Introducción, a modo de muestrario de casos

1.1. Una peculiar ambulancia y un heroinómano irritado

La ambulancia arrancó repentinamente y, a toda velocidad, arremetió en sentido contrario a la marcha contra el conductor de la Vespa. La condena del conductor fue por homicidio frustrado y falta de amenazas. La responsabilidad civil tuvo que ser satisfecha por la aseguradora, pues la STS de 12 noviembre de 1994 (rec. núm. 1135/1994) entendió que:

causa ilícita y enriquecimiento injusto vedan la reclamación del asegurado contra el asegurador por hechos suyos dolosos [...] pero no vedan la reclamación del tercero perjudicado y, por eso, otorgan al asegurador su derecho de repetición contra el responsable penal (lo que no ocurre en casos no dolosos).

Poco tiempo después, la STS de 10 julio de 1995 (rec. núm. 633/1994) se pronunció en sentido diametralmente contrario. Después de fumar heroína, uno de los fumadores exigía del otro más droga. Uno de ellos, tomando el vehículo, atropelló intencionadamente al otro, que quedó aplastado contra la barandilla. Esta vez hubo homicidio consumado, pero el Tribunal Supremo prefirió que prevaleciera el seguro y sus estipulaciones, que excluían los hechos dolosos.

1.2. Dos trampas judiciales: la teoría del repentino cambio de propósito viario y la metamorfosis de los seguros de responsabilidad civil

¿Y si todo se hace depender del momento en el que aparece el dolo en la mente del delincuente? Veamos: el conductor del automóvil vio por el espejo retrovisor izquierdo que Ana María se acercaba, así que decidió girar el volante bruscamente a la izquierda para provocar su caída. Fue condenado por la STS de 7 febrero de 2001 (rec. núm. 1601/1999) como autor de un delito de lesiones, pero el Alto Tribunal entendió ahora que el asegurador podría rechazar el siniestro si se hubiera acreditado que el automóvil se utilizó *exclusivamente*

con el objeto de dañar, pero no cabe tal rechazo cuando se aprovecha la circulación para agredir voluntariamente a alguien.

Más difícil todavía: ¿por qué no tratar de una manera a los seguros obligatorios y de otra a los seguros voluntarios? Aquel individuo irrumpió con el automóvil por una calle cerrada al tráfico y decidió atropellar a cuantas personas se encontró a su paso. La STS de 16 abril de 2011 (rec. núm. 10972/2010) entendió que si el legislador expulsó en 2001 a los hechos dolosos del campo del seguro precisando que la utilización de un vehículo, no como medio de transporte sino como arma homicida, no es un *hecho de la circulación*... ello hay que entenderlo limitado al seguro *obligatorio* de automóviles, porque en el *voluntario*, la *exceptio doli* no es oponible a la víctima.

1.3. El cazador de hombres

Cogió su escopeta, le metió dos cartuchos, se la puso al hombro y se dirigió a Las Casicas donde esperaba encontrarse a Francisco. Así fue, y ya a un metro de este, sin mediar palabra, le disparó para después presentarse voluntariamente en la comandancia de la Guardia Civil. Hubo condena por asesinato, pero la STS de 11 febrero de 1998 (rec. núm. 1494/1996) dijo que si el autor del delito tenía concertada una póliza de seguro del cazador que cubría la responsabilidad civil del asegurado «por la posesión y limpieza de armas», como para matar a alguien con una escopeta es necesario poseerla, el seguro del cazador no puede excluir su responsabilidad.

1.4. El abogado estafador y la procuradora codiciosa

La compañía de seguros entregó a los cuatro hijos de la fallecida en accidente de circulación un cheque por importe de 11 millones de pesetas, a cambio de que renunciaran a las acciones que había ejercitado, y con el compromiso de reintegrar a la entidad la indemnización que ellos pudieran obtener si fueran condenados terceros implicados. El abogado recomendó el ingreso del cheque en un banco a la espera del resultado de las diligencias judiciales, pero lo ingresó en su propia cuenta y no lo devolvió. Se le condenó por estafa, y su seguro de responsabilidad civil (en adelante, SRC) profesional fue condenado por la STS de 22 junio de 2001 (rec. núm. 3025/1999), pues si la póliza excluía como riesgo las infracciones del deber profesional hechas a sabiendas, el tercero inocente es ajeno a todo ello.

Aquella procuradora representaba a la caja de ahorros, y recibió del juzgado dos mandamientos de devolución expedidos en favor de la caja, resultado de sendos procedimientos de ejecución hipotecaria. Pero la procuradora prefirió ingresar los importes en su cuenta. La STS de 25 julio de 2014 (NCJ058626) confirmó la sentencia de instancia, de modo que doña Andrea quedó condenada por apropiación indebida, pero la aseguradora del colegio de procuradores fue también condenada a responder directamente.

2. Planteamiento de la cuestión y propósito del trabajo

Es llamativo que, 42 años después de la promulgación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (en adelante, LCS), subsista la paradoja: por un lado, que el comportamiento doloso no es asegurable en un postulado que, de puro obvio, no requiere demostración. Así lo establece el artículo 19 de la LCS: «El asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». Pero, al mismo tiempo, la concreta manera de plasmar una prohibición semejante en el SRC se ha convertido en una eterna asignatura pendientes de nuestro derecho del seguro.

El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero (art. 76).

Ello podía tener cumplida justificación cuando nuestro ordenamiento no contaba con una regulación completa y ordenada del contrato de seguro, y entonces había que dotar de vocación general a las pocas disposiciones que decían algo sobre el dolo del asegurado en determinados y singulares ramos. Con anterioridad a la Ley de contrato de seguro, las escasas menciones al hecho doloso se concentraban en los artículos 396, p.º 2.º y 423 del CCom. El primero excluía la responsabilidad del asegurador por incendios ocasionados por el delito del asegurado. El segundo dejaba fuera de la cobertura del seguro de vida el caso del suicidio del asegurado (Alonso Soto, 1977, pp. 350 y ss.).

De siempre fue pacífico en la doctrina que un acto realizado de manera deliberada por el asegurado se coloca fuera del terreno del contrato de seguro, cuya esencia –decía el maestro Garrigues (1967, p. 25)– es colocar lo seguro en el lugar de lo inseguro. Si la incertidumbre se sustituye por la certeza, ya no estamos ante una exclusión de la cobertura, sino directamente ante una circunstancia inasegurable. Una exclusión supone un previo encierro, pero cuando hablamos de dolo, existe un hecho ansiado, directamente deseado. Se ha dicho que «el dolo pertenece a otra galaxia, es de otro mundo» (González-Haba, 1995, p. 12). No es un hecho asegurado porque no es un hecho asegurable. Con insistencia ha señalado Soto Nieto (1997, p. 21) que «el concierto del seguro juega con factores de aleatoriedad, dubitación, aporía, incertidumbre».

Ello mismo pone de manifiesto que, junto a las razones de pura técnica de contratos en particular, es la propia doctrina general del contrato la que se encarga de proscribir el aseguramiento de los hechos dolosos. La STS de 8 julio de 1992 (Rec. núm. 247/1991) indica que «este caso de utilización intencionada del coche para matar a una persona está fuera del contexto contractual, por ser de por sí una causa ilícita (art. 1.305 del Código Civil)». La última razón de ser de tan unánime repulsa hay que encontrarla, pues, en la oposición

abierta del riesgo ilícito a los dictados de la moral y del orden público (STS de 14 marzo de 1991 [RJ 1991, 2139]), y a todas las previsiones técnicas y actuariales con que cuenta y desde donde parte el asegurador. «Una patente causa ilícita, por su raíz de inmoralidad, no solo priva al contrato de consistencia, sino que fulmina todo viso de validez y existencia» (Soto Nieto, 1997, pp. 85 y 86).

Ni que decir tiene que todas las consideraciones críticas que se puedan hacer sobre el fenómeno de la «responsabilidad por aseguramiento» merecen aquí un especial énfasis. Mal está, en general, que se pueda decir que una persona responda, aunque no se den las condiciones para que nazca la responsabilidad, por el solo hecho de que tiene a un asegurador que le cubre las espaldas. Pero es que, en definitiva, el propio orden público impone que ese que Viney (1965, pp. 166 y ss.) llama *déclin de la responsabilité individuelle* que representa la socialización del riesgo por obra del seguro se detenga, por lo pronto, en los casos de conductas intencionadas del asegurado. De poco ha de valer que el asegurador se esfuerce en introducir franquicias y otros mecanismos que provoquen en la población asegurada la sensación de que no es igual actuar imprudentemente que hacerlo con diligencia si, de entrada, estamos admitiendo que todo aquel que se albergue en una insolvencia provocada a fin de asegurar el fracaso de una eventual acción de regreso del asegurador puede erigirse en un delincuente en potencia sin demasiado riesgo patrimonial (Soto Nieto, 1997, p. 30). Contra esto se podrá decir que lo que nunca cabrá en la mente de un individuo de semejante catadura moral es la idea de que el seguro le protegerá de la sanción penal, pero qué duda cabe de que la pena es en lo que menos piensa el asesino cuando planea lo que quiere hacer. Y si encima se le dice que, al menos momentáneamente, él no tendrá que soportar las consecuencias de la reclamación económica de la víctima o de los familiares de esta, no le faltarán alicientes para sustituir la navaja, el explosivo o el veneno por el automóvil asegurado.

Admitido el punto de partida, es claro que la inasegurabilidad de los hechos dolosos tuvo que surgir primeramente en los seguros de daños diferentes al de responsabilidad civil. Señaladamente, en el de incendio, a fin de reducir o eliminar el incentivo del que busca asegurar un bien por más valor del que realmente tiene para después destruirlo y cobrar la indemnización, o, sencillamente, del que, consciente de que la suma asegurada es superior al valor del interés asegurado, hace lo propio. El análisis económico añade a la prevención de los incentivos perversos uno nada desdeñable: «Si quedaran cubiertos por las pólizas de seguro los siniestros dolosos, subiría enormemente el precio de las primas, lo que expulsaría a los mejores riesgos (esto es, aquellos menos susceptibles de producir daños dolosos) del mercado» (Gómez Pomar y Arquillo Colet, 2000, p. 2). Pero, con o sin análisis económicos, que los daños dolosamente causados por el asegurado no estén cubiertos por ningún tipo de seguro es algo que constituye un principio esencial a todo seguro de daños, pues «la conducta dolosa supone la desaparición de la aleatoriedad propia de todo contrato de seguro» (Reglero Campos, 2014, p. 1499).

Sin embargo, en el SRC, el llamado a cobrar la indemnización no será nunca, por definición, el asegurado, y ello otorga unos perfiles diferentes a la prohibición de aseguramiento.

Desde luego, la inmensa mayoría de la población asegurada no está por la labor de tener que pagar una prima más elevada para que queden cubiertos daños que, como los dolosos, no entra en sus cálculos ocasionar jamás. Pero además, ¿será conveniente –pregunta Soto Nieto (1997, p. 30; también 1998, p. 96)– que las compañías, antes de concertar un SRC, agoten una información individualizada sobre la insolvencia y condiciones morales del solicitante? Ciertamente, la labor es demasiado gravosa para tan poco fruto: como dicen Gómez Pomar y Arquillo Colet (2000),

el asegurado prefiere una póliza más barata, pero que le permite trasladar la misma porción de riesgo sobre la Compañía de seguros. La exclusión de la asegurabilidad del dolo en el seguro de la responsabilidad civil es, pues, una solución que beneficia tanto a la Compañía como al propio asegurado.

La Ley de contrato de seguro, a diferencia de lo que sucedía en el Código de Comercio, prefirió extraer el problema de la sede propia del seguro de incendios, para llevar la prohibición a la parte general del régimen del seguro. De esta manera, aunque las pólizas nada dijese sobre la exclusión de los daños que el asegurado cause de forma dolosa, el artículo 19 de la LCS dispone rotundamente: «El asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». Ello es una lógica derivación de lo que para la responsabilidad en general establece el artículo 1102 del Código Civil al declarar nula la renuncia a la acción para exigir la responsabilidad procedente de dolo (así también para el derecho italiano y el francés, Donati, 1960, p. 400 y Lambert-Faivre, 1979, pp. 661 y ss.). Cuando alguien provoca voluntariamente un daño, no puede decirse que se ha realizado el riesgo, sino la voluntad del asegurado, o si se prefiere, no es que el riesgo desaparezca, sino que se trata de un riesgo que por exigencia de la ley resulta inasegurable. Como dice Veiga Copo (2009, p. 640), «un siniestro provocado dolosamente por el asegurado significa hacer recaer la verificación del evento en la voluntad exclusiva de una de las partes del contrato, fracturándose así el principio general consistente en que el asegurador cubre o garantiza las pérdidas o daños ocasionados por los casos fortuitos, noción que incluye los hechos de terceros, aun los intencionales, que son fortuitos respecto del asegurado, y por sus hechos culpables, dentro de ciertos límites».

El problema no existiría de no ser porque junto al artículo 19, la propia Ley de contrato de seguro introdujo en el esquema del riesgo asegurado una sensible modificación, que se deduce del artículo 76. Este, después de reconocer a la víctima la posibilidad de entablar la acción directa contra el asegurador, reconoce «el derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este el daño o perjuicio causado a tercero». ¿Quiere ello decir que el comportamiento doloso dejó de ser, con la Ley 8/1980, un riesgo no asegurable? La pregunta, desde luego, tiene cabal sentido ante la aparente contradicción que supone una norma cuando se coteja con la otra. Y téngase en cuenta que la misma acción directa está prevista en el artículo 6, p.º 1.º del texto refundido

de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor (TRLRCS, en adelante) y 9.2 y 9.3 de su reglamento (en lo sucesivo, RRCS), con la consiguiente facultad de repetición (arts. 7, p.º 1.º a y 15 1.b RRCS)¹.

Veamos sin más dilación cuáles son las concretas fórmulas posibles que conoce el derecho para plasmar en la práctica la prohibición de aseguramiento de los daños causados intencionadamente.

La primera y más expeditiva es el mecanismo puro y duro de la exclusión absoluta de la cobertura: si el hecho doloso vive extramuros del mundo del seguro, el damnificado solamente podrá ejercitar su acción contra el causante del daño. La situación sería equivalente a lo que sucede en el seguro de daños cuando el asegurado destruye deliberadamente el objeto asegurado para cobrar la indemnización. Es la fórmula que encontramos en los ordenamientos de nuestro entorno.

En efecto, hay sistemas que, como sucede con el español, se limitan a proscribir el dolo en sede general de los seguros contra daños, pero luego nada dicen en concreto sobre el dolo en el SRC. Así, el artículo 114 de la Ley de seguros de Argentina: «El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad». Parecidamente, en el artículo L 113.1 del *Code des Assurances* francés se establece:

Las pérdidas y daños causados por caso fortuito o culpa del asegurado correrán a cargo del asegurador, salvo exclusión formal y limitada contenida en la póliza. Sin embargo, el asegurador no es responsable por pérdidas o daños provenientes de conducta intencional o dolosa del asegurado.

Naturalmente, siempre se puede decir que si en los preceptos correspondientes al SRC (arts. L. 124-1 a 124-5) nada se establece, será porque tampoco en ellos puede el perjudicado pretender con éxito que el asegurador sufrague los daños causados intencionadamente por el asegurado. Ese es precisamente el problema de nuestra normativa: en sede general, el artículo 19 de la LCS proscribía el aseguramiento del hecho doloso, pero después, en el SRC, el artículo 76 contiene la misteriosa mención al dolo que motiva las presentes páginas.

En cambio, en Alemania, la exclusión del dolo del mundo del seguro se reproduce en el de responsabilidad civil: el § 152 de la *Versicherungsvertragsgesetz* establece:

El asegurador no será responsable cuando el hecho cometido por el asegurado y por el que deba responder frente al tercero haya sido causado intencionadamente.

¹ El texto refundido se aprobó por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre. El reglamento lo fue por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero.

Del mismo modo, el artículo 1917, p.º 1.º del Código Civil italiano dispone:

Por medio del seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado por todo cuanto, como consecuencia de un hecho ocurrido durante la vigencia del contrato y de acuerdo con la cobertura prevista en el mismo, deba pagar a un tercero. Quedan excluidos los daños que deriven de hechos dolosos.

El segundo mecanismo posible es el de la exclusión relativa de la cobertura: a la víctima nunca será oponible por el asegurador la exclusión de la cobertura de los hechos dolosos, de modo que la compañía habrá de satisfacer la indemnización; pero, una vez satisfecha, dispondrá de una acción de regreso contra ese asegurado que provocó voluntariamente el siniestro, pudiendo así aspirar a recuperar lo pagado. Es una fórmula de «cobertura a medias» (Soto Nieto, 1997, p. 25; de «afán conciliatorio y armonizador» en 1998b, p. 2), que Atienza Navarro (1998, p. 169) ha calificado de «diplomática», pues el dolo sigue, ciertamente, sin estar cubierto, pero solo *inter partes*: llegado que sea el caso de que el asegurador que ha pagado al damnificado intente la acción de regreso, el patrimonio del asegurado no se encontrará a salvo de las consecuencias, mas todo ello en nada afectará a un derecho que, como el del perjudicado, es por completo independiente. Lo que a este interesa es que se le resarzan los daños, siendo para él relativamente indiferente que quien lo haga sea el causante de los mismos o una compañía aseguradora que se tiene que hacer cargo de ellos momentáneamente para después, si puede y quiere, hacer valer el contrato de seguro precisamente frente a quien fue parte del mismo. De esta forma –dice la STS, Sala 2.ª de 23 de abril de 2019 (recurso de casación núm. 762/2018)– el asegurado «no se beneficia de su propia conducta dolosa, y la víctima tampoco resulta perjudicada por la acción de aquel, ejecutada dentro del ámbito previsto en una póliza de seguros de responsabilidad civil».

Existe también lo que constituye hasta cierto punto una posición intermedia. Según ella, los daños causados dolosamente se encontrarán cubiertos si en el contrato no se ha incluido una cláusula de expresa exclusión, y quedarían excluidos de la cobertura en caso contrario (así, Carro del Castillo [1982, pp. 971 y ss.]. También en Clavero Ternerero [1995, p. 22]). De ser así, el debate se trasladaría en buena medida al terreno de la distinción entre seguros obligatorios y seguros voluntarios de responsabilidad civil, pues en los primeros, al encontrarse tasadas legalmente las causas de exclusión de la cobertura, el asegurador no tendría la posibilidad de valerse de otras excepciones. Consecuentemente, solo cuando la *exceptio doli* esté comprendida entre tales causas legales podrá el asegurador rechazar con éxito el siniestro. De hecho, existen ordenamientos, como el belga, en los que el régimen de excepciones oponibles por el asegurador es uno u otro según el seguro sea obligatorio o no lo sea (arts. 87.1.1 y 87.2.1 de la Ley de 22 de julio de 1992. Puede verse Fontaine [1996, pp. 326 y ss.] y De Rode y Fontaine [1995]). Como tendremos ocasión de ver, al menos en el terreno de la responsabilidad civil automovilística, la evolución legislativa ha conocido etapas en las que la normativa podía invitar a pensar en la viabilidad de esta forma de pensar (*vid. infra*, 3.5).

Ha sido mayoritaria –nunca unánime– la segunda interpretación, y ciertamente a tal postura invita fácilmente el tenor del artículo 76 de la LCS. Como ha dicho Reglero Campos (2014, p. 1.494), la cuestión es dudosa

porque el art. 76 LCS alude precisamente a esta conducta como circunstancia por la que el asegurador dispone de un derecho de repetición contra el asegurado; lo que, dicho después de conceder acción directa al perjudicado, equivale de hecho al reconocimiento de la obligación del asegurador frente al tercero también en estos casos, por muy censurable que sea la norma.

La misma opinión se ha mantenido por bastantes autores, y también los ha habido que han reconocido haberlo hecho en un inicio pero después han cambiado de opinión. Ese fue el caso de Yzquierdo Tolsada (1989, p. 390), que comenzó diciendo que el dolo solamente queda fuera de la cobertura en las relaciones internas entre asegurador y asegurado, pero no es oponible frente al perjudicado: «Efectuado el pago, la Compañía podrá, eso sí, repetir contra el asegurado por el hecho de haber pagado la indemnización a un tercero indebidamente (y) sin haber podido oponer a la víctima lo que sí era oponible al asegurado». Reconoció este autor después (2001, p. 522 y 2007, pp. 193 y ss.) que su cambio de postura se debió al convincente voto particular de la STS de 29 de mayo de 1997 (recurso de casación núm. 1302/1995), de la que se va a dar cumplida noticia.

La misma evolución se da en el caso de Calzada Conde (1983), para quien el derecho de repetición del artículo 76 no hace más que confirmar que «la cuestión de cobertura o relación interna asegurado-asegurador no afectará, en su caso, a la relación externa asegurador-tercero» (p. 13). Pero más adelante afirmaba:

Cuando alguien ocasiona intencionadamente un daño no se ha realizado un riesgo sino la exclusiva voluntad del agente. Por tanto y en rigor no es que se trate de un supuesto de riesgo inasegurable, sino de un supuesto inasegurable porque no es un riesgo (Calzada Conde, 2005, p. 38).

Posibilidad de rechazar el siniestro o inoponibilidad del dolo y derecho de regreso. Dos soluciones doctrinales irreconciliables. Y adelanto que, como la segunda es la que cuenta con más adeptos, no extraña nada que haya resultados tan perversos como los que ofrece un Tribunal Supremo que dice, sin que a nadie le tiemble el pulso, que si un abogado estafa a 45 ancianos y se queda con sus pensiones o se apropia de las indemnizaciones por fallecimiento, debe ser el SRC profesional quien se haga cargo (así, la STS de 11 de febrero de 2005 [recurso de casación núm. 1738/2003]). O que si el importe de la ejecución de una hipoteca no es entregado por el procurador a su cliente, sino que lo ingresa en su propia cuenta, el seguro tomado por el colegio de procuradores será el responsable (STS de 25 de julio de 2014 [NCJ058626]). O que por el asesino de la escopeta responde el seguro del cazador (STS de 11 de febrero de 1998 [recurso de casación núm. 1494/1996]). Trataré en estas páginas de exponer las contradicciones jurisprudenciales, los curiosos avatares sufridos por esta cuestión y, finalmente, de proponer un cambio legislativo que aclare las cosas.

3. Los daños dolosos y el seguro de responsabilidad civil

3.1. La anarquía jurisprudencial de finales del siglo XX

Buena parte de la doctrina se alineó dentro del pensamiento mayoritario propicio a la inoponibilidad de la *exceptio doli*, aunque de un modo ciertamente resignado, casi a regañadientes. El artículo 76 de la LCS se presentaba como la solución querida por un legislador que hizo fuertes alardes de demagogia: la concurrencia del dolo nos situaba fuera del campo del seguro, ya porque la propia ley lo dijera en su parte general (art. 19 LCS), ya porque lo dijera la póliza, ya porque lo dijera el sentido común. Pero lo cierto es que el tenor del precepto (acción directa «sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero») llevaba de la mano a pensar que el asegurador tiene que pagar a la víctima, para después repetir, si quiere, del asegurado que obró con dolo. Se podía entonces mantener que la *superficie* de protección prevista en el contrato de seguro es más reducida a la que la ley quiere dispensar al perjudicado. Ante la aparente claridad del texto de la ley, se decía que «no vale recurrir a otros criterios de interpretación para hacer decir al texto lo que el texto no dice» (Yzquierdo Tolsada, 2001, p. 522).

La idea de la inoponibilidad de la *exceptio doli* anidó en la jurisprudencia penal con alguna comodidad. Es muy reveladora la STS de 12 de noviembre de 1994 (rec. núm. 1135/1994), la primera que se ha relatado en la introducción: «Atendiendo a las reglas de interpretación (art. 3 CC), la literal del artículo 76 es clara, [...] y que la finalidad del legislador ha sido la de prioridad en la protección de la víctima es manifiesta». El supuesto era de lesiones causadas por una ambulancia al conductor de una motocicleta, con calificación de homicidio frustrado.

Fue muy llamativo que menos de medio año después se dictara la STS de 10 de julio de 1995 (rec. núm. 633/1994), de la que también se dio noticia en la introducción. Se trataba de un caso en el que, después de fumar heroína, uno de los componentes del grupo resultó conminado por otro a que le diera el resto de la droga que tenía. Este se negó, y bajó del coche llevando consigo las llaves del vehículo. El despechado originó una pelea y sustrajo la droga del bolsillo de su oponente, que se fue de allí caminando, tras arrojar al suelo las llaves. Airado, cogió las llaves del suelo, subió a su vehículo,

y enfiló por la calle hacia el lugar por donde se iban los otros dos, fuertemente afectado por lo que acababa de ocurrir y con sus facultades intelectivas y volitivas afectadas por la dosis de heroína que acababa de tomar, y al llegar a la altura de Rafael y Juan, [...], giró el volante con intención de atropellarle, lo que hizo.

Rafael murió, y Antonio fue condenado como homicida. La sentencia dispone:

Por muy inspirado que esté nuestro sistema de seguro obligatorio del automóvil por finalidades sociales de cobertura de los derechos de las víctimas de sinies-

tros de la circulación, [...] no llega a prescindir de una base contractual que es el contrato de seguro, [...] los hechos dolosos no pueden ser previstos en ningún contrato [...] pues no se puede garantizar la realización de un acto ilícito [imagino que quiere decir ilícito doloso].

La resolución remata diciendo que esta es justo la línea seguida por la Sala 2.^a «con alguna excepción aislada», pero tal *excepción aislada*, precisamente la referida en el párrafo anterior, había sido meses antes redactada precisamente por el mismo ponente que esta.

No es ello más que una anécdota dentro del panorama de auténtico «deshojar la margarita» con el que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nos sorprendió durante los últimos 12 años del pasado siglo. Encontramos primeramente cinco sentencias en las que se declara que ninguna responsabilidad contrae el asegurador respecto de la víctima del hecho doloso: son las SSTs de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2195), 27 de noviembre de 1989 (RJ 1990, 788), 22 de diciembre de 1989 (RJ 1990, 923), 14 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2139) y 8 de julio de 1992 (rec. núm. 247/1991). Después vino un cambio de criterio en la citada STS de 12 de noviembre de 1994 (rec. núm. 1135/1994). Vuelve a alinearse en esta idea, aunque *obiter dictum*, la STS de 21 de noviembre de 1994 (rec. núm. 924/1994). Y, a continuación, la STS de 10 de julio de 1995 (rec. núm. 633/1994) regresó al criterio originario.

Con todo, la importante STS de 29 de mayo de 1997 (recurso de casación núm. 1302/1995) supuso un antes y un después, por lo que significó el voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto (con adhesión del Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego), pues son los propios términos del precepto los que ofrecen la posibilidad de una interpretación bien distinta. El supuesto era el siguiente: movido por una fuerte enemistad contra quien iba a ser su víctima, Juan toma el vehículo, se dirige a la verbena y, a la salida, lo pone en marcha con las luces de posición para pasar inadvertido y arremete contra Manuel, que caminaba por el borde de la carretera, y contra Esteban, su acompañante. Inmediatamente después escapó. Murió Manuel a los pocos días, y Esteban resultó con graves lesiones.

La condena fue por un asesinato consumado y otro frustrado, y contenía una responsabilidad civil de 30 millones de pesetas. La sentencia, sin embargo, absolvió a La Estrella, SA. En casación, se dio la razón a los recurrentes, pero los dos magistrados citados formularon voto particular.

Dejemos de lado ahora las lógicas apelaciones a la contradicción palmaria que existe entre el dolo y el concepto mismo de riesgo, así como la solución que merezca o pueda merecer la asegurabilidad o no asegurabilidad del hecho doloso, o si el asesinato por medio de un vehículo de motor es o no un «hecho de la circulación». Por mucho que las preguntas merezcan respuesta negativa, de lo que parecía no haber duda –y así lo habían acordado los magistrados en el pleno no jurisdiccional de diciembre de 1994– es del tenor de la norma, que es sumamente claro, aunque resulte terrible: si el perjudicado tiene acción directa para exigir del asegurador el cumplimiento de la obligación de indemnizar será por-

que, a pesar de que el dolo viene excluido en la póliza y en los preceptos que la ley dedica al seguro en general (art. 19), hay una excepción para el SRC, de manera que el asegurador ha de pagar. La no cobertura del dolo es precisamente lo que le da su derecho a repetir: juega *inter partes*, pero no frente al perjudicado. No es que el dolo se pueda asegurar, sino que la no asegurabilidad de los comportamientos dolosos solamente despliega sus efectos entre las partes del contrato de seguro.

El voto particular da con otra posible interpretación del precepto *desde su mismo tenor* (he ahí la novedad), muy hábil², y que además casa perfectamente con los restantes criterios de interpretación de las normas: la vía de regreso en caso de que el daño haya sido doloso no necesariamente debe significar que se encuentre el asegurador obligado al pago de la indemnización en todo caso, incluso en el supuesto de dolo, quedándole luego el consuelo de una eventual repetición que probablemente no encuentre éxito. Puede también defenderse esto otro: el perjudicado o sus herederos han sido convenientemente indemnizados por el asegurador, pero *después* se descubre que el daño fue causado dolosamente. Pagó el asegurador porque creía que debía hacerlo (y también para evitar los intereses moratorios que prevé el art. 20 LCS). Y es ahora cuando puede el asegurador recuperar lo pagado: no es propiamente una acción derivada del *pago de lo indebido* (si así fuera, a quien se exigiría la devolución es a quien cobró), sino del propio contrato de seguro: el asegurador ha tenido que pagar por algo que no se encuentra cubierto por la póliza, y *después* se inician, por ejemplo, unas diligencias penales y se descubre que el individuo utilizó el vehículo, no para trasladarse, sino para matar. Sustituyó la pistola por el automóvil, que deja por un momento de ser medio de transporte para convertirse en arma mortal. No es lo mismo que la conducción embriagada, que sí es un hecho de la circulación. También el seguro del cazador debe hacerse cargo de los accidentes, por muy negligentes que sean, ocurridos en el desarrollo de la caza, pero no cuando la escopeta de caza es utilizada para cometer un atraco en un banco.

La interpretación deja fuera al dolo del ámbito del seguro. Iniciado un procedimiento penal por asesinato, y condenado criminal y civilmente el asesino, no cabrá decir que el perjudicado tiene la acción directa contra el asegurador, pues esa acción está para otra cosa. El descubrimiento del dolo es posterior al pago, y por eso ahora se repite del asegurado, tratando de reestablecer un equilibrio de las prestaciones en el cual la prima respondía precisamente a un determinado diseño del ámbito objetivo de la cobertura.

Desde luego, da la impresión de que el legislador quiso configurar la acción directa como lo quisieron hacer en esta sentencia los magistrados que formularon el sentir mayoritario de la sala: con plena inoponibilidad del dolo, y exclusión del mismo solo *inter*

² Y que su autor ha tenido ocasión de desarrollar en numerosos trabajos (1997, pp. 19 y ss.; 1998b, pp. 75 y ss.; 29 de mayo de 2001, pp. 14 y ss.; 2001, pp. 83 y ss.) Con posterioridad, pueden verse las «Columnas de lo penal» del Diario La Ley de 28 de julio de 2004 y 24 de marzo de 2005.

partes. El voto particular hace decir a la ley lo que no sabemos si quiso decir o no el legislador. Si no lo quiso hacer, el parecer de los disidentes se expresa sin forzar los términos legales, y con el convencimiento de que el propósito inicial de la modificación introducida en el anteproyecto de ley era el correcto, pero no se vio acompañado de la necesaria reflexión parlamentaria. Y también es verdad que la ley, una vez promulgada, es «criatura con voz propia», y que no siempre han de coincidir la *voluntas legis* con la *voluntas legislatoris*. Si los antecedentes legislativos del precepto dicen una cosa, pero cabe entender que la realidad social del tiempo en que la norma ha de aplicarse, el criterio sistemático y el espíritu y finalidad de la misma dicen otra (art. 3.1 CC), bien puede mantenerse esta interpretación. Ya la referida STS de 14 marzo de 1991 (RJ 1991, 2139) había dejado dicho que el artículo 76 de la LCS «no dice que las entidades aseguradoras estén obligadas a resarcir al perjudicado en los supuestos de que el siniestro sea debido a conducta dolosa del asegurado», y que una interpretación acorde con los criterios generales del derecho del seguro «debe llevar a entender que la obligación de indemnizar en los supuestos de siniestros dolosos únicamente será procedente en tanto en cuanto no se haya resuelto judicialmente sobre tal extremo».

En el voto disidente hay una pregunta o reflexión obligada: ¿puede el legislador contradecirse tan abiertamente como para proscribir el dolo del terreno del seguro y después darle subrepticia entrada en un tipo de seguro concreto, y entenderse que eso es justo lo que se deduce de un simple reconocimiento de la facultad de repetición? Si en la parte general de la LCS el dolo se presenta como algo ajeno a la idea misma de siniestro, para entender que en el SRC hay una excepción, el legislador debería haber sido más explícito, y no dejando la singularidad expuesta «a una suerte de interpretación adivinativa [...]». La Ley no dice que el asegurador pague necesariamente, tan solo admite que, si verifica el pago, pueda ejercer el derecho de repetición o regreso». Lo que importa es el momento en el que el dolo se conoce. Existe derecho a repetir «una vez exista constancia del perverso e intencionado propósito del asegurado». Y ver así las cosas no riñe con la fisonomía propia del pago o cobro de lo indebido, pues si «se repite contra el asegurado, enriquecido injustamente con el abono de la indemnización, y no contra el perjudicado destinatario en todo caso de la suma resarcitoria», no es por una aplicación sin más de las normas reguladoras del instituto del pago de lo indebido, sino, sencillamente, porque la ley permite a quien pagó, sin tener que hacerlo, que se dirija contra quien era el verdaderamente obligado.

En resumidas cuentas, los artículos 76 de la LCS y 7 a) de la LRCS

han de ser entendidos en función de una reclamación normal de víctima o perjudicado frente al asegurador, inexistente pronunciamiento judicial que conceptúe la conducta del asegurado como obediente a un propósito de atentar contra la vida, la integridad o los bienes de un tercero. [...] El asegurador se ve obligado a atender la pretensión del tercero afectado, sin perjuicio de que, ulteriormente, desvelado el actuar doloso criminal del conductor causante, pueda repetir contra el mismo.

Y es ese el sentido del derecho de regreso:

No quiere el legislador que se dilate la protección en supuestos no definidos como resultado de una infracción delictual dolosa. Supuesto bien distinto del de la condena del conductor del vehículo como reo de un delito de homicidio, lesiones o daño a título de dolo. Condenar en la propia sentencia a la Compañía aseguradora al pago de la indemnización impuesta choca con los esquemas propios del SRC.

El criterio de la STS de 29 de mayo de 1997, y de cuantas después se pueden encontrar en el mismo sentido, fue el resultado de que en el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda celebrado el 6 de marzo de 1997 se había votado favorablemente una propuesta que defendía la cobertura por el seguro obligatorio de los daños ocasionados a las víctimas con motivo de la circulación, también cuando el acto originador del daño constituyera un delito doloso:

Las Sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado con motivo de la circulación.

Gustase mucho, poco o nada, la unidad de criterio se había logrado con este acuerdo no jurisdiccional: el dolo directo tenía, desde el punto de vista de la responsabilidad civil automovilística y de su aseguramiento, el mismo trato que la culpa grave en sus modalidades típicas de conducción embriagada o bajo los efectos de las drogas: el asegurador había de hacerse cargo de las consecuencias dañosas, pudiendo después repetir lo pagado. Buena demostración es la STS de 28 de abril de 1998 (recurso de casación núm. 365/1997-P), en la que se enjuiciaba la conducta de una persona que había amenazado de muerte a otra repetidamente, en público y en privado durante varios días, y terminó embistiéndola con el automóvil varias veces. Parecidamente, las SSTS de 24 de octubre de 1997 (recurso de casación núm. 567/1995), 4 de noviembre de 1998 (recurso de casación núm. 563/1998-P) o 23 de febrero de 2000 (recurso de casación núm. 2377/1998).

Y por si todo fuera poco, había que añadir también un dato: el sistema valorativo previsto en TRLRCS, en su versión originaria, se aplicaba «a la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, *salvo que sean consecuencia de delito doloso*» (primero de los «Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización» con que se abre el anexo de la ley). Es decir, que la propia normativa quiere que un sistema de valoración del daño corporal, como es el basado principalmente en tablas o baremos indemnizatorios, opere como contrapeso de la responsabilidad objetiva: se responde aunque no se sea culpable, pero se responde dentro de los topes cuantitativos que se establecen.

Y mientras tanto, se entiende también, seguramente sin ninguna razón poderosa, que el daño causado dolosamente debe ser valorado sin que el juez vea constreñida su liber-

tad valorativa por ninguna tabla. Pues bien, como indica la SAP de Sevilla de 30 diciembre de 2000 (AP 2000, 3109),

no cabe duda que resultaría contrario a toda racionalidad que, excluida expresamente por el legislador la aplicación a estos resultados del sistema objetivo de valoración del perjuicio, este estuviera pese a ello cubierto por el seguro obligatorio pero, además, sin sujeción a valoración objetiva.

O lo que es lo mismo: si el seguro del conductor responsable pero no culpable indemniza dentro de los límites del sistema de valoración, y el seguro del conductor responsable por culpable responde *de un poco más* (en concepto de incapacidad temporal, que es a lo que iba referida la tabla V), ¿cómo va a resultar que el seguro del conductor asesino va a tener que cubrir los daños, y hacerlo además en su totalidad? «Se habría engendrado –decía Fernández Entralgo (2002, p. 73)– un extraño monstruo jurídico».

3.2. El reconocimiento de la acción directa contra el asegurador en el Código Penal

Se mantuviera una u otra postura sobre la polémica cuestión, ¿vino a incidir en este esquema la redacción del artículo 117 del CP? De su tenor, el asegurador es responsable cuando «como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado». Ello podría invitar a pensar a quienes no caen en la cuenta de que los términos del precepto son prácticamente los mismos que los del artículo 73 de la LCS que el propósito del legislador penal fue el establecimiento de un ámbito de responsabilidad más limitado cuando el hecho causante del daño sea constitutivo de delito o falta. Molina Blázquez (1995, p. 139) muestra su temor de que ese haya sido el intento del legislador, indicando que el Código Penal parece querer limitar los derechos del perjudicado, siguiendo «la línea más privatista en la interpretación de la acción directa» del artículo 76 de la LCS. A mi juicio, no es afortunado denominar «línea privatista» a la que predica la oponibilidad de la *exceptio doli*, pues dentro de la doctrina iusprivatista hubo siempre opiniones diversas –aunque una de las dos fuese claramente mayoritaria–, pero se entiende el calificativo si se tiene en cuenta que esta autora es firme partidaria, contra la práctica totalidad de la doctrina, de que la responsabilidad civil en su conjunto cambia de naturaleza cuando se elucida en procedimiento penal, pues entonces pasa a ser una especie de apéndice o prolongación de la pena, a lo que añade que una solución distinta «elevaría las primas en gran cuantía» (?).

Si el artículo 117 del CP es el lugar en el que el legislador hubiera querido comenzar a aclarar lo que no hizo en la LCS, ello tendría un doble efecto. Sería positivo en la medida en la que los delitos dolosos significarían la posibilidad de que el asegurador rechazara el siniestro por caer el mismo fuera de la cobertura. Pero al mismo tiempo resultaría que ello solo tendría su campo de actuación en la llamada responsabilidad civil «derivada de delito», lo

que introduciría en el sistema una nueva diferencia entre la responsabilidad civil común y la regulada en el Código Penal, profunda disfuncional: el dolo sería una excepción que admite dos interpretaciones diametralmente opuestas en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual *pura*; pero si se trata de responsabilidad civil «derivada de delito», al ser el hecho doloso un evento excluido del riesgo asegurado, caería fuera de la acción directa.

Y ello, con un efecto colateral perverso: serían oponibles en todo caso (contra lo que sí es un parecer en el que existe práctico consenso doctrinal y jurisprudencial) las excepciones de alcoholemia, de omisión de deber de socorro, de inexistencia de permiso de conducir, etc., pues *todo* el contenido de la póliza resultaría oponible, y no solo cuando se trata de las lógicas cláusulas delimitadoras del riesgo en su sentido objetivo, subjetivo, espacial, cuantitativo y temporal, sino también cuando se trata de oponer cláusulas referidas a la gravedad de la conducta del asegurado.

En mi opinión, el artículo 117 del CP no puede haber supuesto semejante consecuencia. Lo que el precepto establece es que el evento dañoso ha de encontrarse comprendido dentro del riesgo asegurado: exactamente lo mismo que viene diciendo desde 1980 el artículo 73 de la LCS, esto es, que el asegurador se obliga «dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato» a cubrir el riesgo de que el asegurado tenga que indemnizar los daños causados «por un hecho previsto en el contrato». No dice nada más: el accidente provocado por la conducción de un vehículo asegurado, el daño producido por la actividad profesional del médico, los daños que ocasionen la actividad industrial o los elementos comunes de la comunidad de propietarios de un inmueble... ¿son o no son los eventos comprendidos en el riesgo asegurado? Como la respuesta solo puede ser afirmativa, no cabe entender que lo que hay en el vocablo utilizado por el artículo 117 es ese mismo riesgo, pero «con las circunstancias anímicas personales del asegurado que hayan sido delimitadas en la cobertura». Por consiguiente, el Código Penal no alteró en absoluto los términos de la polémica. Y de hecho, la jurisprudencia penal continuó siendo igual de fluctuante que cuando regía el Código anterior.

3.3. Los tipos de dolo excluidos de la discusión

Y dicho ello, creo que hay que hacer unas aclaraciones acerca del dolo que nos ocupa. Es frecuente que, cuando se reflexiona sobre la jurisprudencia recaída en el tema del dolo y el seguro, se mencionan algunas que, adopten uno u otro parecer, tienen poco o muy poco que ver. Y cuando ello se hace sin matizar debidamente, se baña de sombras una superficie que ya tiene demasiadas. En el error caen, como seguidamente se verá, la propia STS de 29 de mayo de 1997 (recurso de casación núm. 1302/1995) y otras posteriores. Y es que creo que hay que deslindar los supuestos en los que dolo y seguro se dan cita, pues la tipología de casos no es precisamente uniforme.

Por un lado están los casos de utilización del vehículo de motor con la finalidad de cometer un atentado contra la vida, la integridad física o los bienes de otro. Es el dolo directo

al que hasta ahora hemos dedicado nuestra atención quien esto escribe y mi amable lector. Y dígame lo mismo cuando no es la responsabilidad civil automovilística la que se enjuicia, pues la imaginación puede ser desbordante: uso del bisturí con el fin de matar al paciente por parte del médico que cuenta con una póliza que le cubre las actuaciones que tengan lugar por medio de la utilización del instrumental quirúrgico; abogado que deja pasar deliberadamente el plazo de prescripción para después invitar al cliente damnificado a que reclame una indemnización al seguro de responsabilidad profesional... O no tan desbordante, pues ya pude decir en la introducción que la STS de 11 de febrero de 1998 (recurso de casación núm. 1494/1996) decidió que quien tenía que hacerse cargo de las consecuencias patrimoniales de la muerte intencionadamente provocada por quien utilizó la escopeta para matar a su vecino era el seguro del cazador.

3.3.1. Dolo en delitos distintos a la conducta productora del daño

Desde luego, no es lo mismo el dolo referido al resultado dañoso que el dolo proyectado desde otras distintas conductas del asegurado. En el debate no deben inmiscuirse los casos de los delitos dolosos contra la seguridad del tráfico, pues, por mucha intención que exista en su comisión, si no concurre dolo en la producción del resultado lesivo, no existe inconveniente alguno para decidir que el asegurador ha de asumir el siniestro. Ello, con independencia de que después cuente con la facultad de repetición, que es uno de los supuestos recogidos en el artículo 15.1 del RRCS. Conducir con plena conciencia de que se está bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379 CP) o hacerlo con temeridad (art. 381) y hasta con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 384) son auténticos hechos de la circulación. Por mucho dolo que exista en la primera parte de la *secuencia*, puede no haberlo directamente en la producción del daño. Naturalmente que un adelantamiento indebido muchas veces se efectúa con absoluta conciencia de que se está pisando la línea continua, pero no sería lógico que si ello termina provocando una muerte, se exonerara la compañía por mor de esa intencionalidad inicial.

Por ello constituye una auténtica trampa retórica que la STS de 29 de mayo de 1997, queriendo hacer acopio de razones para argumentar la necesidad de que el asegurador esté obligado a pagar en un caso de dolo directo, añada que gracias a esa tesis «se solucionan los problemas respecto de las víctimas de delitos dolosos contra la seguridad del tráfico, que es indiscutible que se realizan "con motivo de la circulación"», pues si no fuera así, «podían quedar desamparadas las víctimas de los delitos de conducción temeraria [...], o conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas [...], por ejemplo, cuando se ocasiona un resultado lesivo pero únicamente quepa sancionar el delito doloso contra la seguridad del tráfico por ser la infracción más gravemente penada (art. 383)». Es esta una invocación tramposa de razones, pues no se puede decir que los aseguradores deben hacerse cargo de los daños causados en los casos de dolo directo para que así se despejen los problemas de los delitos (dolosos) contra la seguridad del tráfico, que tienen, repito, muy poco que ver.

Parecidamente, hay otros supuestos en que nos hallamos ante un dolo incorporado a una acción inicial que no es la que termina desencadenando finalmente el resultado lesivo. Por eso no es conveniente colocar en la lista, también sin matizar, la STS de 8 de noviembre de 1991 (rec. núm. 3902/1990), como suele hacerse. El conductor de un camión que venía de recoger 13 toneladas de ladrillos quiso recoger también a aquella joven de 18 años que caminaba por la carretera con su bolso y su pantalón corto. Esta se negó reiteradamente a las insistentes propuestas sexuales que enseguida vinieron. Se lee en los antecedentes del caso que

se fue acumulando en ella un estado de tensión ante la situación creada sintiéndose impotente para solucionarla, perdiendo el control de los nervios y presa del pánico, abrió la puerta de su lado, y arrojando primero el bolso, se lanzó fuera del camión, con tan mala fortuna que al caer al suelo su miembro inferior izquierdo resultó aplastado por las ruedas traseras del vehículo.

El asegurador del camión trató en todo momento que quedara excluida su responsabilidad, argumentando que la acción había sido dolosa. Pero el Tribunal Supremo entendió, correctamente, que el acoso sexual constituía una acción maliciosa inicial antecedente de un resultado que no fue doloso, sino imprudente. Nada que ver, en fin, con el dolo directo productor de resultados.

3.3.2. Dolo eventual

En segundo lugar, hay que excluir también los supuestos de dolo eventual. Pensemos en los mal llamados «conductores suicidas», que cometen el delito previsto en el artículo 384 del CP, pues «con consciente desprecio de la vida de los demás» conducen un vehículo con temeridad manifiesta cuando irrumpen en una autopista en dirección contraria a la marcha y a gran velocidad. Se trata de resultados lesivos ocasionados con dolo eventual, y no hay obstáculo para que las víctimas de este tipo de peligrosos conductores queden amparados por el seguro obligatorio pues, en cualquier caso, son víctimas ocasionadas con motivo de la circulación.

Lo mismo sucede cuando el ladrón del vehículo lesiona con él al propietario que trata de detenerlo. Dice, muy acertadamente, la STS de 4 de noviembre de 1998 (recurso de casación núm. 563/1998-P) que

precisamente estos daños y lesiones, ocasionados por los conductores de vehículos sustraídos durante su alocada fuga, constituyen el núcleo y razón del traslado de la cobertura desde las Compañías aseguradoras al Consorcio de Compensación de Seguros, y en caso de quedar excluidos se vaciaría de contenido la tutela legal de los perjudicados.

Lo mismo cabe decir de cualesquiera daños causados a terceros por el vehículo robado durante su huida, como ocurrió también en la STS de 24 de octubre de 1997 (recurso de casación núm. 567/1995), o en la STS de 8 de abril de 2002 (recurso de casación núm. 272/2001-P), en la que los hechos estremecen: una fallecida, cinco lesionados, daños materiales en ocho vehículos y en otros objetos personales, además del Insalud por la asistencia médica dispensada. Aquí también encaja el supuesto del que embiste al policía que está realizando un control (STS de 4 junio 2000 [recurso de casación núm. 661/1999-P]) o en las de 23 de junio de 2004 (RJ 2004, 5446) y 20 de julio de 2004 (RJ 2004, 5465).

O de quienes, para huir del establecimiento sin pagar los productos, se introducen en un vehículo y no les importa que el encargado del local se agarrase a este, con la mala fortuna de resultar arrastrado y de que, tras caer violentamente al suelo, pasara la rueda trasera por encima de su cabeza, lo que provocó su fallecimiento. En la STS (Pleno, Sala 2.^a) de 25 de junio de 2020 (recurso de casación núm. 1931/2017) se puede leer: «La exclusión alcanza solo a los supuestos de dolo directo. En este caso era palmario que solo podía hablarse de dolo eventual. La [...] aseguradora resultaba obligada en todo caso, ya fuese dolo eventual o imprudencia grave».

En la literatura jurídica alemana no hay inconveniente alguno en considerar que en estos supuestos la cobertura aseguraticia se halla plenamente justificada por el hecho de que el coche se utiliza como medio de circulación (puede verse Larenz y Canaris, 1994, p. 621). Lo malo es que para el caso español, las sentencias referidas suelen deslizar sobre lo que es una decisión plenamente correcta y justa el añadido de que condenar en tales casos al asegurador debe su última justificación a que en el ámbito de la responsabilidad automovilística es indiferente que el hecho dañoso sea doloso o culposo. Y eso no tiene absolutamente nada que ver.

Por todo ello, me parece muy poco digno en términos puramente intelectuales que autores y sentencias posteriores a la de 29 de mayo de 1997 sobre estos *otros dolos* se apoyen en la misma para dar por consolidada la línea de la inoponibilidad del dolo directo. De hecho, con posterioridad a 1997 fueron varias las sentencias que trataban de dolo eventual y muy pocas las sentencias en las que el supuesto fuera de auténtico dolo directo, que es el único que aquí interesa. Una es la STS de 28 de abril de 1998 (recurso de casación núm. 365/1997-P), en la que se enjuiciaba la conducta de una persona que había amenazado de muerte a otra repetidamente, en público y en privado y durante varios días, y terminó embistiéndola con el automóvil, no una, sino varias veces. Otra es la de STS de 7 de febrero de 2001 (recurso de casación núm. 1601/1999), que, por dictarse con posterioridad a la reforma de la ley y a la promulgación del reglamento, merecerá un comentario aparte, como lo merecerán las recaídas después (*infra*, 3.4).

3.3.3. Especial atención al dolo del dependiente del asegurado

Por último, están los casos en que la conducta dolosa no proviene del asegurado, sino que se trata del dolo de un dependiente, auxiliar, subordinado o representante, etc. Es

también fácil de apreciar la tendencia a introducir en el debate sobre la oponibilidad o no del dolo unas sentencias que tratan acerca del *dolo del auxiliar* o dependiente. No solo se advierte en trabajos doctrinales, sino que a veces las propias sentencias que de ello se ocupan son las que traen a colación la interpretación jurisprudencial mayoritaria, y además se refieren, citándolas con su fecha, a las pronunciadas anteriormente por el Tribunal Supremo en materia de *dolo del propio asegurado*, lo cual constituye una nueva e ingeniosa trampa argumentativa.

Por ejemplo, no conviene computar entre las sentencias que declaran la inoponibilidad del dolo la STS de 4 de diciembre de 1998 (recurso de casación núm. 2336/1997-P). Un empleado de mantenimiento de un hotel, tras proponer noviazgo a una limpiadora y ser rechazado por ella, cayó en una depresión que le llevó a idear una escena, propia de película de terror en términos de la propia sentencia. Un día pasó por la cocina y eligió un cuchillo apropiado para la escena, de trincar carne, y de 30 centímetros de hoja. Se dirigió a la oficina, donde con las luces apagadas y escondido tras la puerta, esperó la llegada de M.^a Rosa. Esta acudió al lugar y, tras abrir la puerta, se vio sorprendida por el acusado, que, tras agarrarla por el cuello, le clavó el cuchillo en la espalda. La condena fue por lesiones con alevosía, y el asegurador de multirriesgo industrial recurrió sin éxito contra su condena.

Ciertamente, resulta curioso que en ningún instante del procedimiento se hablara de la cuestión verdaderamente trascendental, a saber, si un hecho de la naturaleza descrita formaba parte del concepto de siniestro que se maneja en el SRC. El recurso se planteó alegando la inasegurabilidad de los hechos dolosos, y, lógicamente, ello dio pie al Tribunal Supremo para exponer su conocida doctrina, con cita tanto de la STS de 29 de mayo de 1997 como de la STS de 11 de febrero de 1998. Pero está claro, a mi juicio, que el supuesto tenía una magnitud diferente. De lo que se tenía que haber tratado es de si la agresión a la infortunada joven protagonizada por ese perturbado constituía un hecho del que tuviera que responder el establecimiento hotelero o no. Y, desde luego, a mi entender nos hallamos ante un caso «de libro» de extralimitación excluyente por parte del trabajador. Por mucha relación de jerarquía o subordinación que exista, si el daño tiene lugar al margen del desempeño de las obligaciones o servicio, no existe lo que en la doctrina italiana se denomina *nexo de ocasionalidad*. Si el desempeño de las funciones asignadas no constituye la ocasión necesaria para que el hecho dañoso ocurra, no responde el empresario (así, y en cambio, para la STS de 22 de septiembre de 2000 [recurso de casación núm. 3708/1998] es suficiente con que el vigilante de seguridad cometa los hurtos en los chalets de la urbanización y durante su horario de trabajo). Y si no existía responsabilidad del hotel, tampoco la debía haber del asegurador de este.

Pero obsérvese que lo de menos es que el delito cometido por el empleado o auxiliar sea doloso o no lo sea. Lo que se excluye por el artículo 19 de la LCS es la responsabilidad del asegurador por el acto dañoso cometido de mala fe por el asegurado, pero eso no significa que no pueda quedar cubierto el comportamiento doloso de las personas por las que el asegurado deba responder (así, Atienza Navarro, 1998, p. 176, en nota 38). Cosa bien distinta será discernir cuándo existe una extralimitación del empleado suficientemente

visible para exonerar a su empresario. Son paradigmáticos los casos de estafas cometidas por empleados de banca: naturalmente que existe delito doloso, pero no suele existir grave inconveniente en que responda subsidiariamente la entidad financiera frente al cliente damnificado (así, STS de 18 de diciembre de 1981 [RJ 1981, 5033]).

Por ello, resulta curioso que, cuando la actividad se encuentra asegurada, el hecho delictivo de un trabajador raras veces esté provocando que se examine la concurrencia de un requisito tan fundamental de la responsabilidad del empresario como es que el daño haya tenido lugar dentro del desempeño del servicio o función del dependiente. El debate se desvía interesadamente por los recurrentes hacia la cobertura o no de los hechos dolosos por el asegurador de responsabilidad civil, cuando lo que habría de impugnarse es la apreciación en sí misma del concepto de siniestro. Es el caso de la STS de 11 de marzo de 2002 (recurso de casación núm. 3736/2000), en la que se trataba de la responsabilidad subsidiaria de una parroquia por los abusos sexuales cometidos con varios niños. Si se apoyan las argumentaciones en la oponibilidad o no del dolo, y no en si realmente era responsable la parroquia, todo está perdido para esta, pues la táctica solo brinda en bandeja al Tribunal Supremo la oportunidad para sedimentar una doctrina general acerca de la inoponibilidad de la *exceptio doli*.

La STS de 1 de julio de 2002 (recurso de casación núm. 1003/2001-P), en esta línea, deja claro que

debemos partir de la asegurabilidad del dolo de los dependientes o colaboradores del asegurado, pues del texto del artículo 19 LCS no se deduce ninguna prohibición al respecto, sino que la misma alcanza solamente a la inasegurabilidad del siniestro que haya sido causado por mala fe del asegurado, pero no de aquellas personas distintas del asegurado por las que este debe civilmente responder [...], pues no se trata de actos propios del asegurado sino de conductas ajenas al mismo.

No hay, en mi opinión, nada que objetar. Pero el problema era otro. Aquel vigilante estaba realizando su trabajo en una obra. Por allí llegaron dos niñas de 11 años, que dejaron su bicicleta junto a un montículo de tierra al que se subieron para jugar. El vigilante se acercó, cogió la bicicleta y la escondió. Cuando las niñas bajaron y vieron que su bicicleta había desaparecido, al disgusto siguió la invitación del acusado a que las niñas pasaran a la caseta para llamar a la policía. Allí encerró a una de ellas, y a la otra le dio lápiz y papel para que escribiera sus datos, pero, evidentemente, no era dato alguno lo que buscaba, pues lo que hizo fue bajar el pantalón y la braga de la niña para intentar penetrarla analmente después de tumbarla sobre una mesa, para introducirle la lengua en la vagina y para pedirle que le chupase su pene.

No acabo de entender que la sentencia afirme con tanta rotundidad que

en el caso de autos es innegable que la ahora recurrente había organizado un servicio de seguridad y vigilancia mediante la presencia en el lugar donde se desarrolla el mismo del acusado, que depende funcional y directamente de ella, teniendo

lugar los hechos delictivos no solo en el contexto de la actividad desarrollada por el acusado sino incluso en el lugar donde desempeña su función.

Con eso, ya estaba todo dicho. Pero como la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid había condenado al acusado y también como responsable civil subsidiaria a la empresa de este, pero a nadie más, fue el empresario quien adujo en casación que procedía la condena del asegurador.

Y ahí es donde a veces empiezan todos los males. Es lamentable que el recurso de casación planteado por el empresario no combatiera declaración de *su responsabilidad subsidiaria*, sino que se limitara a *escurrir el bulto* a fin de que se declarase responsable civil directa al asegurador de turno. Es fácil entender que el recurso girara en torno a si debía excluirse la cobertura porque el hecho del que nacía la responsabilidad civil que debía afrontar el asegurado no estaba previsto en la póliza. La sentencia se limita a admitir que la conducta del condenado tuvo «lugar dentro de la esfera de la actividad empresarial del principal» y que «del clausulado se deduce que la delimitación objetiva del riesgo está constituida por la actividad empresarial de la asegurada con carácter general». Algo parecido sucedió en la STS de 23 de marzo de 2009 (NCJ053448), en un supuesto igual de repugnante. O en la STS (Sala 1.ª) de 20 de julio de 2005 (recurso de casación núm. 830/1999), que resolvió un caso en que un joven y su compañera se encontraban dentro de un vehículo por la noche en una zona abrupta próxima a una cantera, pero alejada más de un kilómetro de las instalaciones de la empresa en la que prestaba servicios de seguridad la persona que les asesino a tiros. El Alto Tribunal dijo que se trataba de «un ejercicio un tanto anormal de las funciones de vigilancia encomendadas, dada la distancia existente entre el móvil estacionado y la cantera», pero no lo suficiente para quedar «desvinculado del servicio a favor de la empresa de seguridad». Razón suficiente, en fin, para que se condenara al asegurador.

En definitiva, dolosos o culposos, si los actos de los auxiliares o dependientes que tengan lugar en el desempeño de sus funciones determinan la responsabilidad de la empresa asegurada, ha de responder el asegurador. Pero, repito, si el delito es doloso, lo que no vale es trasladar el discurso lógico al terreno del dolo del principal o empresario. Como dice la STS de 14 de mayo de 2020 (recurso de casación núm. 2121/2018),

dolosos o culposos, si los actos de los auxiliares o dependientes tienen lugar en el desempeño de sus funciones arrastran la responsabilidad de la empresa asegurada que ha de ser asumida (no la del responsable penal sino la del responsable civil subsidiario), en su caso, por la aseguradora.

Pero no se traiga a colación esta línea jurisprudencial para defender que la póliza cubre el dolo directo del propio asegurado.

Así que no se podrá, por ejemplo (y menos aún), asegurar el comportamiento doloso del cargo empresarial, pues él es el titular del interés asegurado. Es el supuesto de la STS de

29 de julio de 2002 (recurso de casación núm. 2038/2000), donde lo cierto es que las multimillonarias indemnizaciones que habían recaído en la SAN de 31 de marzo de 2000 (ARP 2000, 107) contra los condenados, presidente y directivos de Banesto, lo eran como derivadas de diferentes delitos de apropiación indebida y estafa. En relación con estos, el perjudicado a quien había de indemnizar era al propio banco, una razón suficiente para que la sentencia de instancia declarara que no procedía condenar civilmente al asegurador.

3.4. El cambio legislativo de 2001 y la rebeldía de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo

Que no es lo mismo conducir borracho que utilizar un automóvil como arma homicida es una evidencia de la que vino a ocuparse la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Esta ley vino nuevamente a incidir, como todos los años estuvo ocurriendo en la última década de nuestro siglo XX con estas leyes conocidas como «de acompañamiento de los Presupuestos», en materias que poco tienen que ver con los Presupuestos Generales del Estado. En concreto, su artículo 71 modificó el apartado 4 del artículo 1 de la LRCS de 1996, que pasó a decir (ahora, misma numeración en el texto refundido de 2004):

Reglamentariamente se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación a los efectos de la presente ley. En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes.

Parecía que todo quedaba definitivamente solucionado: si la comisión de un delito doloso no es un hecho de la circulación, los aseguradores podrían, contra lo que venía diciendo la última línea jurisprudencial, oponer al perjudicado la exclusión de la cobertura: ya no se trataba de una exclusión que operase solo *inter partes*. El fondo de la solución puede ser, como casi todo, opinable, pero es técnicamente correcto: conducir borracho o de modo temerario sí es un hecho de la circulación. Incluso se puede decir igual de la conducción con dolo eventual, protagonizada, por ejemplo, por esos *simpáticos* conductores kamikazes a los que me he referido ya. Pero tomar el coche con la única finalidad de asesinar a alguien no es ni circular ni transportarse. No es utilizar un medio de transporte, sino un arma homicida.

Eso sí, lo que no es de recibo es que una novedad de tanta importancia se introdujera en el ordenamiento por una indecente puerta de atrás, casi de forma clandestina. Si había que aliviar a las compañías aseguradoras de los abusos que sufrían en materia de siniestros dolosos, no se podía hacer de una manera más heterodoxa. El Dictamen del Consejo de Estado relativo al proyecto de real decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LRCS (sesión de 2 de noviembre de 2000), ya se había ocupado de advertir que una medida como esta no podía venir establecida en una norma de rango reglamentario. Y enton-

ces, en vez de elaborarse una ley cuyo objeto fuera la reforma de la LRCS y que, como tal, llevara una rúbrica visible en el índice del BOE, se recurrió nuevamente al cómodo mecanismo de esas leyes de acompañamiento de los Presupuestos, que se ganaron a pulso ese apelativo de «leyes ómnibus» que les diera en su momento el profesor Aurelio Menéndez.

Y el Ministerio de Justicia se dio prisa, pues dos semanas después, en el BOE de 13 de enero de 2001, se publicó el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento (RRCS, en lo sucesivo). Su artículo 3 cumplía la exigencia del artículo 1.4 de la LRCS, y en él se define el concepto de «hecho de la circulación»: se comprenden los hechos «derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor», pero queda clara la delimitación negativa (art. 3.3):

Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal.

O lo que es lo mismo, sí es un hecho de la circulación conducir bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379 CP), de manera que las reclamaciones por los daños causados como consecuencia de tales conductas siempre deberán ser atendidas por el asegurador, por mucho que la póliza los excluya, pero luego habrá derecho a repetir contra el conductor, propietario del vehículo causante o asegurado, según los casos (art. 15.1.ª RRCS). Frente a la víctima, pues, inoponibilidad de una exclusión que solo juega *inter partes*. En cambio, los daños causados con ocasión de un delito doloso no serán atendidos por el seguro en ningún caso, al no considerarse hechos de la circulación. Y si el mismo precepto habilita al asegurador para que repita del asegurado «si el daño fuera debido a conducta dolosa», será porque se haya dado en el caso alguno de esos «otros dolos» de que me he ocupado *supra*, 3.3.1. (dolo en delitos distintos a la conducta productora del daño), 3.3.2. (dolo eventual) y, tal vez, 3.3.3. (dolo del dependiente del asegurado), o porque el asegurador haya pagado ignorando que hubo en la causación del daño un dolo que vino a descubrirse después (que era la interpretación propuesta por el voto particular tantas veces citado de Soto Nieto a la STS de 29 de mayo de 1997), pero nunca porque haya tenido que pagar por el daño conocidamente causado con intención.

Parecía, repito, que todo había quedado resuelto con la llegada del nuevo siglo. Pero este es uno de esos temas a los que persigue una suerte de extraña maldición. Justo al mes siguiente de la reforma operada en la LRCS, se dictó la STS de 7 de febrero de 2001 (recurso de casación núm. 1601/1999). Como los hechos habían sido anteriores a la reforma, bien podía el Tribunal Supremo haberse limitado a seguir utilizando su doctrina anterior.

Pero prefirió advertir que, a pesar de la reforma, continuaría haciendo lo mismo que hasta entonces, le pese a quien le pese y diga lo que diga la ley.

La sentencia contiene nuevamente un tramposo intento de justificación, esta vez alusivo al derecho comunitario europeo, queriendo convencer de que el legislador quiere distinguir: una cosa es tomar el vehículo una mañana con el decidido propósito de matar o lesionar a alguien, y ponerlo en marcha ya con ese propósito..., y otra tomarlo para trasladarse con él al trabajo, al club de tenis o para pasearse, y encontrarse su conductor con que, de repente, su víctima aparece en lontananza. Según este parecer, si el automovilista consigue lo que quería y atropella al infortunado, semejante hecho doloso sigue siendo un hecho de la circulación. La sentencia montaba una buena escaramuza:

El único supuesto excluido del seguro sería el de la utilización del vehículo *solo* [énfasis añadido] como instrumento para la comisión del delito, pero quedaría incluido cuando utilizándose el vehículo para el fin que le es propio, de desplazarse de un sitio a otro, se aprovecha esa situación para acometer deliberadamente a una persona mientras se circula. Este, por otra parte, es el criterio que se mantiene en la Convención Europea sobre Responsabilidad Civil en caso de daños causados por vehículos automóviles, del Consejo de Europa de 1973 cuyo art. 11 excluye la aplicación de dicha Convención a los supuestos de los daños causados por un vehículo que resultan de su utilización exclusiva con fines de no circulación, y en este sentido habrá que interpretar la reciente modificación del apartado 4 del art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, salvo que se intente crear dentro de la Unión Europea en una materia tan esencialmente comunitaria como es el tema de responsabilidad derivada de la conducción de vehículos, un espacio diferente del resto de la Unión [...].

En el presente caso es patente, y así se deriva del *factum* con claridad, que fue en el curso de la conducción de su vehículo por el recurrente que este se aperció de que por su izquierda le adelantaba Ana María en su motocicleta, y a pesar de encontrarse en caravana y sin posibilidad de adelantar, el recurrente efectuó el giro brusco a la izquierda con la única finalidad de provocar la caída de Ana María y causarle lesiones, y en esta situación, de acuerdo con la doctrina expuesta, es claro el deber de indemnizar que recae sobre la aseguradora aunque esta pueda luego repetir contra su asegurado.

Bastaría con una afirmación en forma de desahogo: lo que la Constitución establece es que el juez está sometido a la ley, y no al revés. Pero es que, además, la referencia a la Convención Europea es interesada, está sacada de contexto y es de todo punto improcedente. La sentencia dice que el criterio que sustenta es el que se deduce del artículo 11 de la Convención, a cuyo tenor esta no se aplicará a los daños causados por un vehículo que resulten de su utilización «exclusiva» para fines no circulatorios. Pero es que sucede justo lo contrario. La Convención no alude para nada a los hechos dolosos. Antes bien, «partiendo de acaeceres aleatorios o a lo más culposos, aquella advierte que los daños causados por

un vehículo al que se le da un uso episódicamente, de modo exclusivo, único, para fines que nada tienen que ver con la circulación, quedan fuera del régimen de la Convención. No hay base para deducir que los daños originados por un acto criminal doloso [...] pueden merecer cobertura por parte del seguro obligatorio» (Soto Nieto, 29 de mayo de 2001, p. 16).

Más aún, y como señala la elaboradísima SAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2000 (AP 2000, 3109), «esta exclusión de la cobertura del hecho doloso es la que se sigue de modo uniforme por el resto de los Tribunales de la Unión Europea, sin que en ellos pueda encontrarse un solo ejemplo de interpretación del concepto legal "daños causados con motivo de la circulación" que incluya en ellos los causados intencionadamente utilizando como instrumento un vehículo». Precisamente dice la sentencia que «este Tribunal se había planteado la posibilidad de formular cuestión prejudicial ante el TJCE, pero no resulta ya necesario plantear cuestión alguna una vez que el legislador ha dado ya respuesta a toda posible duda».

Y si el artículo 1.4 de la LRCS (misma numeración después en el TRLRCS), al efectuar la correspondiente habilitación reglamentaria indicaba que «en todo caso» no será hecho de la circulación el derivado de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes, eso solo puede significar que *nunca* lo será, «ya venga animado el agente por tan inicuo designio cuando se puso al volante, ya surja su decisión criminal en el curso del rodaje del automóvil» (así también Soto Nieto, loc. ult. cit., p. 16).

Y, por otra parte, ¿se atreverá alguien a trazar la línea divisoria? ¿Hasta qué preciso instante la utilización del vehículo se puede considerar como *exclusivamente* puesta al servicio del delito? Quedará, desde luego, fuera de la cobertura la actuación del que se dirige a su plaza de garaje sabiendo que su odiado vecino se encuentra en la parada del autobús, pero ¿qué hacemos con el que ya ha accionado la llave de contacto para pasear con el vehículo y, segundos después, imagina qué *cómoda* escena para el crimen sería encontrar a su víctima a un centenar de metros? ¿Qué tendrá que hacer una compañía de seguros para demostrar que el delincuente se introdujo en el automóvil con la voluntad delictiva ya formada? Pocos ejemplos mejores hay de prueba diabólica.

Lo *diabólico* es, en fin, la interesada irrupción del adverbio, que trata de distinguir, dentro del dolo directo, el que está proyectado de modo exclusivo y desde el principio de la conducción sobre el resultado, y el dolo de quien causa el daño también dolosamente, pero aprovechando la circulación que comenzó por otro propósito.

Como consecuencia de todo ello –leemos después en la STS de 23 de junio de 2004 (RJ 2004, 5446)– solo en los supuestos de dolo directo proyectado sobre el resultado, la cobertura del seguro quedaría excluida excepcionalmente cuando se utilice un vehículo «exclusivamente» como instrumento del delito a través de una acción totalmente extraña a la circulación, pero no cuando utilizándose el

vehículo como medio de transporte se ocasiona deliberadamente un daño a un tercero, mientras se circula.

Y que conste que lo criticable, a mi juicio, no es la concreta solución que se acaba dando en esta sentencia a un supuesto que en realidad es de dolo eventual, que no tiene absolutamente nada que ver, sino que, *obiter dictum*, se añade el periodo entrecorinado, con una toma de partido decidida y explícita de la postura *desobediente* anunciada por la STS de 7 de febrero de 2001. Se avisa, en fin de que, diga lo que diga la ley, va a haber casos de dolo directo en los cuales el seguro va a tener que pagar.

Repito: *diga lo que diga la ley*. Si el hecho en el que concurre dolo directo no es hecho de la circulación, ya no podría valer la argumentación de que en el listado de excepciones contenido en los artículos 5 y 6 del TRLRCS y 9 a 11 del RRCS no se contiene alusión alguna al hecho doloso, por más que se quieran comparar con los textos de regulaciones preteritas. Sucede simplemente que lo que no es un hecho de la circulación no tiene por qué aparecer en una relación de supuestos que, siendo claros hechos circulatorios, considera el legislador por la razón que sea que es necesario dejarlos absoluta o relativamente fuera del terreno de juego del seguro obligatorio.

Y si quedan fuera, no ha lugar tampoco a plantearse si hay o no derecho de repetición. Sí lo habrá cuando se utiliza el vehículo «en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico» (art. 3.3 RRCS., inc. final). Y lo habrá, en general, en los casos en los que el asegurador haya tenido que pagar al tercero perjudicado cuando, conforme a lo previsto en el contrato, frente al asegurado no estaba obligado a hacerlo (así, Sánchez Calero, 2001, p. 1.345 y ss.). Pero en el dolo directo no debe haber vía de repetición o regreso, al menos en el terreno de la responsabilidad civil automovilística: si el seguro que no tiene por qué atender un caso que legalmente no constituye siniestro, no tiene después nada por lo que repetir.

Pero, fruto de la desobediencia anunciada por el Tribunal Supremo en la STS de 7 de febrero de 2001, no pueden sorprender algunas de las que se han dictado después. Debe advertirse, eso sí, que muy pocas de las que se citan por los autores o por las propias sentencias son de auténtico dolo directo. O lo que es lo mismo, si los casos de dolo eventual merecen la misma respuesta que los de imprudencia grave, en ellos sí se podrá decir que el asegurador debe pagar y (si lo quiere hacer) repetir, y habrá poco o nada que objetar a la STS de 8 de abril de 2002 (recurso de casación núm. 272/2001-P) o como las dos de 2004 mencionadas unos párrafos más arriba. Así, si queriendo escapar de un control policial, la alocada huida del delincuente le lleva a atropellar a alguien, eso sí ha de ser cubierto por el seguro.

Pero en cambio es curiosísima la STS de 28 de octubre de 2003 (recurso de casación núm. 2481/2002), en la que se trató de una lesión causada en circunstancias bien relatadas en su relato de hechos probados: D. Enrique condujo su taxi matrícula xxx a las inmediaciones del estadio del FC Barcelona para contratar los servicios profesionales de alguna de las

personas que allí ejercen la prostitución, alcanzando un acuerdo con D. Jesús Ángel para la realización de «un francés» en el interior del vehículo. Como aquel no alcanzaba a eyacular y comenzó a golpear al desdichado, logró bajarse del taxi, pero el taxista puso en marcha su vehículo y lo dirigió contra aquél, alcanzándole y atropellándole.

Lo que el *prostituto* pretendía era que el asegurador se ocupara de pagarle una indemnización, «en atención a la imposibilidad, derivada de las secuelas de las lesiones que le fueron causadas, de continuar dedicándose a la prostitución, actividad a la que según dice se dedicaba habitualmente, y a la que entiende que no podrá volver a dedicarse en el futuro». No llegó a tanto la sentencia, que declaró que habría sido necesario demostrar suficientemente esa actividad profesional anterior. Pero sí se consideró al asegurador responsable por las secuelas funcionales y psíquicas.

Un caso de dolo directo, en fin, que el legislador ha querido dejar extramuros del seguro de automóviles, pero que, a la vista está, lo ha hecho con escaso éxito. Posteriormente, la STS de 27 de septiembre de 2006 (rec. núm. 2434/2005) ha vuelto a insistir en ello: el caso era el de un conductor que quería defender a su primo de las agresiones que estaba sufriendo en el aparcamiento de una discoteca. Y lo defendió tanto que acabó apartando a los agresores a base de maniobras cortas de arranque y mediante embestidas con el coche hacia delante y hacia atrás, lo que provocó la muerte de uno de ellos. La responsabilidad directa de la Mutualidad de Seguros de la Panadería de Valencia fue combatida sin éxito en casación.

De modo todavía más claro, la STS de 21 de marzo de 2007 (recurso de casación núm. 10687/2006) trató de un asesinato cometido por quien, una vez personado en el lugar de los hechos, quería iniciar una conversación con la víctima que generó una fuerte discusión. ¿No decía la desobediente sentencia de 2001 que el único caso que había de quedar fuera del seguro, aun después de la modificación legislativa, era el del conductor que se pone al volante ya con la intención preconcebida de usar el coche como arma? Pues eso justo es lo que ocurría aquí: el sujeto se lanzó contra el infortunado, le desplazó cinco metros y le dejó bajo del vehículo; desoyendo los lamentos, realizó maniobras de aceleración y frenado hasta causarle la muerte. Pues bien, la sentencia declaró responsable civil al Consorcio de Compensación de Seguros, pues «no estamos ante una acción totalmente extraña a la circulación, sino ante una acción que se produce dentro de la circulación y como efecto de la misma». Y parece que da igual la reforma legal operada: es preciso «verificar si la interpretación anterior ha sido afectada y en qué medida», para concluir que la reforma nada alteró.

3.5. Nuevo cambio de criterio jurisprudencial: el Acuerdo General de 24 de abril de 2007, la *momentánea* obediencia de la Sala 2.^a y sus nuevas rebeldías

El año 2007 trajo muy buenas noticias en este tenebroso problema del dolo directo. La STS de 8 de mayo de 2007 (NCJ053542) fue la que permite augurar que las compañías

aseguradoras pueden comenzar a pensar que el hecho de tener concertado un SRC no tiene que significar que queden expuestas al arbitrio criminal doloso de su asegurado. Los miembros de la Sala Segunda consideraron necesario que el problema fuera afrontado a la luz de las reformas legales, y para ello se celebró el 24 de abril de 2007 un nuevo pleno no jurisdiccional, de resultados del cual se tomó el siguiente acuerdo general de sala:

No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor, con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera «una acción totalmente extraña a la circulación» como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala.

Aplicado al caso de la sentencia, este acuerdo supone un cambio de criterio capital, pues se trataba de un supuesto similar a los que hemos visto anteriormente, en los que el vehículo se utiliza, sí, como elemento extraño a la circulación, *pero ello tiene lugar en un determinado instante de la circulación y aprovechando que se está circulando*: tras un incidente viario, conductor de la furgoneta y taxista se vuelven a ver las caras en la gasolinera, donde aquel amenaza a este con un martillo sin mayores consecuencias, pero minutos después arranca la furgoneta y arremete contra el taxista a gran velocidad. «Iba a por él», dijo algún testigo. La condena fue por delito de homicidio en grado de tentativa. Y lo que habría sido una condena según el criterio seguido en las sentencias mencionadas (7 de febrero de 2001, 28 de octubre de 2003, 27 de septiembre de 2006 y 21 de marzo de 2007), en el caso de la STS de 8 de mayo de 2007 fue una absolución del asegurador. Ya no es preciso indagar en si la voluntad del delincuente estaba «predeterminada» antes de sentarse al volante.

O lo que es lo mismo, quedarán dentro de la cobertura (con derecho de repetición del asegurador) los casos de dolo eventual (así, agredir con el coche al policía o al dueño del vehículo robado para evitar que intercepte al conductor, y perdone el lector mi insistencia en los ejemplos) o los de dolo vinculado a *otro* tipo delictivo, pero con resultado lesivo *imprudente*. En cambio, el dolo directo –incluido, por supuesto, el que comienza antes de accionar la llave de contacto, pero también el que surge aprovechando el hecho de circular– queda fuera del mundo del seguro.

Fue reconfortante la novedad jurisprudencial. El acuerdo de la sala había dejado todo claro. No había resultado suficiente la clara exclusión legal de semejantes conductas efectuada en 2001, pues ahí teníamos la *amenaza* contenida en la STS de 7 de febrero de 2001 de que iba a continuar el Tribunal Supremo dando una interpretación a los términos legales por completo apartada de la racionalidad (y hasta de la mismísima Constitución por lo que significa que el Poder Judicial se coloque por encima de la propia ley). Y la amenaza se hizo realidad, como hemos visto, en sentencias posteriores (28 de octubre de 2003, 27 de septiembre de 2006 y 21 de marzo de 2007), pero las aguas quedaban por fin tranquilas.

Una completa revisión del sistema permitiría pensar que el seguro no es un mecanismo de asistencia social, ni una entidad benéfica, ni tampoco una especie de ONG. Las víctimas de delitos violentos han de ser atendidas por los mecanismos de la justicia *distributiva*, no por unos mecanismos del mercado, que, en lo que se refiere a la responsabilidad civil y su seguro, deben operar dentro de los cauces de la más exquisita justicia *conmutativa*. Para asistir a la víctima de un delito violento no está pensado el seguro de automóviles, sino la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Y si un terrorista se inmola lanzando su automóvil contra un centro educativo, una parada de autobús o un ministerio, nunca diremos que las muertes causadas por el coche-bomba constituyen un hecho de la circulación. Antes que provocar con ello que a las compañías no les quede más remedio que diseñar la política de primas de modo que semejante cobertura termine recayendo sobre la población asegurada, preferiremos ser todos los contribuyentes quienes con nuestros impuestos ayudemos a aliviar la tragedia de unos pocos, pues precisamente para eso todos los grupos parlamentarios, por unanimidad, nos quisieron dar la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo. Pero si el Estado impone a las compañías aseguradoras el deber de atender la acción delictiva dolosa del asegurado, eso supone delegar en ellas una función asistencial que no tienen (así, Soto Nieto [1998, p. 82]; a juicio de este autor [1997, p. 27], ello raya en la lesión del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).

Fue de celebrar, pues, el nuevo criterio jurisprudencial, que además parecía que causaba estado cuando muy pocos días después se pronunciara la STS de 10 de mayo de 2007 (rec. núm. 1163/2005). Dos personas mantuvieron una pelea en el exterior de una discoteca, que culminó con una de las dos encarando su vehículo hacia la otra con las luces encendidas para no volver a fallar en su intento de atropello al llevar las luces apagadas. Logró arrollar a su adversario lanzándole por los aires. La sentencia de instancia contuvo una condena por homicidio en grado de tentativa y absolvió al Consorcio de Compensación de Seguros, lo que fue confirmado por el Tribunal Supremo, que además se hizo eco para ello del pleno no jurisdiccional de 24 de abril de 2007.

Trató también de un delito de homicidio en grado de tentativa, provocado esta vez por los celos, la STS de 7 de octubre de 2009 (recurso de casación núm. 2444/2008). El procesado se había encontrado con su anterior compañera sentimental y con la pareja de esta, a quien primeramente golpeó con una porra para después atropellarle varias veces mientras huía. La víctima quedó sobre un montón de arena bajo el vehículo, y el agresor se disponía a acabar con su vida cuando otras personas ayudaron a que el atropellado pudiera salir de debajo del vehículo, mientras el conductor gritaba: «¡deja que se muera que se acuesta con mi mujer!». La absolución de la aseguradora fue confirmada por el Tribunal Supremo, que citó también expresamente tanto el Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2007 como las sentencias reiteradas del mes de mayo inmediatamente posterior: «Es patente que el vehículo fue utilizado [...] como instrumento para causar la muerte [...]. Se está en presencia de una acción totalmente extraña a la conducción».

Y menos de un mes después, la STS de 3 de noviembre de 2009 (recurso de casación núm. 10541/2009) trató de un suceso igual de brutal. Los tres ocupantes de una furgoneta discutían con el conductor de un turismo por una incidencia de tráfico. Aquellos sacaron por la fuerza al conductor del otro vehículo, propinándole golpes con los puños y con la hebilla del cinturón. Ya dentro de la furgoneta, frenaron a su lado y el conductor le agarró por el cuello a través de la ventanilla para reanudar la marcha, arrastrándolo 400 metros mientras sus compañeros le continuaban propinando puñetazos en la cabeza. Cuando la víctima logró soltarse cayó al suelo y la rueda trasera de la furgoneta le pasó por encima de la pierna derecha. El Tribunal Supremo declaró que la acción delictiva se encaminó «directamente a causar una lesión en la integridad física de la víctima, empleando como instrumento un vehículo [...]. Un dolo directo que no puede ser considerado hecho de la circulación».

Como conclusión general, parecía que la nueva doctrina significaba un triunfo de las tesis minoritarias: si el artículo 19 de la LCS expulsa al dolo del terreno del seguro, el artículo 76 no constituye una regla especial gracias a la cual esa expulsión tiene solamente una operatividad *inter partes*, y no siendo entonces oponible el dolo ante la acción directa del perjudicado o sus herederos. De ninguna manera. Si es verdad que el dolo no tiene cabida en el mundo del seguro, esa verdad tendrá que serlo hasta sus últimas consecuencias (Baillo Morales-Arce, 2002, p. 1.275), y el derecho de repetición solo puede significar que los aseguradores que hayan satisfecho una indemnización antes de que se conociera la causación intencionada de los daños no tendrán que verse en la triste tesitura de solicitar al perjudicado que devuelva algo que cobró indebidamente –como sucedería si, no existiendo reconocimiento del derecho de regreso en el art. 76, hubiera que acudir al expediente general del *cobro de lo indebido*–. Antes bien, su sentido es el de que el equilibrio de la póliza se reestablezca repercutiendo lo pagado contra el asegurado causante de los daños. Decir en cambio que toda sentencia que reconozca la existencia de dolo directo debe contener la condena del asegurador, «significa en la práctica admitir la asegurabilidad del dolo por vía de rebote» (Baillo Morales-Arce, 2002). Y que las pólizas previeran expresamente el dolo como causa de exclusión o no lo hicieran, daría exactamente lo mismo.

Con todo, hay que lamentar que el problema no ha terminado de cerrarse, pues el Tribunal Supremo ha encontrado nuevas fórmulas de escape. Así, la STS de 16 de abril de 2011 (recurso de casación núm. 10972/2010) trató de un conocido suceso que tuvo lugar hace unos años, cuando un individuo irrumpió por la calle Larios de Málaga –que es una calle cerrada al tráfico– y aceleró bruscamente para atropellar a cuantas personas se encontró a su paso. Pues bien, la sentencia entiende que todo cuanto el legislador hizo en 2001 al expulsar a los hechos dolosos del campo del seguro y todo cuanto la Sala 2.^a del Tribunal Supremo hizo en 2007 con su Acuerdo General... hay que entenderlo limitado al seguro obligatorio de automóviles, porque en relación con el voluntario, la cláusula que excluye la responsabilidad del asegurador por el hecho doloso no puede oponerse frente a la víctima o el tercero perjudicado, pues su ámbito de eficacia ha de circunscribirse a las relaciones internas entre el asegurador y el asegurado (Badillo Arias, 2011, p. 472).

Comienza a ser recurrente en este trabajo la utilización de los términos «trampa» y «tramposo». En la concreta materia de la responsabilidad civil automovilística, era comprensible que el problema se plantease fundamentalmente en el ámbito del seguro voluntario, pues en el obligatorio, siempre ha existido un régimen tasado de causas de exclusión. Así era en el artículo 3 del primitivo texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 1301/1986 de 28 de junio). Y así siguió siendo en la regulación contenida en el vigente TRLRCS, en cuyos artículos 5 y 6 nada se dice cuando se detallan las circunstancias oponibles como excepción por el asegurador obligatorio, pero sí que «el asegurador no podrá oponer frente al perjudicado ninguna otra exclusión, *pactada o no*, de la cobertura» (art. 6.1). Todo ello ha invitado siempre a pensar que, en ausencia de expresa mención legal, nunca sería actuable la *exceptio doli* en el marco de los seguros obligatorios, dado el contenido legalmente predeterminado e indisponible de los mismos. Si así era, la discusión se desplazaba al seguro voluntario.

Así, en la STS de 8 de julio de 1992 (rec. núm. 247/1991) se trataba de un condenado penalmente por delito doloso de homicidio frustrado:

Mientras que en el obligatorio no se hace exclusión alguna a este respecto, en cambio en el voluntario se dejan fuera de la cobertura los daños causados intencionadamente o por mala fe del asegurado, conductor o tomador del seguro. En el primero se afirma el derecho de repetición de la Compañía contra el conductor (o asegurado) en el caso de que el daño fuere debido a una conducta dolosa. Todo ello significa la voluntad de excluir, lógicamente, supuestos como el aquí enjuiciado, ya que en el seguro obligatorio (de carácter imperativo y con un objetivo concreto y predeterminado) no es preciso una mención excluyente especial cuando este caso de utilización intencionada del coche para matar a una persona está fuera del contexto contractual, por ser de por sí una causa ilícita (artículo 1.305 del Código Civil) siendo así que el derecho de repetición que se contiene no se refiere a este hecho de ahora, sino a aquellos accidentes en donde la conducta del culpable no fuera imprudente, sino dolosa (pasar a gran velocidad un semáforo en rojo o en un cruce de vías, por ejemplo). *Comoquiera que el seguro voluntario no tiene los estrictos cauces del anterior, sino un ámbito amplio y abierto a toda clase de deseos contractuales*, es igualmente lógico entonces se establezca la cláusula concreta de exclusión reseñada.

En una palabra: se admitía la oponibilidad del dolo en el ámbito de los seguros voluntarios ante la acción que planteara el perjudicado, porque esa era la voluntad de las partes del contrato, mientras que en el caso de los obligatorios el propio *numerus clausus* de excepciones legales oponibles era lo que proveía de razones para que el asegurador tuviera que satisfacer la indemnización sin poder oponer el dolo del asegurado. Pero llegan las reformas normativas de 2000 y 2001, y el uso de un vehículo como arma *letal* deja de considerarse como un hecho de la circulación..., pero entonces el pretexto cambia de centro de gravedad: y se pasa entonces a entender que esa exclusión solamente opera en el se-

guro obligatorio. El discurso, en definitiva, se ha vuelto del revés como un guante. O si se prefiere explicar el razonamiento de manera más descarada: (a) tomar el coche para matar a alguien no es un hecho de la circulación, lo dice a las claras el artículo 1.6 del TRLRCS; (b) en sede de seguro obligatorio (arts. 2 y ss.), el legislador solo hace mención como excepciones oponibles de algunas que no tienen nada que ver (art. 5: daños sufridos por la persona del conductor, por el vehículo asegurado, por las cosas transportadas, por los bienes propiedad de tomador, asegurado, propietario o conductor, y cónyuge o determinados parientes de unos u otros, así como la exclusión del caso de vehículo robado; se añade en el artículo 6.1 que «el asegurador no podrá oponer frente al perjudicado ninguna otra exclusión, pactada o no, de la cobertura distinta de las recogidas en el artículo anterior»; (c) y entonces, la conclusión es que el seguro voluntario no puede oponer la conducta dolosa del asegurado.

Semejante silogismo no merecería la calificación de aprobado en un examen de pura lógica deductiva. Como tampoco merece el aprobado la STS de 20 de marzo de 2013 (recurso de casación núm. 1357/2012), de la que solamente destacaré el extraordinario voto particular del Excmo. Sr. Maza Martín:

Si la conducta dolosa no ha de ser considerada «hecho de la circulación», ese carácter lo ostenta a todos los efectos, quedando siempre fuera del Seguro del Automóvil, cualquiera que fuere su clase» [pues en realidad] «no nos encontramos ante una cuestión de «excepciones alegables» frente al perjudicado, en los términos del art. 76 de la LCS, sino de la exclusión del «ámbito del aseguramiento». Hay que decir, eso sí, que previamente hubo otra sentencia de la misma Sala que, para unas lesiones dolosas, prefirió *obedecer* y declaró que no procedía condenar al asegurador. Se trata de la STS de 8 de noviembre de 2011 (recurso de casación núm. 2139/2010).

3.6. ¿Y los demás seguros de responsabilidad civil?

Al ser el ámbito de los seguros de automóviles el contexto de mayor litigiosidad, ha sido en él donde la jurisprudencia ha podido sentar una solución después de un tortuoso camino de contradicciones y sorpresas. La doctrina contenida en el Acuerdo plenario de 24 de abril de 2007 significó un paso de enorme trascendencia que permitía albergar la esperanza de que nuestro país acabe teniendo algún día una respuesta semejante a la que los daños intencionados tienen en los tribunales de nuestros socios europeos. En una interesante conferencia pronunciada en SEAIDA el 26 de octubre de 2010, Sánchez Calero llegó a comparar, medio en broma medio en serio, la *primavera de Praga* con la recuperación del buen sentido que supuso para el Tribunal Supremo ese pleno no jurisdiccional de la primavera de 2007.

Ni siquiera en el ámbito del SRC automovilística está todo resuelto, dados los nuevos obstáculos descaradamente inventados *ad hoc* para la inoponibilidad del dolo por el asegurador voluntario a que me he referido en el apartado anterior. Pero, por lo mismo, no es difícil en-

tender qué es lo que ha sucedido con los demás SRC, un terreno en el que el legislador sigue sin aportar soluciones y donde, por lo mismo, persiste el problema del artículo 76 del LCS. ¿Por qué no se quiere caer en la cuenta de que también hay seguros suscritos por médicos, abogados, veterinarios, arquitectos, procuradores de los tribunales, notarios, registradores de la propiedad, padres de familia, poseedores de animales de compañía, comunidades de propietarios, fabricantes de juguetes, proveedores de servicios, administradores y directivos de sociedades mercantiles? Todos ellos están regidos, claro está, por lo que las pólizas establezcan, pero también por un diseño abiertamente imperativo como es el artículo 76 de la LCS. ¿Qué le hemos de decir al asegurador cuando el médico asegurado utiliza el bisturí con el propósito de matar o lesionar, o cuando un anestesista se dedica a contagiar una enfermedad infecciosa a sus pacientes? ¿Y cuando el administrador único de la sociedad provoca que el concurso de acreedores sea declarado culpable por haber llevado una doble contabilidad? ¿Y cuando el directivo de un banco pretende que su seguro salga al paso de las fianzas impuestas en el proceso penal incoado contra él, o cuando un abogado o un notario son hallados culpables de un delito de estafa, o cuando un procurador se queda con la indemnización obtenida en un juicio?

Ya ha habido algunas respuestas jurisprudenciales fuera del ámbito del seguro de automóviles. Particular interés tienen (junto con la sentencia comentada sobre el seguro del cazador, auténtica *perla* de la jurisprudencia moderna, *vid. supra*) las sentencias que han tenido que enfrentarse a delitos dolosos cometidos por profesionales liberales y a las pólizas por ellos suscritas. Así, la STS de 22 de junio de 2001 (recurso de casación núm. 3025/1999) trató de un caso verdaderamente lamentable sobre responsabilidad civil de un abogado, aquel que representaba los intereses de cuatro hermanos cuya madre había muerto en accidente de circulación. Se llegó a un acuerdo con una de las compañías de seguros, que entregó a los herederos de la fallecida un cheque por importe de 11 millones de pesetas, a cambio de que renunciaran a las acciones que había ejercitado, y con el compromiso de reintegrar a la entidad la indemnización que, si llegara el caso, ellos obtuvieran si fueran condenados terceros implicados. Pero el abogado, como el cheque se encontraba expedido a nombre de uno de los hermanos, con la excusa de ingresar el dinero en un banco a la espera del resultado de las diligencias judiciales, convenció a sus clientes de la necesidad de mantener íntegra la cantidad recibida, y logró que se le endosara el cheque que habían recibido del asegurador. Finalmente, el letrado lo ingresó en su propia cuenta. Transcurrido el tiempo, los hermanos solicitaron la devolución de la cantidad, y obtuvieron un pagaré que resultó impagado. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó al abogado como autor de un delito de estafa, y a la entidad aseguradora como responsable civil directa.

El Tribunal Supremo decidió que la excepción de causación de los daños «a consecuencia de haberse desviado a sabiendas de la Ley, disposiciones, instrucciones o condiciones de los clientes o de personas autorizadas por ellos o por cualquier infracción del deber profesional hecha a sabiendas» no es oponible si hay que estar a «la doctrina establecida por este Tribunal, a cuya virtud el SRC constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados».

Todavía más lamentable, dada la condición de los perjudicados –45 ancianos–, era el caso que terminó con la STS de 11 de febrero de 2005 (recurso de casación núm. 1738/2003). Un número elevado de clientes confiaron la defensa de sus intereses a aquel abogado. Con ánimo de procurarse un ilícito enriquecimiento y sin llevar a cabo las actuaciones profesionales encomendadas, hizo suyas las cantidades que le fueron satisfechas como provisión de fondos, e incorporó a su propio patrimonio las cantidades que debiera haber entregado a sus clientes (indemnizaciones por fallecimiento, pensiones mensuales de Clases Pasivas del Estado, etc.). Fue suspendido para el ejercicio profesional de la abogacía, causando baja en el colegio cuando la sanción ganó firmeza, cosa que nunca llegó a comunicar a los clientes.

Condenado como autor de sendos delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional, el acusado lo fue también a devolver las cantidades retenidas con sus intereses. Pero fue el asegurador, como era de esperar, quien se viera obligado a indemnizar los daños causados.

Parecido resultado encontramos después en la STS de 12 de junio de 2009 (recurso de casación núm. 177/2008), que condena a un abogado como autor de sendos delitos de estafa y deslealtad profesional, y que incluía la condena como responsable civil al pago a la sociedad perjudicada de cerca de 200.000 euros. Contra el criterio de la Audiencia Provincial, el Supremo entendió que procedía la condena de la entidad aseguradora:

Ciertamente el contenido de la póliza incluye en su articulado la exoneración de la conducta dolosa del asegurado en su actuación profesional como abogado, pero ello no le hace inmune frente a las reclamaciones de terceros, víctimas de estos hechos, por la vía de la acción directa. [...] La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición, es decir, que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño.

Puede verse también, para otro caso de condena de abogado por apropiación indebida, la STS de 3 de enero de 2013 [NCJ05823]). O la SAP de Barcelona de 17 septiembre 2014 (recurso de apelación núm. 137/2013), para un delito de estafa continuada cometido por notario, y que contiene una frase ya tópica: tanto el artículo 76 de la LCS como el artículo 117 del CP «quedarían vacíos de contenido y resultarían ilusorios si no se reconociera la obligación de la aseguradora de indemnizar al tercero».

En materia de profesionales de salud contamos con la STS de 11 de octubre de 2004 (recurso de casación núm. 235/2003). Un licenciado en Medicina y Cirugía se dedicaba a tratar en su consulta a pacientes con problemas de obesidad mediante una fórmula magistral que él mismo recetaba. Según la autorización del Ministerio de Sanidad y Consumo, la composición estaba basada exclusivamente en productos vegetales que aparecía como idónea para adelgazar. Pero es que antes de obtener la autorización, envió a su distribuidor

cien mil cajas de 90 cápsulas, y lo cierto era que aquellos nueve millones de cápsulas contenían polvo de tiroides y ansiolíticos de larga duración, y también un diurético de máxima eficacia que ocasionaba la pérdida de cloro, sodio, calcio, potasio y manganeso. Las lesiones y secuelas fueron, en fin, numerosas.

La audiencia condenó al médico encausado como autor de un delito continuado contra la salud pública, otro de desobediencia a la autoridad y hasta uno de lesiones. Pero no se condenó ni al SRC médico ni al SRC farmacéutico. El Tribunal Supremo entendió que la póliza cubría la responsabilidad civil *por acto médico*, las lesiones provinieron, no por acto médico, sino por la ingesta de unas cápsulas adquiridas en una farmacia. Pero la otra póliza, sí cubría «daños ocasionados por productos farmacéuticos no aprobados legalmente y por productos en cuya elaboración haya participado el asegurado», además de que, con absoluta precisión, había exclusión del aseguramiento del dolo. El recurso tampoco prosperó, pero nada declara la sentencia que no sea un lacónico «en consecuencia, el recurso no puede prosperar». Algo de voluntarismo hay, en fin, en esta sentencia, por más que a mi juicio, el resultado sea muy digno. Una compañía de seguros no está para salir al paso de semejantes actos, ya fueran «médicos» o «del médico». Seguramente nunca fue voluntad de aquel facultativo facineroso lesionar a nadie, sino lucrarse a costa de pacientes incautos. El dolo se encontraba en el delito contra la salud pública previo, antecedente o coadyuvante, pero de él no derivaban propiamente los daños corporales o las secuelas. De ahí que fuera más sencillo excluir la responsabilidad de los aseguradores con base en la delimitación objetiva de la cobertura, pues si la base se encontraba en ese dolo anterior, tendría que haber existido condena (*supra*, 3.3.1.). Pero se desaprovechó la ocasión para decir algo acerca del dolo, aunque fuera *obiter dictum*.

Tuvo una gran resonancia la STS de 27 de febrero de 2009 (recurso de casación núm. 10979/2007), en la que se condenó a un anestesista a 1933 años de prisión por contagiar el virus de la hepatitis C a 275 pacientes intervenidos en varios hospitales valencianos. La Audiencia Provincial de Valencia fijó un total de 20.374.063 euros en indemnizaciones para los perjudicados, con condena de siete aseguradoras. Dos de ellas plantearon recurso de casación, y el Tribunal Supremo, tras declarar que los hechos constituían auténticos actos médicos, ensayó una interpretación conjunta de los artículos 117 del CP y 19, 73 y 76 de la LCS, de la cual se deduce que, frente a terceros, ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente al asegurado.

La recurrente había invocado el Acuerdo de la Sala de 24 de abril de 2007 para justificar el rechazo del siniestro, cuestión que resulta muy interesante y sobre cuya respuesta entiendo que el Tribunal Supremo brinda, a la contra, un argumento extremadamente valioso. Tal acuerdo plenario

contempla los supuestos en que el vehículo de motor fuera directamente utilizado como instrumento del delito, caso en el que se exonerarían a la aseguradora por el

seguro obligatorio de la responsabilidad de los daños buscados directamente por el autor. Pero tampoco en esto tiene razón, porque la exclusión de responsabilidad viene dada por la circunstancia de que la acción de referencia estaría preordenada de forma rigurosamente exclusiva a la producción de un delito, de manera que tal modo de operar carece de cualquier encaje en los usos propios, socialmente aceptados, de los vehículos de motor. En las acciones de B.J. es dable identificar una dimensión connotada de grave ilegitimidad que, en tal sentido, claramente las separa de los usos y fines típicos de la actividad del anestesista, pero no es lo único que se dio, pues [...] siempre y en cada supuesto, B.J. prestó asistencia facultativa a cada uno de los pacientes que se relacionan en los hechos probados.

La argumentación dada por el Alto Tribunal para rechazar el recurso es abiertamente tramposa, además de innecesaria. El referido acuerdo plenario en ningún caso dice que para que un atropello no sea hecho de la circulación es preciso que la acción de referencia se encuentre «preordenada de forma *rigurosamente exclusiva* a la producción de un delito», sino que el vehículo de motor sea instrumento *directamente* buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. La tal reordenación exclusiva es un invento gratuito de la sala. El automóvil es un arma homicida, por más que cuando el sujeto se puso al volante su propósito fuera trasladarse a su casa. Igual sucedería cuando en el transcurso de una intervención quirúrgica el cirujano utilizara el bisturí con la finalidad de acabar con la vida del paciente al que odia, segmentándole una arteria. Por supuesto que existe acto médico, y naturalmente que es en el desarrollo del mismo cuando tiene lugar el malicioso uso del instrumento. Argumento, en fin, tramposo, pero también innecesario: habría bastado con proclamar que en el seguro de automóviles existe una específica respuesta legal que permite el rechazo del siniestro por el asegurador, pero que en el resto de las actividades cubiertas por un SRC hay que estar a lo dispuesto en la normativa común y general del artículo 76 de la LCS.

Particular resonancia tuvo la STS de 25 de julio de 2014 (NCJ058626), a la que me he referido también en la introducción. La procuradora recibió del juzgado dos mandamientos de devolución expedidos en favor de la caja, como resultado de sendos procedimientos de ejecución hipotecaria. Pero ella prefirió ingresar los importes en la cuenta de la que eran titulares ella y su marido. Pues bien, la sentencia confirmó la dictada en la instancia, y mantuvo las penas y la responsabilidad civil. Pero quien respondió fue, claro está, la aseguradora del colegio de procuradores.

La continua invocación que en la sentencia se hace a la jurisprudencia de la sala sobre seguro de automóviles tiene su respuesta en el voto particular del Excmo. Sr. Maza Martín, que llama la atención en torno a que «el presente supuesto presenta la peculiaridad de que nos hallamos ante un delito de apropiación indebida que, para comenzar, ni tan siquiera ofrece esa alternativa imprudente». Luego el «derecho de repetición deviene aquí exorbitante», y el problema no era otro que la de determinar si el hecho se encontraba cubierto por la póliza o si era tan ajeno a la misma como lo son unos daños por inundación para un

seguro de incendios [...], y si el artículo 117 del Código Penal hace responsables a los aseguradores en los casos en los que «hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad [...]», «afirmar que la apropiación indebida cometida por la recurrente es un riesgo asumido por la aseguradora de la póliza de responsabilidad civil contratada por el Colegio de procuradores, me parece un exceso contrario a Derecho».

Hay otra cuestión destacable:

En el ámbito profesional, el SRC ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece ante el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro.

... O sea, que el público se *fía* de los procuradores (y dígase lo mismo de los abogados, de los notarios o de los registradores) porque tienen pólizas de seguro. Con fina ironía lamenta el voto particular «que puedan existir [...] razones de índole "socializador" o metajurídico» para decir semejante cosa.

4. Conclusión y propuesta de nueva regulación

Se advierte una peligrosa renuencia del Tribunal Supremo a dictar sus sentencias con arreglo a las modificaciones legislativas operadas. Y si nos movemos fuera del ámbito de los seguros de automóviles, el resto de los SRC –señaladamente, los seguros que suscriben los profesionales liberales– sigue padeciendo la vigencia de una norma tan lamentable como el artículo 76 de la LCS, lo que desemboca con frecuencia en sorprendentes condenas de las compañías aseguradoras, que se tienen que hacer cargo de las consecuencias civiles de delitos de estafa o de apropiación indebida cometidos por profesionales del Derecho o de delitos de lesiones o contra la salud pública cometidos por médicos. Lo que a mi juicio es un error grosero ya se ha exportado a la jurisdicción civil, pues la STS (Sala 1.^a) de 17 de abril de 2015 (NCJ059794) ha declarado inoponible, para el seguro de un arquitecto, «la infracción o incumplimiento voluntario de las reglas, normas o disposiciones legales que regulan la profesión».

Un nutrido sector doctrinal entiende que la causación intencionada de los daños no es algo oponible al perjudicado, pero siempre le queda al asegurador la posibilidad de repercutir del asegurado lo que haya pagado. Una repercusión que con frecuencia será una auténtica entelequia. «Al asegurador solo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa», dice la STS (Sala 2.^a) de 5 de noviembre de 2020 (recurso de casación núm. 64/2019). Riesgo de empresa – hay que añadir– que luego se traslada a la totalidad de la población asegurada, con cuyos

miembros se ha de repercutir el coste añadido, con el consiguiente encarecimiento de las primas que todos pagan. Resume Gómez Ligüerre el efecto de que los seguros hayan de pagar por daños no tenidos en cuenta al calcularse las primas: «los asegurados solventes subsidian a los insolventes».

En fin, que «cabalmente, el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación [¿?] a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados [y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado] es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima», añade la STS (Sala 2.ª) de 22 de junio de 2020 (recurso de casación núm. 1374/2018). Ciertamente, eso de que «solo admite una interpretación» me resulta bastante chocante.

Otros pensamos que es preferible la solución contraria, que se sigue en los países de nuestro entorno. Y hasta proponemos una redacción alternativa para el artículo 76 de la LCS. Por ejemplo, esta:

El tercero o terceros perjudicados o sus herederos tendrán acción directa frente al asegurador del responsable civil para exigirle hasta el límite de la suma asegurada y conforme a lo previsto en el contrato de seguro la obligación de indemnización del asegurado³. En ningún caso existirá obligación de indemnizar cuando el daño haya sido causado dolosamente por el asegurado. El asegurador que haya satisfecho la indemnización por ignorar el dolo del asegurado tendrá derecho a repetir de este si la conducta dolosa fuera acreditada con posterioridad.

O al menos, propongo una fórmula que no admita las dudas que el precepto viene planteando, con suerte muy dispar, desde su promulgación, que va ya camino del medio siglo.

³ Hasta aquí el texto del artículo 70 del anteproyecto de LCS de 2010. Parecidamente, el artículo 592-47 del anteproyecto de Código Mercantil de 2014 preveía, de modo poco explícito: «Los terceros perjudicados podrán ejercitar en el mismo proceso la acción contra el responsable del daño y la directa frente al asegurador de la responsabilidad civil. En la acción contra el asegurador, este podrá oponer frente al perjudicado o perjudicados las excepciones que puedan ampararse en el régimen de la responsabilidad civil del causante del daño o en el contrato de seguro».

Referencias bibliográficas

- Alonso Soto, R. (1977). *El seguro de la culpa*. Montecorvo.
- Atienza Navarro, M.^a L. (1998). Daños causados dolosamente y seguro de responsabilidad civil (reflexiones a propósito de alguna jurisprudencia reciente). *Revista Española de Seguros*, 93.
- Badillo Arias, J. A. (2011). Artículo 19. En J. A. Badillo Arias (coord.), *Ley de contrato de Seguro*, Thomson Reuters Aranzadi.
- Baíllo Morales-Arce, J. (2002). El aseguramiento de la responsabilidad civil de los administradores: especial referencia al problema del dolo como excepción oponible o inoponible. En *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. 2.
- Calzada Conde, M.^a A. (1983). *El seguro voluntario de responsabilidad civil*. Montecorvo.
- Calzada Conde, M.^a A. (2005). *El seguro de responsabilidad civil*. Thomson-Aranzadi.
- Carro del Castillo, J. A. (1982). La acción del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley de Contrato de Seguro. En E. Verdera Tuells (Dir.), *Comentario a la Ley de Contrato de Seguro*, CUNEF.
- Clavero Ternero, F. (1995). *La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil*. Tecnos.
- Donati, A. (1960). *Los seguros privados* (trad. de A. Vidal Sola). Bosch.
- Fernández Entralgo, J. (2002). *Victimas y hechos de la circulación. Nuevos problemas*. [Ponencia] VII Jornadas de Responsabilidad Civil y Seguros, Colegio de Abogados de Zaragoza, 1 y 2 de febrero.
- Fontaine, M. (1996). *Droit des assurances*. Larcier.
- Garrigues, J. (1967). Estudios sobre el contrato de seguro. *Revista de Derecho Mercantil*, 105-106.
- Gómez Pomar, F. y Arquillo Colet, B. (2000). *Daños dolosos y seguro*. <https://indret.com/>
- González-Haba. (1995). *Algunas exclusiones de cobertura en los seguros obligatorio y voluntario*. [Ponencia] II Congreso Extremeño de Derecho de la Circulación y Seguros. Cáceres.
- Lambert-Faivre, Y. (1979). *Assurances des entreprises et des professions*. Dalloz.
- Larenz, K. y Canaris, C.-W. (1994). *Lehrbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil*. C.H. Beck Verlag.
- Molina Blázquez, M. C. (1995). La responsabilidad civil en el Código penal de 1995. *Revista del Poder Judicial*, 38.
- Reglero Campos, L. F. (2014). El seguro de responsabilidad civil. En L. F. Reglero Campos y J. M. Busto Lago (Coords.), *Tratado de Responsabilidad civil*, t. I. Thomson-Aranzadi.
- Rode, H. de y Fontaine, M. (1995). *Les assurances obligatoires dans les pays de l'OCDE*. OCDE.
- Sánchez Calero, F. (2001). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. (2.^a ed.). Aranzadi.
- Soto Nieto, F. (1997). El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo. *Revista Española de Seguros*, 92.
- Soto Nieto, F. (1998a). El dolo y el seguro. Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria. En *El nuevo Código penal y el contrato de seguro*. Editorial Española de Seguros.



Soto Nieto, F. (1998b). El dolo y el seguro.

Daños causados por delito doloso y el seguro de suscripción obligatoria. En *El nuevo Código penal y el contrato de seguro*. SEAIDA.

Soto Nieto, F. (29 de mayo de 2001). Daños dolosamente causados por la conducción.

Una polémica que perdure. *Diario La Ley*.

Veiga Copo, A. B. (2009). *Tratado del contrato de seguro*. Thomson Reuters Civitas.

Viney, G. (1965). *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Yzquierdo Tolsada, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*. Reus.

Yzquierdo Tolsada, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Dykinson.



Elementos relevantes en materia de contratos de préstamo hipotecario con venta vinculada o combinada de seguros. Obligaciones de los notarios

César García González

Abogado

Doctor en Derecho de Seguros

caesargarci@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-4181-8496>

Extracto

El legislador comunitario, al amparo del TFUE, viene impulsando un marco legal donde se proteja los derechos de los consumidores. Marco legal que se pretende blindar más aún en la contratación de productos financieros. Los notarios a este respecto juegan, o deben jugar, un papel fundamental en velar por la defensa de los intereses del consumidor en la contratación de seguros relacionados con los préstamos hipotecarios. En el presente trabajo analizamos qué elementos han de ser observados por los notarios en su función como garantes de la legalidad.

Palabras clave: operador de banca y seguros; distribución de seguros; póliza de seguros; hipoteca; notario; venta vinculada; venta combinada.

Fecha de entrada: 01-09-2022 / Fecha de aceptación: 19-09-2022

Cómo citar: García González, C. (2022). Elementos relevantes en materia de contratos de préstamo hipotecario con venta vinculada o combinada de seguros. Obligaciones de los notarios. *Revista CEFLegal*, 261, 49-78.



Relevant elements regarding mortgage loan contracts with tied selling or combined sale of insurance. Obligations of notaries

César García González

Abstract

The EU legislator under TFEU has been promoting a legal framework in which the consumers' rights are protected. Legal framework which is intended to shield furthermore in the recruitment of financial products. Notaries in this regard play, or must play, a crucial role on ensuring the consumers protection in taking out insurances connected with mortgage loans. In the present work we analyse the elements that must be noted by the notaries in its role as guarantor of legality.

Keywords: bank insurance operator; insurance distribution; insurance policy; mortgage; notary; tied selling; combined sale.

Citation: García González, C. (2022). Elementos relevantes en materia de contratos de préstamo hipotecario con venta vinculada o combinada de seguros. Obligaciones de los notarios. *Revista CEFLegal*, 261, 49-78.



Sumario

1. Introducción: metodología y encuadre
 2. Información sobre el distribuidor de productos de seguros, incluida su retribución
 - 2.1 Información previa sobre la retribución del mediador
 3. Información sobre el producto de seguros y del perfil del cliente
 - 3.1. El documento de información previa en los seguros de no vida
 - 3.2. La información previa en los productos de inversión basados en seguros
 4. De la venta vinculada y de la venta combinada
 5. Prácticas abusivas en seguros vinculados a préstamos hipotecarios
 6. Breves indicaciones sobre las obligaciones de los notarios
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Introducción: metodología y encuadre

La situación de vulneración de condiciones de contratación que se vivió en épocas pretéritas, donde los consumidores, bajo la aureola de prestigio y respeto de los notarios, vieron conculcados sus derechos, obliga a que este cuerpo de fedatarios redoble su celo a la hora de validar los contratos y las condiciones de estos, incluso en la fase de información previa.

El afán del sector bancario por distribuir seguros y así fidelizar más a su clientela, con unos altos niveles de rentabilidad, impele a los poderes públicos a velar por el cumplimiento de las normas pro consumidor en estas prácticas de venta.

De la mano de lo anterior, en el presente estudio nos proponemos analizar las obligaciones de información contractual previa en la contratación de préstamos hipotecarios con productos de seguros vinculados o combinados con indicaciones sobre las obligaciones de los fedatarios públicos en el proceso de escrituración.

Todo ello desde la perspectiva del deudor prestatario¹, en tanto en cuanto consumidor², «de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir»³, sea tal consumidor vulnerable o no⁴.

¹ Artículo 4 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

² Artículo 1 de la Ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores y usuarios de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito. Artículo 180.4 del RDL 3/2020, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados.

³ Artículo 1 de la Ley 5/2019.

⁴ Artículo 3.1 del RDLeg. 1/2007.

Artículo 2 a) de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Para ello analizaremos las obligaciones de información previa en este tipo de productos, recogidas tanto en la normativa nacional como comunitaria, pero desde el siguiente enfoque:

- Información sobre el propio distribuidor de productos de seguros, incluida su retribución.
- Información sobre el producto de seguros y perfil del cliente.
- De la venta vinculada y de la venta combinada.
- Prácticas abusivas en seguros vinculados a préstamos hipotecarios.

Hemos de partir de la premisa de que,

como norma general, no deben permitirse las prácticas de venta vinculada a no ser que el servicio o producto financiero ofrecido junto con el contrato de crédito no pueda ofrecerse por separado al constituir una parte del crédito plenamente integrada en el mismo, como por ejemplo en el caso de los descubiertos garantizados⁵.

En armonía con lo anterior, la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (IDD), contempla en el artículo 24 solamente la venta cruzada. No la combinada.

Igualmente, el artículo 12.1 de la Directiva 2014/17/UE dicta que: «Los Estados miembros autorizarán las prácticas de ventas combinadas, pero prohibirán las prácticas de ventas vinculadas».

No obstante, sí pueden ofrecer otros productos, e incluso se permite que, si la entidad financiera demuestra, no al cliente, sino ante el supervisor que

los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos, en condiciones similares entre sí, que no se presenten por separado acarreen un claro beneficio a los consumidores, teniendo debidamente en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado⁶.

A priori podría parecer que el legislador comunitario es renuente a este tipo de prácticas comerciales, en unos casos se deja en manos del legislador nacional y en otros se delimita

⁵ Considerando 25 de la Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

⁶ Artículo 12.3 de la Directiva 2014/17, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

tan las posibilidades de esta práctica comercial. Pasaremos a comentar qué obligaciones se han de cumplir para que sea factible tal venta.

2. Información sobre el distribuidor de productos de seguros, incluida su retribución

El cliente de un producto asegurador debe conocer qué naturaleza jurídica tiene el distribuidor de seguros antes de contratar nada.

Circunscritos en el marco de los préstamos hipotecarios con venta de seguros, hemos de distinguir dos entidades que participan en estos contratos.

De un lado, tenemos al prestamista inmobiliario, siendo aquel que su actividad sea «la actividad de concesión de los préstamos»⁷.

De otro lado, tenemos los contratos de seguros que se formalizan a través de operadores banca-seguros, los cuales se encuadran dentro de los mediadores de seguros⁸.

Puede existir una figura de «intermediarios de crédito inmobiliario»⁹, los cuales no tienen por qué ser operadores banca-seguros, y sí colaboradores externos¹⁰.

Los operadores banca-seguros podrán ser la misma entidad financiera o de crédito o una sociedad controlada por esta.

Aunque pueda resultar paradójico, los operadores banca-seguros no dejan de ser agentes de seguros¹¹, pudiendo ser agentes exclusivos o vinculados¹².

Como principio general, en toda documentación mercantil relativa a la distribución de seguros deberá¹³:

- a) Figurar de forma destacada la expresión «operador de banca-seguros exclusivo», o, en su caso, «operador de banca-seguros vinculado», seguida de la denomina-

⁷ Artículo 4.2 de la Ley 5/2019.

⁸ Artículo 135 del RDL 3/2020.

⁹ Artículo 4.5 de la Ley 5/2019.

¹⁰ Artículo 137 del RDL 3/2020.

¹¹ Artículo 151 del RDL 3/2020.

¹² Artículos 147 y 149 del RDL 3/2020.

¹³ Artículo 153 del RDL 3/2020.

ción social de la entidad aseguradora para la que esté realizando la operación de distribución de que se trate, en virtud del contrato de agencia celebrado.

- b) Igualmente, en toda la publicidad que el operador de banca-seguros realice con carácter general o a través de medios telemáticos, deberá hacer mención a las entidades aseguradoras con las que haya celebrado un contrato de agencia de seguros.
- c) Indicar el número de inscripción en el registro administrativo con remisión a la sede electrónica del supervisor para su comprobación.
- d) Cuando sea preceptivo, tener concertado un seguro de responsabilidad civil u otra garantía financiera¹⁴.

Fuera del formato y contenido de la documentación mercantil que entregue el operador banca-seguros (OBS) al cliente, aquel ha de facilitar a su clientela una serie de informaciones intrínsecas a su propia figura.

Así pues, *ha de informar sobre participaciones significativas en aseguradoras*¹⁵, o si una aseguradora ostenta tal inversión en el OBS¹⁶, entendiéndose esta como la participación de forma directa o indirecta del al menos el 10 % del capital social o de los derechos de voto¹⁷.

Pero no solo ha de limitar su información a estos aspectos, sino que, además, deberá informar de¹⁸:

- a) Su identidad y dirección, así como de su condición de mediador de seguros. Es decir, identificarse como OPS.
- b) Si ofrece asesoramiento en relación con los productos de seguro comercializados.

En el caso del OBS, al ser agente, ora vinculado, ora exclusivo, casi nunca será venta asesorada, sino informada; es decir, no se hará una recomendación al cliente, sobre la base de más de un contrato de seguro¹⁹.

¹⁴ Para el caso de los OBS vinculados, véase disposición transitoria tercera del RDL 3/2020.

¹⁵ Artículo 173.1 g) del RDL 3/2020. Esta obligación solo es aplicable para el caso de distribución de seguros y no del préstamo hipotecario. Véase el artículo 9 de la Ley 15/2019.

¹⁶ Artículo 173.1 h) del RDL 3/2020.

¹⁷ Artículo 16.1 de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

Artículo 23 del RD 84/2015, por el que se desarrolla la Ley 10/2014.

Artículo 173.1 g) del RDL 3/2020.

¹⁸ Artículo 173 del RDL 3/2020.

¹⁹ Exposición de motivos. Punto IV del RDL 3/2020.

- c) Deberá indicar cómo y dónde presentar quejas y reclamaciones, así como los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos. Es decir, informar del departamento de atención al cliente o, en su caso, del defensor del cliente, tanto de la compañía de seguros como del OBS. Igualmente deberá informar como reclamar ante el supervisor²⁰ o, en su caso, de la entidad de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera²¹.
- d) El tratamiento de sus datos de carácter personal²², significando que los OBS tendrán la condición de encargados del tratamiento de la entidad aseguradora con la que hubieran celebrado el correspondiente contrato de agencia²³.
- e) El registro administrativo del supervisor correspondiente en el que esté inscrito y los medios para comprobar dicha inscripción.
Es decir, deberá facilitar el número de clave/autorización y el enlace de la sede electrónica del supervisor.
- f) Al ser agente de seguros, deberá informar que actúa en nombre y cuenta de la(s) aseguradora(s) e identificar cuál(es).

Entendemos aconsejable que se informe de que la responsabilidad profesional del OBS no será imputada al asegurador²⁴; y, por ello, que se deba informar de la contratación de un seguro –con identificación de la póliza y aseguradora, o de otra garantía²⁵, teniendo en cuenta, en su caso, el régimen transitorio en el caso de los OBS vinculados²⁶.

2.1. Información previa sobre la retribución del mediador

Con independencia de informar sobre las características del producto, el mediador, antes de la contratación, deberá haber informado sobre si²⁷:

- 1.º Facilita asesoramiento basándose en un análisis objetivo y personalizado; si no lo hiciere, deberá indicarlo, y explicar lo que ello implica.

²⁰ Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

²¹ Disposición adicional primera de la Ley 17/2017.

²² Artículo 5.1 de la Ley Orgánica 3/2018, sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

²³ Artículo 203 del RDL 3/2020.

²⁴ Artículo 143 del RDL 3/2020.

²⁵ Artículo 159.1 f) y g) del RDL 3/2020.

²⁶ Disposición transitoria tercera del RDL 3/2020.

²⁷ Artículo 176.1 del RDL 3/2020.

- 2.º Si está contractualmente obligado a realizar actividades de distribución de seguros exclusivamente con una, o, en su caso, autorizado con varias entidades aseguradoras, en cuyo caso deberá informar de los nombres de dichas entidades aseguradoras.

Esto implica informar con qué aseguradoras el OBS tiene contrato de agencia suscrito, y para qué ramos tiene marco contractual para distribuir seguros con cada una de las aseguradoras, en el caso de que fuera un OBS vinculado.

O en caso contrario, si:

- 3.º No está contractualmente obligado a realizar actividades de distribución de seguros exclusivamente con una o varias entidades aseguradoras y no facilita asesoramiento basándose en un análisis objetivo y personalizado, en cuyo caso deberá informar de los nombres de las entidades aseguradoras con las que pueda realizar, o de hecho realice, actividades de distribución de seguros del producto de seguro ofertado.

Igualmente deberá informarse qué supone no realizar un análisis objetivo y personalizado. Entendemos que el fedatario público deba explicar al cliente el alcance de un tipo de venta u otra.

- 4.º Concretamente en el caso de los OBS, «deberán comunicar a sus clientes que el asesoramiento prestado se facilita con la finalidad de contratar un seguro y no cualquier otro producto que pudiera comercializar la entidad de crédito o el establecimiento financiero de crédito»²⁸.

Es decir, deberá informar por separado del seguro vinculado al préstamo hipotecario y explicar que no se está contratando otro producto financiero. Entendemos que el fedatario público deba explicar al cliente este aspecto y sus matizaciones.

Igualmente, deberá informar sobre cuestiones económicas derivadas del comisionamiento del distribuidor.

Concretamente deberá informar –insistimos, antes de la contratación– de:

j) La naturaleza de la remuneración recibida en relación con el contrato de seguro.

k) Si, en relación con el contrato de seguro, trabajan:

1.º A cambio de un honorario, esto es, la remuneración la abona directamente el cliente;

²⁸ Artículo 176.1.4.º del RDL 3/2020.

2.º A cambio de una comisión de algún tipo, esto es, la remuneración está incluida en la prima de seguro;

3.º A cambio de cualquier otro tipo de remuneración, incluida cualquier posible ventaja económica ofrecida u otorgada en relación con el contrato de seguro, o

4.º Sobre la base de una combinación de cualquiera de los tipos de remuneración especificados en los apartados 1.º, 2.º y 3.º.²⁹

Y la información de esa remuneración alcanza a cualesquiera pagos que deba hacer el cliente durante la vigencia del contrato y cualesquiera de sus prórrogas, tengan o no cualesquiera suplementos³⁰.

Igualmente, en el caso del seguro obligatorio de hogar³¹, o en cualesquiera otros seguros que se vinculen al préstamo hipotecario, si la prima a cobrar no pudiera determinarse de antemano, se deberá mencionar también de forma clara, concisa y destacada, junto con la tasa anual equivalente (TAE)³².

Además, en cualquier caso, el cliente deberá ser informado de que podrá desistir del contrato sin penalización alguna³³, siempre que ejercite este derecho en el plazo de 14 días en los seguros contra daños, así como del propio préstamo³⁴. En el caso de los seguros de vida, cuando la duración del mismo sea superior a 6 meses, el tomador tendrá derecho a resolver el mismo de forma unilateral en el plazo de 30 días a contar desde que se le diera la póliza o el certificado provisional de garantía³⁵.

Destacando además que estas obligaciones y derechos son de aplicación con independencia a si la contratación de estos productos es en las oficinas bancarias o de forma telemática³⁶.

²⁹ Artículos 173 y 176.1 del RDL 3/2020. También véanse artículo 18 de la Ley 5/2019 y artículo 14.1 b) de la Ley 2/2009.

³⁰ Artículos 176.3 y 176.4 de la RDL 3/2020.

³¹ Artículos 17.1.3 de la Ley 5/2019.

Artículos del 10.1 Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

³² Artículo 6.3 de la Ley 5/2019.

³³ Artículo 73 del RDLeg. 1/2007. También véase anexo II del mismo texto legal.

³⁴ Artículo 21.2 de la Ley 2/2009.

³⁵ Artículo 83 a) de la Ley 50/1980 (LCS).

³⁶ Artículos 92 y ss. del RDLeg. 1/2007, texto refundido, de defensa de consumidores y usuarios.

Artículo 2 de la Ley 7/1998, general de contratación.

3. Información sobre el producto de seguros y del perfil del cliente

Desde el sector de la mediación, durante mucho tiempo se estuvo trabajando en una segunda Directiva de mediación de seguros –denominada IMD2– (García González, 2012, pp. 34-35). Cuando avanzada su redacción se cambió el paradigma, cuyo resultado es la actual Directiva de distribución de seguros.

Se argumentó tal cambio de paradigma, y, por ello, la necesidad de un nuevo enfoque normativo, entre otras cosas, por mejorar la defensa de los intereses de los consumidores.

Así pues, el considerando 7 de la Directiva (UE) 2016/97 recoge:

La aplicación de la Directiva 2002/92/CE ha puesto de manifiesto que es necesario precisar en mayor medida una serie de disposiciones, al objeto de facilitar el ejercicio de la distribución de seguros, y que la protección de los consumidores exige ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a todas las ventas de productos de seguro.

El considerando 16 recoge:

La presente Directiva debe garantizar que se aplique el mismo nivel de protección al consumidor y que todos los consumidores puedan beneficiarse de normas comparables. La presente Directiva debe promover un entorno equitativo y la igualdad de condiciones de competencia entre intermediarios, tanto si estos están ligados a una empresa de seguros como si no. El consumidor saldrá beneficiado si los productos de seguro se distribuyen a través de distintos canales e intermediarios con diferentes formas de cooperación con las empresas de seguros, siempre que tengan que aplicar normas similares en materia de protección del consumidor. Los Estados miembros deben tener en cuenta dichas circunstancias cuando apliquen la presente Directiva.

Y si se entendía que ya con el anterior marco regulatorio se cumplía con creces la protección al consumidor, el considerando 43 de la IDD indica lo contrario:

La finalidad de la presente Directiva es aumentar la protección del consumidor, por lo que algunas de sus disposiciones solo afectan a las relaciones entre empresas y consumidores, especialmente aquellas que regulan las normas de conducta de los intermediarios de seguros o de otros vendedores de productos de seguro.

Artículo 3 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En armonía con lo anterior, lo que se busca es

evitar que se produzcan ventas inapropiadas [por lo que] la venta de productos de seguro debe ir siempre acompañada de un test sobre las exigencias y las necesidades basado en la información obtenida del cliente. Cualquier producto de seguro que se ofrezca al cliente ha de ser siempre coherente con las exigencias y necesidades de dicho cliente y debe presentarse de forma comprensible para que este pueda tomar una decisión con conocimiento de causa,

tal como indica el considerando 44³⁷.

Y no solo hemos de detenernos en el análisis de la directiva, sino que, por delegación, existen otras normas comunitarias que afectan directamente a la protección del consumidor, y que se han de aplicar en la distribución de seguros, vinculados o no, a préstamos hipotecarios.

A este respecto, conforme el artículo 20.8 de la IDD «se otorgan a la Comisión competencias para adoptar las normas técnicas de ejecución a que se refiere el párrafo primero del presente apartado, de conformidad con el artículo 15 del Reglamento (UE) n.º 1094/2010».

Fruto de lo anterior, se aprobó el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión, de 11 de agosto de 2017, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro.

Analizaremos por qué es de aplicación a los seguros que se vinculan a los préstamos hipotecarios, así como quién ha de facilitar esa información, y el contenido de la misma.

3.1. El documento de información previa en los seguros de no vida

La IDD establece los parámetros de información previa para productos de seguro con asesoramiento previo o no³⁸, y autoriza a la Comisión a elaborar normas de desarrollo³⁹.

Dentro de ese marco normativo, se encaja su desarrollo en el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión.

Tanto el reglamento como la directiva establecen en qué productos se ha de dar este documento de información previa, tanto en el caso de la venta informada como en el de la venta asesorada.

³⁷ Considerando 44 de la IDD.

³⁸ Artículo 20.4 de la IDD

³⁹ Artículo 20.9 *in fine* de la IDD.

El ámbito material de aplicación será el de «la distribución de productos de seguro distinto del seguro de vida tal y como se enumeran en el anexo I de la Directiva 2009/138/CE»⁴⁰.

En nuestro marco normativo nacional, serían los ramos del anexo I de la Ley 10/2015, de ordenación, supervisión y solvencia (LOSSEAR)⁴¹, incluyendo además los ramos de decesos y de enfermedad⁴².

Queremos hacer especial énfasis en que los ramos del anexo I de la Directiva Solvencia II no son los mismos que los del anexo I de LOSSEAR.

¿Cuál es la diferencia?

El ramo 19, Decesos, que en el anexo I a) de Solvencia II no aparece, y sí en el anexo I a) de la Ley 20/2015.

Siendo que el Reglamento de Ejecución –que es de aplicación directa desde el 5 de septiembre de 2017– hace referencia a la Directiva Solvencia II, a nuestro entender el consumidor tenía derecho a recibir información previa del producto en todos los ramos, conforme al Reglamento de Ejecución, menos en decesos, siendo que en este caso estaba supeditado al marco nacional⁴³.

No obstante, y pese a que por parte del supervisor se entendiera que no sería exigible la incorporación de tal documento en la suscripción de un seguro de no vida hasta la transposición de la IDD⁴⁴ –que no se hizo sino hasta el RDL 3/2020–, entendemos que, desde el mero punto de vista de un consumidor, tal documento sí era exigible (García González, 2019).

Sin perjuicio de lo anterior, dada la intención vademecuménica del supervisor español⁴⁵, en lo que a distribución en seguros se refiere tenemos el hecho de que se recoja en el RDL 3/2020 lo relativo al documento normalizado de información previa, cuando, *a priori*, no sería

⁴⁰ Artículo 20.5 de la IDD.

Considerando 1 del Reglamento de ejecución (UE) 2017/1469, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro.

⁴¹ Artículo 176 del RDL 3/2020.

⁴² Artículo 176.5 del RDL 3/2020.

Artículos 125 y 126 del RD 1060/2015, sobre ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

⁴³ Concretamente a las informaciones recogidas en el artículo 125 del ROSSEAR.

⁴⁴ Resolución de 13 de septiembre de 2017, asunto 4200/2017.

⁴⁵ Decimos supervisor y no legislador, pues el redactor del anteproyecto fue la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

necesario, pues no es materia de transposición, al delegarse, en la directiva transpuesta, su desarrollo a la Comisión⁴⁶.

En cualquier caso, en nuestra transposición de la IDD, todo lo relativo a la información previa que el distribuidor está obligado a facilitar al cliente antes de la contratación de seguro distinto al seguro de vida aparece recogido en los artículos 175.4 y 176 del RDL 3/2020⁴⁷.

Siendo el OBS un mediador⁴⁸, estará obligado a dar las informaciones relativas al producto al cliente, *antes de la formalización del contrato*⁴⁹.

A este respecto, la normativa nacional y comunitaria indica solo que se tenga que entregar el documento, sin decir cuándo, como sí lo indica en el caso de los productos de inversión basados en seguros, aunque que, de forma indeterminada, al decir que se deberá facilitar este documento «con el tiempo suficiente antes de celebrarse un contrato»⁵⁰.

En cualquier caso, al encontrarnos ante la venta de un seguro vinculado a un préstamo hipotecario, entendemos que por méritos del artículo 20 de la Ley 2/2009, el plazo mínimo deberá ser de 15 días.

Tal documento de información previa deberá contener las siguientes informaciones, conforme indica el artículo 176.4:

- a) Información sobre el tipo de seguro.
- b) Un resumen de las coberturas del seguro, incluidos los principales riesgos asegurados, la suma asegurada y, cuando proceda, el *ámbito* geográfico de aplicación, así como un resumen de los riesgos excluidos.
- c) Las condiciones de pago de las primas, y la duración de los pagos.
- d) Las principales exclusiones, sobre las cuales no es posible presentar solicitudes de indemnización.

⁴⁶ Artículo 20.9 de la IDD.

⁴⁷ No deja de ser llamativo que, cuando el artículo 182 del RDL 3/2020 regula la transmisión de la información por parte de los distribuidores, no haga referencia al artículo 176, que es el relativo a los requisitos y formato del documento de información contractual a entregar con carácter previo a la suscripción del seguro por parte del distribuidor.

⁴⁸ Sobre quiénes son los obligados a redactar y entregar este documento, véase García González (2021).

⁴⁹ Artículo 20.1 de la IDD.

Artículo 175 del RDL 3/2020.

⁵⁰ Artículo 29 de la IDD.

Artículo 179.3 del RDL 3/2020.

- e) Las obligaciones al comienzo del contrato.
- f) Las obligaciones durante la vigencia del contrato.
- g) Las obligaciones en caso de solicitud de indemnización.
- h) La duración del contrato, incluidas las fechas de comienzo y de expiración.
- i) Las modalidades de rescisión del contrato⁵¹.

La práctica forense está derivando en que las aseguradoras utilizan un formato estándar para cada producto, y no *ad hoc* para cada perfil de cliente, cuando, a nuestro entender, tal estandarización va en contra de la esencia que pretende el legislador comunitario⁵².

Esa esencia busca que en tal documento se explique de forma entendible a todo perfil de consumidor las características del producto, como sus implicaciones, antes de su contratación.

Y el alcance de tal explicación ha de abarcar a cualesquiera consumidores, por lo que el detalle de la redacción deberá ser adaptable a todo perfil de clientela (García González, 2020).

¿Este documento de información previa del contrato de seguro viene a ser sustitutivo de las condiciones particulares, o generales?⁵³

A nuestro entender la entrega del documento normalizado no exime ni al mediador/empresario ni al productor⁵⁴ de la obligación de facilitar otros documentos contractuales o precontractuales⁵⁵, como serían las condiciones generales, las particulares, o las propuestas de seguro⁵⁶, y aquellas otras ajenas a la normativa de seguros, pero igualmente obligatorias⁵⁷.

⁵¹ Artículo 176.4 del RDL 3/2020. Véase el Anexo del Reglamento Ejecución (UE) 2017/1469.

⁵² Considerando 44 de la IDD.

⁵³ Para profundizar al respecto, véase García González (2021).

⁵⁴ Usando la terminología de los artículos 4 y 5 del RDLeg. 1/2007.

⁵⁵ Artículo 2 del Reglamento de ejecución 2017/1469.

⁵⁶ Artículo 14 f) de la Ley 5/2019. Y no solo, por ejemplo, 122.1 y 122.3 (seguro de no vida), 122.2, 3, 4 y 5 (seguro de vida; véase art. 80 Ley 20/2015, que hace referencia a la situación financiera del asegurador), 123 (aseguradores en LPS), 124 (seguros de vida), 125 (seguros de decesos) y 126 del Real Decreto 1060/2015. No podemos dejar de lado las obligaciones de información que se establecen en el artículo 42 de la Ley 26/2006, y el mayor desarrollo que tendrá en los artículos 47 al 49 del proyecto de Ley de distribución de seguros.

⁵⁷ Nos referimos, a modo de ejemplo, a las derivadas de la Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Y ello porque el artículo 2 del Reglamento de Ejecución 2017/1469 recoge que «el documento de información sobre el producto de seguro indicará de forma destacada que la información precontractual o contractual completa se facilita al cliente en otros documentos».

Igualmente la propia Directiva (UE) 2016/97 recoge que el citado documento ha de ser independiente del resto de documentos a entregar al cliente⁵⁸, como podrían ser los condicionados de la póliza, o documentos de protección de datos⁵⁹.

Es decir, este documento queda, por lo tanto, configurado como un documento que no exime de otros⁶⁰, sino que se añade a aquellos, con unas exigencias propias como son la de fácil comprensión, de que quizá los otros documentos puedan adolecer.

Teniendo que ser un documento independiente, parecería *a priori* que no formara parte del contrato de seguro o póliza. Nada más lejos de lo pretendido por el legislador comunitario.

Al igual que en otros ámbitos del consumo por imperativos comunitarios⁶¹, la información precontractual obliga al proponente⁶²; así pues, este documento, aun siendo independiente, pasará a formar parte del contrato, y, por ello, obligará a quien lo haya emitido, sea un asegurador o sea un distribuidor, con independencia de que sea este quien hubiere diseñado el producto o no (Díez-Picazo, 2006, p. 25).

Y no podemos dejar de lado el hecho de que este documento de información previa siempre vinculará al asegurador⁶³.

3.2. La información previa en los productos de inversión basados en seguros

Aun no siendo legalmente obligatorio contratar un seguro de vida al suscribir una hipoteca, no suele ser extraño que se imponga esta condición para poder, ora aprobar la operación, ora conseguir una mejora en las condiciones económicas.

⁵⁸ Artículo 20.7 de la IDD.

⁵⁹ Artículo 37 de la IDD.

⁶⁰ Otros, que como la póliza, recogen determinadas obligaciones expresas. Por ejemplo, el artículo 22.4 de la LCS.

⁶¹ Por ejemplo, la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, y las directivas 85/557/CEE y 97/7/CE.

⁶² Artículo 61.2 del RDL 1/2007, texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

Artículo 127 del ROSSEAR.

⁶³ Como igualmente vincula la *proposición de seguro*. Véanse la STS 541/2006, de 31 de mayo, ponente Pedro González Poveda, y la STS 78/2008, de 14 de febrero, ponente Román García Varela.

Por ello, abordamos la información previa que se ha de facilitar al consumidor hipotecado.

Previo a lo anterior, hemos de poner de relieve que la Ley del contrato de seguro establece dos categorías de seguros: seguros contra daños y seguros de personas.

De otro lado, tanto Solvencia II como LOSSEAR hablan de seguros de vida y seguros de no vida.

Y, finalmente, tanto la IDD como el RDL 3/2020 hace una distinción entre seguros distintos a los seguros de vida y los seguros vinculados a un producto financiero, o lo que es lo mismo, productos de inversión basados en seguros.

En estos supuestos se establece una serie de requisitos adicionales que visan principalmente evitar el conflicto de intereses que puedan terminar suponiendo un perjuicio al cliente.

A este respecto se obliga a que el mediador informe «al cliente de la naturaleza general o del origen de tales conflictos de interés, con el tiempo suficiente antes de celebrarse un contrato de seguro».⁶⁴

Una vez más se establece un plazo indeterminado, que nuevamente hemos de entender que no podrá ser inferior a 15 días⁶⁵.

Sin perjuicio de tal información sobre los posibles conflictos de intereses y su alcance, se le ha de informar al cliente de otros aspectos, la cual no exime de informar sobre la naturaleza del propio mediador, ni del sistema retributivo y costes asociados⁶⁶.

Así pues, cuando se ofrezca asesoramiento, se deberá informar de:

- a) si se entregarán o no al cliente evaluaciones periódicas de la idoneidad del producto de inversión basado en seguros recomendado a dicho cliente, a que se hace referencia en el artículo 181;
- b) orientaciones y advertencias sobre los riesgos conexos a los productos de inversión basados en seguros o a determinadas estrategias de inversión propuestas;
- c) información sobre todos los costes y gastos asociados, incluidos el coste de asesoramiento, cuando proceda, el coste del producto de inversión basado en se-

⁶⁴ Artículo 179.3 del RDL 3/2020.

⁶⁵ Artículo 20 de la Ley 2/2009.

⁶⁶ Artículo 173 del RDL 3/2020.

guros recomendado o comercializado al cliente y la forma en que este podrá pagarlo, así como cualesquiera pagos relacionados con terceros.

La información sobre todos los costes y gastos, incluidos los relacionados con la distribución del producto de inversión basado en seguros, que no sean causados por la existencia de un riesgo de mercado subyacente, estará agregada de forma que el cliente pueda comprender el coste total así como el efecto acumulativo sobre el rendimiento de la inversión, suministrándose, a solicitud del cliente, un desglose de los costes y gastos por conceptos. Cuando proceda, esta información se facilitará al cliente de manera periódica, y como mínimo una vez al año, durante el ciclo de vida de la inversión.

La información a que se refiere este apartado se proporcionará de forma comprensible, de tal modo que los clientes puedan entender razonablemente la naturaleza y los riesgos del producto de inversión basado en seguros ofrecido y, por tanto, adoptar decisiones de inversión fundadas⁶⁷.

Así pues, cuando se ofrezca asesoramiento *independiente y objetivo* se deberá informar de que el mediador no puede aceptar ni retener honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios abonados o proporcionados por un tercero o por una persona que actúe por cuenta de un tercero en relación con la distribución de este tipo de productos.

En el caso de que se cobre algún beneficio monetario, que no afecte a la honestidad, imparcialidad y profesionalidad, y deberá ser informado el cliente⁶⁸.

Amén de lo referido anteriormente, en paralelo a la normativa bancaria, donde se cuenta con la ficha europea de información normalizada (FEIN)⁶⁹, se busca conocer la idoneidad del cliente para el producto que se le ofrece.

Así pues, se deberá tener la siguiente información del cliente:

- a) Conocimientos y experiencia en el *ámbito* de la inversión propio de la clase de producto.
- b) Situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas.
- c) Objetivos de inversión, incluida su tolerancia al riesgo⁷⁰.

⁶⁷ Artículo 180.1 del RDL 3/2020.

⁶⁸ Artículos 180.2 y 3 del RDL 3/2020.

⁶⁹ Anexo I de la Ley 5/2019. Véase artículo 21 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁷⁰ Artículo 181.1 del RDL 3/2020.

Tal información deberá ser solicitada, se ofrezca el producto con o sin asesoramiento⁷¹.

No obstante, cuando lo que se ofrezca al cliente consista en un conjunto de productos combinados conforme, el OBS deberá examinar si el conjunto, considerado de forma global, es adecuado para el cliente⁷².

4. De la venta vinculada y de la venta combinada

La venta vinculada se configura como: «toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito no se ofrezca al consumidor por separado»⁷³.

Ya hemos apuntado que el legislador comunitario es renuente a la venta de seguros de forma vinculada con préstamos hipotecarios⁷⁴.

El que sea renuente no quiere decir que lo vete⁷⁵.

Así pues, se permite la venta de seguros vinculada a las hipotecas si el prestamista puede demostrar que los productos vinculados o las categorías de productos ofrecidos, en condiciones similares entre sí, que no se presenten por separado, acarrear un claro beneficio a los prestatarios, teniendo debidamente en cuenta la disponibilidad y los precios de los productos pertinentes ofrecidos en el mercado⁷⁶.

Para poder realizar tal práctica, se ha de contar con la autorización del supervisor bancario, no de seguros⁷⁷, aunque el Banco de España deba recabar informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁷⁸; pero es importante destacar que, en este caso, no se tendrá que demostrar que el producto «paquetizado» por la entidad financiera sea más favorable al cliente, sino al supervisor⁷⁹.

⁷¹ Artículo 181.2 del RDL 3/2020.

⁷² Artículo 181.2 párrafo 3.º del RDL 3/2020.

⁷³ Artículo 4.26 de la Directiva 2014/17.

Artículo 128.24 del RDL 3/2020. Véase el artículo 4.25 de la Ley 5/2019.

⁷⁴ Por ejemplo, véase el artículo 12 de la Directiva 2014/17/ UE.

⁷⁵ Artículo 24 de la IDD.

⁷⁶ Artículo 17.1 de la Ley 5/2019.

⁷⁷ Artículo 28 de la Ley 5/2019.

⁷⁸ Artículo 17.1 del párrafo tercero y disposición adicional segunda de la Ley 5/2019. Véase el artículo 184.6 del RDL 3/2020.

⁷⁹ Artículos 17.1, 28 y disposición adicional segunda, apartado 4.º, de la Ley 5/2019.

¿Es esta la única posibilidad de venta vinculada? No, pues se permite a los prestamistas o a los intermediarios de crédito inmobiliario exigir la contratación de un seguro de daños que garantice el bien hipotecado⁸⁰.

A este respecto, el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, dispone en su artículo 10.1:

Los bienes sobre los que se constituya la garantía hipotecaria deberán contar con un seguro contra daños adecuado a la naturaleza de los mismos. Los riesgos cubiertos deberán ser, al menos, los incluidos en los ramos de seguro 8 y 9 del artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, con excepción del robo. La suma asegurada deberá coincidir con el valor de tasación del bien asegurado excluido el valor de los bienes no asegurables por naturaleza, en particular el suelo.

Concretamente se hace referencia a los riesgos de incendio, elementos naturales y otros daños⁸¹.

No obstante, la obligación de contratar un seguro, fuera de la ahora analizada, puede extenderse a otras personas vinculadas con el cliente, sean o no avalistas⁸².

Eso sí, como consumidor, el cliente podrá buscar otra oferta que cumpla con los riesgos que el prestamista le requiera, sin que ello le suponga un menoscabo patrimonial al cliente, puesto que no tendrá que cargar con comisiones de estudio de tales pólizas.

El no permitir este derecho, y no informar de ello, podría implicar la nulidad de todo contrato vinculado al préstamo, lo cual incluye, lógicamente, la póliza de seguro⁸³.

⁸⁰ Artículo 17.3 de la Ley 5/2019.

Artículo 184.2 b) del RDL 3/2020.

⁸¹ Artículo 10 del RD 716/2009, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

Artículo 6.1.8 y 9 del RDLeg. 6/2004, texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

⁸² El artículo 17.4 de la Ley 5/2019 faculta al Ministerio de Economía a imponer la contratación de otros seguros en este caso a avalistas, familiares, etc. por orden ministerial. A este respecto, la Orden EHA/2899/2011, pretérita a la ley, la cual no contempla esta cuestión. Hay un borrador de orden ministerial donde no parece que se plantee este asunto.

⁸³ Artículo 17.2 y 3 de la Ley 5/2019.

En cualquier caso, se deberá informar al cliente de que está ante un producto vinculado⁸⁴.

Tal información previa deberá informar⁸⁵:

- a) De que se está contratando un producto vinculado.
- b) Del beneficio y riesgo de pérdidas, especialmente en los productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación,
- c) De los efectos que, en su caso, la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios vinculados.

De otro lado, la venta combinada será:

Toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito se ofrezca también al consumidor por separado, aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinado con otros servicios auxiliares⁸⁶.

En este aspecto, *a priori*, sí están permitidas las ventas de seguros combinadas con productos financieros, aunque con límites⁸⁷.

¿Qué límites son estos?

Por más que el legislador utilice la palabra «límites», en realidad no son tales, sino una serie de obligaciones específicas por parte del prestamista, como son el dar información antes de la contratación de un producto combinado, de manera expresa y comprensible:

- a) De que se está contratando un producto combinado.
- b) Del beneficio y riesgos de pérdida, especialmente en los productos de inversión, que supone para el prestatario su contratación, incluyendo escenarios simulados.

⁸⁴ Artículo 12 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Artículo 148.2 del RDL 3/2020.

⁸⁵ Artículo 17.5 de la Ley 5/2019. Artículo 148.4 del RDL 3/2020.

⁸⁶ Artículo 4.27 de la Directiva 2014/17. Véase el artículo 128.25 del RDL 3/2020. Artículo 4.26 de la Ley 5/2019.

⁸⁷ Artículo 17.6 de la Ley 5/2019.

- c) De la parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios.
- d) De los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del préstamo o cualquiera de los productos combinados produciría sobre el coste conjunto del préstamo y el resto de los productos o servicios combinados.
- e) De las diferencias entre la oferta combinada y la oferta de los productos por separado⁸⁸.

También deberá ofrecerse la oferta de los productos de forma combinada y por separado, de modo que el prestatario pueda advertir las diferencias entre una oferta y otra.

Referido lo anterior, es relevante afirmar que, aun estando ante una venta combinada prototípica en los seguros multirriesgos, no será de aplicación este régimen de información previo tan específico⁸⁹.

5. Prácticas abusivas en seguros vinculados a préstamos hipotecarios

En la práctica forense se suele primar la contratación de seguros mediados por el OBS de la entidad financiera, contraviniendo el tenor de la directiva, pues muy frecuentemente supeditan la concesión del préstamo a la contratación de un seguro de daños o, con carácter más general, de un seguro multirriesgo del hogar.

A este respecto, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones determina que

cabe concluir que la legislación vigente no impone con carácter general y de forma directa al deudor de un préstamo hipotecario la obligación de contratar seguros sobre el inmueble hipotecado, pero, no obstante, ofrecen descuentos en el tipo de interés a aplicar, por lo que en realidad no se prima la contratación de seguros fuera del OBS vinculado a la financiera, sino que, al contrario, se fomenta y se prima la contratación de los seguros que ofrece el OBS⁹⁰.

⁸⁸ Artículo 17.7 de la Ley 5/2019.

Artículo 184.4 del RDL 3/2020.

⁸⁹ Artículo 184.3 del RDL 3/2020.

Artículo 24.5 de la IDD.

⁹⁰ Véase la consulta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Asunto: seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios.

Y entendemos que esa práctica va en contra de libre competencia, pues viene a cerceñar el derecho del cliente a contratar un seguro aparte del ofrecido por el OBS⁹¹, pudiendo contrariar además el artículo 102 b) del TFUE.

Amén de lo anterior, esta práctica implicaría la nulidad del contrato de seguro vinculado al préstamo hipotecario⁹².

Igualmente, en la práctica forense, por parte del OBS no se suele «proporcionar información sobre uno o varios contratos de seguro»⁹³, de tal forma que no le permite comparar, ni se le informa de que podrá contratarlo separadamente, ni se le ofrece información de los distintos productos por separado⁹⁴.

En otro orden de cosas, no es habitual que se incluya en la suma asegurada el valor del inmueble y el del suelo, lo cual no es admisible en derecho, amén de que la suma asegurada en estos casos viene a superar notablemente el valor del interés asegurado, es decir, el valor del suelo; el tomador del seguro puede exigir la reducción de la suma asegurada y de la prima, debiendo el asegurador restituir el exceso de las primas percibidas.

A este respecto, algunas entidades financieras acostumbran a:

Tener asegurada/s la/s finca/s que se hipoteca/n contra riesgo de incendios y daños, de tal manera que la suma asegurada coincida con el valor máximo de reconstrucción a nuevo de la/s finca/s siniestrada/s que al respecto se fije constando en la póliza que el beneficiario, en caso de siniestro, será el acreedor. Si no se hiciese el contrato de seguro en la forma indicada, podrá ser formalizado o completado por el banco a cargo del prestatario. La indemnización deberá ser entregada al acreedor para aplicarla primero al pago de los gastos producidos e intereses devengados y posteriormente a la amortización total o parcial del capital del préstamo. Si hubiera exceso, se entregará al propietario de las fincas, salvo que existan terceros hipotecarios, en cuyo supuesto se depositarán en la forma en que se convengan o, en defecto de convenio, en la forma establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil.

Entendemos que la abusividad de esta cláusula dimana de dos cuestiones⁹⁵:

⁹¹ Artículo 12.4 de la Directiva 2014/17/ UE del Parlamento y del Consejo. Artículo 24.3 de la IDD.

⁹² Artículo 17.2 de la Ley 5/2019.

⁹³ Considerando 12 de la IDD. Artículo 24.1.

⁹⁴ Artículo 24 de la IDD.

⁹⁵ Véase la STAP de Madrid de 26 julio de 2013 (sentencia núm. 242/2013).

- a) Que se exija su aseguramiento a valor de nuevo; y
- b) La atribución de la condición de beneficiario del seguro a la entidad bancaria de forma que pudiera hacerse con todo el capital, vencido o no.

Exigir la contratación de un seguro a valor de nuevo comporta la imposición al cliente de una garantía desproporcionada (art. 88.1 TRLGDCU), pues lo oportuno sería exigir el aseguramiento a valor real del inmueble en el momento de ocurrencia del siniestro, evitando así que el prestatario-asegurado tuviera que asumir una sobreprima innecesaria.

En segundo lugar, el hecho de la indemnización debiera entregarse al acreedor para que pudiera aplicarla a la amortización parcial o total del préstamo, comporta un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLGDCU), concretamente, de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación (art. 86.4 TRLGDCU).

El hecho de que hubiera ocurrido un siniestro no acarrea el vencimiento anticipado del préstamo y, por ende, no debe imponerse la obligación de abonar la totalidad del capital prestado con el importe de la indemnización sobre importes no vencidos (Agüero Ortiz, 2016).

Otra práctica habitual es que el prestamista financiero obligue a que se le designe como beneficiario de la indemnización del seguro que cubre la vivienda.

La Ley del contrato de seguro recoge que⁹⁶:

- Los acreedores hipotecarios tienen un derecho sobre la indemnización en caso de destrucción del bien hipotecado, puesto que de no ser así el acreedor no podría hacer efectivo su derecho de garantía en caso de siniestro. Por eso, la ley obliga al tomador o al asegurado a comunicar a la aseguradora la existencia o la constitución de la hipoteca sobre dicho bien.
- En caso de siniestro, la aseguradora tendrá que solicitar el consentimiento del acreedor hipotecario para poder pagar la indemnización al asegurado. Pasados tres meses de dicha solicitud sin oposición por parte del mismo, se presume dicho consentimiento. En caso de que no se llegue a un acuerdo entre el titular de la garantía hipotecaria y el asegurado, la indemnización habrá de ser consignada.

El asegurador debe comunicar al acreedor hipotecario la extinción del contrato de seguro o el impago de la prima. La extinción del contrato de seguro no es oponible frente al acreedor hipotecario hasta que transcurra un mes desde que se le comunicó el hecho que

⁹⁶ Artículos 40 a 42 de la Ley de contrato de seguro.

motivó la extinción; además, el acreedor hipotecario, para proteger su derecho, puede abonar la prima impagada, aun frente a la oposición del tomador o del asegurado.

Por tanto, de estas previsiones legales se deduce que el acreedor hipotecario no tiene la condición de un «beneficiario» con derecho propio a cobrar la indemnización correspondiente al siniestro del bien inmueble. Lo que le reconoce la ley es el derecho a que la garantía real que pesa sobre el inmueble se extienda a la indemnización, pero dicha indemnización únicamente debe ser entregada al titular del bien asegurado, es decir, a su propietario.

En la práctica hay contratos de seguro de daños en los que se estipula que el acreedor hipotecario es beneficiario del seguro o que el propietario del bien cede sus derechos sobre la indemnización a la entidad de crédito, o cualquier otra cláusula que implique la concesión de derechos al acreedor hipotecario superiores a los que les atribuye la Ley de contrato de seguro.

Por ello hemos de entender que este tipo de cláusulas son contrarias a los artículos 40 y 42 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro; en consecuencia las citadas cláusulas se consideran nulas y se tendrán por no puestas.

Otra cuestión práctica la tenemos en el hecho de que los operadores de banca y seguros suelen distribuir seguros de daños sobre inmuebles como seguros de carácter temporal anual renovable o como seguros de duración plurianual a prima única.

No obstante, entendemos que se debería ofrecer al tomador la posibilidad de elegir entre ambas modalidades de seguro, a prima única o temporal anual renovable, pues, de lo contrario, podríamos estar ante una imposición ante el cliente de un seguro a prima única al tomador inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados, de acuerdo con el artículo 185.3 m) de la Directiva Solvencia II⁹⁷.

Un seguro a prima única supone que en el contrato de seguro se pacta la duración del mismo y se paga anticipadamente la prima por todo el periodo. Al tratarse de un seguro de daños, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, en la póliza no podrá establecerse un plazo superior a 10 años, sin perjuicio de que puedan establecerse prórrogas de duración anual o inferior.

Pues bien, no es infrecuente encontrar en los préstamos hipotecarios obligaciones de mantener una misma póliza (indicando inclusive el número de esta) durante todo el plazo de vigencia del préstamo que, en la mayoría de las ocasiones, supera con creces el plazo legal de 10 años.

⁹⁷ Artículo 62 del texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, y en el artículo 6 del Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros (derogado). Artículo 3 de la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

Entendemos que esta práctica va en contra de los intereses del consumidor y vulnera flagrantemente la normativa.

En los seguros a prima única se suscribe un único contrato por un periodo de n años, lo que significa que ambas partes contratantes convienen dicha duración, por tanto, ninguna de ellas puede resolver el contrato de forma unilateral, salvo que tal posibilidad esté prevista en la póliza.

En el caso de que el tomador desee finalizar el contrato, la entidad aseguradora no tiene obligación de aceptar la resolución del contrato de seguro, ni de devolverle la parte de prima única no consumida. Sin embargo, se produce una excepción a este principio en los seguros asociados a préstamos en caso de que en la póliza no se regule qué sucede en caso de cancelación anticipada del préstamo.

De acuerdo con las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados, cuando el tomador desee finalizar un seguro a prima única asociado a la concesión del préstamo, por haber cancelado el préstamo hipotecario al que iba ligado y no existir ya riesgo de impago para la entidad de crédito, la aseguradora deberá resolver el contrato y devolverle la prima correspondiente al tiempo de cobertura no transcurrido.

Con base en cuanto antecede, consideramos que esta actuación es inadecuada y contraria a las buenas prácticas y usos en el ámbito de los seguros privados⁹⁸.

Respecto de los seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos, son seguros para caso de muerte o invalidez

En estos supuestos suele *obligarse a contratar este seguro* para formalizar el préstamo hipotecario, por una mala interpretación del artículo 12.2 de la Directiva 2014/17/UE.

Y, además, no se suele informar al prestatario tomador de su derecho de desistimiento, consecuencias, ni los plazos para el ejercicio de este derecho⁹⁹.

En la práctica forense, estos se comercializan de dos maneras:

En la primera, se estipula como suma asegurada el importe del préstamo recibido y se designa como beneficiaria a la entidad de crédito que concedió el préstamo, por el importe pendiente de amortizar, y al asegurado u otros beneficiarios, por la diferencia entre la suma asegurada y dicho importe.

⁹⁸ Artículo 185.3 m) de la Directiva de Solvencia II. Véase la consulta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Asunto: seguros de daños sobre inmuebles vinculados a préstamos hipotecarios.

⁹⁹ Artículo 14.2, párrafo 2.º, de la Directiva 2014/17/UE.

Cuando el asegurado decide resolver un seguro de vida a prima única por haber cancelado el préstamo hipotecario al que iba ligado y no existir ya riesgo de impago para la entidad de crédito, la aseguradora, en el caso de que en el contrato no se establezca qué es lo que sucede cuando se produzca cancelación anticipada del préstamo, deberá devolverle la prima correspondiente al tiempo de cobertura no transcurrido o la provisión matemática. No obstante, esta situación no suele darse.

En la segunda modalidad se establece que la suma asegurada será igual al capital pendiente de desembolso del préstamo (o a un porcentaje del mismo), durante toda la vida de la operación, y que el beneficiario con carácter irrevocable será el banco.

Para realizar el cálculo de la prima que corresponde pagar al tomador por este seguro, se parte de la situación de que el capital pendiente de amortizar cada año será el previsto en el plan de amortización del préstamo. En estos seguros no se suele adjuntar dicho plan de amortización, por lo que el asegurado desconoce el importe por el que realmente está asegurado cada año.

Pues bien, en caso de siniestro, en la segunda modalidad de contratación, si el asegurado ha seguido el plan de amortización previsto por la entidad de crédito, y esta le ha facilitado periódicamente los saldos, se podrá conseguir que la aseguradora pague a la entidad de crédito el capital pendiente.

Pero si el asegurado no ha seguido el plan de amortización de deuda previsto por el banco y, pese a ello, ha amortizado anticipadamente parte del préstamo, la entidad aseguradora deberá devolver al tomador la parte de prima proporcional al riesgo no consumido, puesto que, al disminuir el capital pendiente de amortizar, disminuye el riesgo asumido por la entidad aseguradora.

Cosa que no se hace, entre otros motivos, porque no se suele dar el plan de amortización ni su informe de situación por parte de la entidad prestamista, conculcando, en su caso, el artículo 10 del Reglamento 1286/2014, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y productos de inversión basados en seguros¹⁰⁰.

Amén de lo anterior, si el asegurado ha amortizado anticipadamente todo el préstamo, entendemos que la entidad aseguradora debe devolverle al tomador la parte de prima no consumida a la fecha de cancelación del préstamo¹⁰¹.

De otro lado, en no pocos casos en los que el prestatario fallece, y tiene una póliza suscrita con el OBS de la entidad financiera, esta, aun conociendo del fallecimiento, sigue cobrando

¹⁰⁰ Véase considerando 42 de la IDD. Artículo 2.1.1 y 29.1a de la IDD.

¹⁰¹ Véase la consulta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Asunto: seguros de vida a prima única para la amortización de préstamos.

las cuotas en la cuenta del fallecido, así como en las de los herederos, sin coadyuvar al heredero en la gestión del siniestro con la entidad aseguradora que colabora con la financiera.

Hay casos también en que se solicita la contratación de seguros que cubran la contingencia de desempleo del asegurado (deudor del préstamo) cuando el prestatario es funcionario público. Es decir, el riesgo no existe¹⁰².

Por lo cual, entendemos que todas estas prácticas –sin pretender ser un *numerus clausus*– vulneran, entre otros ya descritos *ut supra*, los artículos 4.2 f), 12 y 169 del TFUE.

6. Breves indicaciones sobre las obligaciones de los notarios

Realizado un apunte sobre las obligaciones de los OBS en la venta de seguros cuando se vinculen los mismos a préstamos hipotecarios, entendemos relevante recoger cuáles son las obligaciones de los fedatarios públicos a la hora de elevar a público tales contratos.

Previo al asesoramiento que haya de hacer el notario al cliente, este deberá recibir la minuta del contrato¹⁰³, para así poder cotejar si esta diverge o no de la propuesta¹⁰⁴.

A este respecto la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, recoge que el cliente tendrá derecho a ser asesorado sobre el contrato de préstamo de forma gratuita ante el notario que él escoja¹⁰⁵.

Este asesoramiento deberá abarcar el contenido y alcance de las consecuencias del contrato. Es decir, deberá explicarle, entre otros aspectos, el contenido de la ficha europea de información estandarizada (FEIN) y de la ficha de advertencias estandarizadas (FiAE)¹⁰⁶.

Y siendo que el asesoramiento abarca cualquier gasto o comisión, este aspecto necesariamente incluye a los seguros vinculados¹⁰⁷.

¹⁰² Artículo 4 de la LCS.

¹⁰³ Artículo 12 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

¹⁰⁴ Artículo 18.2 de la Ley 2/2009.

¹⁰⁵ Artículo 126 del Decreto 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado.

Artículo 14.1 g) de la Ley 5/2019.

Artículo 29 de la Orden EHA/2899/2011.

Artículo 17.3 de la Ley 5/2019.

¹⁰⁶ Artículo 14.1 a) b) de la Ley 5/2019

¹⁰⁷ Artículo 14.1.ii).

Artículo 14.3 de la Ley 5/2019.

El cliente además tendrá derecho a examinar la oferta vinculante en sede notarial tres días antes de la firma del contrato¹⁰⁸, cuestión de la que también deberá ser informado, y el fedatario público deberá cotejar que así ha sido, para respetar el *iter* negocial.

Circunscritos en el marco asegurador, el notario deberá informar al cliente, previa comprobación, de que «ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras»¹⁰⁹.

A este respecto, ejerciendo su función de control de legalidad, entendemos que los notarios deban analizar si se explicó al cliente si está ante una venta vinculada o combinada, y si esta es perjudicial para el cliente, alertándole en tal caso de su nulidad¹¹⁰, así como si se le informó sobre la propia naturaleza del OBS y su alcance, en materia de asesoramiento objetivo y personalizado o no, y en lo tocante al producto, si se explicó el objeto de aseguramiento, qué obligaciones y exclusiones tiene el producto, así como el protocolo de actuación en caso de siniestro¹¹¹.

7. Conclusiones

El legislador comunitario es consciente de que determinadas prácticas comerciales, pudiendo ser abusivas o no, pueden ser contrarias a los intereses de los consumidores.

Por ello entendemos que hay cuestiones relevantes en la contratación de productos aseguradores, que ora sean vinculados, ora estén combinados con un préstamo hipotecario, hemos querido poner de manifiesto.

En no pocas ocasiones se conseguirá la nulidad del contrato *anexo* al préstamo hipotecario en sede judicial; pero, no obstante, entendemos que, en aras de la transparencia y confianza en el sector financiero y en la labor de los notarios como fedatarios públicos, el celo por garantizar los derechos de los consumidores ha de conllevar el control de todo el *iter negocial*, no solo con respecto del producto distribuido, sino también en la transparencia a la hora de identificar quién está ofreciendo ese producto, bajo qué condiciones y para qué finalidad. Y sin perder de vista el perfil de cada cliente.

A este respecto, la complejidad normativa tanto en materia de contratación de préstamos como en materia de distribución de seguros confluye necesariamente en la conjunción

¹⁰⁸ Artículo 16.3 de la Ley 2/2009.

¹⁰⁹ Artículo 30.3 f) de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹¹⁰ Artículo 17.2 de la Ley 5/2019.

¹¹¹ Artículo 129.1 del RDL 3/2020.

de dos intereses, a saber, garantizar el tráfico económico con seguridad jurídica y garantizar –también con seguridad jurídica– los derechos de los consumidores.

Complejidad normativa que también viene derivada de la confluencia de la legislación comunitaria, tanto de reglamentos que no necesitan transposición como de directivas, que sí necesitan transposición, en las que el legislador nacional se puede ver tentado a minimizar las exigencias de Bruselas.

Teniendo en cuenta la complejidad del esquema normativo de la distribución de seguros en confluencia con préstamos hipotecarios, hemos querido desgranar las obligaciones de los distribuidores, y los derechos de los consumidores, pivotando sobre la idea de reforzar la transparencia.

Reforzar la transparencia, que no puede sino mejorar la imagen social de un sector bastante dañado en su reputación como es el sector del crédito financiero.

El velar por el cumplimiento riguroso de la norma en defensa de los consumidores coadyuvará a que la ciudadanía deje de ver a los notarios como un *cooperador necesario* ante determinadas prácticas abusivas que, en épocas pretéritas, se dieron en el sector del crédito financiero.

Referencias bibliográficas

Agüero Ortiz *et al.* (2016). Guía de Cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios *Revista CESCO*, 17.

Díez-Picazo, L. (2006). Contratos de consumo y derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*, 59(1).

García González, C. (2012). A vueltas con la 2.ª Directiva de mediación en Seguros Privados. *Revista Mediadores de Seguros del SXXI*, 71.

García González, C. (2019). Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 y sus implicaciones jurídicas. *Revista Española de Seguros*, 179, 279-316.

García González, C. (2020). *El Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469, de 11 de agosto de 2017, por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro. Sus implicaciones jurídicas*. Association Internationale des Droit des Assurances, Spanish Branch (SEAIDA).

García González, C. (2021). Información previa y gobernanza de producto en la distribución en seguros de No Vida. *Revista Española de Seguros*, 185/186, 481-494.



El *exequatur*. Regulación actual

Berta Leal Cañadell

Abogada

*Abogada del Estado habilitada para la defensa y
representación del Consorcio de Compensación de Seguros*

bertaleal1993@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-5881-8513>

Extracto

Este trabajo aborda la comprensión del *exequatur* como uno de los instrumentos claves para la cooperación jurídica entre los Estados, en un mundo globalizado en su actual diseño económico, al que, además, tendremos que añadir la existencia de Espacios de integración política y económica, como es actualmente la Unión Europea, con la libre circulación de personas y mercancías que conlleva, por lo que, para otorgar una tutela judicial internacional efectiva, se hace imprescindible la cooperación entre los Estados.

Palabras clave: *exequatur*; cooperación judicial; tutela judicial internacional efectiva.

Fecha de entrada: 02-08-2022 / Fecha de aceptación: 09-09-2022

Cómo citar: Leal Cañadell, B. (2022). El *exequatur*. Regulación actual. *Revista CEFLegal*, 261, 79-94.



The exequatur. Current regulations

Berta Leal Cañadell

Abstract

This work addresses the understanding of the exequatur as one of the key instruments for legal cooperation between States, in a globalized world in its current economic design, to which we will also have to add the existence of Spaces of political and economic integration, such as it is currently the European Union, with the free movement of people and goods that it entails, so that, in order to grant effective international judicial protection, cooperation between States is essential.

Keywords: exequatur; judicial cooperation; effective international judicial protection.

Citation: Leal Cañadell, B. (2022). El exequatur. Regulación actual. *Revista CEFLegal*, 261, 79-94.



Sumario

Introducción

1. Concepto y finalidad

2. Regulación

3. El procedimiento del exequatur

3.1. Requisitos

3.2. Procedimiento

3.3. Competencia objetiva

3.4. Demanda y documentación necesaria

3.5. Tramitación. ¿Cómo se desarrolla el procedimiento del exequatur?

3.6. Motivos de denegación del exequatur

3.7. Reconocimiento y ejecución

3.8. Régimen de notificaciones en procedimientos de mutuo acuerdo

4. Conclusión

Referencias bibliográficas

Introducción

Este trabajo aborda la comprensión del *exequatur*, como uno de los instrumentos claves para la cooperación jurídica entre los Estados, en un mundo globalizado en su actual diseño económico, al que, además, tendremos que añadir la existencia de Espacios de integración política y económica, como es actualmente la Unión Europea, con la libre circulación de personas y mercancías que conlleva, por lo que, para otorgar una tutela judicial internacional efectiva, se hace imprescindible la cooperación entre los Estados.

Instrumento necesario para esta cooperación entre Estados, nos encontramos con el *exequatur*, ya que para obtener el reconocimiento o ejecución de una resolución judicial extranjera, precisaremos articular este procedimiento.

Regulado actualmente en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, LCJIC), esta ley vino a resolver la cuestión transitoria que existía en nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, ya que desde la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), la misma, en su disposición derogatoria única 1.3.^a, establecía que los artículos 951 a 958 de la LEC de 1881, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, seguirían en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

La misma LEC, en su disposición final vigésima, establecía que, en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta ley, el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, teniendo en cuenta la entrada en vigor de la LEC, 1 de enero de 2001. Este plazo de seis meses fue claramente incumplido, ya que no se regula hasta el 30 de julio de 2015.

En todo este periodo de tiempo, el *exequatur* se tramitaba conforme a la LEC de 1881, con lo que la LCJIC dota de contenido y resuelve, desde la óptica de la tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares, las situaciones que se producen cuando las relaciones jurídicas de las personas físicas o jurídicas están reguladas por una resolución judicial de un país distinto al de España. Con ello, el *exequatur* otorga así la necesaria seguridad jurídica, en un mundo en que las relaciones globalizadas, sean estas económicas o familiares, son cada vez más numerosas. De hecho, viene a complementar la escasa regulación que al respecto se recogía en el artículo 77 de

la LEC, mejorando asimismo la regulación existente en los artículos 276 a 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Pese a tener la LCJIC un carácter subsidiario respecto de los reglamentos de la Unión Europea y convenios internacionales de los que España es parte, tal como vamos a exponer, la LCJIC presenta un enorme ámbito de aplicación en cuanto cubre las lagunas de los reglamentos europeos y de los convenios internacionales suscritos por España.

1. Concepto y finalidad

Con ello, tenemos que el exequatur es el procedimiento jurídico que se encarga de examinar si una sentencia o un laudo arbitral extranjeros son válidos y si cumplen ciertos requisitos para que posean plena eficacia y se puedan ejecutar en otro país distinto del que se dictó.

La RAE define el exequatur como: «Reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por los tribunales de otro Estado». El vocablo «exequatur» proviene del latín, cuyo significado es «cúmplase o sígase hasta el final».

Partiendo de estas premisas, lo podemos definir como un procedimiento judicial de carácter especial cuyo objetivo principal radica en posibilitar el reconocimiento en España de resoluciones judiciales extranjeras y, en su caso, autorizar su ejecución.

Por lo tanto, el exequatur se constituye con un doble propósito: la homologación de una resolución judicial extranjera (tras el exequatur esta resolución será reconocida y ejecutada como española). O bien, la declaración de que una resolución no es susceptible de reconocimiento ni de ejecución en España.

Se trata de un procedimiento de honda raigambre y tradición jurídica, cuyos principales aspectos venían regulados históricamente en la LEC de 1881, habiendo contribuido de manera decisiva la jurisprudencia del Tribunal Supremo a perfilar o delimitar sus principales aspectos y cuestiones jurídicas más relevantes (Campo Izquierdo, 2015).

La finalidad del exequatur no es otra que lograr que una sentencia o resolución dictada por otro Estado soberano tenga efectos jurídicos y plena eficacia en nuestro propio territorio, como si hubiese sido dictada por un tribunal español, para lo cual dicha resolución se somete a un examen formal por nuestros tribunales (actualmente juzgados de primera instancia o mercantil, artículo 85.5 y concordantes de la LOPJ) para verificar y contrastar que respeta y se ajusta a los principios básicos y esenciales de nuestro sistema jurídico. Como se comprenderá fácilmente, este procedimiento constituye un engranaje fundamental para la correcta cooperación jurídica entre Estados, pues partiendo siempre del respeto de la propia soberanía interna, permite recocer fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales o análogas emanadas de otro Estado (Font de Mora Rullán, s. f.).

2. Regulación

En la actualidad la figura del exequatur se encuentra regulada en la LCJIC. El legislador reconoce con esta ley que el tradicional procedimiento de exequatur no se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, con este objetivo, el proceso se adapta a una sociedad española en donde las relaciones exteriores «han dejado de ser un fenómeno minoritario y excepcional»¹.

El ámbito de aplicación de la LCJIC viene definido por tres elementos: el objeto del litigio, la fecha de la solicitud de exequatur y el tipo de resolución.

La LCJIC se aplica al reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo (*vid.* art. 1). Temporalmente, se aplica a las solicitudes de exequatur posteriores a su entrada en vigor, con independencia de la fecha en que fue dictada la resolución extranjera (*disp. trans. única*); esto es, cualquier demanda de exequatur presentada a partir del 21 de agosto de 2015 se somete al régimen de la nueva ley, aunque la sentencia extranjera hubiese sido dictada con anterioridad.

Es importante precisar que esta regulación se aplicará a resoluciones originarias de países con los que España no mantiene ningún vínculo, pues en aquellos otros casos regirá, o bien el tratado bilateral de ejecución de sentencias, o, bien en el ámbito de la Unión Europea, se aplicará el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y normas concordantes. La propia ley reconoce que la Ley 29/2015 es «subsidiaria» de normas internacionales e internas especiales.

El Reglamento n.º 1215/2012 derogó el Reglamento n.º 44/2001 que ha venido rigiendo esta materia desde la derogación del antiguo Convenio de Bruselas de 1968. Por esta razón, el anterior Reglamento n.º 44/2001 y el vigente Reglamento n.º 1215/2012 son conocidos como «Reglamentos Bruselas I bis». Este reglamento es de aplicación en todos los Estados miembros de la Unión (incluida Dinamarca).

También resultará aplicable en resoluciones judiciales de la Unión Europea, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003. Este es conocido como «Reglamento Bruselas II bis», constituyendo un instrumento jurídico único cuyo objetivo es ayudar a las parejas internacionales a resolver litigios por motivos de divorcio y de custodia de los hijos en los que haya más de un país implicado.

Ahora nos vamos a centrar en el procedimiento de exequatur, que resultará aplicable siempre que la resolución judicial dimanase de un país no miembro de la Unión y que no exista tratado internacional aplicable.

¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio.

3. El procedimiento del exequatur

Respecto a las novedades de la Ley 29/2015, el exequatur sigue manteniéndose como un procedimiento especial cuyo objeto es declarar el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución en España.

La exposición de motivos de la Ley 29/2015 explica la necesidad de la reforma de dicho procedimiento en los siguientes términos:

El proceso judicial de exequatur es una de las piezas claves del texto y una de las áreas más necesitadas de reforma en nuestra legislación interna. La vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con la excepción, entre otras normas, de los artículos 951 a 958, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales extranjeros, que quedaron en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. El diseño actual de los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se coordina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha desbordado el tenor literal de tales preceptos, ni con leyes especiales modernas o con la más autorizada doctrina. Para el diseño de un nuevo proceso judicial de exequatur se han tenido en cuenta las más actuales corrientes doctrinales, así como las concreciones legislativas más recientes que, a modo de ejemplo, surgen de la normativa de la Unión Europea, y de ejemplos puntuales de nuestra reciente normativa contenidos en textos como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil².

Es importante recordar que esta ley se aplicará a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo, pues en aquellos otros casos rige, o bien el tratado bilateral de ejecución de sentencias, o, bien en el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y normas concordantes. Ya que, como hemos dicho, la propia ley reconoce que la Ley 29/2015 es «subsidiaria» de normas internacionales e internas especiales.

Aunque la LCJIC tiene una aplicación subsidiaria –solo juega en defecto de norma europea o internacional en la materia o de norma especial del derecho interno (*vid.* art. 2 y disp. adic. 1.^a LCJIC, donde se listan esas normas especiales)– en la práctica va a jugar un papel relevante, ya que la red de normas supranacionales no es exhaustiva. Hay muchos Estados con los que España no tiene convenios en la materia, o los convenios solo alcanzan aspectos muy particulares. En estos casos, todas esas cuestiones caen bajo el ámbito de aplicación de la LCJIC (Garcimartín, 10 de septiembre de 2015).

² Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. BOE núm. 182, de 31 de julio.

¿Cuándo se aplica el exequatur?

Para comprender su aplicación debemos exponer los requisitos que precisa.

3.1. Requisitos

Para que una sentencia extranjera pueda tener eficacia y ser ejecutada en España, es necesario que se cumplan ciertos requisitos.

En el artículo 41 de la LCJIC se regula el ámbito de aplicación y se indica que para la concesión del exequatur de resoluciones extranjeras en España será necesario que sean:

- Firmes (que no hayan sido recurridas) y que hayan recaído en un procedimiento contencioso.
- Definitivas, adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Además, serán también susceptibles de reconocimiento y ejecución las medidas cautelares y provisionales cuando la denegación de su reconocimiento suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y siempre que se hubieran acordado con audiencia de la parte contraria.

3.2. Procedimiento

En este apartado se resumen los puntos más importantes sobre el procedimiento del exequatur, que se encuentra regulado en los artículos 52 a 55 de la LCJIC.

Con este procedimiento se verifica que la sentencia extranjera sea válida y, por lo tanto, puede ser reconocida y ejecutada en España.

Una de las novedades de esta regulación es que la ley reconoce explícitamente la prohibición de revisión del fondo de la resolución extranjera –artículo 48–, pero, sin embargo, sí permite que esta pueda ser modificada por los tribunales españoles, y pone como ejemplo las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores y las medidas de protección de menores e incapaces, siempre que, naturalmente y con carácter previo, se reconozca en España dicha resolución extranjera. En cualquier caso, la aplicación de esta medida no impedirá instar una nueva demanda en un proceso declarativo ante los jueces y tribunales españoles planteándosele a las partes optar, bien por la modificación, bien por proceder a la apertura de un nuevo procedimiento.

También se tasan las causas de denegación del exequatur, que son seis:

- a) Cuando la sentencia fuera contraria al orden público, término no precisado por el cuerpo de la ley.

- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, lo que a juicio del legislador podría subsumirse en el anterior concepto de «orden público», si bien se presta a señalar que el concepto está diseñado para proteger los derechos de defensa del demandado juzgado en rebeldía –en este sentido, la ley expresamente señala que existe dicha infracción cuando el demandado no hubiera recibido cédula de emplazamiento con tiempo suficiente para defenderse–. También son causas de denegación de exequatur.
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiera pronunciado sobre una materia sobre la que fueran competentes exclusivamente los tribunales españoles.
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en el extranjero y fuera ejecutable en España.
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero (Viñals Camallonga, s. f.).

La ley también reconoce el derecho de exequatur en acciones colectivas –art. 47– y se regula, en palabras del legislador, por la frecuencia con la que este tipo de demandas se vienen presentando ante los tribunales españoles.

En relación con el proceso, este se simplifica y moderniza notablemente, permitiendo acumular en un mismo escrito tanto la demanda de exequatur como la solicitud de ejecución –este escrito deberá ajustarse a los principios de objeto y contenido de demanda de los artículos 399 y siguientes de la LEC–, si bien esta última no se tramitará hasta que se haya dictado resolución decretando el exequatur. Se permite también la solicitud, igualmente en aquel primer escrito, de adopción de medidas cautelares, que se sujetarán a lo previsto en los artículos 721 a 747 de la LEC.

3.3. Competencia objetiva

La competencia –apreciada en todo caso de oficio– para conocer de las solicitudes de exequatur corresponde a los juzgados de primera instancia del domicilio de la parte frente a la que se va a solicitar el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera.

Subsidiariamente, la competencia territorial se determina por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en último caso, el juzgado de primera instancia ante el cual se interponga la demanda de exequatur. En los mismos términos, se determina la competencia de los juzgados de lo mercantil para conocer de las solicitudes de exequatur de resoluciones judiciales extranjeras que versen sobre materias de su competencia.

Si la parte contra la que se insta el exequatur estuviera sometida a proceso concursal en España y la resolución extranjera tuviese por objeto algunas de las materias competencia del juez del concurso, la competencia para conocer de la solicitud de exequatur corresponde al juez del concurso y se sustancia por los trámites del incidente concursal.

Sentando con ello, la competencia territorial se determinará por el lugar donde las resoluciones a ser reconocidas deban producir sus efectos o el lugar de ejecución de la misma.

3.4. Demanda y documentación necesaria

El proceso se iniciará por demanda, en la que debemos decir que, en el proceso de exequatur, las partes deben estar representadas por procurador y asistidas por letrado, aunque pueden solicitar la declaración de asistencia jurídica gratuita.

La ley expresamente contempla la posibilidad de que, en los procedimientos de exequatur, cualquiera de las partes pueda solicitar asistencia jurídica gratuita.

La demanda la puede presentar cualquier persona que acredite un interés legítimo, aunque debemos señalar que la demanda de exequatur y la solicitud de ejecución pueden acumularse en el mismo escrito. No obstante, no se procederá a la ejecución hasta que se haya dictado resolución decretando el exequatur.

La demanda de exequatur deberá ir acompañada de los siguientes documentos:

- Original o copia auténtica de la resolución extranjera.
- Documentos acreditativos de la firmeza y que se acredite si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente.
- Traducciones pertinentes que, atendiendo al artículo 144.2 de la LEC, podrá ser «privadas» –es decir, no juradas–, sin perjuicio de que la contraparte pueda impugnarlas por tenerlas como no fieles. En cuanto al idioma del documento y condiciones del mismo para ser legible, el artículo 95 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, fija claramente que:

Los documentos no redactados en una de las lenguas oficiales españolas o escritos en letra antigua o poco inteligible deberán acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes. No obstante, si al Encargado del Registro le constare el contenido del documento, podrá prescindir de la traducción. Todo documento expedido por funcionario o autoridad extranjera se presentará con la correspondiente legalización. No obstante, quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le constare al Encargado del Registro y aquellos que llegaren por vía oficial o por

diligencia bastante. El Encargado que dude de la autenticidad de un documento realizará las comprobaciones oportunas en el menor tiempo posible³.

3.5. Tramitación. ¿Cómo se desarrolla el procedimiento del exequatur?

Siguiendo el esquema de la LCJIC, el letrado de la Administración de Justicia examinará la demanda y los documentos presentados, y, así, dictará decreto, admitiéndola y dando traslado de ella a la parte demandada para que se oponga en el plazo de 30 días. El demandado podrá acompañar a su escrito de oposición los documentos, entre otros, los que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado o la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera.

La oposición se hará sobre la base de tres fundamentos que son *numerus clausus*:

- a) Impugnar la autenticidad de la resolución.
- b) Corregir el emplazamiento al demandado, o
- c) Corregir la firmeza o fuerza ejecutiva de la resolución.

En cualquier caso, el Ministerio Fiscal se personará siempre en procesos de exequatur y hará las manifestaciones que considere oportunas.

No obstante, en el caso de que el letrado de la Administración de Justicia apreciase la falta de subsanación de un defecto procesal o de una posible causa de inadmisión, con arreglo a las leyes procesales españolas, procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva, en plazo de 10 días, sobre la admisión en los casos en que estime falta de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adoleciese de defectos formales o la documentación fuese incompleta, y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo de 5 días concedido para ello por el letrado de la Administración de Justicia.

Transcurridos los plazos oportunos, el órgano jurisdiccional resolverá por medio de auto lo que proceda en un máximo de 10 días.

Contra el auto de exequatur se podrá interponer recurso de apelación –arts. 455 a 465 LEC– y será elevado a la audiencia provincial competente. Contra esta resolución en segunda instancia cabrá recurso extraordinario por infracción procesal –arts. 468 a 476 LEC– y casación –arts. 477 a 489 LEC–.

Tramitado el procedimiento establecido en la LCJIC, el reconocimiento se ha de producir imperativamente en caso de concurrir los requisitos precisos y no mediar causa de de-

³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

negación; puede tener lugar por medio del procedimiento específico de exequatur o por vía incidental en un proceso principal tramitado ante un órgano jurisdiccional.

Así, junto con el exequatur, la LCJIC regula la posibilidad de que una resolución extranjera pueda ser reconocida de forma incidental en un proceso judicial, si bien en este caso el reconocimiento incidental queda limitado a lo resuelto en ese concreto proceso judicial y no impide que pueda solicitarse posteriormente el exequatur de la resolución extranjera (art. 44.2 LCJIC).

Por último, la LCJIC prevé específicamente que no se requerirá ningún proceso especial para la inscripción en los registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de las resoluciones judiciales extranjeras firmes (art. 59 LCJIC y art. 12.2 Ley de jurisdicción voluntaria). No obstante lo anterior, el registrador deberá verificar la regularidad y autenticidad de los documentos que se le presenten y también la inexistencia de causas de denegación del exequatur y, en aquellos casos en que el registrador deniegue la inscripción, se remite a los interesados al proceso de exequatur ante los tribunales, expuesto anteriormente.

La resolución judicial que conceda el exequatur deberá atenerse a los términos de la propia resolución, con dos excepciones, en que se puede producir la adaptación de la resolución o su modificación.

La primera de ellas es que la resolución contenga una medida que sea desconocida en el ordenamiento jurídico español, en cuyo caso se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, reconociéndose el derecho de cualquiera de las partes a impugnar la adaptación realizada (art. 44.4 LCJIC).

La segunda se refiere a resoluciones que se refieran a materias que, por su propia naturaleza, son susceptibles de ser modificadas –en la exposición de motivos de la ley, se citan como ejemplos las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre la guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces–, respecto de las cuales se establece la posibilidad de su modificación una vez reconocidas a título principal o incidental (art. 45 LCJIC).

Pues bien, de esta forma, las resoluciones y transacciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables, aun parcialmente, en España, una vez que se haya obtenido el exequatur, por los cauces establecidos en la LEC, que se aplica también en sede de caducidad de la acción ejecutiva (arts. 50 y 51 LCJIC).

3.6. Motivos de denegación del exequatur

En cuanto a los motivos de denegación del exequatur, dispone el artículo 46 de la LCJIC que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando la resolución:

- a) Sea contraria al orden público.
- b) Se haya dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.
- c) Se haya pronunciado sobre una materia respecto a la cual sean exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedece a una conexión razonable; presumiéndose que concurre esta con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero haya basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.
- d) Sea inconciliable con una resolución dictada en España o con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.
- e) Exista un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

En ningún caso la resolución extranjera puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. En particular, no puede denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del derecho internacional privado español.

En cuanto a las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando estas sean contrarias al orden público (Garcimartín, 10 de septiembre de 2015).

3.7. Reconocimiento y ejecución

Siguiendo a los textos supranacionales vigentes en España, la LCJIC distingue entre el reconocimiento de una sentencia extranjera (arts. 44 a 49) y su ejecución (art. 50). Reconocer una sentencia extranjera supone dejar de reconocer sus efectos en nuestro territorio. En principio, los efectos procesales ordinarios serían dos: su eficacia de cosa juzgada, tanto en la vertiente positiva como negativa, y su fuerza ejecutiva.

La LCJIC prevé que el reconocimiento de una sentencia extranjera, típicamente su fuerza de cosa juzgada, puede pedirse a título principal, a través del procedimiento de exequatur, o a título incidental. La ejecución en sentido propio, en cambio, solo puede llevarse a cabo una vez concedido el exequatur de la sentencia extranjera.

La LCJIC arranca, además, del principio de extensión de efectos de las sentencias extranjeras, pero añade algún matiz en cuanto a su fuerza ejecutiva. Una sentencia extran-

jera, una vez reconocida, producirá en España «los mismos efectos que en el Estado de origen» (art. 44.3). La solución es la misma que inspira los textos europeos y significa, por ejemplo, que el alcance de cosa juzgada de una sentencia extranjera lo fija la ley del Estado de origen, no el derecho español. En el caso de medidas desconocidas, la ley prevé una posibilidad de adaptación al amparo del principio de equivalente funcional (art. 44 LCJIC).

La fuerza ejecutiva de una sentencia la determina también la ley del Estado de origen, aunque naturalmente el procedimiento de ejecución se regirá por la ley española (art. 50 (2) LCJIC). La LCJIC resuelve expresamente el problema de la ley aplicable a la caducidad de la acción ejecutiva. Según el artículo 50 *in fine*, el plazo de cinco años que prevé nuestra LEC se aplica también a las sentencias extranjeras. Por consiguiente, transcurrido ese plazo, la sentencia extranjera no será susceptible de ejecución en España, aunque no hubiese caducado aún la acción ejecutiva bajo la ley del Estado de origen. Si, por el contrario, el plazo es más breve bajo la ley del Estado de origen, la resolución tampoco será ejecutable (pues puede afirmarse que ha perdido su eficacia ejecutiva conforme a la ley del país del origen, *vid.* art. 50 LCJIC), lo que significa que en la práctica prevalece el plazo de caducidad más breve: el de la ley española (como causa de oposición a la ejecución) o el de la ley del Estado de origen. La caducidad conforme a esta última puede plantearse, según las circunstancias temporales, como causa de oposición a la ejecución o como causa de denegación del exequatur por falta de uno de sus presupuestos (Garcimartín, 10 de septiembre de 2015).

3.8. Régimen de notificaciones en procedimientos de mutuo acuerdo

Vamos a abordar si la regulación de la LCJIC aplicable en los supuestos de divorcios o separaciones de mutuo acuerdo dictadas por un tribunal o autoridad extranjera implica que sea necesario el dar traslado de la demanda al excónyuge no personado. ¿Resulta necesario oír a la parte contra quien se dirija la ejecutoria en los supuestos del reconocimiento en España de sentencias de mutuo acuerdo dictadas por los tribunales extranjeros?

Pues bien, el punto de partida para resolver esta cuestión, a tenor de la normativa legal vigente, sería el artículo 54.3 de la LCJIC, cuya redacción es la siguiente:

«La demanda se habrá de dirigir contra aquella parte o partes frente a las que se quiera hacer valer la resolución judicial extranjera». Pues bien, atendiendo al tenor literal del dicho precepto, la respuesta inicial sería que sí que es necesario en todo caso dicho traslado o emplazamiento a la parte demandada para que pueda oponerse a la misma en el plazo de 30 días, como preceptúa el artículo 54.5 de la Ley 29/2015 (Font de Mora Rullán, s. f.).

Ahora bien, yendo más allá de una interpretación literal del citado precepto se considera, y esta es la tesis principal de este artículo, que existen elementos interpretativos sólidos para sostener que en los concretos supuestos de divorcios o separaciones de mutuo acuerdo no

sería necesario dicho traslado o emplazamiento, que se podría soslayar por el órgano judicial que conoce del exequatur. Y ello por una razón esencial, y es que como se explicaba ya bajo la vigencia de la anterior regulación, concretamente el artículo 956 de la LEC de 1881, se disponía que «previa la traducción de la ejecutoria hecha con arreglo a derecho, después de oír, por término de nueve días, a la parte contra quien se dirija y al Fiscal, el Tribunal declarará si debe o no darse cumplimiento a dicha ejecutoria» (Font de Mora Rullán, s. f.).

Siguiendo este precepto en la regulación de la LEC de 1881, el Tribunal Supremo aceptaba la omisión de este traslado.

El propio Tribunal Supremo había venido considerando que en los procedimientos tramitados de mutuo acuerdo se podía prescindir del trámite de audiencia a la parte no personada, bastando en tales supuestos con el previo traslado al fiscal para poder dictar la resolución correspondiente concediendo el exequatur, y ello con fundamento en que si el solicitante fue quien ocupó la posición de demandado en el procedimiento de origen y ahora es él quien solicita el exequatur o bien constaba su intervención en el procedimiento de mutuo acuerdo, se podía presumir que la otra parte está conforme con la petición de exequatur, pues tendría pleno conocimiento de la sentencia extranjera dictada, quedando de esta forma perfectamente cubiertas todas las garantías que imponen el derecho de defensa.

Sobre esta posición del Tribunal Supremo bajo la vigencia de la normativa de 1881 pueden señalarse diversos autos de la Sala 1.^a de lo Civil del Tribunal Supremo, como por ejemplo el de 23 de septiembre de 2003 y los que en tal resolución se citan (rec. núm. 166/2003) (Font de Mora Rullán, s. f.).

Siendo que, si como se ha visto, la redacción de la Ley 29/2015 no ha variado sustancialmente la que establecía la LEC de 1881 en cuanto al traslado de la demanda, puede llegarse con razonable seguridad y certidumbre a la conclusión o corolario de que el criterio interpretativo sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo resultaría igualmente aplicable a la nueva regulación, y que, por lo tanto, en estos supuestos de divorcios o separaciones de mutuo acuerdo ninguna indefensión se produce a la parte demandada del exequatur ni se merma su derecho de defensa, aunque no se le dé traslado de la demanda, pues se presume que es conocedor de la resolución extranjera dictada a la que prestó su plena conformidad (doctrina del acto propio). Ello sin perjuicio, lógicamente, de que tribunal, previa admisión por decreto del letrado de la Administración de Justicia, deba examinar los restantes requisitos que establece la normativa vigente para conceder o denegar el exequatur mediante el correspondiente auto (art. 54.7 de la Ley 29/2015).

Solución que, por lo demás, siendo plenamente respetuosa con los citados principios de defensa, contradicción y derecho a un proceso justo, permitiría agilizar notablemente este tipo de reclamaciones, pues a nadie se le escapa el tiempo que puede conllevar o requerir la búsqueda del otro excónyuge, sobre todo si reside en el extranjero con la consiguiente comisión rogatoria. En cualquier caso será de gran interés conocer qué posición adopta nuestro Tribunal Supremo cuando llegue a su conocimiento la nueva normativa, pues el ar-

título 55.2 de la Ley 29/2015 le habilita para entender de este procedimiento vía recurso de casación o extraordinario por infracción procesal (Font de Mora Rullán, s. f.).

4. Conclusión

La regulación actual del exequatur se encuentra en la LCJIC, de la que debemos destacar que es una ley encaminada a facilitar la colaboración jurídica internacional entre diferentes países, incluso en ausencia del principio de reciprocidad. Lo que se pretende, en esencia, con esta ley es asegurar una tutela judicial internacionalmente efectiva de los derechos e intereses de los particulares. No obstante, se mantiene la posibilidad de denegar esa cooperación con algún país si es reiterada su falta de colaboración o existe prohibición legal en el mismo de prestarla. En su regulación, se hace hincapié en la necesidad de agilizar estas solicitudes de cooperación internacional, siendo deseable que, para ello, se mejoren las condiciones de trabajo en los juzgados en cuanto a nuevas tecnologías, instalaciones y medios personales, ya que difícilmente puede darse contenido a la cooperación jurídica que implica la concesión del exequatur si luego la tramitación no se ve acompañada de los medios necesarios para obtener una eficiente y efectiva comunicación entre el órgano jurisdiccional donde se solicita el exequatur y los actos que realice para emplazar al demandado. La LCJIC prevé y generaliza la posibilidad de comunicación directa entre órganos judiciales de diversos países (art. 4).

Por lo que de todo lo expuesto, podemos afirmar que el exequatur permite el reconocimiento y ejecución en España de resoluciones extranjeras firmes, de resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria o de las medidas cautelares y provisionales, y este reconocimiento se producirá después de que los tribunales españoles examinen si se cumplen determinados requisitos, homologándolas y teniendo, con ella, plena eficacia a través del procedimiento que hemos expuesto en este trabajo.

Referencias bibliográficas

Campo Izquierdo, Á. L. (2015). Incidencia de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, en el ámbito del Derecho de Familia. Especial mención a la nueva regulación del exequatur. *Revista de Derecho de Familia*, 33.

Font de Mora Rullán, J. (s. f.). La nueva regulación del exequatur y el régimen de notificaciones en procedimientos de mutuo acuerdo. *Revista Millennium Dipro*, 232.

Garcimartín, F. (10 de septiembre de 2015). Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España. *Almacén de Derecho*.

Viñals Camallonga, J. M. (s. f.). La reforma del procedimiento de exequatur civil y mercantil. *Legaltoday*. <http://www.legaltoday.com/practicajuridica/civil/civil/la-reforma-del-procedimiento-de-exequatur-civil-y-mercantil>

Resolución de arrendamiento por ruina o indemnización de perjuicios por negligencia del arrendador

Comentario a la STS de 18 de julio de 2022

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

La sentencia comentada aborda la cuestión referida a la ruina de la finca en la que reside el arrendatario, que afecta a un arrendamiento sometido a la LAU de 1964.

En ella se abordan cuestiones que latan en los procedimientos en los que se insta la resolución del contrato por el arrendador, y en este caso se trata de la petición al juzgado de la resolución del contrato por la ruina del inmueble ante el acometimiento de obras tendentes a garantizar la estabilidad y permanencia del edificio, para lo que debe realizar obras importantes y que afectan a los inquilinos del inmueble. A estos, y en este caso al demandado, no lo estima procedente e insta la petición al juzgado de una indemnización por daños y perjuicios al arrendador por la falta de diligencia a la hora de realizar las reparaciones necesarias.

El procedimiento se inicia por el propietario actual del inmueble de la finca, solicitando la resolución del contrato del arrendatario por ruina de la finca ante las cuantiosas reparaciones que deben realizarse, a lo que se opone el arrendatario negando la causa de resolución del contrato de arrendamiento, y formula reconvenición interesando entre otras peticiones una indemnización de daños y perjuicios por la desatención del arrendador a los requerimientos y denuncias presentadas en relación con el estado del inmueble derivados de la necesidad de alquilar una nueva vivienda y los gastos que eso le producen.

La sentencia se dicta por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 20 de Madrid. Tras realizarse los trámites correspondientes, desestima tanto la demanda como la reconvenición. Recurrida en apelación la Audiencia Provincial de Madrid, dicta sentencia estimando el recurso del actor y desestima la reconvenición del arrendatario demandado, por no haberse demostrado la inactividad dolosa del arrendador.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de agosto de 2022).

Frente a dicha sentencia estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvencción, interpone recurso de casación contra dicha resolución, alegando diferentes cuestiones, entre otras, la litispendencia y la inexistencia de causa de resolución del contrato y la necesidad de ser indemnizado por daños y perjuicios.

En relación con la litispendencia, es necesario mencionar, por un lado, la *perpetuatio facti* (perpetuación del hecho o estado de las cosas) desde el inicio de la litispendencia, salvo que la innovación privare definitivamente de interés legítimo a las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa, lo que, unido a la *perpetuatio iurisdictionis* (perpetuación de la jurisdicción), la *perpetuatio legitimacionis* (perpetuación de la legitimación), la *perpetuatio obiectus* (perpetuación del objeto), la *perpetuatio valoris* (perpetuación del valor) y la *perpetuatio iuris* (perpetuación del derecho), como efectos de la litispendencia, supone, como regla, la permanencia de las condiciones objetivas y subjetivas existentes al inicio del proceso hasta su resolución (en este sentido, sentencias 427/2010, de 23 de junio [NCJ052811], y 760/2011, de 4 de noviembre).

La prohibición del cambio de pretensión (*mutatio libelli*) se encuentra recogida en el artículo 412 de la LEC («Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles»), en relación con los artículos 400 («Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos») y 426 («Alegaciones complementarias y aclaratorias») de la misma ley. Esta prohibición de cambio de demanda o de contestación es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal, y tiene como sentido último la proscripción de la indefensión (por todas, sentencia 389/2016, de 8 de junio).

Ninguno de estos supuestos concurre en el presente caso. Por un lado, consta que el demandado nunca se ha cuestionado la jurisdicción ni la competencia del juzgado de 1.^a instancia o de la Audiencia Provincial, ni se ha modificado la demanda.

Exclusivamente, no fueron introducidas modificaciones por obras nuevas adicionales a las expuestas en la demanda, sino que se produjo una mayor valoración de la reparación al observarse daños ocultos con posterioridad a la demanda, sin que se haya producido una modificación sustancial de las circunstancias que haya causado indefensión a la parte recurrente, ni resultó perjudicado su derecho de defensa, ya que incluso presentó prueba sobre esos hechos, aportando a esos efectos un informe pericial sobre esa cuestión. Debe indicarse que después de iniciado el juicio no se han introducido innovaciones en el estado de cosas del del procedimiento. La vivienda presenta un estado idéntico en la demanda, al tiempo de su admisión, y al tiempo de las obras ordenadas, lo que supuso el desarrollo de trabajos de más entidad que los inicialmente observados para solucionar los defectos, tomando en consideración el estado del edificio. Por tanto, en ningún momento es posible apreciar la litispendencia denunciada.

El estado de ruina se encuentra presente en el momento de interponerse la demanda, pues si bien con anterioridad se habían realizado reparaciones, estas no pueden tenerse en

consideración para hacer decaer la causa de resolución; consta la existencia de necesidad de obras al comienzo de la demanda derivadas de la ruina del inmueble y así consta en los informes de los que se habla en la sentencia realizados por el ayuntamiento.

Sí es relevante desde el punto de vista de la sentencia que se comenta, y en este sentido debe mencionarse la jurisprudencia reiterada sobre este tema, de los que son ejemplo las siguientes sentencias.

Con carácter previo, en primer lugar, debe mencionarse que el artículo 118 de la LAU de 1964 (aplicable por la fecha del contrato) establece como causas de resolución:

1. La pérdida o destrucción de la vivienda o local de negocio será causa común de resolución de todos los contratos a que se refiere este capítulo.
2. Se equipara a la destrucción el siniestro que para la reconstrucción de la vivienda o local de negocio haga preciso la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 por 100 de su valor real al tiempo de ocurrir aquel, sin que para esta valoración se tenga en cuenta la del suelo.

La Sentencia 581/2011, de 20 de julio, declara que

la jurisprudencia de esta sala en materia de resolución de contrato de arrendamiento por causa de pérdida técnica o económica, regulada en el artículo 118.2 de la LAU de 1964, resulta concluyente al determinar que tanto el importe de las obras de reparación como el valor de lo edificado, con exclusión del valor del suelo, ha de referirse a las concretas dependencias cuya resolución se pretenda. Igualmente, que las valoraciones de reparación general del inmueble, cuando afectan a los elementos comunes, habrán de tenerse en cuenta para cuantificar el coste de la reparación con referencia al 50 %, que precisa la ley como límite para determinar la procedencia o no de la situación de ruina técnica (STS de 30 de junio de 2009).

Asimismo, la Sentencia 1072/1993, de 11 de noviembre, declara que

está fuera de toda lógica y de la equidad entender que las reparaciones necesarias que dichos artículos imponen a los arrendadores a fin de conservar la vivienda o local de negocio en estado de servir para el uso convenido, tengan alcance tal que obliguen a reconstruir edificios en ruina patente y manifiesta, solo para que continúe el arrendamiento de 1950, de exigua renta y cuya reparación alcanza los límites que el artículo 118 pone para poder ejercitar la acción de resolución por ruina.

(En el caso, el contrato está vigente desde 1967, es de renta antigua, abonándose una renta actual de 2,50 euros, y con anterioridad a la demanda se realizaron obras en el edificio.) A la vista de esta doctrina cabe concluir que lo dictaminado pericialmente como valor

de reposición es un valor superior al «valor real», pues por «valor real» debe considerarse el que se corresponde con la tasación del estado actual del inmueble. El valor tasado como de reposición se corresponde con el que costaría la construcción en la actualidad de una vivienda de similares características, y ya en este caso el valor de las obras excede en un 50 % del valor de reposición, por lo que se estaría incurrido en causa de resolución. Si atendiésemos al «valor real», sin duda, sería muy inferior al de reposición pues este parte de una nueva obra integral y el «real» se refiere a la valoración del inmueble con sus mermas actuales, que, como refiere el perito y se comprueba fotográficamente, son patentes y considerables. Por tanto, si con el valor de reposición el porcentaje mencionado sería del 50 %, aún más será la diferencia si tenemos en cuenta el «valor real».

En el supuesto de la sentencia, se está en presencia de un inmueble en estado de ruina, y ello determinaría la resolución del contrato de arrendamiento por dicho motivo. Pero también debe tenerse en consideración la desidia del arrendador en su deber impuesto tanto por el artículo 107 de la LAU como por el artículo 1554 del Código Civil. Esa desidia o abandono determina que el edificio se deteriore, de manera que alcance el estado ruinoso, con lo que tiene el derecho a resolver el contrato, y el arrendatario obligado a abandonarlo, al que por el proceder contrario a la norma tiene el derecho a ser indemnizado, resarciéndole los daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 1101 del Código Civil, al incumplir las obligaciones contractuales a las que se comprometió legal y contractualmente. Sin perjuicio de las reparaciones previas, constan acuerdos del ayuntamiento dirigidos al arrendador, dirigidos a instarle las reparaciones imprescindibles ante la situación del edificio. Es evidente que el arrendador ha dejado de cumplir con sus obligaciones y pretende la resolución del contrato sin indemnizar al arrendatario.

La sentencia confirma la resolución del contrato de arrendamiento y acepta la valoración de la parte demandada dirigida a paliar las necesidades de habitación, teniendo en cuenta la renta postulada en consideración a los metros cuadrados, así como a los gastos de mudanza y al alta de servicios a abonar bajo factura una vez que se lleven a cabo los mismos.

Por tanto, siguiendo la doctrina reiterada, tras desestimar la solicitud de falta de causa de resolución del contrato de arrendamiento por ruina de un arrendamiento, provocada por la desidia, negligencia o abandono del arrendador, al no acometer las obras necesarias para reparar el edificio, ante la falta de resolución en las instancias, es el Tribunal Supremo el que fija la indemnización por daños y perjuicios, que le supone al arrendatario la necesidad de buscar otra vivienda y realizar los gastos necesarios para ello, como indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual del arrendador.

El principio de solidaridad en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la vacunación. Referencia a la vacuna frente a la covid-19

Estefanía Pérez López

*Funcionaria de Administración local
con habilitación de carácter nacional, subescala secretaria, categoría superior
Doctora en Derecho*

estefaniaperezlopez1@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-1699-7258>



Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Enrique Arnaldo Alcubilla, don Nicolás González-Deleito y Domingo, don José Damián Iranzo Cerezo, don Fabio Pascua Mateo y don Ángel José Sánchez Navarro.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Las vacunas han demostrado ser un elemento de salud pública de primer orden. Pese a ello, no puede desconocerse que, en ocasiones, pueden producir efectos adversos, incluso graves, en algunas personas. Las Administraciones públicas, como promotoras de la vacunación, deben responder de los daños derivados de aquella. A diferencia de otros países, España carece de un fondo específico para el abono de los daños causados por las vacunas y su resarcimiento.





En su caso, se canaliza a través de la institución de la responsabilidad patrimonial, consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución. En este contexto, la regla general es que los daños derivados de la vacunación no son antijurídicos y, por tanto, el perjudicado tiene el deber legal de soportarlos.

Sin embargo, este trabajo pone de manifiesto la existencia de una línea jurisprudencial y doctrinal protectora con los afectados por daños vacunales severos en aplicación del principio de solidaridad con aquellos de toda la sociedad, como beneficiaria última de la inmunización global alcanzada gracias a la vacunación general de la población.

Vista la pandemia provocada por la covid-19 y considerando que la promoción de su campaña de vacunación ha estado basada, especialmente, en la solidaridad social, se plantea la aplicación del citado principio de solidaridad a las reclamaciones que pudieran presentarse por posibles daños derivados de aquella. Se proponen, además, otros sistemas alternativos para afrontar la satisfacción de los daños vacunales.

Palabras clave: responsabilidad patrimonial; sector sanitario; vacunas; coronavirus; covid-19; solidaridad.

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 08-09-2022

Como citar: Pérez López, E. (2022). El principio de solidaridad en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la vacunación. Referencia a la vacuna frente a la covid-19. *Revista CEFLegal*, 261, 99-134.



Solidarity in the pecuniary liability of public Administrations for damages arising from vaccination. Reference to the vaccine against covid-19

Estefanía Pérez López

Abstract

Vaccines have proven to be an element of public health of the first order. Despite this, it cannot be ignored that, on occasion, they can cause adverse effects, even serious ones, in some people. The public Administrations, as promoters of vaccination, must be liable for the damages derived from it. Unlike other countries, Spain does not have a specific fund for the payment of damages caused by vaccines and its compensation, where appropriate, is channeled through the institution of pecuniary liability, enshrined in article 106.2 of the Constitution. In this context, the general rule is that the damages derived from vaccination are not unlawful and, therefore, the injured party has the legal duty to bear them.

However, this work highlights the existence of a protective jurisprudential and doctrinal line with those affected by severe vaccine damage in application of the principle of solidarity with those of the entire society, as the ultimate beneficiary of global immunization achieved thanks to general vaccination of the population.

In view of the pandemic caused by covid-19 and considering that the promotion of its vaccination campaign has been based, especially, on social solidarity, the application of the aforementioned principle of solidarity is proposed to the claims that could be presented for possible damages derived from that. In addition, other alternative systems are proposed to deal with the satisfaction of vaccine damage.

Keywords: pecuniary liability; sanitary sector; vaccines; coronavirus; covid-19; solidarity.

Citation: Pérez López, E. (2022). El principio de solidaridad en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños derivados de la vacunación. Referencia a la vacuna frente a la covid-19. *Revista CEFLegal*, 261, 99-134.



Sumario

1. Breve historia de las vacunas
 2. La posibilidad de la producción de daños personales derivados de la vacunación
 3. La institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como sistema para el resarcimiento de los daños derivados de la vacunación. La regla general de la no antijuridicidad de los daños provocados por las vacunas
 4. El principio de solidaridad como factor de determinación de responsabilidad por los daños provocados por la vacunación realizada en beneficio de toda la sociedad
 - 4.1. El principio de solidaridad en la jurisprudencia y en la doctrina
 - 4.2. La posible aplicación del principio de solidaridad a los daños derivados de la vacunación contra la covid-19
 5. Otras formas de indemnización de los daños derivados de las vacunas. El establecimiento mediante ley de prestaciones asistenciales o económicas. La creación de fondos de compensación específicos
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Breve historia de las vacunas

La sociedad de nuestro tiempo cuenta con las vacunas como elemento de salud pública de primer orden. Las campañas de vacunación masiva promovidas en los últimos años han logrado controlar un buen número de enfermedades y mejorar de forma notable la salud general de la población.

La primera enfermedad, de entre las muchas que han asolado a los seres humanos, que generó una necesidad seria de encontrar una solución preventiva de carácter general fue la viruela. Siguiendo la obra de Balaguer Perigüell y Ballester Añón (2003), hay que recordar que:

La viruela es una de las enfermedades infecciosas conocidas desde la Antigüedad y que durante siglos causó las peores plagas que ha sufrido la Humanidad. [...] En Europa (en el siglo XVIII), morían unas 400.000 personas al año como consecuencia de la viruela y aproximadamente la tercera parte de los supervivientes se quedaban ciegos (p. 13).

Los estudios médicos realizados en aquella época, según indica la obra citada, observaron que

los supervivientes que superaban la viruela quedaban indemnes (inmunizados) y no volvían a padecerla. Esto condujo a pensar que inoculando la enfermedad padecida por un enfermo en sus formas más leves, a otra persona, se evitaría la enfermedad y de esta manera se protegería a los individuos sanos. Esta práctica de «variolización» se conocía y realizaba en China y en India, desde muchos siglos atrás, y se extendió posteriormente a Oriente Medio¹.

¹ Sobre la práctica de la variolización en la antigüedad, véase Tuells Hernández (2003).

En la evolución de la variolización hacia la vacuna fue clave el papel desarrollado por Edward Jenner (1749-1823) que, citando de nuevo la obra de Balaguer Perigüell y Ballester Añón (2003, p. 14) «observó [...] que las muchachas que trabajaban en las granjas ordeñando vacas y que habían padecido una enfermedad llamada vacuna, nunca enfermaban de viruela», lo que le condujo «a inocular a [un] niño, en 1796, con la linfa procedente de la mano de una moza de establo [...] que padecía vacuna, comprobando con inoculaciones posteriores de viruela al citado niño, que este estaba protegido y que era inmune a la enfermedad». Así, Jenner sentó las bases modernas de la prevención mediante «vacunaciones» (palabra procedente de vacuna), «cuyos beneficios han sido y siguen siendo de una extraordinaria trascendencia».

La introducción del descubrimiento de Jenner en la España de finales del siglo XVIII no estuvo exenta de polémicas y contó con defensores y detractores. Los defensores fueron, generalmente, los profesionales médicos más conectados con la Ilustración. Algunos de ellos eran españoles, como Miguel Germán, Ignacio María Ruiz de Luzuriaga y Francesc Salvà i Campillo, y otros eran extranjeros afincados en España, como los irlandeses Timoteo O'Scanlan y Bartholomé O'Sullivan (Balaguer Perigüell y Ballester Añón, 2003, p 82).

En el ámbito de la política, señalan Balaguer Perigüell y Ballester Añón (2003, p. 83) que el Conde de Campomanes, ilustre asturiano, nacido en Tineo, pudo ser uno de los precursores de la vacunación en España. Así lo acredita la existencia en su archivo de «una gran cantidad de papeles sobre la inoculación y de opúsculos, notas y manuscritos sobre temas médicos y epidemiológicos» que «nos permite sospechar en las inquietudes sanitarias el interés del Conde por la incidencia en la población de los problemas médicos, incluso, quizá no sea excesivo afirmar las simpatías del político por los defensores de la inoculación», lo que implica que «pudo influir, indudablemente, desde su cargo de Gobernador del Consejo de Castilla». Otros ilustrados contemporáneos, como el gijonés Gaspar Melchor de Jovellanos, también apoyaron el fomento de la vacunación contra la viruela (Tuells Hernández, 2013, p. 554).

En atención a apoyos como los indicados, las autoridades públicas españolas de la época empezaron a promover campañas de vacunación contra la viruela en nuestro país, con un especial impulso por parte del rey Carlos IV, que había perdido a su propia hija, la Infanta María Teresa, como consecuencia de aquella enfermedad.

Por otro lado, era evidente que la llegada de los europeos al Nuevo Mundo había hecho inevitable la propagación de la viruela por América. Ante esta circunstancia, el 1 de septiembre de 1803, Carlos IV emitió un edicto anunciando una expedición médica marítima al objeto de iniciar la vacunación en los territorios de ultramar. Se recoge en la obra de Balaguer Perigüell y Ballester Añón (2003, p. 13) que:

«Esta expedición que fue dirigida por el Dr. Francisco Xavier Balmis, siendo el vicedirector el Dr. José Salvany, partió del puerto de La Coruña, el 30 de noviembre de 1803, en la corbeta María Pita y constituye una de las empresas de salud pública

más extraordinarias de toda la historia de la Humanidad». La expedición llevaba «a bordo veintidós niños de la casa de Expósitos de La Coruña acompañados de su directora Dña. Isabel Sendales y Gómez (Isabel Zendal). La vacuna se mantenía por inoculaciones de brazo a brazo entre los niños a lo largo de la travesía».

Tras estos inicios, el desarrollo de la vacunación contra la viruela en España y en América consiguió grandes resultados. La extensión de la vacuna a lo largo de los siglos posteriores y su expansión mundial, gracias al esfuerzo de los profesionales implicados y a la colaboración de toda la población vacunada, consiguió que la Asamblea Mundial de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), el 8 de mayo de 1980, declarara oficialmente erradicada la enfermedad de la viruela en el mundo.

Tras la experiencia inicial con la vacuna frente a la viruela, siguió el trabajo y la investigación respecto a la vacunación contra otras muchas enfermedades. Siguiendo a Cáceres Bermejo (2012), puede decirse que «después de Jenner, el siguiente eslabón en la historia de la vacunología es Louis Pasteur (1822-1895), impulsor del desarrollo de la Bacteriología» y que el ulterior «paso importante en el desarrollo de las vacunas se produjo a finales del siglo XIX, apareciendo el concepto de vacunas de microorganismos muertos».

La OMS recoge, actualmente, la existencia de vacunas contra múltiples enfermedades². Resulta necesario resaltar, también, la disponibilidad actual de vacunas contra el virus del SARS-CoV2 o coronavirus, imprescindibles como consecuencia de la pandemia mundial que nos asola en este momento tras haber sido declarada oficialmente como tal por la OMS³ el 11 de marzo de 2020, después de la aparición del primer caso de la covid-19 en la provincia china de Wuhan, el 31 de diciembre de 2019. La campaña de vacunación en España contra la covid-19 cuenta con disponibilidad de vacunas y una buena respuesta ciudadana⁴.

No resulta exagerado manifestar, junto a la doctrina científica más acreditada, que las vacunas han sido y siguen siendo un elemento de salud pública fundamental. Así, Llano Señarís (16 de julio de 2018) manifiesta que «las vacunas son uno de los mayores éxitos de la medicina moderna» y añade que «hay evidencias contundentes que demuestran los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas».

² Así, cita las vacunas contra el cáncer cervicouterino, el cólera, la difteria, la encefalitis japonesa, la enfermedad por el virus del ébola, la fiebre amarilla, la fiebre tifoidea, la hepatitis B, la gripe, las infecciones por rotavirus, la meningitis, la neumonía, las paperas, la poliomielitis, la rabia, la rubéola, el sarampión, el tétanos, la tosferina y la varicela. https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/vaccines-and-immunization-what-is-vaccination?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=EAlaQobChMI95_YsKbj9AIVPQIGAB1UKwGAEAMYASAAEgLaJvD_BwE

³ OMS. <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covidtimeline>

⁴ A fecha 18 de marzo de 2022, un 84,4 % de la población española tiene la pauta completa de vacunación y un 86,8 % de la población cuenta con al menos una dosis. <https://www.vacunacovid.gob.es/>

Sin embargo, no debemos desconocer que la vacunación no está exenta de riesgos individuales y que cabe la posibilidad de que algunas personas puedan sufrir daños personales derivados de aquella.

2. La posibilidad de la producción de daños personales derivados de la vacunación

Desde el origen de la aplicación de la variolización antes señalada, ya se conocía que, a pesar de que el balance global de la técnica era bueno en términos de salud pública –pues muchas más personas resultaban inmunizadas frente a la viruela de las que sufrían algún daño por aquella–, era inevitable la existencia de un pequeño porcentaje de población al que la técnica conducía al fallecimiento. Siguiendo de nuevo a Cáceres Bermejo (2012, pp. 109-114), hay que señalar que, en torno al año 1721, se sabía que la medida «no estaba exenta de riesgos, ya que un 2-3% de las personas tratadas morían de viruela contraída por la propia variolización».

La población de la época era conocedora de tal situación y, por tanto, en muchas ocasiones se oponían a recibir la inoculación de las viruelas que las autoridades sanitarias pretendían promover. La reticencia natural a asumir los riesgos individuales de la actuación ponía en peligro los beneficios de salud pública que las nuevas técnicas permitían obtener. Sin la participación ciudadana en las campañas pertinentes, el éxito de aquellas resultaba imposible.

Sobre esta cuestión, resulta muy interesante un trabajo publicado por Tuells Hernández (2013, p. 554), en el que se refiere a un denominado «contrato moral del Estado sobre la vacunación de los ciudadanos». Señala que la necesidad de la asunción de esa responsabilidad moral del Estado sobre las consecuencias de la vacunación ya había sido puesta de manifiesto por los ilustrados a finales del siglo XVIII, a causa de la necesidad de practicar la variolización, que luego evolucionaría hacia la vacunación, a una población que se mostraba reacia a ser inoculada.

De este modo, recuerda que Foronda (1801), economista e ilustrado navarro, ya había recogido en su *Carta sobre la salud pública*, redactada el 20 de julio de 1793 y dirigida al consejero de Estado Pedro Cevallos, la necesidad de promover entre la población la inoculación de las viruelas –a la que se refería como «uno de los presentes más preciosos que nos ha regalado la Providencia Divina»– y recomendaba al consejero que:

para darle mayor vuelo podría poner en *execución* el proyecto de que hemos hablado muchas veces; esto es, de asegurar la vida a los que se quieran inocular, pagando 20 pesos *baxo* la obligación de recompensar a sus padres con mil en caso de que se desgracien sus hijos, lo que viene a ser un dos por ciento.

Es decir, se advertía ya en aquel momento que alrededor de un 2 % de los inoculados podía sufrir daños irreversibles y se recomendaba que el Estado asumiera por ello la responsabilidad debida. Explica Tuells Hernández que Foronda lo planteaba «como una especie de apuesta», de modo que «se obligue a dar un premio al que sobrevive. Se trataría de establecer un seguro de vida para los que corriesen el riesgo de aceptar inocularse».

La propuesta de «fondo de seguros» planteada por Foronda en 1793 no llegó a materializarse nunca en España. Sin embargo, deja constancia de la sensibilidad de los ilustrados ante los daños que podían sufrir algunas personas al someterse a determinadas actuaciones de salud pública en beneficio de toda la comunidad.

Actualmente, la OMS⁵ declara que «la vacunación es inocua y, aunque pueda producir efectos secundarios [...] suelen ser muy leves y temporales. Si bien no puede descartarse que ocasionen efectos secundarios graves, estos son sumamente raros».

Tanto las grandes ventajas de las vacunas como los infrecuentes riesgos que conllevan han sido puestos de manifiesto por la doctrina científica actual. De este modo, Trilla García (2015) indica que:

No hay ningún medicamento que no presente algún efecto secundario. Siempre tenemos que aceptar cierto riesgo. La mayoría de los efectos secundarios de las vacunas están bien descritos [...] y se trata de molestias menores [...]. Es cierto, también, [...] que de vez en cuando, una de cada cien mil o una de cada millón⁶ de personas vacunada puede sufrir un efecto secundario grave.

También Beltrán Aguirre (2012) señala que «pese a las bondades de la vacuna como técnica de inmunización» es un «hecho incuestionable» que «las vacunas, en ocasiones, pueden producir efectos adversos (lesiones, daños)» (p. 12).

Por tanto, aunque infrecuente, la existencia real de este tipo de perjuicios derivados de la vacunación conduce a que este trabajo se centre en el estudio de los medios contemplados en España para la indemnización, en su caso, de los posibles daños sufridos por los ciudadanos como consecuencia de la inoculación de vacunas promovida por los poderes públicos.

⁵ OMS. https://www.who.int/es/news-room/questions-and-answers/item/vaccines-and-immunization-what-is-vaccination?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=EA1aIQobChMI95_YsKbj9AIVPQIGAB1UKw-GAEAMYASAAEgLaJvD_BwE

⁶ La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sentencia de 31 de enero de 2005, ECLI:ES:TSJAND:2005:265, conoció uno de esos casos de daños vacunales de escasa probabilidad a los que se refiere Trilla García al tratar el asunto de un niño que sufrió una grave encefalitis posterior a la inoculación de la vacuna triple vírica, «estimándose una frecuencia de una entre un millón».

3. La institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas como sistema para el resarcimiento de los daños derivados de la vacunación. La regla general de la no antijuridicidad de los daños provocados por las vacunas

El artículo 43 de la Constitución española (en adelante, CE) «reconoce el derecho a la protección de la salud» y declara que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y servicios necesarios». Ello convierte a las Administraciones públicas en prestadoras de servicios sanitarios a sus ciudadanos. Entre estos servicios se encuentran aquellos relativos a la inmunización de la población a través de vacunas en el ámbito de las campañas o actuaciones que los poderes públicos establezcan en cada momento.

En España, a diferencia de otros países en los que existe un fondo de compensación por daños vacunales, las reclamaciones habidas en esta materia se canalizan a través de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas consagrada en el artículo 106.2 de la CE, que dispone que

los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos⁷.

Los órganos encargados de la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de las vacunas parten siempre de la premisa de que aquellas pueden no resultar inocuas en todos los casos.

Así, el Consejo de Estado indica, en su dictamen 1180/2015, de 18 de enero de 2016, entre otros, que «las especialidades farmacéuticas –incluidas las vacunas– pueden presentar efectos adversos».

El dictamen 554/2021, de 2 de noviembre de 2021, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, citando el informe emitido por la Inspección Sanitaria en el asunto

⁷ Los principios reguladores de la responsabilidad patrimonial se encuentran recogidos, actualmente, en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. El procedimiento administrativo a seguir se contiene en los artículos 61 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. El artículo 81.2 de esta norma recoge la intervención del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente, por lo que el estudio de la doctrina de estos órganos será fundamental en esta materia.

examinado, recoge que «las vacunas son eficaces, efectivas y seguras, aunque excepcionalmente algunos vacunados pueden sufrir efectos secundarios no deseados y ello a pesar de los esfuerzos por desarrollar vacunas sin riesgo alguno».

Las reclamaciones planteadas en torno a la producción de tales daños deben tramitarse, con carácter general, conforme a las reglas generales de la institución. El Tribunal Supremo ha fijado los requisitos que deben concurrir para que la responsabilidad resulte exigible. La sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 20 de abril de 2007, ECLI:ES:TS:2007:2858, en su fundamento jurídico tercero, hace referencia los siguientes:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta⁸.

Así pues, en aplicación de la normativa vigente y de la jurisprudencia citada, la indemnización de los daños derivados de la inoculación de vacunas a la población por las Administraciones públicas exigirá no solo que el daño sufrido sea real y que quede acreditado el debido nexo causal sino, además, que el daño sea antijurídico y, por tanto, el sujeto no tenga el deber legal de soportarlo.

A pesar de la dificultad que plantea la acreditación de todos los requisitos exigidos, especialmente, la del nexo causal, este trabajo se ocupa, en exclusiva, del estudio de uno de ellos: la antijuridicidad de los daños derivados de la vacunación. Se centra el esfuerzo en este requisito porque, a pesar de que se llegaran a justificar todos los restantes, aquel constituye una seria dificultad para alcanzar, en su caso, la justa indemnización de los padecimientos sufridos a causa de las vacunas.

En este punto, debemos recordar que el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 dispone que los particulares solo «tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas» cuando no tengan «el deber jurídico de soportar» el daño.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 1 de julio de 2009, ECLI:ES:TS.2009:5042, recoge que «no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que

⁸ Estos requisitos siguen siendo aplicables tras la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015.

el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa». El daño solo es antijurídico cuando no exista alguna causa de justificación que lo legitime⁹.

Pues bien, se adelanta desde este momento que, con carácter general, los daños derivados de la vacunación no se consideran antijurídicos y, por tanto, el ciudadano perjudicado tiene el deber legal de soportarlos.

Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de febrero de 2005, ECLI:ES:TSJM:2005:1538, que trata el caso de un menor que, tras la recepción de la vacuna triple vírica sufre una mielopatía transversa aguda desmielinizante, explica que:

Aun admitiendo la existencia del nexo causal, falta otro de los presupuestos básicos para declarar la responsabilidad patrimonial del Servicio sanitario: que el daño sea antijurídico, y ello exige que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público, circunstancia esencial que aquí no acontece, pues la enfermedad que padeció el hijo del demandante es una complicación neurológica parainfecciosa bastante rara, secundaria a la vacuna triple vírica, [...], y esa excepcionalidad –imposible de prever frente al balance riesgo/beneficio «claramente muy favorable» de esta vacuna (...)– impide calificar de jurídicamente relevante el riesgo que dicha vacuna puede comportar, y, por tanto, el daño producido no es antijurídico.

De igual modo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 31 de enero de 2005, ECLI:ES:TSJAND:2005:265, en el supuesto relativo a un menor que padeció una encefalitis perivenosa consecuencia de la vacuna triple vírica recibida, correctamente administrada, señala que aquella constituye «una de las posibles reacciones adversas neurológicas de las vacunas». A pesar de que «el resultado lesivo era previsible en un muy reducido porcentaje» añade que

el riesgo de contraer las enfermedades infecciosas que la vacuna trataba de evitar era infinitamente superior, por lo que la ponderación de intereses en juego, demandaba, conforme al dictado de la medicina actual, su administración. La previsibilidad del resultado lesivo cede pues ante la fundada garantía de éxito de la vacuna en el marco de una política sanitaria eficaz diseñada en pro del interés general.

El Consejo de Estado, en su dictamen núm. 1180/2015, de 28 de enero de 2016, en un asunto relativo a los presuntos daños sufridos por una niña de 13 años de edad como

⁹ La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad patrimonial es una aportación de García de Enterría (1955).

consecuencia de la administración de la vacuna Cervarix frente al virus del papiloma humano, indica que

como ha expuesto este Consejo en otros asuntos análogos sobre administración de vacunas, las especialidades farmacéuticas –incluidas las vacunas– pueden presentar efectos adversos cuya manifestación efectiva –de producirse– constituye uno de los supuestos en los que la causación del daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor, debiendo el administrado soportar el riesgo de los efectos adversos.

En los mismos términos, puede verse la sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 17 de mayo de 2017, ECLI:ES:AN:2017:2181.

Por tanto, queda clara la obligación general de soportar los daños derivados de las vacunas. Esta obligación parte de la consideración de que los actos médicos suponen una obligación de medios y no una obligación de resultados¹⁰ –por lo que, por ejemplo, no existe una obligación de infalibilidad de las vacunas ni de garantía de ausencia de efectos secundarios de aquellas–.

Sin embargo, la obligación de soportar se modula en un determinado supuesto, en cuyo caso, el daño se considera antijurídico y la Administración, por tanto, debe asumir la indemnización de aquel. Se trata de la aplicación de una especialidad propia de la responsabilidad patrimonial de carácter sanitario. Esta especialidad parte de la base de que los actos médicos deben ajustarse, en todo caso, a la denominada *lex artis*¹¹ –es decir, la administración de vacunas debe sujetarse a los conocimientos y técnicas adecuados en cada momento y circunstancia, con independencia de que aquellos hubieran resultado, finalmente, efectivos o no–.

De este modo, solo si el servicio público sanitario ha actuado de forma inadecuada, con infracción de la *lex artis*, deberá asumir los daños derivados de su conducta. En caso contrario, si aun habiendo actuado de modo correcto, la inoculación de la vacuna ha generado daños inherentes a aquella, incluso graves, pero inevitables según el estado de la ciencia, la obligación de soportarlos recaerá sobre el sujeto vacunado.

¹⁰ Sobre la consideración de las obligaciones sanitarias como de medios y no de resultados, puede verse Gallardo Castillo (2009, p. 17). También los dictámenes del Consejo de Estado núm. 965/2018, de 17 de enero de 2019, y núm. 989/1999, de 3 de junio; el dictamen núm. 554/2021, de 2 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, y la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1994, ECLI:ES:TS:1994:2851.

¹¹ Acerca de la definición y términos de la *lex artis*, puede verse Borrel Mestre (2014, p. 5). Igualmente, puede estudiarse el dictamen del Consejo de Estado núm. 965/2018, de 17 de enero de 2019.

4. El principio de solidaridad como factor de determinación de responsabilidad por los daños provocados por la vacunación realizada en beneficio de toda la sociedad

4.1. El principio de solidaridad en la jurisprudencia y en la doctrina

La conducta de la Administración pública en relación con una concreta vacunación puede resultar irreprochable, sin que se haya producido infracción alguna de la *lex artis* durante todo el proceso. Sin embargo, también es posible que, de forma infrecuente, algunos individuos sufran la materialización de graves efectos adversos de las vacunas imposibles de evitar conforme a los conocimientos disponibles.

No es cuestión baladí plantearse si, realmente, en estos casos, resulta justa la aplicación de la teoría general de la obligación de soportar los daños derivados de la vacunación, máxime cuando aquellos daños se han producido en el contexto de una campaña de vacunación global realizada en beneficio de toda la sociedad y cada sujeto ha participado solidariamente en aquella, no solo buscando su propio beneficio, sino también la consecución de una inmunización general de la población frente a una determinada enfermedad. En estos casos, resulta necesario sugerir la aplicación de un principio de solidaridad de la sociedad con aquellos que han resultado perjudicados en su beneficio. Esta idea de solidaridad o contrato social ya la habían expuesto los ilustrados españoles cuando, a finales del siglo XVIII, se inició la vacunación frente a la viruela (Foronda y González de Echevarri, 1801).

Este espíritu de solidaridad está magníficamente reflejado en el dictamen núm. 2007/0629, de 5 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana. El dictamen parte de la reclamación formulada por la madre de un niño de seis años que, tras serle administrada la vacuna triple vírica (sarampión, rubeola y paroditis) sufrió una hipoacusia bilateral severa (sordera) que le generó una discapacidad reconocida del 33 %.

El Consejo Consultivo, que asume que en el caso tratado no se detectó infracción alguna de la *lex artis*, manifiesta su conocimiento de que, con carácter general, la jurisprudencia no considera antijurídicos los daños derivados de la vacunación, lo que implica, por tanto, la obligación del perjudicado de soportar aquellos¹². El dictamen coincide con la jurisper-

¹² Cita como ejemplo la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 132/2005, de 16 de febrero, ECLI:ES:TSJM:2005:1538, en la que no se reconoce indemnización a favor de un niño que sufrió una mielopatía aguda tras la administración de la vacuna triple vírica, y la Sentencia núm. 74/2005, de 31 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ECLI:ES:TSJAND:2005:265, que tampoco se la reconoce a un niño que padeció una encefalitis tras la administración de la misma vacuna.

dencia citada en que los beneficios reportados por las vacunas son superiores a los daños que pudieran producir, por lo que procede su administración, debiendo asumirse los daños ordinarios que pudieran generarse.

Sin embargo, tal tesis no convence de modo completo al órgano consultivo que, por el contrario, encuentra una diferencia sustancial en la aplicación de aquella en función de que las vacunas administradas beneficien solo a su destinatario o, por el contrario, y como ocurre en el caso de la vacuna triple vírica, beneficien a toda la comunidad. En este último supuesto, considera que, al tratarse de una medida de salud pública aplicada en favor del interés de toda la colectividad, esta debe asumir los riesgos de carácter más grave y permanente que pueda sufrir un individuo por tal causa. Se trata de una especie de socialización del riesgo sin que ello suponga, necesariamente, que la Administración se convierta en una aseguradora universal de daños.

De este modo, el dictamen, en relación con la tesis de la obligación del ciudadano de soportar los daños derivados de la vacunación, manifiesta que:

En opinión de este Órgano consultivo nada obstaría a trasladar dicha tesis al asunto examinado si la aplicación de las vacunas solamente tuviera como único beneficiario e interesado al menor, o se tratase de una administración voluntaria por parte de los particulares. Pero en el presente supuesto nos encontramos ante la administración de vacunas en virtud de una obligación impuesta por la Administración atendiendo al calendario vacunal, representando el sistema vacunal una de las medidas más importantes de salud pública ya que son la causa de una disminución de determinadas enfermedades infecciosas e incluso de su desaparición.

De esta forma, nos encontramos ante una medida de prevención de salud pública en la que subyace un interés general, en la que la última interesada es la colectividad que quiere que todos sus miembros estén vacunados con el fin de evitar la aparición de determinadas enfermedades infecciosas.

A la vista de lo expuesto, considera que los daños acaecidos en tales circunstancias deben ser asumidos por la sociedad en su conjunto.

Explica que, en el caso estudiado, «la aceptación voluntaria del sistema vacunal por los ciudadanos» no tiene «entidad suficiente para romper el nexo causal» y añade que

para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a imputable a la comunidad.

Finalmente, el fundamento jurídico sexto del dictamen deja claro que «constituye una carga del ciudadano asumir los efectos adversos derivados de la administración de vacunas que sean calificadas de leves o moderados (fiebre, abscesos, inflamación local, erupciones cutáneas, lesiones no permanentes, etc.)». Sin embargo, se mantiene firme en su posición acerca de que la comunidad, «representada por la Administración», debe «asumir los más graves y permanentes, al entenderse que, en tales casos, se han rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social», todo ello bajo la premisa de que la vacunación reporta un beneficio sustancial para la sociedad que, por tanto, debe asumir las consecuencias dañosas de carácter individual derivadas de aquella.

El dictamen estudiado consagra un principio de solidaridad en virtud del cual se modula la doctrina general en materia de daños derivados de la vacunación. De este modo, se mantiene la consideración de que las vacunas constituyen un bien común para la sociedad y que, por tanto, los posibles perjuicios derivados de aquellas no son daños antijurídicos, por lo que el ciudadano está obligado a soportarlos cuando aquellos entran dentro de lo aceptable. Sin embargo, tal consideración vence cuando los daños son especialmente graves y exceden de lo que, según la consideración social, es exigible soportar en aras del bien común. De esta forma, ante acontecimientos especialmente gravosos, la Administración debe asumir los daños que un ciudadano ha sufrido en beneficio de todos los demás.

El asunto dictaminado llegó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que, en su sentencia de 18 de diciembre de 2010, ECLI:ES:TSJCV:2010:8544, confirmó la teoría de la solidaridad defendida por el Consejo Consultivo de Valencia.

La sala también considera que, con carácter general, los daños derivados de la vacunación no son antijurídicos y el particular tiene la obligación de soportarlos, advirtiendo que debe evitarse «que las Administraciones públicas se conviertan en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales». Sin embargo, en el fundamento jurídico noveno de su sentencia indica que

el presente caso supone un sacrificio especial para el menor que sufre el perjuicio llamado a soportar para prevenir enfermedades a la sociedad en general, donde este está incurso. En dicho caso, los daños dimanar de un funcionamiento normal y lícito de la Administración ciertamente, pero no por ello excluyen todo tipo de indemnización para el que padece el perjuicio, esto es, su sacrificio personal debe ser reembolsado.

Al igual que señaló el órgano consultivo que conoció previamente del asunto, considera que «las lesiones que dimanar de la obligación de vacunación deben de ser soportadas por los individuos, en cuanto entran dentro de los parámetros que podemos decir son consentidos, leves y admitidos por la conciencia social» pero en el caso de «los daños graves

y permanentes» en los que «se han rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, no correspondiendo al perjudicado el deber de soportar el menoscabo».

Por tanto, el daño producido debe imputarse a la comunidad, que es la beneficiaria última de la vacunación, y no debe ser soportado por una única persona que, al objeto de favorecer a los demás, pone en peligro su propia salud y su propia vida. La sala deja claro que

cuando la consecuencia dañosa suponga perjuicios graves y permanentes, esta debe ser indemnizada por la comunidad, representada por la Administración, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho de máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la vida y a la integridad personal.

El Tribunal Supremo, en aplicación del principio de solidaridad, también ha asumido la obligación de la Administración de indemnizar los daños derivados de la vacunación cuando aquellos sean especialmente graves y se inserten en el marco de una política sanitaria de carácter comunitario. De este modo, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 9 de octubre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:6645, aborda el caso de un hombre residente en Cataluña, de 37 años de edad, al que le fue administrada, de forma voluntaria, la vacuna antigripal en la campaña correspondiente a los años 2002-2003. Como consecuencia de la inoculación, sufrió un trastorno neurológico grave, denominado síndrome de Guillain Barré, por el que fue declarado en situación de incapacidad permanente y absoluta para todo tipo de trabajo, con una minusvalía declarada del 85 %.

La sentencia casa la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 30 de septiembre de 2010, ECLI:ES:TSJCAT:2010:7547, que, a pesar de dar por probada la relación de causalidad entre el síndrome neurológico padecido y la vacunación antigripal, considera la inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al entender que el daño no era antijurídico y, por tanto, existía el deber legal de soportarlo.

Frente a esta situación, el Tribunal Supremo esgrime el principio de solidaridad para acabar reconociendo la responsabilidad patrimonial de la Administración en cuanto el daño se produjo como consecuencia de la obtención de un beneficio social. En el fundamento jurídico sexto de la sentencia, centra la cuestión señalando que lo relevante es determinar

si el recurrente está o no obligado a soportar el daño que padece, como consecuencia de individualizarse en su persona un riesgo altamente infrecuente pero de previsible aparición según el conocimiento de la ciencia, en el ámbito de la programación de una campaña de vacunación antigripal que con periodicidad anual,

programa, promueve y favorece la Administración sanitaria en la búsqueda del interés general que beneficie a toda la población.

El Tribunal Supremo entiende que la actuación practicada, efectivamente, se acomodó a la *lex artis*, pero también considera que, aunque ello suponga que el daño no sería, con carácter general, antijurídico, el particular no tiene el deber de soportarlo cuando se ha manifestado de forma grave y en beneficio de la sociedad. Así, la aplicación del principio de solidaridad exige que la Administración se haga cargo de los daños derivados de la vacunación cuanto estos son excepcionales y especialmente gravosos. La sentencia explica que

la obligación de soportar el daño sufrido no puede imputarse al perjudicado cuando este no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad, como sucede en el particular y concreto supuesto que nos ocupa, difícilmente repetible fuera de su excepcionalidad, en el que se ha concretado en el reclamante un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición en el amplio ámbito de las campañas generales de vacunación, considerando además [...] que estas persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades. [Añade que] los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública [deben ser] soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas.

Afirma la sala que este tipo de daños excepcionales deben ser compartidos por toda la sociedad,

pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanar de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población [...] de las que se beneficia en su conjunto toda la sociedad.

Sobre la posición del Tribunal Supremo en relación con la aplicación del principio de solidaridad, entiende Tolosa Tribeño (4 de febrero de 2021) que aquella es «dispar y tremendamente casuística»¹³. Argumenta su razonamiento en que, a pesar de haber reconocido tal principio en la comentada sentencia de 9 de octubre de 2012, pocos días antes, en sentencia de la misma sala, de 12 de septiembre de 2012, ECLI:ES:TS:2012:5896, había señalado, «en un supuesto de cerebelitis aguda tras la administración de la vacuna de la

¹³ Las sentencias comentadas son anteriores al ingreso como magistrado del Tribunal Supremo del autor, en 2014.

varicela», que no cabía «apreciar antijuridicidad en la administración de la vacuna» porque aquella, según los informes periciales, estaba aconsejada para el niño, lo que «conduce a considerar la actuación médica como no contraria a la *lex artis ad hoc*», por lo que, concluye, no procede el reconocimiento de indemnización, sin hacer mención alguna a una posible aplicación del principio de solidaridad.

Ciertamente, como indica Tolosa Tribiño, la posición de los tribunales es muy «casuística» en esta materia pero, en el caso de las dos sentencias comparadas, no es necesariamente «dispar». Efectivamente, la referida sentencia de 12 de septiembre de 2012 aborda el caso de un niño que, tras la administración de la vacuna contra la varicela, sufre una cerebelitis aguda con secuela de atrofia cerebelosa. Inicialmente, debe indicarse que la sentencia aprecia prescripción de la acción y, además, no da por acreditada la relación de causalidad entre la vacunación y el daño producido. Sin embargo, entrando al fondo del asunto, acaba concluyendo que la vacuna estaba indicada para el niño, que la actuación se ajustó a la *lex artis ad hoc* y que, por tanto, no cabe apreciar antijuridicidad en el daño y aquel debe ser soportado por el paciente. Puede parecer que el principio de solidaridad sería aplicable también en este caso (dado lo desproporcionado de los daños sufridos por el menor). Sin embargo, hay una diferencia relevante entre esta sentencia y la de 9 de octubre de 2012 antes comentada. La vacuna antigripal, que produjo el síndrome de Guillain Barré al vacunado, formaba parte de una campaña general de vacunación promovida por la Administración pública, mientras que la vacuna contra la varicela inoculada en el caso de la sentencia de 12 de septiembre de 2012 había sido administrada a petición de los padres del menor. Ciertamente, el Tribunal Supremo hace constar que «Varilix no debe administrarse de forma rutinaria a niños menores de 13 años de edad», por lo que debemos entender que las campañas generales de vacunación contra la varicela se dirigían a mayores de 13 años. En el caso concreto, queda acreditado que el niño, de 4 años de edad, sufría un tipo de dermatitis que indicaba, según prescripción médica, la vacunación, y que sí era posible practicar aquella pues, como señalaba el prospecto y la ficha técnica de la vacuna, su administración estaba indicada en niños de entre 1 y 12 años siempre que tuvieran «riesgo de sufrir complicaciones severas en caso de padecer la enfermedad». Este parece ser el caso que nos ocupa. Por tanto, como indica el Tribunal Supremo, la actuación sanitaria se ajustó a la *lex artis*, ya que la vacunación estaba indicada. Nada explica esta sentencia sobre ello, pero la aplicación del principio de solidaridad exige que la vacunación se haya realizado en el ámbito de una campaña general de vacunación destinada específicamente al grupo en el que está incluido el perjudicado y realizada, por tanto, no exclusivamente en beneficio propio sino en beneficio de toda la comunidad. Así, la sentencia de 9 de octubre de 2012 se refiere expresamente a daños producidos «en el ámbito de la programación de una campaña de vacunación». Estas consideraciones no se incluyen en la sentencia de 12 de septiembre de 2012 porque, posiblemente, no se trataba de una vacunación realizada en aras del interés general. Sin embargo, la aparición de un asunto similar pocos días después en el que se sí se aplicó el principio de solidaridad hubiera hecho aconsejable explicar, al menos, en la segunda de las sentencias, la diferencia entre un caso y otro al objeto de aclarar la posición del Tribunal Supremo sobre la teoría expuesta.

El principio de solidaridad, consagrado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de octubre de 2012, es utilizado también por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 11 de septiembre de 2015, ECLI:ES:TJSJAR:2015:1381, para estimar el recurso interpuesto por una mujer que, como consecuencia, nuevamente, de la vacunación antigripal en la campaña 2010-2011, sufrió una «polineuropatía muy intensa sensitivo-motora». La sala aprecia relación de causalidad entre los daños sufridos y la vacuna inoculada y considera que procede la aplicación del principio de solidaridad, concluyendo que las «razones y conclusión expuestas en la sentencia [...] del Tribunal Supremo (de 9 de octubre de 2012) son de plena aplicación al caso» por lo «que procede declarar la responsabilidad administrativa reclamada».

El Consejo Consultivo del Principado de Asturias también aplicó el principio de solidaridad en su dictamen núm. 170/2014, de 17 de julio de 2014. El asunto dictaminado aborda la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por los padres de una menor, de 13 años de edad, con antecedentes de asma, que falleció como consecuencia de la administración de dos dosis de la vacuna contra el virus del papiloma humano. El órgano consultivo, a pesar de reconocer la dificultad de «alcanzar una conclusión cierta, establecida de manera científica», da por acreditada la relación de causalidad entre la vacuna administrada y el fallecimiento de la niña. Sin embargo, considera que no existió infracción alguna de *lex artis* por parte de los servicios sanitarios intervinientes. En estas condiciones, hubiera resultado de aplicación, con carácter general, la no consideración del daño como antijurídico y, por tanto, la obligación del perjudicado de soportar aquel.

Sin embargo, el dictamen entiende que, en este caso, es aplicable el principio de solidaridad al que hace referencia la citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012. A tal efecto, explica que:

la presente reclamación se produce en el marco de una intervención sanitaria preventiva que actúa con una doble finalidad protectora, individual y colectiva, y que genera, junto a beneficios sociales indudables y ciertos, una situación de riesgo individual, sin duda incierto en su acaecimiento, incluso difícilmente previsible, pero no por ello ajeno al funcionamiento del servicio público. De modo que un riesgo cuya materialización se considera en el plano colectivo o general como estadísticamente improbable puede ser probable en el curso de un concreto tratamiento individual, sin que quienes sufren sus consecuencias deban soportarlas. Y es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que no resulta exigible a los perjudicados la obligación de soportar un daño que, aunque se materializa en un número muy escaso de ocasiones, es la consecuencia de un riesgo asumido por el servicio público para alcanzar fines de interés general para la colectividad. En estos casos es el conjunto de la sociedad, por un principio de solidaridad, quien debe asumir los daños producidos.

La aplicación del principio de solidaridad por parte del Consejo Consultivo del Principado de Asturias parte de dos pilares fundamentales: por un lado, el entendimiento de que

la actuación sanitaria se ajustó en todo momento a la *lex artis ad hoc* y, por otro, la consideración de que la vacuna contra el virus del papiloma humano tiene, además de una finalidad protectora individual, una finalidad protectora de carácter colectivo, que beneficia a toda la comunidad.

Sobre esta segunda consideración, debe advertirse que algunos autores, como García Esteban, Fernández Piedralba y Cabo Pérez (2016, p. 248), consideran, de forma incidental, que esta vacuna, como la del tétanos, «no afecta en modo alguno a terceros», por lo que su tratamiento debe ser distinto al de aquellas vacunas que benefician al conjunto de la sociedad.

Sobre la primera de las consideraciones realizadas, es decir, sobre el hecho de que la actuación sanitaria se hubiera ajustado a la *lex artis ad hoc*, se pronunció la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 20 de febrero de 2017, ECLI:ES:TSJAS:2017:113, siendo ponente Chaves García, que tuvo que conocer del asunto previamente dictaminado por el órgano consultivo autonómico. La sala no entiende necesaria la aplicación del principio de solidaridad al caso porque considera, en contra de lo mantenido por el órgano consultivo, que sí existió una infracción de la *lex artis ad hoc*, puesto que el Servicio Salud del Principado de Asturias relajó «el deber de vigilancia por la administración sanitaria ante las reacciones adversas que puede provocar su aplicación». A tal efecto, recuerda que «una cosa es el perfil de seguridad de las vacunas ante las infecciones del virus VPH ante el común de ciudadanos sanos, y otra muy distinta que, ante pacientes con singulares patologías, no deba extremarse la vigilancia de las posibles reacciones». Así, entiende que se trataba de una «paciente cualificada por un padecimiento (asma), y que la sucesión de hechos acaecidos en el corto espacio de tiempo desde su primera dosis, seguida de reacciones adversas con asistencia hospitalaria, evidencia un error de diagnóstico [...] que no es aceptable bajo el mínimo estándar sanitario [...], que aconsejaba la suspensión del tratamiento o aplicación de la segunda dosis».

A la vista de lo expuesto, el principio de solidaridad solo resulta de aplicación cuando no existe vulneración alguna de la *lex artis* o de la *lex artis ad hoc* en todo el proceso asistencial y el daño se produce por la mera materialización de un riesgo típico, descrito e inevitable, aunque excepcional, de la vacuna administrada, sin que ello implique que ninguna parte de la cadena sanitaria haya cometido error alguno. Por otro lado, el daño provocado debe ser especialmente grave, más allá de los daños tolerados por la sociedad, y haberse producido en el marco de un programa dirigido o promovido por los poderes públicos en el curso de una política sanitaria pública, de la que resulte beneficiaria la comunidad en su conjunto. La interpretación de su aplicación debe ser restrictiva, lo contrario llevaría a convertir a la Administración en una aseguradora universal¹⁴. Sin embargo, añadido yo, su interpretación debe ser también justa, al objeto de que la sociedad contribuya al resarcimiento

¹⁴ Véase la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 20 de febrero de 2017, ECLI:ES:TSJAS:2017:113.

de los daños graves que un individuo pueda padecer como consecuencia de su cooperación al beneficio de aquella.

4.2. La posible aplicación del principio de solidaridad a los daños derivados de la vacunación contra la covid-19

Visto lo señalado, si hay una campaña de vacunación promovida por los poderes públicos que reúna todos los requisitos exigidos por la doctrina y por la jurisprudencia para ser considerada una actuación en beneficio de toda la sociedad, esa es la campaña de la vacuna contra la covid-19.

La estrategia española de vacunación frente a este coronavirus se centró en el principio de solidaridad, de forma que la llamada masiva a vacunarse que se hizo a la población no se basaba solo en el beneficio individual ofrecido por la vacuna, sino en la necesidad de una vacunación general de todos los ciudadanos en orden a atajar un problema de salud pública al que todo el mundo debía contribuir. De este modo, la web del Gobierno de España dedicada a la estrategia española de vacunación, en su actualización de 18 de enero de 2021¹⁵, recoge que

El principal objetivo de la vacunación es prevenir la covid-19 y disminuir su gravedad y mortalidad, protegiendo especialmente a aquellos grupos más vulnerables.

La vacunación es doblemente importante ya que protege directamente a cada persona vacunada, pero también protege de forma indirecta al resto de la población. Cuantas más personas se vayan inmunizando, menor probabilidad habrá de que el resto (en particular los más vulnerables a padecer enfermedad grave) se expongan al virus, o al menos a altas cargas víricas.

También la misma web publica el documento elaborado por Lecuona y García López (5 de abril de 2021) en el que se explica lo siguiente:

En condiciones como las actuales de pandemia, la vacunación no es exclusivamente un asunto personal, porque va a contribuir decisivamente al control de la pandemia y, con ello, a mejorar ostensiblemente la salud de la población, a promover el bien común, del que la sociedad y los individuos que la componen se beneficiarán.

Por otra parte, numerosas autoridades sanitarias¹⁶ han hecho llamamientos a la vacunación contra la covid-19, en atención al interés general y a la solidaridad con el resto de ciudadanos.

¹⁵ <https://www.vacunacovid.gob.es/preguntas-y-respuestas/cuales-son-los-beneficios-de-vacunarse>

¹⁶ Por citar solo algunos ejemplos de llamamientos a la vacunación frente a la covid-19 en aras de la solidaridad con toda la población, el consejero de Salud de la Región de Murcia, Juan José Pedreño, según

En estas circunstancias, parece que si la vacuna frente a la covid-19 produjera en algún vacunado un daño especialmente grave, infrecuente pero inevitable, y que rebasase los límites admitidos por la conciencia social, podría ser de aplicación el principio de solidaridad en la indemnización de aquel, siempre que quede demostrada la relación de causalidad entre la vacuna y el daño producido, y aunque la actuación sanitaria se hubiera ajustado en todo momento a la *lex artis*.

En España, según el 11.º informe de farmacovigilancia sobre vacunas covid-19¹⁷, elaborado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, publicado el 20 de diciembre de 2021, se utilizaron las siguientes vacunas: Comirnaty (Pfizer), Spikevax (Moderna), Vaxzevria (AstraZéneca) y Janssen. Para todas ellas, tanto sus prospectos como sus fichas técnicas y los continuos informes de farmacovigilancia, establecen efectos secundarios que pueden llegar a suceder.

En relación con la vacuna de AstraZéneca, el referido informe indica que, «actualmente», su uso «en España es irrelevante». Sin embargo, en los inicios de la campaña de vacunación, la vacuna de AstraZéneca fue ampliamente utilizada. Durante su uso, se notificaron por los canales adecuados diversos efectos adversos. De ellos, tiene especial relevancia el «síndrome de trombosis con trombocitopenia».

En atención al 6.º informe de farmacovigilancia sobre vacunas covid-19¹⁸, publicado el 15 de junio de 2021,

hasta el 30 de mayo, se han registrado en España 21 casos muy sugerentes o confirmados de síndrome de trombosis con trombocitopenia en personas que

El Diario de Murcia, de fecha 21 de diciembre de 2021, hizo «una llamada a la solidaridad de las cerca de 100.000 personas que faltan por vacunarse frente a la COVID-19 en la Región de Murcia "porque de ello depende la protección de los más vulnerables ante esta pandemia"», (https://www.eldiario.es/murcia/sociedad/salud-llamamiento-solidaridad-100-000-personas-faltan-vacunar_1_8570335.html). Según el diario *El Correo*, de fecha 27 de julio de 2021, la consejera de Salud del Gobierno Vasco, Gotzone Sagardui, hizo un llamamiento a los padres para la vacunación de sus hijos menores señalando que «es importante que nuestros hijos e hijas estén vacunados cuanto antes. Es una cuestión de salud pública, de seguridad y de solidaridad», (<https://www.elcorreo.com/sociedad/salud/sagardui-llamamiento-padres-vacunen-hijos-cuanto-antes-20210727130416-nt.html>). El diario *El Español*, en edición de fecha 9 de diciembre de 2021, recoge que la delegada territorial de la Junta de Castilla y León, Clara San Damián, hizo un llamamiento «a toda la población que todavía no se haya vacunado, especialmente en la franja de edad entre 20 y 40 años» añadiendo que «no es solo por su propia salud sino como gesto de empatía y solidaridad con el resto de la ciudadanía» (https://www.elespanol.com/castilla-y-leon/region/zamora/20211209/sacyl-llamamiento-no-vacunados-recien-cumplidos-zamora/633437305_0.html).

¹⁷ <https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2021-boletin-fv/6o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/#vaxzevria>

¹⁸ <https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2021-boletin-fv/6o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/#vaxzevria>

habían recibido la primera dosis de la vacuna Vaxzevria, la mayoría en localizaciones inusuales (senos venosos o venas esplácnicas); cinco de estos pacientes fallecieron.

Conforme a tales datos, nos encontramos con que es posible que cinco personas hayan fallecido en España como consecuencia de efectos secundarios derivados de la vacunación frente a la covid-19 con la vacuna de AstraZéneca¹⁹. Resulta, obviamente, necesario analizar detalladamente cada uno de esos casos, acreditar la debida relación de causalidad y descartar que hubiera podido producirse en la administración de la vacuna una vulneración de la *lex artis ad hoc* en atención a las circunstancias concretas de cada paciente. Carece de todo sentido y de todo rigor –jurídico y técnico– realizar aquí elucubraciones sobre tales casos. Sin embargo, sí es posible apuntar, como regla general, que este es un supuesto en el que podría ser de aplicación el principio de solidaridad en la indemnización de los daños derivados de la vacunación, puesto que aquellos, aunque infrecuentes, resultaron inevitables en atención a los conocimientos científicos disponibles y fueron consecuencia de una política de salud pública de carácter general que benefició a toda la sociedad en su lucha contra la covid-19.

Sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños derivados de la vacuna citada, Manent Alonso (s. f.) indica que

podría sustentarse una pérdida de oportunidad respecto de los fallecimientos por trombosis por inoculación de la vacuna de una determinada empresa farmacéutica. Los familiares podrán alegar que, de haberse inyectado una vacuna de distinta empresa, y con un porcentaje inferior de muertes, podría haberse salvado la vida.

Debo manifestar que no comparto la teoría del autor citado y que, para el supuesto de las muertes producidas, en su caso, por la vacunación con AstraZéneca, siempre con las precauciones derivadas del desconocimiento de los casos concretos, parece más ajustada la asunción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en atención al principio de solidaridad, que el recurso a la doctrina de la pérdida de oportunidad²⁰. Insisto, no obstante, en la necesaria prudencia sobre las cuestiones señaladas.

¹⁹ Debe advertirse que el informe de farmacovigilancia citado se refiere solo a casos registrados. Tras el registro, deberán realizarse las actuaciones de estudio pertinentes conforme a lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes del Real Decreto legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

²⁰ En el caso de daños derivados de la ausencia de la administración de las vacunas debidas, puede resultar de aplicación la teoría de la pérdida de oportunidad que, con carácter general, se utiliza en todos los actos de carácter sanitario en los que, por inactividad o no utilización de todos los medios disponibles, el paciente pierde una oportunidad de curación o de no sufrir un perjuicio determinado. Sobre tal cuestión, puede verse Montalvo Jääskeläinen (2006, pp. 75-87).

La aplicación del principio de solidaridad podría argumentarse, especialmente, respecto a los posibles daños derivados de la vacunación frente a la covid-19 en los niños de edades comprendidas entre los 5 y los 11 años de edad. La Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial de Salud, en reunión celebrada el 7 de diciembre de 2021²¹, acordó «la vacunación en población infantil entre 5 y 11 años».

El acuerdo referido recoge, en relación con la incidencia de la covid-19 entre los niños de esa franja de edad, que

durante la quinta onda pandémica en España, el 99,7 % de los casos diagnosticados presentaron un cuadro leve, siendo la mitad de ellos, incluso asintomáticos. El 0,21 % de los casos precisó hospitalización, y el 0,016 % requirió ingreso en UCI pediátrica. [...] Asimismo, de los 13 casos que ingresaron en UCI, más del 50 % presentaba alguna enfermedad grave de base, como también la sufría el único caso fallecido.

El Comité Asesor de Vacunas de la Sociedad Española de Pediatría y la Sociedad Española de Infectología Pediátrica emitieron un informe²², en fecha 9 de diciembre de 2021, en el que recogen que

la covid-19 en la población pediátrica generalmente se manifiesta con síntomas más leves que en los adultos, y la mortalidad asociada a esta enfermedad es extremadamente rara [...]. La mayoría de los niños con COVID-19 solo precisan de tratamiento sintomático sin necesidad de ingreso hospitalario. [Se advierte, no obstante, que] los niños pueden presentar complicaciones relacionadas a la infección por SARS-CoV-2.

A pesar de los buenos datos de la evolución de la infección con el virus en la población infantil, todos los organismos citados consideran adecuada la vacunación de aquella. Uno de los factores que aconseja la inmunización en estas cohortes de edad es la necesidad de una inmunización general de toda la sociedad. El Consejo Interterritorial de Salud, en el informe referido, señala que «la vacunación en la población infantil disminuiría la carga de enfermedad en este colectivo y puede disminuir la transmisión en el entorno familiar, en los centros educativos y en la comunidad, contribuyendo a la protección de las poblaciones más vulnerables». La Sociedad Española de Pediatría y la Sociedad Española de Infectología Pediátrica, también en el informe citado, explican que «las estrategias para intentar conseguir una inmunidad de grupo mayor del 90 % deben tener en cuenta a la población pediátrica».

²¹ https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/vacunaciones/covid19/docs/Recomendaciones_vacunacion_infantil.pdf

²² https://vacunasaep.org/sites/vacunasaep.org/files/cav-seip-aep_vacunacion-pediatica-frente-a-covid-19-en-espana_2021-12-09_v.1b_resumen.pdf

Visto lo expuesto, y a resultas de un mejor criterio técnico, no es difícil deducir que la vacunación de la población de infantil no se ha acordado solo como una medida que beneficie de forma individual a los niños, aunque también resulte útil para aquellos, sino como un medio de contribución a la inmunización general de toda la población. En estas circunstancias, no cabe duda de que se trata de una vacunación en beneficio del conjunto de la sociedad.

Frente a este indudable beneficio social, resulta posible que algunos menores vacunados deban soportar la materialización de los inevitables daños derivados de la vacuna. Con carácter general, aquellos serán leves y, por tanto, existirá el deber jurídico de soportarlos. Sin embargo, según el referido informe de la Sociedad Española de Pediatría y la Sociedad Española de Infectología Pediátrica²³, existe, entre otros, un posible riesgo de pericarditis o miocarditis, aunque con una frecuencia muy baja y, generalmente, con buen pronóstico.

Por ello, si en algún momento algún niño sufriese un riesgo típico de la vacuna, infrecuente pero inevitable según los conocimientos disponibles, que le provocara daños especialmente graves y quedara acreditada la debida relación de causalidad, aun sin demostrarse infracción alguna de la *lex artis ad hoc*, podría decaer la obligación general de soportar el daño y podría ser posible declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en atención al principio de solidaridad de la sociedad (principal interesada en la campaña de vacunación) con los niños que han resultado perjudicados en su beneficio²⁴.

5. Otras formas de indemnización de los daños derivados de las vacunas. El establecimiento mediante ley de prestaciones asistenciales o económicas. La creación de fondos de compensación específicos

Más allá de todo lo expuesto respecto a la indemnización de daños en el marco de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, no debe olvidarse que el artículo 34 de la Ley 40/2015 dispone que

no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la

²³ https://vacunasaep.org/sites/vacunasaep.org/files/cav-seip-aep_vacunacion-pediatria-frente-a-covid-19-en-espana_2021-12-09_v.1b_resumen.pdf

²⁴ Iniciada la campaña de vacunación infantil en atención a los requisitos antes expuestos, el 12.º informe de farmacovigilancia sobre vacunas covid-19, elaborado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, publicado el 26 de enero de 2022, recoge la notificación de reacciones adversas en 426 niños y 376 niñas de entre 12 y 17 años y 39 niños y 31 niñas menores de 12 años. Véase el citado 12.º informe de farmacovigilancia, <https://www.aemps.gob.es/informa/boletines-aemps/boletin-fv/2022-fv/12o-informe-de-farmacovigilancia-sobre-vacunas-covid-19/#Comirnaty>

ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

El precepto viene a poner de manifiesto el conocimiento de que la Administración no podrá declararse responsable de la producción de determinados daños, imposibles de prever o de evitar en atención a la información científica disponible en el momento de su producción. Sin embargo, ello no será obstáculo para que los perjudicados resulten indemnizados por el padecimiento de aquellos. Así, se arbitra un procedimiento paralelo consistente en la posibilidad del reconocimiento, mediante norma positiva, de prestaciones que contribuyan a satisfacer el sufrimiento derivado de los daños soportados.

Este procedimiento ha sido ya utilizado varias veces en España. Así, el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público, atiende a la situación «de aquellas personas que resultaron contaminadas por VIH como consecuencia de transfusiones sanguíneas o de tratamiento con hemoderivados, antes de que se conocieran suficientemente las medidas a adoptar para evitar el contagio por esta vía». La norma establece ayudas económicas en solidaridad con las personas afectadas explicando, además, que esta forma de actuar «ha prevalecido en la mayoría de países europeos, donde se han establecido esquemas solidarios de ayuda a los afectados financiados mediante fondos públicos».

Del mismo modo, puede citarse también la Ley 14/2002, de 5 de junio, por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público. Se explica que «el virus de la hepatitis C (VHC) fue identificado y descrito a mediados de 1989, pero hasta el año 1990 no se dispuso de los medios técnicos adecuados para prevenir su transmisión a través de la sangre y productos hemoderivados»²⁵.

En las normas citadas, el principio de solidaridad constituye el centro de actuaciones económicas encaminadas a que la sociedad pueda contribuir a paliar el daño soportado por

²⁵ También puede mencionarse el Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965, que responde «a la necesidad de reconocimiento y apoyo solidario a las personas afectadas por la sustancia activa «talidomida» [...] y entronca con la línea seguida por la mayoría de países de nuestro entorno, donde se han establecido esquemas solidarios de ayuda a las personas afectadas». Aunque la base de esta actuación es también la solidaridad, debe señalarse que la diferencia con las dos normas anteriores es que, en este caso, los daños no se produjeron por el funcionamiento de los servicios públicos de salud, sino por la utilización de un producto defectuoso fabricado por un laboratorio privado, debiendo verse, en su caso, el papel de las autoridades que lo autorizaron.

determinados sujetos debido al funcionamiento de los servicios públicos de salud cuando, sin embargo, aquellos no son responsables de su producción.

La indemnización de daños graves derivados de una campaña de vacunación determinada constituye un supuesto que podría encajar en la concesión de prestaciones asistenciales o económicas. Si las masivas campañas de vacunación actual frente a la covid-19, cuyas consecuencias a largo plazo son aún imposibles de prever, llegaran a generar algún tipo de daño, inevitable conforme al estado de la ciencia, podría plantearse usar esta vía como forma de resarcimiento de los daños generados.

Sin embargo, existen también otras posibilidades de actuación para la satisfacción de los daños derivados tanto de la vacuna frente a la covid-19 como de cualesquiera otras vacunas. Algunos países de nuestro entorno han diseñado sistemas específicos de responsabilidad pública de carácter objetivo, de tal forma que, acreditado un nexo causal entre la vacunación y el daño sufrido, el perjudicado recibe la indemnización correspondiente con cargo a un fondo especial constituido al efecto. Por su solidez y eficacia, destaca el caso de los Estados Unidos, regulado en la *National Childhood Vaccine Injury Act*, de 1986²⁶. Según Martín Ayala (2014, pp. 182-192), el programa

cuenta con un listado oficial de posibles lesiones derivadas de las vacunas que se utiliza con el objeto de discriminar las demandas que tienen un verdadero fundamento médico de aquellas que no lo tienen. Dicho listado fue elaborado por el Congreso y, para su elaboración, se tomaron en consideración informes de científicos y médicos especialistas en la materia.

Siguiendo a Cierco Sieira (2005), este régimen tan favorable para el «ciudadano afectado trae causa del intento de hallar una situación de equilibrio que ayude a mantener en pie los beneficios de las campañas de vacunación sistemática» (pp. 234 y 235).

²⁶ El origen de la creación del fondo en los Estados Unidos se encuentra en el creciente número de demandas que sufrieron los laboratorios por los daños derivados de la aplicación de sus vacunas (bien por la materialización de riesgos típicos o bien por defectos en la fabricación del producto –aun siguiendo las pautas de calidad marcadas–). La indemnización de los daños acabó por poner en apuros económicos a las empresas farmacéuticas que amenazaron con parar su producción lo que, claramente, iba a suponer un problema de salud pública general. Ante esta situación, el Estado decidió asumir tales costes, de modo que las empresas pudieran seguir produciendo sin cargar con los gastos indemnizatorios, mientras que los particulares serían resarcidos, en atención al daño sufrido, en las cuantías debidas. Es decir, se trata de buscar un equilibrio entre el funcionamiento de los programas de vacunación generales para garantizar la salud pública de la población y el resarcimiento de los daños individuales que pudieran producirse por ello. La financiación del fondo es mixta: con fondos públicos y con fondos privados provenientes de las compañías farmacéuticas o laboratorios implicados. Sobre el origen de la creación de este fondo puede verse *The history of vaccines. An educational resource by the College of Physicians of Philadelphia*. <https://ftp.historyofvaccines.org/es/contenido/articulos/programas-de-compensaci%C3%B3n-por-lesiones-causadas-por-vacunas>

Más allá de la experiencia estadounidense, siguiendo a Tuells Hernández (2013, pp. 555), debe decirse que existen otros países en los que se han creado fondos de compensación de daños provocados por la vacunación. Algunos de los países europeos que cuentan con este instrumento son Alemania, Suiza, Francia, el Reino Unido, Italia o Noruega, entre otros²⁷.

La gestión de cada fondo es muy variada y responde a las características socio-territoriales de cada país. De este modo, en algunos casos la responsabilidad se asume por cada una de las demarcaciones que componen el país (es el caso de los *Länder* alemanes o los cantones suizos) mientras que, en otros, la asunción se realiza directamente por el Estado central (Francia). De la misma forma, la determinación de los supuestos en los que se libra el fondo también depende de las políticas que tenga implementadas cada Estado en materia de vacunación, por ejemplo, la voluntariedad u obligatoriedad del sistema. En cuanto a la financiación del fondo, en algunos casos aquel se nutre únicamente de fondos públicos (Reino Unido o Italia) y en otros de una combinación entre fondos públicos y fondos privados aportados por los seguros, compañías o sociedades farmacéuticas afectadas (como ocurre en Noruega).

Con independencia de su existencia en algunos países miembros, en la Unión Europea, entendida como institución, no existe un fondo de compensación de daños vacunales. Sobre tal posibilidad, el Parlamento Europeo planteó una pregunta escrita a la Comisión, en fecha 21 de octubre de 2009. La cuestión que se abordaba era la posibilidad de creación de un programa comunitario de indemnización por daños derivados de vacunas. La pregunta, formulada por Mitchell (9 de octubre de 2009), partía de la consideración de que «las vacunas son un método de prevención único, ya que no solo protegen al individuo sino también a la comunidad gracias al denominado "efecto rebaño"» que se produce cuando se alcanzan niveles de inmunización lo suficientemente elevados en una población». Conocedor de que como «cualquier otra intervención sanitaria, la vacuna puede tener reacciones adversas», se plantea, al modo establecido por los Estados Unidos y algunos países europeos, crear un programa comunitario «a fin de indemnizar a particulares que sufran reacciones adversas tras haberse sometido a programas de inmunización». Sin embargo, la respuesta ofrecida por la Comisión no entró en el fondo del asunto y se limitó a señalar que «la organización y prestación de la asistencia sanitaria es competencia de los Estados miembros», por lo que «los sistemas de compensación por daños causados por las vacunas no son competencia de la Comisión».

En relación con la específica vacuna frente a la covid-19, en fecha 23 de septiembre de 2021, se presentó una propuesta de resolución a la Comisión por parte de la parlamentaria francesa Joron (23 de septiembre de 2021), en la que se cuestiona «la creación de un

²⁷ Señala Tuells Hernández (2013, p. 555) que la creación de estos fondos deriva «de forma genérica, [en] la responsabilidad de los gobiernos para proteger a las personas dañadas inadvertidamente por las vacunas. De forma más concreta hay argumentos justificativos relacionados con presiones económicas y políticas derivadas de la preocupación del público por la seguridad de las vacunas, el miedo a los litigios, el deseo de aumentar la confianza de la población en los programas de inmunización, subyaciendo también en el origen de estos programas principios de equidad y justicia».

fondo europeo de compensación para las víctimas de las vacunas contra la covid-19». La propuesta está recogida en el acta del pleno del Parlamento, de fecha 21 de octubre de 2021²⁸, acordando su remisión a la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria. El 17 de marzo de 2022²⁹, Joron y otros parlamentarios presentaron una nueva propuesta en términos similares a la anterior.

Por su parte, la OMS ha creado, por primera vez, un programa –COVAX– para la indemnización sin culpa de los daños derivados de la vacunación frente a la covid-19³⁰. El programa parte de la premisa de que «al igual que con todos los medicamentos, incluso las vacunas aprobadas para uso general pueden, en casos excepcionales, causar reacciones adversas graves».

España no cuenta, ni con carácter general para todo tipo de vacunas, ni con carácter específico en relación con la vacuna contra la covid-19, con un fondo que financie de forma específica el abono de las indemnizaciones que, en su caso, pudieran corresponder como consecuencia de los daños provocados a las personas por aquellas, por lo que el sistema se asienta, únicamente, sobre el pilar de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Desde hace años, algunos autores, como Mello (2008, pp. 32-42)³¹, ya abogan por la creación de este tipo de fondos. En nuestro país, Tuells Hernández (2013) basa la necesidad de un fondo general de compensación de daños vacunales en la existencia de un «contrato moral del Estado sobre la vacunación de los ciudadanos» (pp. 554-557). En virtud de ese contrato moral, «el Estado intentaba proteger la salud de sus ciudadanos a través de una medida protectora» y, como contrapartida, «los ciudadanos debían adherirse para aportar a la sociedad su contribución individual a la inmunidad colectiva». La «responsabilidad moral» descrita conlleva que el Estado asuma los daños que pudieran dimanar de la vacunación. Esta circunstancia, entre otras, anima al autor citado a promover la creación de un «un programa de compensación de daños por acontecimientos adversos relacionados con vacunas en España».

En atención a la reciente vacuna frente a la covid-19, otros autores han propuesto también la creación en España de fondos específicos. Así, puede citarse a Lorenzo y Montero (9 de febrero de 2021) que, con buen criterio, basa su respaldo a tal instrumento en

²⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2021-10-21_ES.html

²⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0169_ES.pdf

³⁰ <https://www.who.int/es/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-covid-19-vaccines-is-a-world-first>

³¹ Mello defiende que «una política de compensación éticamente defendible basada» en los principios de «equidad y racionalidad» lograría poner «a disposición de todas las personas con lesiones graves y para las personas con lesiones menos graves un fondo de compensación siempre que la ley o el deber profesional exigieran la vacunación».

los principios éticos de equidad y justicia, que imponen compensar el sacrificio individual que puede suponer un efecto no deseado de la vacunación frente al beneficio social para la colectividad que conllevan los programas de inmunización, de acuerdo a la lógica de la solidaridad.

La aparición de la pandemia provocada por la covid-19 también ha llevado a autores de países que carecen de tales fondos a plantearse la necesidad de su creación. De esta forma, sobre la posibilidad de su creación en Australia, se pronuncian Wood, Macartney, Leask y McIntyre (9 de septiembre de 2020), al señalar que

la justicia recíproca es un principio ético que reconoce que las personas que actúan para beneficiarse a sí mismas, pero también a la comunidad, deben ser compensadas por la misma comunidad si el daño ha resultado de la acción como individuo. Para los programas de inmunización, la comunidad tiene una deuda de gratitud con una persona que sufre lesiones graves debido a una vacuna ofrecida y aceptada de buena fe [...]. Los países que exigen la vacunación infantil sin proporcionar esquemas de compensación de lesiones sin culpa por lesiones raras de vacunas podrían estar abrogando el contrato social.

Concluyen que

existe una fuerte justificación ética de salud pública para introducir un (programa de indemnización de daños vacunales) en Australia [...]. Si vamos a alentar a los grupos objetivo a recibir vacunas covid-19 en beneficio de toda la comunidad, mucho más para los adultos jóvenes y las personas sanas que obtienen el menor beneficio individual, se deduce que el gobierno australiano debe compensar cualquier imprevisto [...] adverso grave que se considera debido a una vacuna covid-19.

Incluso en los países que ya cuentan con un fondo de compensación de daños derivados de las vacunas, como el Reino Unido, la masiva vacunación frente a la covid-19 está provocando que algunos autores estén proponiendo fórmulas complementarias que mejoren el modo de indemnizar los posibles daños causados por la administración de aquella vacuna. De esta forma, Halabi *et al.* (28 de octubre de 2020) indican que «para una vacuna que probablemente se distribuirá en todo el mundo, existe un riesgo inevitable de eventos adversos graves [...] incluso con un producto muy seguro». Entienden que «la creación de un sistema integral para la compensación sin culpa por lesiones causadas por vacunas sería factible y promovería la justicia».

Al contrato social y a los principios de equidad y justicia señalados por los autores citados, se añade el principio de solidaridad diseñado por la jurisprudencia y por la doctrina española en el marco de la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. A la vista de lo expuesto, parece claro que la responsabilidad por los daños

vacunales que, en su caso, asumieran las Administraciones públicas, deberá estar marcada por una absoluta consideración a los principios éticos señalados, en la línea marcada por los ilustrados españoles a finales del siglo XVIII (Foronda y González de Echevarri, 1801).

6. Conclusiones

A pesar del esfuerzo doctrinal y jurisprudencial en España por incorporar el principio de solidaridad a la institución de la responsabilidad patrimonial en el caso de daños graves sufridos como consecuencia de la administración de vacunas en el marco de una campaña de vacunación general, es posible que la referida institución no sea la fórmula adecuada para afrontar este tipo de casos. No siempre es posible aplicar esta solidaridad tan cáustica y tan restrictiva, puesto que la regla general sigue siendo la no antijuridicidad del daño.

De esta forma, parece razonable, como se ha hecho en otros países, que se busque una fórmula alternativa que impida que sucedan casos, entre tantos otros, como el que tuvo que afrontar la citada sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 31 de enero de 2005, ECLI:ES:TSJAND:2005:265, en la que no se otorga indemnización alguna a un niño de 15 meses de edad que sufrió una grave encefalitis tras la administración de la vacuna triple vírica porque, en atención al riesgo-beneficio de aquella y a la escasa probabilidad de reacciones adversas, el daño no es antijurídico y, por tanto, existe el deber legal de soportarlo. Ciertamente, en ausencia de infracción de la *lex artis*, no tiene por qué existir responsabilidad patrimonial de la Administración actuante, pero eso no tiene que ser, necesariamente, un obstáculo para que las personas perjudicadas puedan recibir la debida indemnización.

Se trata, en realidad, del mismo problema puesto ya de manifiesto por Rodríguez-Vigil Rubio y De Vera Estrada (2014) respecto a las enfermedades nosocomiales. Según la OMS³², las enfermedades nosocomiales se definen como toda enfermedad de un paciente provocada por microorganismos que se adquieren dentro de un establecimiento hospitalario. Explican que «aun aplicando medidas de prevención idóneas, es imposible erradicar por completo el riesgo de que se produzcan infecciones nosocomiales», que pueden provocar graves padecimientos.

Rodríguez-Vigil Rubio y Vera Estrada nos recuerdan que, cuando los daños derivados de enfermedades nosocomiales se producen en un servicio de salud público, la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria actuante se sujeta, «con algunas particularidades, a las mismas normas, principios, y pautas que rigen, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de cualquier Administración en la prestación del servicio

³² https://www.who.int/csr/resources/publications/ES_WHO_CDS_CSR_EPH_2002_12.pdf

público, incluida la sanitaria». Así las cosas, «solo si se infringen los estándares de la *lex artis*, [...] cabría imputar a la Administración la responsabilidad por los perjuicios causados. En otro caso, los daños han de ser soportados por el particular».

A pesar de ello, los autores citados han observado una jurisprudencia tuitiva en la materia, tendente a la concesión de indemnizaciones cuando las personas sufren graves daños derivados de una infección nosocomial, aun en ausencia de *mala praxis* por parte de la Administración. Se muestran comprensivos con la actuación voluntarista de los tribunales pero consideran que el reconocimiento de responsabilidad patrimonial cuando no hay infracción de la *lex artis*

determina un sistema de responsabilidad patrimonial que, objetivamente, se aleja y no conecta de forma armónica ya con lo dispuesto en el artículo 1105 del Código Civil y tampoco con lo dispuesto en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por todo ello, basándose tanto en razones «de armonía legal, como de facilidad indemnizatoria y procedimental, así como de coste económico», aconsejan «explorar [...] un título distinto del de la responsabilidad patrimonial» para estos casos. En Francia, por ejemplo, se ha dado salida a esta situación a través de un régimen específico distinto a la aplicación de la responsabilidad patrimonial ordinaria³³.

En atención a lo señalado, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en su Memoria del año 2012, planteó:

La conveniencia de que, tras los estudios [...] que procedan, por parte de la Administración sanitaria del Principado de Asturias se actúe en este terreno mediante una actividad singular, que podría ser la de propuesta normativa en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, pues, aun cuando la competencia para dictar normativa sobre este asunto recae indubitablemente en el Estado, no cabe olvidar que la sanidad asistencial está transferida a las Comunidades Autónomas y que son estas quienes soportan los efectos de la difícil adaptación al sistema normal de responsabilidad civil de la actual configuración del título de reparación de los daños provocados por enfermedades nosocomiales.

El caso de los daños graves e inevitables derivados de la vacunación, es muy similar a lo señalado respecto a las enfermedades nosocomiales. La aplicación pura de la teoría de

³³ La Ley francesa 303, de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud, consagra que la responsabilidad médica se basa sobre el principio de culpa, excepto en el caso de las infecciones nosocomiales, en las que la responsabilidad se torna objetiva.

la responsabilidad patrimonial no es suficiente para afrontar la indemnización de los daños sufridos y la introducción del principio de solidaridad no deja de alejarse de los parámetros básicos de la institución. Por todo ello, se propone, en la línea indicada por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias, que se inicien nuevos itinerarios de estudio sobre las formas de indemnizar los daños derivados de la administración de vacunas en España.

Tal vez, la masiva vacunación frente a la covid-19 puede generar un escenario apropiado para iniciar un análisis serio en torno a la creación de un fondo de compensación de daños derivados de las vacunas. Seguramente, es pronto para contar con información científica suficiente que interprete y valore los daños, en su caso, generados por las nuevas vacunas contra el coronavirus que ahora nos afecta. Sin embargo, es probable que la información relativa a otras vacunas sea suficiente para plantear un debate maduro en España sobre la conveniencia o no de la creación de este tipo de fondos. Sin perjuicio de explorar, además, otras vías.

A modo de resumen de lo expuesto, las alternativas posibles para la satisfacción de los daños inevitables, graves, «que rebasen los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social»³⁴, derivados de las vacunas promovidas o administradas por una Administración pública en el marco de una actuación de salud pública general son: a) El mantenimiento del sistema actual de responsabilidad patrimonial de la Administración actuante, basado en la infracción de la *lex artis* como criterio para la determinación del carácter antijurídico del daño, con aplicación, en su caso, del principio de solidaridad consagrado por la jurisprudencia. b) La articulación de un fondo de compensación de daños vacunales, en la forma instaurada en otros países. c) El reconocimiento de prestaciones asistenciales o económicas mediante ley. d) La exploración de nuevas vías de indemnización de los daños.

En cualquier caso, se defiende que toda propuesta que se quiera desarrollar, con independencia del método indemnizatorio planteado, deberá fundarse en el valor de la solidaridad de la sociedad con aquellos que han resultado perjudicados en su beneficio. Se trata de volver a la sensibilidad que habían mostrado los ilustrados de finales del siglo XVIII, cuando comenzó la variolización en España, y aquellos señalaban la necesidad de que el Estado se responsabilizara de los daños que, inevitablemente, iban a sufrir algunos inoculados, planteando entonces la medida no solo como forma de contribuir al impulso de las campañas sanitarias públicas, sino también como manifestación de la solidaridad del pueblo con aquellos que arriesgaban su salud en beneficio de la generalidad. Se trata, en fin, de recuperar aquella propuesta de «fondo de seguros» solidario que Foronda (1801) ya planteó en 1793 y que no llegó a materializarse nunca en España.

³⁴ Según el dictamen núm. 2007/0629, de 5 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana.

Referencias bibliográficas

- Balaguer Perigüell, E. y Ballester Añón, R. (2003). *En el nombre de los niños. Real Expedición Filantrópica de la Vacuna, 1806-1806*. (Presentación de A. Delgado Rubio). Asociación Española de Pediatría.
- Beltrán Aguirre, J. L. (2012). Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados. *Derecho y Salud*, 22(1).
- Borrel Mestre, J. (2014). El derecho a la salud. Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos médicos. *Cuadernos digitales de formación*, 33.
- Cáceres Bermejo, G. G. (2012). Un momento de reflexión acerca de las vacunas. *Sanidad Militar*, 68(2), https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1887-85712012000200009
- Cierco Sieira, C. (2005). Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población. *Derecho y Salud*, 13(2).
- Foronda y González de Echevarri, V. T. de. (1801). *Cartas sobre la policía*. Imprenta de Cano.
- Llano Señarís, J. del. (16 de julio de 2018). *Lo individual y lo colectivo en las vacunas*. Fundación Gaspar Casal. <https://fundaciongasparcasal.blog/2018/07/16/lo-individual-y-lo-colectivo-en-vacunas/>
- Lorenzo y Montero, R. de. (9 de febrero de 2021). Hacia un sistema de fondos estatales de compensación por daños vacunales, frente a la responsabilidad por efectos adversos de las vacunas del coronavirus. *Redacción Médica*.
- Gallardo Castillo, M. J. (2009). *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. Bosch.
- García de Enterría, E. (1955). Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa. *Anuario de Derecho Civil*, 8(4).
- García Esteban, N., Fernández Piedralba, E. y Cabo Pérez, P. (2016). Aspectos normativos y sociales en la vacunación. *Derecho y Salud*, 26.
- Halabi, S.; Heinrich, A. y Saad, B. O. (28 de octubre de 2020). Compensación sin culpa por lesiones causadas por vacunas: el otro lado del acceso equitativo a las vacunas contra el covid-19. *The New England Journal of Medicine*. https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2030600?query=featured_home
- Joron, V. (23 de septiembre de 2021). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2021-0475_ES.html
- Lecuona, I. y García López, F. (5 de abril de 2021). Vacunación contra el COVID-19: un acto de autoprotección y de solidaridad. <https://www.vacunacovid.gob.es/voces-expertas/vacunacion-contr-el-covid-19-un-acto-de-autoproteccion-y-de-solidaridad>
- Manent Alonso, L. (s. f.). Las singularidades de las reclamaciones por daños causados por las administraciones públicas como consecuencia de la COVID-19. *Revista Jurídica de Les Illes Balears*, 20. <https://revistajuridicaib.icaib.org/las-singularidades-de-las-reclamaciones-por-danos-causados-por-las-administraciones-publicas-como-consecuencia-de-la-covid-19/#post-1859-footnote-ref-9>
- Martín Ayala, M. (2014). Vacunación Infantil. *Derecho y Salud*, 24, núm. extraordinario.
- Mello, M. M. (2008). Racionalización de la compensación por lesiones causadas por vacunas. *Bioethics*, 22(1).

- Mitchel, G. (9 de octubre de 2009). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2009-5118_ES.html
- Montalvo Jääskeläinen, F. de. (2006). La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Doctrina general y evolución en derecho comparado. En F. J. Martínez López (Coord.), *La Pérdida de Oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial. Aspectos Médicos, Jurídicos y Jurisprudenciales*. Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Rodríguez-Vigil Rubio, J. L. y Vera Estrada, Paz de. (2014). La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por daños derivados de infecciones nosocomiales. *Revista Española de la Función Consultiva*, 22, 47-58.
- Tolosa Tribiño, C. (4 de febrero de 2021). Problemas legales de la vacunación en España. *Diario La Ley*, 9784. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMjQwMTQ7WY1KLizPw8WYMDIN_QyAgkkJIW6ZKfHFJZkGqblphTnAoAd2JspDUAAAA=WKE#I8
- Trilla García, A. (2015). ¿Por qué vacunarse? *Revista de la Universidad de Barcelona sobre Salud y Bienestar. Senesciencia*, 7. <http://www.ub.edu/senesciencia/noticia/vacunas/>
- Tuells Hernández, J. V. (2013). Razones para un programa de compensación de daños por acontecimientos adversos relacionados con vacunas en España. *Medicina Clínica*, 140(12).
- Tuells Hernández, J. V. y Ramírez Martín, S. M. (2003). La introducción de la variolización en Europa. *Balmis et Variola*. Generalidad Valenciana.
- Wood, N., Macartney, K., Leask J. y McIntyre, P. (9 de septiembre de 2020). Australia necesita un esquema de compensación de lesiones por vacunas: las próximas vacunas COVID-19 hacen que su introducción sea urgente. *Revista Australiana de Práctica General*. <https://www1.racgp.org.au/ajgp/coronavirus/australia-needs-a-vaccine-injury-compensation-sche>

Curación de lesiones y seguro obligatorio de viajeros

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Enunciado

El pasado día 30 de noviembre de 2018, sobre las 9:00 horas, doña Petra, estudiante de 17 años, en esa fecha, viajaba como pasajera en el autocar de línea regular propiedad de Autos AAA, SL, matrícula ... HHH, conducido por don Federico y asegurado en la entidad BBB, tanto en lo que se refiere a la cobertura de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor como en cuanto que aseguradora del seguro obligatorio de viajeros (SOV).

Los asientos de los pasajeros están dotados de cinturón de seguridad, de uso obligatorio. El autocar dispone de timbres de llamada para advertir al conductor de la proximidad de la parada elegida por el usuario, pero no todos los timbres son accesibles para todos los pasajeros desde su respectivo asiento sin necesidad de desabrochar el cinturón de seguridad.

Al acercarse a la parada en la que deseaba bajarse la pasajera, esta desabrochó el cinturón de seguridad y se puso en pie para accionar el timbre de llamada. En tales circunstancias, al frenar el autocar para detenerse en la parada, la doña Petra perdió el equilibrio y cayó de espaldas en el pasillo del vehículo.

Como consecuencia de la caída resultó lesionada en la muñeca y rodilla izquierdas y en el cuello. Fue requerida una ambulancia para trasladarla a un servicio médico de urgencias donde, tras la correspondiente exploración, no se detectaron fracturas y le fue diagnosticada una policontusión, con prescripción de tratamiento analgésico y control por su médico de atención primaria. Ese mismo día 30 de noviembre de 2018 regresó por la tarde al servicio de Urgencias del Hospital San Rafael, donde se le practicó un nuevo examen radiológico y

le prescribieron analgésicos y antiinflamatorios, con recomendación de uso de un collarín cervical y aplicación de calor seco.

Fue vista en el servicio de traumatología del hospital los días 4 y 27 de diciembre; en la segunda ocasión la paciente refirió mejoría, pero persistencia de molestias cervicales, lumbares y de rodilla izquierda; sin evidencia de lesiones óseas o ligamentosas, se le prescribieron 15 sesiones de rehabilitación, que se prolongaron por otras 10 más el 17 de enero de 2019 (si bien solo completó 23 sesiones entre el 2 de enero y el 13 de febrero de 2019). En nueva revisión del 13 de febrero de 2019 se dio por terminado el proceso asistencial, a salvo de molestias residuales de menor entidad, referidas por la paciente, en la musculatura paravertebral lumbar y en la rodilla izquierda.

Por la persona que ha sufrido la caída se plantea reclamar una indemnización con base en sus lesiones personales de las que ha quedado curada, pero su abogado también entiende que es posible reclamar por el SOV. En concreto doña Petra pretende una indemnización de 3.971,16 euros de principal, correspondiente a 76 días de perjuicio particular moderado. El periodo acotado en su pretensión comprende todo el que media entre la fecha del accidente, 30 de noviembre de 2018, y la del alta definitiva tras las últimas sesiones de rehabilitación, 13 de febrero de 2019, cuando se dio por terminado el proceso asistencial.

La Sra. Petra ha dirigido una comunicación a la aseguradora, el 17 de julio de 2019, reclamando las indemnizaciones, y BBB rechaza indemnizar por el siniestro.

¿Es ello posible?

Cuestiones planteadas:

- Responsabilidad por daños personales derivados de la conducción de un vehículo de motor.
- Reclamación sustentada en el seguro obligatorio de viajeros.
- Relación de compatibilidad entre ellas y jurisprudencia en la materia.

Solución

La STS, Sala 1.^a, de 8 de octubre de 2010 (rec. núm. 2145/2006 [NCJ053891]) declaró que la negativa de la audiencia a indemnizar con cargo al SOV por ausencia de culpa o responsabilidad del conductor del vehículo constituía una decisión errónea, toda vez que, a diferencia del seguro de responsabilidad civil, el SOV otorga a todo viajero que utilice un transporte público, y que en el momento del accidente esté provisto del título de transpor-

te, el derecho a ser indemnizado «siempre que se produzca el hecho objetivo del accidente o daño, con independencia de la culpa o negligencia del conductor, empresario, o empleados, e incluso tercero, hasta el límite y en las condiciones establecidas en el mismo», de tal forma que para ser acreedor de la indemnización con cargo a dicho SOV bastará acreditar la condición de viajero con el correspondiente título de viaje y que los daños corporales deriven de alguna de las causas previstas en el artículo 7 del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de viajeros, así como que no concurren las causas de exclusión del artículo 9; según el cual la protección del seguro no alcanzará a los asegurados que provoquen los accidentes en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas, estupefacientes o estimulantes o mediante la comisión de actos dolosos.

La reclamación que se plantea doña Petra entendemos que es defendible, pero puede encontrarse con la dificultad de que los juzgados estimen que el accidente litigioso no tiene encaje en la enumeración de riesgos cubiertos que describe el artículo 7 del reglamento («Gozarán de la protección del Seguro Obligatorio de Viajeros las lesiones corporales que sufran estos a consecuencia directa de choque, vuelco, alcance, salida de la vía o calzada, rotura, explosión, incendio, reacción, golpe exterior y cualquier otra avería o anomalía que afecte o proceda del vehículo»). En nuestro criterio, sin embargo, esa conclusión es excesivamente rigurosa, restrictiva incluso. El carácter abierto de la descripción de los riesgos cubiertos (no son *numerus clausus*, SSTs de 27 de febrero de 2006 [NCJ037038] y 8 de octubre de 2010 [NCJ053891]) y su interpretación conjunta con el artículo 9 permiten abarcar sucesos como el que aquí nos ocupa –la caída de un pasajero que pierde el equilibrio como efecto de una reducción de velocidad del vehículo–, en primer lugar porque es un caso de lesiones corporales a consecuencia directa de «reacción», aquí entendida como efecto físico en los pasajeros de una modificación significativa y súbita –no necesariamente brusca o innecesaria– de la velocidad o trayectoria del vehículo, y en segundo lugar porque, como argumenta la sentencia de la Sección 6.^a de esta misma Audiencia Provincial de La Coruña, núm. 173/2005, de 11 de abril, la finalidad de la norma, deducida de los dos preceptos antes mencionados, es proporcionar cobertura a los pasajeros desde que accedan al vehículo de transporte y hasta que salgan de este, lo que avala una interpretación extensiva del artículo 7 del reglamento.

La protagonista de nuestro caso curó de sus lesiones sin secuelas, sin daño permanente que sea posible ubicar en alguna de las categorías del baremo unido como anexo al Real Decreto 1575/1989. La aparente contradicción interna de una norma que, por una parte, proclama el derecho de los asegurados o beneficiarios a indemnizaciones pecuniarias cuando, como consecuencia de los accidentes amparados por el SOV, se produzca muerte, incapacidad permanente o temporal del asegurado (art. 15.1) y, por otra, establece que las indemnizaciones se abonarán conforme al baremo que, como anexo, se une a este reglamento (art. 15.2), un baremo que solo contempla categorías de daños personales permanentes, no debe amparar la conclusión de que quien cura sin secuelas al cabo de un periodo de tiempo de convalecencia no tenga derecho a ninguna indemnización.

Acaso sí deba concluirse, no sin dudas, que en el caso de daños permanentes el reglamento cercena el derecho del lesionado a percibir una indemnización adicional por días de incapacidad, al menos en una interpretación aislada del desconcertante artículo 18 («la incapacidad temporal, cubierta por este seguro, se indemnizará en función del grado de inhabilitación que se atribuye en el baremo anexo a este reglamento a las lesiones de los asegurados, sin tener en consideración la duración real de las que hayan sufrido»); pero es inadmisibles –y contrario también al marco legal de referencia que para el transporte de viajeros en autobús es el artículo 21 de La Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres– que quien a consecuencia de un accidente cubierto por el SOV sufre lesiones ciertas que curan tras un tiempo sin secuelas no tenga derecho a percibir ninguna indemnización con cargo a un seguro que expresamente ampara, como dice también el artículo 3 del reglamento, el riesgo de incapacidad temporal del viajero. Nuestra conclusión sigue, sobre este extremo, la que han mantenido otras audiencias, entre otras la de La Coruña, en su ya mencionada sentencia núm. 173/2005, de 11 de abril o, más recientemente y con convincente desarrollo argumental, la de Málaga, sección 5.ª, núm. 417/2020, de 22 de septiembre.

Ello supone que la falta de previsión en la norma reglamentaria de la indemnización correspondiente a un daño que el propio reglamento contempla como indemnizable con cargo al SOV debe solucionarse, como dice la mencionada SAP de Málaga (con cita de las de Palencia de 3 de noviembre de 2005, de Toledo de 10 de abril de 2012 o de Murcia de 9 de julio de 2013), acudiendo a la aplicación analógica de las reglas establecidas para el seguro de responsabilidad civil, que sí prevé una determinación y cálculo de los días de baja.

Doña Petra pretende una indemnización de 3.971,16 euros de principal, correspondiente a 76 días de perjuicio particular moderado. El periodo acotado en la demanda comprende todo el que media entre la fecha del accidente, 30 de noviembre de 2018, y la del alta definitiva tras las últimas sesiones de rehabilitación, 13 de febrero de 2019, cuando se dio por terminado el proceso asistencial. Sin que apreciemos motivos para limitar el periodo invertido en el tratamiento curativo de las lesiones (la última sesión de rehabilitación es de la misma fecha que la del informe de alta), la documental médica aportada no permite en cambio sostener la calificación del periodo considerado como de perjuicio personal moderado, que es aquel en el que el lesionado pierde temporalmente la posibilidad de llevar a cabo una parte relevante de sus actividades específicas de desarrollo personal (art. 138 del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro). Consideraremos, por lo tanto, el referido periodo de tiempo como de perjuicio personal básico (el perjuicio común que se padece desde la fecha del accidente hasta el final del proceso curativo, artículo 136), al que corresponde, según la fecha de la curación (febrero de 2019), una indemnización diaria de 31,05 euros.

Puesto que hemos establecido que el cálculo de la indemnización ha de hacerse aplicando analógicamente el sistema de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro, es procedente también reducir la indemnización así calculada (2.359,80 euros) en un 50 % en consideración a la culpa concurrente de la víctima, porque legalmente se entiende que existe dicha contribución si la víctima, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u

otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño (art. 1.2 del texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre). La indemnización resultante será, por lo expuesto, de 1.179,90 euros.

La aseguradora demandada, que rechazó el siniestro tras la reclamación que le dirigió la perjudicada el 17 de julio de 2019, debe también los intereses de demora del artículo 20 de la Ley de contrato de seguro. Es obvio que la aseguradora tuvo noticia del siniestro desde la fecha de su producción, y el hecho de que la única reclamación extrajudicial de la que existe constancia se refiriese a la condición de BBB como aseguradora de la responsabilidad civil del conductor del vehículo, y no específicamente a su condición de aseguradora del SOV, no puede justificar el incumplimiento o la demora en el cumplimiento de su obligación de indemnizar.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 16/1987 (ordenación de los transportes terrestres), art. 21.
- Real Decreto legislativo 8/2004 (TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), art. 1.2.
- Real Decreto 1575/1989 (Reglamento del seguro obligatorio de viajeros), arts. 7, 9 y 15.
- STS, Sala 1.^a, de 8 de octubre de 2010 (NCJ053891).
- SSAP de Málaga de 22 de septiembre de 2020, de Toledo de 10 de abril de 2012 y de Murcia de 9 de julio de 2013.

Contrato con una entidad bancaria de producto financiero

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Una persona (consumidora) contrata con una entidad bancaria un producto financiero complejo: un préstamo con condiciones generales de la contratación, con cláusula suelo e interés variable; después, tras la novación, se confecciona un nuevo convenio que modifica el tipo de interés, concretando dos periodos: en el primero se establece un tipo fijo; en el segundo concierta uno variable con el diferencial y el índice de referencia prefijados en la original escritura de préstamo. Se suprime definitivamente la cláusula suelo. Sucede, además, que en dicho convenio se incluye una cláusula de renuncia de acciones contra la entidad bancaria, una vez aceptada la novación. A su vez, esa persona había efectuado un requerimiento al banco para que, en un plazo de 10 días, dejara sin efecto la cláusula suelo, y con devolución de las cantidades indebidamente cobradas. El banco contestó al requerimiento justo el décimo día y pidió al cliente la reclamación previa a la entidad antes de proceder judicialmente, y a contar desde que recibió el burofax. El prestatario, un día antes presentó la demanda. Alegó, además, que el contrato era nulo por defectos de información precontractual, al tratarse de un producto financiero complejo.

Cuestiones planteadas:

- a) ¿Cómo debe interpretarse, al hilo de la doctrina consolidada, este tipo de modificaciones sustanciales del préstamo inicial para que no haya dudas de su legalidad?
- b) ¿La cláusula de renuncia de acciones es válida?
- c) ¿La reclamación previa del banco, así definida, es correcta? ¿Qué posibilidades legales podrían darse para que el banco no hubiera actuado de mala fe ante el requerimiento de pago del consumidor y la reclamación del banco para el acuerdo para la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo?
- d) ¿La comercialización de productos financieros complejos sin cumplir con los deberes de información impuestos por la normativa MiFID permite resolver el contrato?

Solución

a) ¿Cómo debe interpretarse, al hilo de la doctrina consolidada, este tipo de modificaciones sustanciales del préstamo inicial para que no haya dudas de su legalidad?

La primera cuestión nos plantea, dada la posibilidad de una novación, un cambio del contenido de lo contratado inicialmente en el préstamo: la forma adecuada para que no sea nulo por falta de transparencia o de información. Ni que decir tiene que no es lo mismo la edad en todo caso del prestatario. No es lo mismo, por ejemplo, que el prestatario tenga 18 o 35 años; no lo es tampoco que sea o no una persona especializada en el mundo de las finanzas; y no es igual que la persona, por su formación, dentro de la medida, pueda comprender lo que firma, o que por falta de aquella (o de capacidad) carezca de comprensión; porque, en este caso, la información ha de ser transparente, ha de procurar la fácil comprensión tanto de los efectos financieros para el presente como por las implicaciones futuras del devenir financiero del producto contratado.

Por otro lado, si el convenio –el nuevo convenio a que hace referencia el caso– aparece redactado de forma clara y comprensible, deduciéndose sin problemas de su interpretación que en principio el interés es fijo, para después pasar a ser variable, con el índice de referencia original, y eliminando la cláusula suelo –razón de ser fundamental de la novación–, si figura redactado así, difícilmente puede declararse abusivo. Por ello, en las sentencias de pleno 580 y 581/2020, de 5 de noviembre,

es relevante el contexto en el que se lleva a cabo la novación, después de que la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo (NCJ057740), provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían las exigencias de transparencia.

Y esto es conforme a la doctrina sentada por la STJUE de 9 de julio de 2020 (NCJ064888), que declaró posible que la cláusula suelo nula pudiera ser modificada después; ahora bien, producida esta modificación a que hace referencia el caso –incluso por documento privado–, si no se negocia individualmente entre el prestamista y el prestatario, debe cumplir, «entre otras exigencias, con las de transparencia».

Por consiguiente, la pregunta debe contestarse así: la adecuada transparencia, la información, la condición o naturaleza del consumidor prestatario son requisitos que hace o no viable la validez de la modificación, de la novación. Porque, como dice la jurisprudencia sobre la que tratamos de ilustrar, si el interés fijo se sustituye después por otro variable, suprimiendo la cláusula suelo, pero manteniendo el índice de referencia del original contrato, puede entenderse que se supera «el control de transparencia, pues un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede comprender las consecuencias jurídicas y económicas determinantes que para él se derivan de esa novación».

Hemos hecho referencia a la información necesaria para la novación correcta, pero ¿cómo debe entenderse para que el prestatario no pueda impugnarla por vicios en el consentimiento? Se trata de saber, razonablemente, las consecuencias económicas de lo que firma. Cuestión difícil, porque el futuro del mercado, de las finanzas, es una elucubración; sin embargo, las entidades, al encontrarse en una posición de ventaja, que deriva de su especialidad y del espacio económico en el que se desenvuelve su actividad, es lógico pensar que sus criterios derivan del conocimiento y explicación de los diferentes sectores que intervienen o informan (Banco de España, los mercados nacionales e internacionales, por ejemplo). Cuestión diferente sería que una cláusula suelo se haya novado por otra más baja, es decir, que se mantenga una cláusula suelo con un índice menor de interés a satisfacer. En tal caso, el TJUE ha declarado que

por lo que se refiere a las cantidades a las que el consumidor renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo, coincidentes con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo, debe señalarse que, en principio, esas cantidades pueden calcularse fácilmente por un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional –en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información requeridos a este respecto– haya puesto a su disposición todos los datos necesarios.

Los datos necesarios son, por tanto, elementos importantes de información tanto si se elimina como si se mantiene la cláusula.

b) ¿La cláusula de renuncia de acciones es válida?

La respuesta es fácil, pues se constriñe, una vez más, a la transparencia y válida información. Si la entidad no aporta esos elementos, no se ha conformado válidamente la voluntad del prestatario, porque este no ha podido conocer mínimamente las consecuencias de su renuncia. Dice la jurisprudencia al respecto, en la sentencia de 63/2021, de 9 de febrero:

La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho.

Al fin y al cabo, el artículo 83 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, no puede ser más claro: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Lo mismo se deduce del 8.2, porque en él se indica que los derechos de los consumidores gozarán de una «especial protección». Ídem Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Citamos este precepto de la directiva como muchos otros que protegen al consumidor por su especial vulnerabilidad, y no solo de contratos escritos, sino también de los verbales. Aquí, en el caso, se plantea una novación escrita.

c) ¿La reclamación previa del banco, así definida, es correcta? ¿Qué posibilidades legales podrían darse para que el banco no hubiera actuado de mala fe ante el requerimiento de pago del consumidor y la reclamación del banco para el acuerdo para la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo?

El prestatario formula un requerimiento al banco para que, en el plazo de 10 días, elimine definitivamente la cláusula suelo. Según se dice en el caso, «el banco contestó al requerimiento justo el décimo día a contar desde que recibió el burofax, solicitando al cliente que reclamara previamente a la entidad, previamente a la interposición de la demanda judicial. El prestatario, un día antes, presentó la demanda». Y el banco reclama previamente al consumidor conforme indica el artículo 3 del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: «Las entidades de crédito deberán implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales, que tendrá carácter voluntario para el consumidor y cuyo objeto será atender a las peticiones que estos formulen en el ámbito de este real decreto-ley».

En principio, ese requerimiento no puede considerarse realizado de mala fe, pues la norma lo permite; otra cosa es que no sea vinculante para el prestatario. Al fin y al cabo, la razón de esta norma es precisar un serie de medidas que faciliten el reintegro de cantidades «indebidamente satisfechas por el consumidor a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria». Por consiguiente, por un lado, el consumidor está en su derecho de demandar, pero, por otro, el banco puede acudir al requerimiento previo de ese artículo 3.

Y es por ello que la jurisprudencia, en estos supuestos, nos recuerda lo siguiente:

El comportamiento del banco no puede calificarse de mala fe. Cuando recibió el requerimiento de los prestatarios, por un plazo de ocho días, estaba en vigor el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, que establecía un sistema de reclamación extrajudicial para la resolución de las controversias sobre la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente cobradas, que preveía una duración máxima de tres meses. El banco contestó al octavo día del requerimiento y ofreció el trámite de reclamación extrajudicial del artículo 3 del RDL 1/2017.

Sin embargo, la demanda había sido presentada el día anterior. En esa tesitura el comportamiento del banco de solicitar del juzgado la suspensión para tratar de resolver la reclamación de forma extrajudicial, y, al no aceptar la suspensión el juzgado, allanarse a la demanda, siempre dentro del plazo para contestar a la demanda, no puede calificarse de mala fe.

La consecuencia que se deriva, en definitiva, es que la demanda puede seguir su curso, pero cabe el allanamiento del banco y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, pidiendo en la audiencia la suspensión para el acuerdo. Sin embargo, no es del todo claro, porque el banco pudo y debió pagar al consumidor evitándole la incoación de un proceso judicial. Por ello, la STS núm. 131/2021, de 9 de marzo (rec. núm. 5108/2017) nos recuerda que

el requerimiento que determina la existencia de mala fe en la entidad financiera que no accede a satisfacer lo que se le exige (y que conlleva su condena en costas aunque posteriormente se allane a la demanda) es aquel que es apto para evitar el litigio, porque da a la requerida la oportunidad real de satisfacer extrajudicialmente la pretensión que se le formula, de modo que, si no lo hace, pone al consumidor en la necesidad de acudir a los tribunales para desvincularse de la cláusula abusiva y conseguir la reversión de sus efectos.

Podemos afirmar, en definitiva, que en este caso el banco contesta al consumidor ofreciendo el requerimiento dentro del plazo, y si además pide la suspensión, asumiendo el compromiso de pago, y se allana, no puede hablarse de mala fe en su comportamiento. No serían susceptibles las costas procesales.

d) ¿La comercialización de productos financieros complejos sin cumplir con los deberes de información impuestos por la normativa MiFID permite resolver el contrato?

Aquí la materia que se trata es la de las consecuencias jurídicas que tendría el negocio realizado, cuando la información precontractual es incorrecta o deficiente. En el fondo, aunque el caso no lo dice expresamente, nos estamos refiriendo al cumplimiento de la normativa MiFID. Queremos saber si procede la nulidad, la anulabilidad, si el defecto es subsanable, etc., pues siempre hay una conexión entre la transparencia y la información y las consecuencias jurídicas, pero la naturaleza compleja de los contratos financieros y la llamada normativa MiFID ha generado una jurisprudencia uniforme que proporciona la solución que se dirá.

Conviene aclarar primero que esa normativa (*markets in financial instruments directive*) ha sido impuesta por la UE, mediante la trasposición de una Directiva núm. 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva, 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, y que recoge –con obligado cumplimiento– recomendaciones sobre la transparencia en los mercados financieros: el Real Decreto 1464/2018, de 21 de diciembre. El artículo 1 de este real decreto lo dice claramente:

Este real decreto tiene por objeto el desarrollo del Real Decreto-ley 21/2017, de 29 de diciembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia del mercado de valores, y del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Si partimos de que las cláusulas suelo pueden ser consideradas complejas, de difícil comprensión, nos adentramos en el terreno de las recomendaciones financieras de obligado cumplimiento. Habría que ver, por tanto, si el consumidor ha recibido la información precontractual anterior a la firma de la escritura de préstamo. Esta previa información es la que puede permitir al futuro prestatario comparar ofertas, o simplemente tener la información precisa que le permita elegir una u otra opción, y con tiempo suficiente. Es decir, si cada entidad proporciona la información precontractual, el consumidor tendrá distintas ofertas, pudiendo elegir con más libertad y mejor información; pues se supone que cada entidad tiene la misma obligación de información precontractual, ampliándose así el abanico de opciones.

Es, simplemente, poder poseer el conocimiento para decidir el producto financiero con repercusión, sin que en el futuro se pueda alegar ningún vicio en el consentimiento, ni ningún incumplimiento por parte de la entidad bancaria. Es saber lo que se hace y decidir con criterio. Y por ello, la sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre (NCJ058799), nos recuerda que:

En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas (sentencia 655/2021, de 4 de octubre). Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio [NCJ062413], y las que en ella se citan).

El caso nos sugiere, por consiguiente, la aplicación o no del artículo 1124 del CC: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe». ¿Es nulo el contrato que contempla una cláusula suelo compleja? Sucede que el defecto de información se produciría en una fase previa al contrato, en una etapa precontractual, que por supuesto vicia el consentimiento posterior. El incumplimiento de la normativa MiFID, por consiguiente, es previo a la firma del préstamo, y esto permite la anulación del contrato y la petición de una indemnización por daños y perjuicios por defectos de asesoramiento. La falta de un adecuado asesoramiento puede alterar el «proceso de formación» de una voluntad contractual correcta.

En la comercialización de los productos financieros complejos sujetos a la normativa MiFID,

el incumplimiento de las obligaciones de información por parte de la entidad financiera podría dar lugar, en su caso, a la anulabilidad del contrato por error vicio en el consentimiento, o a una acción de indemnización por incumplimiento contractual, para solicitar la indemnización de los daños provocados al cliente por la contratación del producto a consecuencia de un incorrecto asesoramiento. Pero no puede dar lugar a la resolución del contrato por incumplimiento. [...] Sin perjuicio de que la falta de información pueda producir una alteración en el proceso de formación de la voluntad que faculte a una de las partes para anular el contrato, lo cierto es que tal enfoque no se vincula con el incumplimiento de una obligación en el marco de una relación contractual de prestación de un servicio de inversión, sino que se conecta con la fase precontractual de formación de la voluntad previa a la celebración del contrato, e incide sobre la propia validez del mismo, por lo que el incumplimiento de este deber no puede tener efectos resolutorios respecto del contrato, ya que la resolución opera en una fase ulterior, cuando hay incumplimiento de una obligación contractual.

Se estima el recurso de casación.

En consecuencia, el contrato es anulable y el defecto no subsanable.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, art. 1.124.
- Real Decreto-ley 1/2017 (medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo), art. 3.
- Real Decreto legislativo 1/2007 (TR de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), arts. 8.2 y 83.
- Real Decreto 1464/2018 (TR de la Ley del mercado de valores), art. 1.
- STJUE de 9 de julio de 2020.
- ATJUE de 3 de marzo de 2021.
- SSTS 241/2013, de 9 de mayo; 464/2014, de 8 de septiembre; 479/2016, de 13 de julio; 367/2017, de 8 de junio; 170/2018, de 23 de marzo; 172/2018, de 23 de marzo; 62/2019, de 31 de enero; 646/2019, de 28 de noviembre; 580 y 581/2020, de 5 de noviembre; 131/2021, de 9 de marzo; 485/2022, de 15 de junio; 510/2022, de 28 de junio, recuro de casación 4559/2018; 552/2022, de 8 de julio, y 562/2022, de 12 de julio.

Expropiación forzosa urgente; procedimiento y competencia de la Administración local

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.-

Enunciado

El ayuntamiento de Los Remedios, de 3.000 habitantes, de régimen común, situado en una zona de senderismo que continuamente atrae a cientos de aficionados, especialmente durante la primavera y el verano, dando lugar a numerosos accidentes y lesiones de aquellos, ha acordado en el último pleno municipal mejorar los accesos al dispensario municipal, en el que se atienden diversas urgencias médicas.

En concreto, se plantea mejorar el acceso de los vehículos particulares y ambulancias que trasladan a quienes precisan de una primera asistencia sanitaria de urgencia, dado que el acceso actual obliga a rodear todo el pueblo cada vez que se pretende entrar o salir de las instalaciones del dispensario municipal, lo que en los supuestos de atención grave, que precisan de un traslado urgente a un centro hospitalario, se presenta como algo fundamental, ya que en los últimos meses se han dado diversos supuestos de crisis que debían ser atendidas a la mayor brevedad posible.

Para resolver este problema, se ha decidido suprimir un local comercial que existe en la Plaza Mayor del propio ayuntamiento, ubicado en el norte de la plaza, y, también, una oficina de información de turismo adscrita al ministerio competente en materia de Cultura colindante con el anterior local y correspondiente con la misma ubicación para que, tras su demolición, quedara libre y expedita la calle, ahora peatonal, que une el dispensario municipal, ubicado a la espalda del edificio del ayuntamiento, con la calle principal de la localidad, lo que permitiría reducir hasta en un 75 % el tiempo destinado al traslado de un enfermo desde el dispensario municipal y hasta el helipuerto, ubicado a la salida de la localidad, donde sería recogido por el helicóptero medicalizado de los servicios públicos de salud de la comunidad autónoma.

Para llevar a cabo esta medida, el ayuntamiento ha adoptado diversos acuerdos, entre los que se prevé la mejora y acondicionamiento de la calle donde está ubicado el dispensario, de un kilómetro de recorrido, la prohibición de aparcar vehículos en el tramo que va desde el centro sanitario hasta la propia calle principal de la localidad, y, por último, ha adoptado un acuerdo para la expropiación forzosa del local comercial que existe en la Plaza Mayor y del local que ocupa la oficina de información de turismo.

En concreto, y respecto a la expropiación del local comercial y del local destinada a oficina de información ciudadana, el ayuntamiento en pleno ha adoptado el siguiente acuerdo:

En relación con el local sito en la Plaza Mayor de la localidad, así como el local destinado a oficina de información ciudadana de turismo colindante a aquel, y con objeto de proceder a su expropiación forzosa por existir un interés público relevante, se

ACUERDA:

1.º Declarar la urgente ocupación del local comercial, sito en la Plaza Mayor del pueblo, y del local ocupado por una oficina de información de turismo y la expropiación de ambos locales.

2.º Una vez realizada la ocupación del bien, lo que se producirá en el plazo máximo de 12 días desde que se apruebe este acuerdo, se llevará a cabo la incoación del expediente de expropiación forzosa, en los términos previstos en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 1957.

Tres días después del pleno, el concejal de Cultura y Deporte del ayuntamiento, quien desde hacía 25 días lleva a cabo las funciones de secretario de la corporación municipal por enfermedad del titular, lleva a efecto el acuerdo del pleno municipal y procede a notificar, con fecha 15 de abril, a los titulares registrales del bien la declaración de urgente ocupación del bien, citándolos para cinco días después, el 20 de abril, en el propio local comercial, con objeto de llevar a cabo el acta previa de ocupación.

Ese mismo día en que se produce la notificación, se reincorpora de su baja el secretario-interventor municipal titular, que había estado de baja por enfermedad 27 días, el cual, a la vista de lo actuado, propone al alcalde que deja sin efecto todas las actuaciones realizadas y se procede a incoar nuevo expediente de expropiación forzosa, actuación que, efectivamente, realiza el alcalde.

Incoado, ahora sí, el nuevo expediente de expropiación forzosa, declarada la utilidad pública con arreglo a derecho, se procede de nuevo a notificar la declaración de urgente ocupación a los titulares de los locales objeto de expropiación, que ya había sido declarada por el Consejo de Gobierno de la correspondiente comunidad autónoma. Esta declaración de urgencia se produce tras la ocupación de los locales, para la que habían sido citados en el mismo para dentro de ocho días, con objeto de llevar a cabo el acta previa de ocupación.

El titular del local comercial que se pretende expropiar, el Sr. X., a la luz de la citada notificación, presenta un escrito dirigido al pleno del ayuntamiento en el que indica que no procede la expropiación, ya que no se dan los motivos y, además, entiende que el procedimiento que sigue es contrario a derecho.

Pese al escrito del particular, en la fecha señalada se produce el levantamiento del acta de previa ocupación, decidiendo la Administración expropiante que no procede indemnización por la urgente ocupación, entendiéndose que la retirada de las mercancías que están guardadas en el local, la mayoría género perecedero, es una obligación del propietario y que el justiprecio del bien ya viene a indemnizar cualquier daño o perjuicio en este sentido.

Levantada el acta de ocupación se prevé, inmediatamente después, la demolición del inmueble, lo que se producirá en un plazo no superior a los 15 días desde que se produzca el citado depósito de la cantidad fijada como indemnización.

El titular del local comercial, el Sr. X., a la vista del acta de previa ocupación levantada, vuelve a presentar un nuevo escrito en el ayuntamiento indicando que toda la actuación que se está llevando a cabo desde el principio carece de cualquier mínimo de legalidad y que, por tanto, procede que por parte del ayuntamiento se anulen todas las actuaciones realizadas hasta el momento.

Pese a ello, el ayuntamiento continúa con sus actuaciones y procede a depositar la cantidad que había fijado en el acta de ocupación en la Caja General de Depósitos, dando traslado de tal decisión al Sr. X.

Ante esta situación, y dada la inminente demolición del local comercial, el Sr. X. presenta un escrito dirigido a la comunidad autónoma correspondiente y al delegado del Gobierno en la comunidad autónoma, poniendo de manifiesto los hechos producidos y solicitando su actuación. Asimismo, le comunica que va a poner en marcha, en defensa de sus derechos, las distintas acciones que le asisten tanto en vía civil como en vía contencioso-administrativa.

Por otra parte, finalizadas ya la expropiación y solucionados con arreglo a derecho los problemas jurídicos planteados como consecuencia de dicho procedimiento, la Administración decide licitar las obras de la calle a acondicionar, con un valor estimado de 400.000 euros, por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación.

En el contrato y su pliego de cláusulas administrativas particulares, publicados el 1 de abril del año XXX, entre otras, se estableció:

1. El fraccionamiento del objeto del contrato en razón que la referida calle se extendía lo largo de 1 kilómetro.
2. Que la solvencia técnica del contratista se acreditaría, entre otras circunstancias, por la relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años,

El contrato se adjudicó a las empresas RRR, S.R.L. y BBB, S.A. La notificación de la adjudicación, tanto a las empresas adjudicatarias como al resto de licitadores se realiza el día 25 de noviembre del año XXX. Ante ello, tres licitadores (empresas de reciente creación) recurren en reposición la resolución de la adjudicación, el día 26 de diciembre de igual año, con base en el no ajuste a derecho del fraccionamiento del objeto del contrato.

Finalmente, se adquiere directamente, mediante contrato de compraventa a una empresa del ramo, las diversas señales nuevas informativas que se han de colocar en la calle una vez finalizadas las obras por un importe de 50.000 euros.

En otro orden de cuestiones, uno de los titulares de puesto en el mercado de abastos del municipio ha transmitido la titularidad de la concesión, dejando deudas impagadas en recaudación ejecutiva por el IBI. El alcalde solicita informe a la secretaria-interventora sobre

si se puede derivar por afección al nuevo titular de la concesión y, en su caso, proceder al embargo de sus bienes en caso de impago.

Cuestiones planteadas:

1. Irregularidades jurídicas. Causante de invalidez o no, respecto a los procedimientos de expropiación forzosa tramitados para la adquisición del local comercial y del local destinado a oficina de información de turismo. Igualmente, irregularidades de otros procedimientos administrativos a que se refiere el caso. ¿Cómo podría hacerse el ayuntamiento con la propiedad de este último si opta por otro medio que no sea la expropiación forzosa?
2. ¿Qué acciones habría podido llevar a cabo el Sr. X., tanto en vía administrativa como, en su caso, en vía judicial, en ambas expropiaciones y, si en su caso, podría reclamar indemnización alguna por las actuaciones del ayuntamiento?
3. ¿Quién más, en su caso, podría impugnar estas actuaciones del ayuntamiento?
4. Comente todo lo pertinente en torno al recurso presentado por los tres licitadores contra el acto de la adjudicación del contrato y sobre cómo ha de resolverse.
5. Ajuste a derecho del contrato para la adquisición de las señales nuevas informativas que deben colocarse en la calle finalizadas las obras.
6. Realice el informe solicitado por el alcalde a la secretaria-interventora sobre si se puede derivar por afección al nuevo titular de la concesión y, en su caso, si se pueden embargar sus bienes si no se paga la deuda.

Solución

1. Irregularidades jurídicas, causantes de invalidez o no respecto a los procedimientos de expropiación forzosa tramitados para la adquisición del local comercial y del local destinado a oficina de información de turismo. Igualmente, irregularidades de otros procedimientos administrativos a que se refiere el caso. ¿Cómo podría hacerse el ayuntamiento con la propiedad de este último si opta por otro medio que no sea la expropiación forzosa?

PRIMERA EXPROPIACIÓN

A) En primer lugar, para que un ayuntamiento pueda declarar urgente la ocupación, es preciso la autorización previa, bien del Gobierno de la nación, o bien del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma (es lo normal si se trata de entidades locales –SSTS de 23 de mayo de 2000, 21 de junio de 1993 o 12 de junio de 1992–), según a quien corresponda la competencia sobre la materia, porque las entidades locales, según constante en la jurisprudencia, carecen de competencia para declarar la urgente ocupación sin ese requisito previo.

B) En segundo lugar, es preciso también indicar que para que un ayuntamiento pueda acordar la expropiación forzosa para lo que tiene competencia, según el artículo 2.1 de la Ley de expropiación forzosa (LEF) de 26 de diciembre de 1954, es preciso que se haya declarado la previa declaración de utilidad pública o interés social, y esto es algo que no se consigue con un acuerdo plenario, sino que es preciso, o bien que una ley estatal o autonómica así lo haya declarado (art. 11 LEF), o bien que el ayuntamiento haya aprobado el correspondiente plan de obras o servicios, en cuyo caso estaríamos en presencia de una declaración implícita de la utilidad pública o interés social, que se contempla en el artículo 10 de la LEF, que señala, literalmente: «La utilidad pública se entiende implícita, en relación con la expropiación de inmuebles, en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio». Además, antes de que se produzca la declaración de urgente ocupación, en su caso, habrá tenido lugar la necesidad de ocupación, y el plazo de 15 días para alegar, a continuación del cual, cabría la declaración de urgente ocupación, pero no antes.

C) La declaración de urgente ocupación, regulada en el artículo 52 de la LEF, exige una serie de trámites para su validez, destacando, sobre todo, dos requisitos insoslayables:

- Por una parte, la motivación de la declaración: dado que se trata de una especialidad en el procedimiento, que consiste en una excepción que altera el orden de las fases del procedimiento general, primero se ocupa y después se paga, en vez de lo que ocurre en el proceso expropiatorio, en el que primero se ha de pagar y luego ocupar, es preciso que el acto esté debidamente motivado.

En este sentido, el citado artículo 56 del Reglamento de expropiación forzosa señala que «deberá estar debidamente motivado con la exposición de las circunstancias que, en su caso, justifican el excepcional procedimiento previsto en el artículo 52 de la Ley».

En este caso, no se produce motivación alguna, ya que, si bien se ha señalado una serie de antecedentes en el ficticio acuerdo, recogido literalmente en el supuesto, no se recoge justificación alguna, siendo el único sitio donde ha de recogerse. Luego existiría un vicio de anulabilidad del artículo 48 de la Ley 39/2015 (LPAC).

- Y, por otra, el órgano competente: según el artículo 52 de la LEF, la competencia para la declaración de urgente ocupación corresponde al Consejo de Ministros o, en este caso, al Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma, ya que tal previsión se ha contemplado en los distintos reales decretos de traspaso de funciones y servicios.

En el presente asunto, no solo falta la motivación del acto, sino, lo que es más grave, la competencia del órgano para declarar la urgente ocupación.

Esta falta manifiesta de competencia de carácter material, implica, no solo la nulidad de pleno derecho del acto (art. 47.1.a, al ser órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia), sino que, al suponer una grave afectación de los intereses del particular y desarrollarse un procedimiento que no permite decir que venga a respetar mínimamente la apariencia exigida para poder ser declara-

rado como tal, se estaría incurriendo en una vía de hecho (cuando se actúa sin competencia o sin respetar las reglas del procedimiento)

Es decir, se trata de una pura actuación material que no está amparado ni tan siquiera en una mínima apariencia jurídica (STC 160/1991, de 18 de julio [NCJ064496]).

Excepcionalmente, se ha otorgado por ley que los ayuntamientos puedan realizar la declaración de urgencia, por ejemplo, en Baleares respecto al ayuntamiento de Palma (Ley de Baleares 23/2006, art. 75); en La Rioja se atribuye al ayuntamiento la declaración de urgencia implícitamente, al aprobar el proyecto de tasación conjunta en las expropiaciones urbanísticas (Ley 5/2006, art. 152.4); en el País Vasco, por motivos urbanísticos, en las expropiaciones forales o municipales, corresponde la declaración de urgencia, en el primer caso, al Consejo de Diputados y, en el segundo, al alcalde, en defecto de normativa de organización que lo atribuya a otro órgano (Ley del País Vasco 2/2006, arts. 177 y 178.2).

D) Actuación del concejal de Urbanismo llevando a cabo las funciones del secretario que, desde hacía un mes, estaba enfermo. La cobertura de puestos reservados se lleva a cabo mediante las formas previstas en el artículo 48 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, porque el artículo 2.1 del real decreto señalado establece que:

1. Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, las siguientes:

a) Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

El artículo 48 se refiere a otras formas de cobertura de puestos reservados:

1. Con independencia de la provisión de puestos de trabajo por concurso y libre designación y de la asignación de puestos mediante nombramientos de primer destino, las Comunidades Autónomas podrán efectuar la cobertura de los puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, mediante los siguientes tipos de nombramiento:

a) Nombramientos provisionales.

b) Comisiones de servicios.

c) Acumulaciones.

d) Nombramientos accidentales.

e) Nombramientos interinos.

f) Comisiones circunstanciales.

2. La cobertura de un puesto mediante nombramiento provisional, comisión de servicios y acumulación, implicará el cese automático, en su caso, del funcionario interino o accidental, que lo estuviera desempeñando.

Por su parte, el artículo 52 se refiere a los nombramientos accidentales, señalando:

1. Cuando no fuese posible la provisión del puesto por los procedimientos previstos en los artículos anteriores del presente real decreto, las Corporaciones Locales podrán solicitar a las Comunidades Autónomas el nombramiento, con carácter accidental, de uno de sus funcionarios con la preparación técnica adecuada y, siempre que sea posible, que pertenezca al subgrupo A1 o cuente con una titulación universitaria. En las Corporaciones Locales de más de 5.000 habitantes, en todo caso, será un funcionario de carrera perteneciente al subgrupo A1.

2. Para que se pueda efectuar un nombramiento accidental, el puesto deberá estar vacante, o no encontrarse desempeñado efectivamente por su titular, por encontrarse en alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Comisión de servicios.
- b) Suspensión por un periodo superior a un mes.
- c) Excedencia por cuidado de familiares.
- d) Excedencia por violencia de género.
- e) Incapacidad temporal por periodo superior a un mes.
- f) Otros supuestos de ausencia, siempre que sea superior a un mes.

3. La Comunidad Autónoma efectuará el nombramiento accidental solicitado, siempre que no exista posibilidad de nombrar a un funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional para dicho puesto.

4. Para los supuestos de incapacidad temporal por periodos de tiempo inferiores a un mes, o ausencia del titular del puesto por vacaciones, asuntos propios u otras causas, por periodos inferiores a un mes, se podrá nombrar accidentalmente, a propuesta del Presidente de la Corporación a un funcionario propio de la Entidad Local, de acuerdo con la normativa autonómica.

5. En ningún caso podrá ser habilitado accidentalmente un funcionario interino para desempeñar un puesto reservado a funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional.

De manera que no parece ajustado a derecho que el concejal de Urbanismo sustituya al secretario, por lo que no serían ajustadas a derecho aquellas decisiones que hubiera adoptado, ya que el concejal no es funcionario propio del ayuntamiento.

Por lo tanto, las actuaciones en que haya intervenido el concejal como secretario de la corporación estarán viciadas de nulidad si se trata de sesiones plenarias donde intervino, porque la presencia del secretario o quien legalmente le sustituya es imprescindible para el *quorum* de la sesión, ya sea para el primer acuerdo que declaró la urgencia y acordó la expropiación, o cuando se aprobó, presuntamente se aprobó el proyecto de obras, que supuso la declaración implícita de la utilidad pública para la segunda expropiación, que era competencia del pleno.

Los acuerdos adoptados de esta manera incurrirían en el vicio de nulidad absoluta del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, al prescindirse de las reglas esenciales que regulan la formación de voluntad de órganos colegiados.

E) Expropiación de la oficina de información de turismo perteneciente a la comunidad autónoma.

No resulta ajustada a derecho porque se trata de un bien demanial, conforme al artículo 5.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP), que señala que

los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público.

El artículo 6 a) de la citada ley establece la inalienabilidad de dichos bienes.

Para que pudiera ser expropiado el local debería desafectarse al servicio público por el Ministerio de Hacienda, conforme al procedimiento del artículo 70 de la LPAP. Una vez desafectado y convertido en bien patrimonial, cabría la expropiación forzosa o cualquier otro negocio jurídico privado que supusiese la traslación de la propiedad.

No cabría ninguna autorización o concesión demanial de los artículos 91 y siguientes de la LPAP para su uso, porque lo pretendido por el ayuntamiento es su derribo, y aquellas técnicas, siempre, tienen carácter temporal y solo abarca su uso, nunca la traslación de la propiedad.

No cabría la mutación demanial del bien porque el artículo 73.1 del Reglamento de la Ley 33/2003, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto (REF), señala que

Corresponde al Ministro de Economía y Hacienda acordar la mutación de destino de bienes y derechos demaniales de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, al cumplimiento de fines de uso o servicio público competencia de otras Administraciones Públicas.

Dicha mutación podrá efectuarse a favor de Comunidades Autónomas cuando estas prevean en su legislación la posibilidad de afectar bienes demaniales de su titularidad a la Administración General del Estado o sus organismos públicos, para su dedicación a un uso o servicio de su competencia, de acuerdo con el artículo 71.4 de la Ley.

Por tanto, no es posible con la Administración local.

Respecto a los modos de adquirir el local, una vez desafectado sería:

- a) Celebrar un contrato privado de compraventa (arts.135 y ss. LPAP).
- b) Celebrar un contrato privado de permuta (arts.153 y 154 LPAP).

c) Cesión gratuita al ayuntamiento (art. 145.1 LPAP).

1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a comunidades autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

[...]

3. La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o solo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el Código Civil.

4. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho solo podrán ser cesionarios las comunidades autónomas, entidades locales o fundaciones públicas.

F) En cuanto a que ese mismo día en que se produce la notificación, se reincorpora de su baja el secretario municipal, quien a la vista de lo actuado propone al alcalde dejar sin efecto la notificación y actuaciones realizadas y procede primero a incoar, de nuevo, el expediente de expropiación forzosa, seguido de la declaración de urgente ocupación, debemos señalar que, realmente, como debe procederse es a la revisión de oficio del primitivo acuerdo plenario por el propio pleno, ya que era nulo de pleno derecho, al amparo de los artículos 22.2 k) y 21.1 e), que faculta al pleno para declarar la lesividad de los actos dictados por el ayuntamiento. Luego si aquello es para los actos anulables, con más razón le corresponde al pleno si se trata de actos nulos de pleno derecho, debiéndose obtener el dictamen favorable del Consejo de Estado.

En conclusión, como ya hemos indicado, del relato de los hechos se deduce que se acordó la expropiación forzosa sin cumplimiento del requisito previo exigido en el artículo 9 de la LEF y 11 del REF de la declaración por ley de la utilidad pública o interés social. Si bien es cierto que en el acuerdo del ayuntamiento donde se declara la urgente ocupación del local se hace referencia a existir un interés público relevante, en ningún caso este acuerdo puede sustituir el requisito exigido por la ley de previa declaración de utilidad pública o interés social, por tanto, este incumplimiento determina que el acuerdo de expropiación forzosa adolece de un vicio de invalidez, que por su relevancia en el procedimiento de expropiación forzosa recogido expresamente en la ley como un requisito previo indispensable podría calificarse de nulo de pleno derecho, por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, supuesto previsto en el artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido).

En conclusión, debemos considerar que el procedimiento de urgente ocupación no es conforme a derecho, ya que nos encontramos ante un procedimiento excepcional que determinará la ocupación de un bien por la Administración con carácter previo a la determinación del

justiprecio y su pago, y que por lo tanto este procedimiento excepcional exige una adecuada motivación, lo cual, conforme al relato de los hechos, no se ha llevado a cabo. En este sentido debemos poner de manifiesto que el procedimiento urgente no es conforme a derecho, dando lugar, en primer término, a la existencia de otro vicio de nulidad del artículo 47.1 e) de la LPAC, y, en segundo lugar, la falta de motivación, a un vicio de anulabilidad de conformidad con el artículo 48 de la Ley 39/2015, por infracción del ordenamiento jurídico. En todo caso, el acuerdo de urgente ocupación por aplicación del artículo 24 de la CE, que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y del artículo 106, que recoge el control judicial pleno de los actos de la Administración, será susceptible del correspondiente recurso en vía administrativa, esto es, el recurso potestativo de reposición y de recurso contencioso-administrativo.

Por otra parte, faltaría la declaración del Gobierno autonómico para aplicar el procedimiento de urgencia.

SEGUNDA EXPROPIACIÓN

A) Respecto a la declaración de urgencia tras la ocupación no es ajustada a derecho. Esta declaración se adopta, en este caso, por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma competente en esta materia a instancia o solicitud del ayuntamiento, en cualquier momento, pero siempre que sea previamente a la ocupación efectiva, toda vez que se trata de un acto legitimador de las actuaciones administrativas en las expropiaciones de urgencia. Por ello, no es posible subsanar la omisión de este requisito previo mediante ningún tipo de declaración posterior a la ocupación y, por ello, en los casos en que la declaración previa falte, se está en presencia de un vicio de nulidad radical insubsanable.

En referencia a las demás cuestiones que plantea el supuesto:

B) En cuanto al plazo para ocupación del bien, no son 12 días desde la aprobación del acuerdo de expropiación forzosa, como establece el acuerdo del pleno, sino, de conformidad con el artículo 52, sería en plazo máximo de 15 días desde que se efectúe el depósito y se abone o consigne, en su caso, la previa indemnización por perjuicios ocasionados por la declaración de urgencia. Sus efectos habrá que valorarlos de acuerdo con el artículo 48 de la LPAC, en el sentido de que «la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo». Aunque, en este caso, parece que al reducir el plazo para la ocupación se perjudica al particular, al menos hipotéticamente.

C) En cuanto a la notificación del acuerdo, si bien se adopta tres días después de la adopción del acuerdo y por lo tanto, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 39/2015, que exige que toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, cita al titular del bien en plazo de 5 días para levantar el acta previa de ocupación, sin respetar por tanto el plazo mínimo de 8 días de antelación que exige el artículo 52 de la LEP y que determinaría un vicio de posible anulabilidad por indefensión, conforme al texto antes citado del artículo 48 de la LPAC.

D) En cuanto a que ese mismo día en que se produce la notificación se reincorpora de su baja el secretario municipal, quien a la vista de lo actuado propone al alcalde dejar sin efecto la notificación y actuaciones realizadas y procede, primero, a incoar, de nuevo, el expediente de expropiación forzosa, seguido de la declaración de urgente ocupación, debemos señalar que, realmente, como debe procederse es a la revisión de oficio del primitivo acuerdo plenario por el propio pleno, ya que era nulo de pleno derecho, al amparo del artículo 22.2 k), que faculta al pleno para declarar la lesividad de los actos dictados por el ayuntamiento, luego si aquello es para los actos anulables, con más razón le corresponde al pleno si se trata de actos nulos de pleno derecho, debiéndose obtener el dictamen favorable de Consejo de Estado.

E) En relación con la indemnización, la Administración expropiante no actúa conforme a derecho, ya que en todo caso, señala el artículo 52.4 de la LEF, por un lado, la Administración formulará las hojas de depósito previo a la ocupación y, por otro, el artículo 52.5 establece que la Administración fijará igualmente las cifras de indemnización por el importe de los perjuicios derivados de la rapidez de la ocupación, tales como mudanzas, cosechas pendientes y otras igualmente justificadas, por tanto, debemos concluir que en el presente supuesto, por tratarse de una expropiación de carácter urgente, además del justiprecio se debe abonar la correspondiente indemnización por los perjuicios derivados de la rapidez, como es en todo caso la pérdida de las mercancías guardadas en el local comercial.

F) En cuanto a la ocupación del bien, debemos recordar que estamos ante un procedimiento excepcional declarado urgente, y que su principal característica consiste en que la ocupación del bien precede a la determinación y pago del justiprecio. En este sentido se pronuncia el artículo 52.6, que dispone que efectuado el depósito y abonada o consignada en su caso la previa indemnización por perjuicios, la Administración procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, lo que deberá hacer en el plazo máximo de 15 días, por lo tanto, en cuanto al plazo de ocupación sí es conforme a derecho, pero, como exige, el artículo 52.6, no solo basta la consignación del depósito, sino que también se exige abonar o consignar la indemnización por los perjuicios de la urgencia.

2. ¿Qué acciones habría podido llevar a cabo el Sr. X., tanto en vía administrativa como, en su caso, en vía judicial, en ambas expropiaciones y, si en su caso, podría reclamar indemnización alguna por las actuaciones del ayuntamiento?

Ahora bien, señala el artículo 9 de la LEF que para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado. De conformidad con el artículo 10 de la LEF, la utilidad pública se entiende implícita en relación con la expropiación de inmuebles en todos los planes de obras y servicios del Estado, provincia y municipio, y de conformidad con el artículo 11, en todos los demás casos la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante ley. Asimismo, se pronuncia el reglamento en el artículo 11, señalando que,

si los bienes objeto de expropiación fueren inmuebles, la declaración de utilidad pública deberá hacerse mediante ley aprobada en Cortes.

No será necesaria la promulgación de una ley formal en los siguientes casos: a) Cuando se trate de obras y servicios comprendidos en planes. b) Cuando la ley haya declarado genéricamente la utilidad pública para categorías determinadas de obras, servicios o concesiones, y c) Cuando disposiciones especiales que regulen determinadas expropiaciones como las de las entidades locales que se rigen por la legislación municipal en primer término según el art. 85 LEF, se establezca forma distinta en cuanto a la declaración de utilidad pública.

Teniendo en cuenta la legislación citada, si del relato de los hechos consideramos que la expropiación del local del Sr. X no estaba incluida en ningún plan municipal de obras o servicios, se puede determinar que no se cumple el requisito previo indispensable para acordar la expropiación forzosa de declarar la utilidad pública o interés social por ley.

Nos encontramos, por tanto, en un supuesto de vía de hecho. En este sentido se pronuncia el artículo 125 de la LEF, disponiendo que siempre que sin haberse cumplido los requisitos sustanciales, como entre ellos la declaración de utilidad pública o interés social, la Administración ocupare o intentare ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar –hoy, conforme a la Ley de enjuiciamiento civil 2/2000, se llaman juicios de tutela posesoria–.

Por lo tanto, en conclusión, en el presente supuesto, las distintas acciones que asisten al Sr. X serían:

1. Actuación contra vía de hecho. Artículo 30 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA):

En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Para impedir, de forma inmediata, la actuación administrativa podría solicitar medidas cautelares de suspensión de la actuación según el artículo 129.1 de la LJCA: «Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» y, en concreto, las urgentísimas o cautelarísimas del artículo 135:

Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto:

a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes

a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

En cuanto se refiere a la grabación de la comparecencia y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

b) No apreciar las circunstancias de especial urgencia y ordenar la tramitación del incidente cautelar conforme al artículo 131, durante la cual los interesados no podrán solicitar nuevamente medida alguna al amparo del presente artículo.

2. En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.

Según el artículo 136,

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el Secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar ha producido.

Esta acción contra la actuación en vía de hecho ha sustituido al conocido como interdicto de retener para que el juez le ampare en su posesión amenazada, acción enérgica y sumaria, que se sustanciara ante la jurisdicción civil, si bien, en la actualidad, al regular la LJCA el supuesto de vía de hecho parece que debería utilizarse esta vía, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En la demanda que se interpusiera se incluiría, en su caso, también la reclamación de los daños y perjuicios producidos, porque seguramente se habría producido ya la demolición del local y la finalización de la obra cuando el órgano judicial conociera del asunto. En todo caso, se solicitaría la condena en costas.

2. Por otra parte, la jurisprudencia, por todas, la STS de 8 de abril de 1992, reconoce la posibilidad de impugnar los diversos actos que se van produciendo en el procedimiento expropiatorio sin esperar a la resolución final; más aún en los supuestos de vía de hecho y con independencia de ella.

3. Recurso potestativo en vía administrativa contra el acuerdo de expropiación forzosa adoptado por el pleno del ayuntamiento; de conformidad con el artículo 112 de la LPAC, cabe fundamentar en un motivo de nulidad o anulabilidad, de conformidad con el artículo 47 de esta ley, señalando que, como el acuerdo es adoptado por el pleno del ayuntamiento, según el artículo 114 de la LPAC ponen fin a la vía administrativa, entre otras, las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario. Por lo tanto, en el presente supuesto en vía administrativa procedería el recurso potestativo de reposición; según el artículo 123 de la LPAC, los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. El motivo será doble: primero, nulidad por no haberse declarado antes la utilidad pública de la expropiación, que era el presupuesto básico y que supone prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1.e LPAC) y, segundo, nulidad por ser órgano manifiestamente incompetente para declarar la urgencia, en principio (art. 47.1 b) LPAC).

4. Procedería, también, recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, tras el potestativo de reposición o, directamente, de conformidad con el artículo 25 de la LJCA, el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con los actos expresos de la Administración, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Asimismo, el recurso es admisible contra las actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho. En conclusión, las acciones que el Sr. X debería llevar a cabo serían: recurso de reposición ante el pleno del ayuntamiento y recurso contencioso-administrativo. Este recurso, conforme al artículo 30 de la LJCA, podría venir precedido de requerimiento previo o bien acudir directamente a la vía contencioso-administrativa.

5. También podría, en su momento, reclamar en concepto de responsabilidad patrimonial, pues se ha producido un funcionamiento anormal de un servicio público. Para ello, deberá demostrar la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015. A saber:

- Daño efectivo e individualizado.
- Culpa de la Administración.
- Antijurídico o que no tiene el deber de soportar.
- Relación de causalidad.

En el presente caso parecen concurrir todos ellos, pues la expropiación adolecía de un vicio de nulidad; pese a ello, consignaron el precio y ocuparon la finca y, presumimos –habrá que demostrarlo– se causó un daño.

Como existen vicios de nulidad, procedería la revisión de oficio de las actuaciones llevadas a cabo y es el artículo 106.1 el que se refiere a la posibilidad de indemnización de daños y perjuicios, como es nuestro caso, señalando, en su apartado 4, que

las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

3. ¿Quién más, en su caso, podría impugnar estas actuaciones del ayuntamiento?

En primer lugar, conforme al artículo 63.1 de la Ley 7/1985,

1. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico:

a) La Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, en los casos y términos previstos en este Capítulo.

b) Los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos.

Por lo tanto, los concejales que votaron en contra pueden impugnar el acuerdo y los que no hubieran sido notificados de la convocatoria del pleno sin razón para ello.

También, la Administración de la comunidad autónoma, toda vez que debió declarar la urgente ocupación de esa expropiación, y la Administración General del Estado, por ser expropiado un bien demanial de su propiedad.

En cuanto a las actuaciones que pueden llevar a cabo los órganos competentes de estas Administraciones, de conformidad con el artículo 65.1 de la LBRL,

cuando la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas considere, en el ámbito de las respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna Entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el presente artículo, para que anule dicho acto en el plazo máximo de un mes.

Asimismo, podrá impugnar el acuerdo de la entidad local ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien, teniendo en cuenta los plazos de impugnación de la LJCA y ante la inminente demolición del local, lo único posible sería requerir a la entidad local para que anule el acto.

En definitiva, el órgano competente de la comunidad autónoma y de la Administración del Estado deberían invocar el artículo 65 de la LBRL y requerir al ayuntamiento para que anule el acuerdo de expropiación forzosa por infracción del ordenamiento jurídico.

Sigue señalando el citado precepto que:

2. El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se formulará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

La STS (Sala 3.^a) de 25 de febrero de 2011 establece la siguiente doctrina:

A los efectos del artículo 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, el cómputo del plazo de quince días para formular el requerimiento previo se computará a partir de que la Administración estatal o autonómica reciban de la Entidad Local la comunicación del acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.1 de la Ley.

El precepto señala en su apartado 3 que

la Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa dentro del plazo señalado para la interposición del recurso de tal naturaleza señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción, contado desde el día siguiente a aquel en que venza el requerimiento dirigido a la Entidad local, o al de la recepción de la comunicación de la misma rechazando el requerimiento, si se produce dentro del plazo señalado para ello.

Finalmente, el apartado 4 determina:

La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá también impugnar directamente el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin necesidad de formular requerimiento, en el plazo señalado en la Ley Reguladora de dicha Jurisdicción.

4. Comente todo lo pertinente en torno al recurso presentado por los tres licitadores contra el acto de la adjudicación del contrato y sobre cómo ha de resolverse.

Respecto al recurso interpuesto señalamos lo siguiente:

- *Legitimación*: La tenían, al amparo del artículo 4 de la LPAC, puesto que fueron interesados en el procedimiento de contratación.
- *Respecto a la procedencia del recurso*: Como los actos del órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa, cabía reposición con carácter potestativo.

- *Plazo*: El recurso está interpuesto en plazo, puesto que la notificación se produce el día 25 de noviembre y el plazo para reposición era de un mes según el artículo 124 de la LPAC. El último día del plazo coincide con el inicial de la notificación, esto es, sería el día 25 de diciembre, pero como es un día inhábil por ser festivo, pasaría al primer día hábil siguientes, que es el 26 de diciembre. Todo ello de acuerdo con la *disposición adicional duodécima* referida al cómputo de plazos, que señala:

Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. No obstante, si el último día del plazo fuera inhábil, este se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

- *En relación a los motivos*, lo primero que hemos de señalar es que el recurso está fundamentado en la ilegalidad del pliego o contrato que estableció el fraccionamiento del objeto de aquel y en que, para acreditar la solvencia técnica y financiera se exigía haber realizado contratos con la Administración los últimos cinco años. Este pliego se publicó el día 1 de abril del año XXX y el recurso contra la adjudicación, con base en la ilegalidad de la cláusula citada, se plantea el día 25 de noviembre de igual año. Ello podría dar lugar a pensar que se debió, en plazo oportuno, haber recurrido esas cláusulas del pliego y que, al no hacerse así, el acto era firme y consentido y, por tanto, no recurrible.

La STS 398/2021 (rec. núm. 4883/2019) sienta la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública:

Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurrir en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

Recordemos que la jurisprudencia comunitaria admite esa impugnación de los pliegos si el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Es por ello que las irregularidades de las bases de la licitación, cuyo alcance perjudicial para el interesado únicamente se manifiesta con posterioridad, cuando el órgano de contratación explica los motivos de la adjudicación, pueden recurrirse en el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación; ese es precisamente el caso de los criterios de adjudicación de un contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente.

En el caso de los recursos indirectos, tal y como adelantábamos con anterioridad, irán dirigidos contra aquellas cláusulas cuyo contenido sea nulo de pleno derecho,

siempre que no hayan sido objeto de previa y expresa impugnación. Para ello es necesario que el vicio del que adolecen dichas cláusulas no pudo ser conocido por los licitadores con anterioridad.

La impugnación indirecta puede formularla incluso el adjudicatario en fase de adjudicación del contrato, en la medida en que el adjudicatario tenga algún interés legítimo que pueda verse afectado, es claro que puede impugnar indirectamente los pliegos de cláusulas particulares. Lo contrario conduciría a dejarlo indefenso y, por consiguiente, a conculcar el art. 24 de la Constitución. Ni que decir tiene que ello en nada relaja las estrictas condiciones, arriba expuestas, en que es legalmente posible la mencionada impugnación indirecta.

Al amparo de todo lo dicho, se hace, por tanto, necesario precisar el motivo concreto en este caso para ver si los criterios de adjudicación del contrato que sean incomprensibles o faltos de claridad para un licitador razonablemente diligente e informado resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente.

A) Respecto al fraccionamiento del objeto del contrato en lotes se refiere el artículo 99.2 y 3, en lo que nos interesa destacar, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), que señala:

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.
3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

Mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley general de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 3 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 %.

En el referido acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior.

No obstante, lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras.

En todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

- a) El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.
- b) El hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente.

Resulta obvio que esta cuestión sobre si es posible o no es interpretable, uno de los aspectos fundamentales para determinar la existencia de fraccionamiento o no, hace referencia a la aplicación a cada caso concreto del concepto de «unidad operativa o funcional».

Existirá una unidad operativa o funcional si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato.

No se considerará que existe fraccionamiento indebido del contrato siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad operativa o funcional, de tal forma que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para la ejecución y explotación de cualquiera de las demás, o aun cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí.

Por el contrario, debe considerarse que existe fraccionamiento del contrato cuando las diversas partes de la prestación que se contraten por separado no sean susceptibles de aprovechamiento o utilización por separado por constituir una unidad funcional u operativa entre ellas.

La aplicación de este concepto no será fácil en muchos casos y deberá analizarse e interpretarse aplicando el juicio profesional a la vista del contexto y de las circunstancias de cada caso.

En este caso, el órgano de contratación tendría complicado justificar el fraccionamiento del objeto, pues no cabe duda de que las obras constituyen una unidad funcional que no es susceptible de utilización independiente o por separado, pues se trata de obras en la misma calle y de tan solo de 1 km de distancia.

Si no fuera fraccionable el objeto, nos encontraríamos con un vicio de anulabilidad del artículo 48, en principio, y no de nulidad absoluta, por lo que no sería posible el recurso indirecto contra los pliegos por esta causa.

B) Respecto a la cláusula de la solvencia técnica, el artículo 88 de la Ley 9/2017 señala que:

1. En los contratos de obras, la solvencia técnica del empresario deberá ser acreditada por uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución; estos certificados indicarán el importe, las fechas y el lugar de ejecución de las obras y se precisará si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y se llevaron normalmente a buen término; en su caso, dichos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de las obras pertinentes efectuadas más de cinco años antes.

[...]

2. En los contratos cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros, cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a f) anteriores, sin que en ningún caso sea aplicable lo establecido en la letra a), relativo a la ejecución de un número determinado de obras.

Al amparo de este número 2 del artículo 88 de la LCSP, no era aplicable en este caso, como requisito de solvencia técnica, la relación de obras de los últimos cinco años, porque el valor estimado de este contrato era de 400.000 euros.

Esta causa sí era motivo de nulidad absoluta, porque contraviene los principios de igualdad, concurrencia y no discriminación de los artículos 14 de la Constitución y 1 de la Ley 9/2017, al amparo de los artículos 53 de la CE y 47.1 a) de la LPAC (son nulos los actos que vulneren derechos susceptibles de amparo constitucional).

A la vista del análisis precedente concluimos, en primer lugar, que solo la segunda cláusula era nula de pleno derecho y, en segundo lugar, que tanto la cláusula o condición del fraccionamiento del contrato como la relativa a los medios para acreditar la solvencia técnica, eran exigencias que estaban claras desde el primer momento y que un contratista informado y diligente pudo y debió conocer su posible ilicitud desde el primer momento de su publicación, de manera que no cabía en este caso el recurso indirecto contra el pliego, sino que debió haber impugnado aquel, o bien en reposición en el plazo de un mes desde el día 1 de abril del año XXX, o bien en el plazo de dos meses en vía contencioso-administrativa desde dicha fecha. Por tanto, esos motivos no pueden alegarse contra la resolución de la adjudicación y el pliego era firme, consentido e irrecurrible, en este caso.

Por todo ello, el recurso de los tres licitadores debe resolverse desestimándose, porque se debió recurrir, en su momento, en plazo oportuno, las dos cláusulas del pliego, amén de que solo la segunda era motivo de nulidad que pudiera haber justificado el recurso indirecto contra el pliego.

5. Ajuste a derecho del contrato para la adquisición de las señales nuevas informativas que deben colocarse en la calle finalizadas las obras.

Este contrato no es ajustado a derecho. Se ha realizado un contrato privado patrimonial excluido de la Ley 9/2017, LCSP (art. 9.2).

Además, el relato de hechos dice que se contrata directamente con un vendedor, cuando lo normal hubiera sido utilizar, en primer lugar, la subasta, a tenor del artículo 112.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, que señala:

No será necesaria la subasta en los casos de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por 100 del que lo tenga mayor.

Es cierto que, con carácter supletorio, podría aplicarse la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, en cuyo artículo 137.4 prevé los supuestos de enajenación directa.

El contrato que debió celebrarse es el de suministros del artículo 16.1, que señala que

son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Con respecto al procedimiento de adjudicación, el artículo 131.2 señala:

La adjudicación se realizará, ordinariamente utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación basados en el principio de mejor relación calidad-precio, y utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, salvo los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV, que se adjudicarán mediante este último procedimiento.

En los supuestos del artículo 168 podrá seguirse el procedimiento negociado sin publicidad; en los casos previstos en el artículo 167 podrá recurrirse al diálogo competitivo o a la licitación con negociación, y en los indicados en el artículo 177 podrá emplearse el procedimiento de asociación para la innovación.

Por tanto, la contratación directa solo sería posible si encajara en alguno de esos supuestos del artículo 167 (procedimiento negociado con publicidad) o 168 (procedimiento negociado sin publicidad).

Además, era obligatorio tramitar el expediente de contratación regulado en los artículos 116 y siguientes de la LCSP.

Por tanto, el contrato realizado es nulo de pleno derecho, al menos por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 41.1.e LPAC), procediendo la revisión de oficio por el órgano de contratación, según el artículo 141 de la LCSP, que se remite al artículo 106 de la LPAC.

6. Uno de los titulares de puesto en el mercado de abastos ha transmitido la titularidad de la concesión, dejando deudas impagadas en recaudación ejecutiva por el IBI. ¿Se puede derivar por afección al nuevo titular de la concesión? ¿Sería posible el embargo de sus bienes en caso de impago de la deuda?

Como afirma la revista *El Consultor de los Ayuntamientos* del mes de mayo de 2022, hay una cuestión previa que debe tenerse en cuenta, y es que el artículo 98 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas, declarado básico por la disposición final segunda de la misma ley, dispone que los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones de carácter inmobiliario a que se refiere el artículo precedente solo pueden ser cedidos o transmitidos mediante negocios jurídicos entre vivos o por causa de muerte o mediante la fusión, absorción o escisión de sociedades, por el plazo de duración de la concesión, a personas que cuenten con la previa conformidad de la autoridad competente para otorgar la concesión.

Por tanto, la entidad local no debió autorizar la transmisión de la concesión cuando el concesionario era un deudor tributario de la entidad local y hasta el pago de la deuda.

Dicho esto, aunque es cierto que los preceptos hablan de «bienes», debe entenderse en sentido amplio comprensivo de los derechos sobre los bienes. En este sentido, el artículo 43.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, dice que serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: d) Los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria, en los términos del artículo 79 de esta ley. Y el artículo 79 añade que los adquirentes de bienes afectos por ley al pago de la deuda tributaria responderán subsidiariamente con ellos, por derivación de la acción tributaria, si la deuda no se paga, refiriéndose expresamente el apartado 2 a que los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no.

Por su parte, el artículo 64 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, también se refiere a los derechos cuando señala que en los supuestos de cambio, por cualquier causa, en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible de este impuesto, los bienes inmuebles objeto de dichos derechos quedarán afectos al pago de la totalidad de la cuota tributaria, en régimen de responsabilidad subsidiaria, en los términos previstos en la Ley general tributaria.

En cualquier caso, el artículo 334 del Código Civil es claro cuando dispone que son bienes inmuebles: 10.º Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Dicho esto, deben tenerse en cuenta las limitaciones para derivar la responsabilidad en el supuesto del artículo 64.1. Porque, aunque el procedimiento que se lleve a cabo sea el de derivación de la responsabilidad subsidiaria, el adquirente de los bienes afectos al pago de las deudas por IBI no es un verdadero responsable, porque no participa de la misma naturaleza de los demás supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria. Ello es así porque el adquirente del bien afecto no responde con todo su patrimonio, como los auténticos responsables, sino únicamente con el bien afecto, o más bien es éste quien responde.

Como señala Domingo Zaballos,

el derecho de afección condiciona modula y limita la responsabilidad subsidiaria de los adquirentes de bienes afectos, convirtiéndose la titularidad del bien en el presupuesto material de la responsabilidad subsidiaria, así como dicha titularidad limita de rechazo el tiempo y la cuantía –esto es, el alcance–, de la mencionada responsabilidad. Así, será responsable subsidiario quien en cada momento sea titular del bien afecto, de forma que, si transmite la titularidad del bien, deja de producirse el presupuesto de la responsabilidad.

Y en este sentido se manifiesta también la STS de 24 de enero de 2004, cuando dice lo siguiente:

Realmente, aun cuando el art. 41 LGT, al que se remite el 76 LHL, aparezca incluido en la Sección de la LGT correspondiente a los responsables tributarios, es lo cierto que contempla un supuesto de responsabilidad en que esta solo alcanza «el límite previsto por la ley al señalar la afección de los bienes» (art. 41.3 LGT) y que la responsabilidad que asume el adquirente se concreta a los bienes afectos y no a otros –responderán «con ellos» dice el precepto– y, en el caso del IBI, con mayor claridad, si cabe, cuando expresamente se refiere la ley a que la afección se circunscribe a «los bienes inmuebles objeto de dichos derechos» –de los derechos, antes especificados, sobre los que recae este impuesto municipal– (art.76 LHL). Por consiguiente, esta realidad conduce a interpretar que este supuesto de afección no constituye un caso de responsabilidad tributaria, como ocurriría si el adquirente del bien afecto hubiera de responder con todo su patrimonio, conforme ocurre con los verdaderos responsables, que son obligados al pago de las deudas tributarias y a responder de ellas «con todos sus bienes presentes y futuros» (art. 10 del Reglamento General de Recaudación de 20 de diciembre de 1990) salvo las excepciones previstas en las leyes y en el propio Reglamento, entre las que no está la de los adquirentes de bienes afectos.

TERCERO. Con cuanto acaba de decirse, la Sala quiere significar que el supuesto de que aquí se trata puede encuadrarse en el marco de un derecho de afección real, es decir, en el marco de las garantías del crédito tributario, como ocurre con la afección de bienes contemplada en el art. 74 LGT para los casos que reconoce (tributos que gravan las transmisiones, adquisiciones o importaciones de bienes afectos a su pago) o, lo que es lo mismo, que constituye un supuesto de reipersecutoriedad en que el adquirente puede librarse de su responsabilidad transmitiendo

el bien, que se erige, así, en la auténtica garantía, sin que, por tanto, sea esta la de su titular dominical. Esta, y no otra, sería la razón de que el ante citado Reglamento General de Recaudación, al desarrollar el régimen de los obligados al pago de las deudas tributarias (arts. 10 y ss.), no mencione a los adquirentes de bienes afectos por disposición de la ley y de que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General tributaria encuadre el supuesto –art. 79– entre las garantías de la deuda tributaria y no entre los obligados tributarios, sin perjuicio de que la responsabilidad que asumen los titulares de dichos bienes sea subsidiaria de la del deudor tributario principal.

Por tanto, partiendo de estas consideraciones, no se pueden embargar otros bienes; porque en ambos casos, la responsabilidad queda limitada al bien inmueble. Y, si tenemos en cuenta que el derecho de concesión se manifiesta fundamentalmente en la tasa que se paga por la concesión demanial, al ser esta tasa pagada a la propia entidad local embargante, no es posible llevar a cabo en la práctica el embargo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 24 y 53.
- Código Civil, art. 334.
- Ley de 26 de diciembre de 1954 (Ley de expropiación forzosa), arts. 9, 10, 11, 52 y 125.
- Ley 7/1985 (LRBRL), arts. 63.1 y 65.
- Ley 29/1998, de 13 de julio (de jurisdicción contencioso-administrativa), arts. 25, 30, 63, 129, 130, 131 y 135.
- Ley 33/2003 (LPAP), arts. 5.3, 6, 70, 91, 98, 135, 136, 137, 145 y 153.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre (general tributaria), arts. 41, 43.1 y 74.
- Ley 39/2015 (LPAC), arts. 4, 47, 48, 106, 112, 114, 123 y 124.
- Ley 40/2015 (LRJAP), arts. 32 y 34.
- Ley 9/2017 (de contratos del sector público), arts. 9.2, 88, 99, 116, 131 y 141.
- Real Decreto 1372/1986 (Reglamento de bienes de las entidades locales), art. 112.1.
- Real Decreto legislativo 2/2004 (TR Ley de haciendas locales), arts. 64 y 76.
- Real Decreto 1373/2009 (Reglamento de la Ley 33/2003), art. 73.1.
- Real Decreto 128/2018 (régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional), arts. 2.1, 48 y 52.
- Decreto de 26 de abril de 1957 (Reglamento de expropiación forzosa), arts. 11 y 56.
- SSTS, Sala 3.^a, de 12 de junio de 1992, 21 de junio de 1993, 23 de mayo del 2000, 24 de enero de 2004, 25 de febrero de 2011 y 22 de marzo de 2021.

Premio Estudios Financieros: 32 años reconociendo la investigación española

Arropados por el ilustre escenario del Ateneo de Madrid, el Grupo CEF.- UDIMA celebró el pasado 21 de septiembre el solemne acto de celebración del XXXII Premio Estudios Financieros.



Mesa presidencial compuesta por Ricardo Díaz, Arturo de las Heras, Arancha de las Heras y Enrique Arnaldo

Una sesión para dar luz al silencioso trabajo de investigación con el que los participantes contribuyen al mundo, desde la primera edición en el año 1990, creando puentes, aplicando conocimiento y ganando año a año la batalla siempre abierta por enriquecer y mejorar la sociedad.

Como en ediciones anteriores, asistió al acto el presidente honorífico y fundador del CEF.- Centro de Estudios Financieros, Roque de las Heras, a quien se hizo constante mención por su visión «adelantada a su tiempo» con la creación del certamen.

Integraron la mesa presidencial los presidentes del Grupo CEF.- UDIMA, Arturo y Arancha de las Heras, junto con el magistrado del Tribunal Constitucional, Enrique Arnaldo, en calidad de representante de los jurados, y el padrino de la edición, el director general de Universidades y Enseñanzas Artísticas Superiores de la Comunidad de Madrid, Ricardo Díaz. Condujo la sesión el director de Comunicación del Grupo CEF.- UDIMA, Luis Miguel Belda.



La labor de Roque de las Heras, presidente fundador del CEF.-, fue reconocida en repetidas ocasiones

Inició el acto la presidenta de la Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA, y directora de la editorial «Estudios Financieros» Arancha de las Heras, para recordar el papel fundamental que tiene la investigación. «Abrir puentes hacia el bienestar y el desarrollo de los seres humanos; una ecuación siempre abierta a mejoras. Eso es la investigación».

Y para apoyarla nació este premio, pues solo con ella se puede probar que «una sociedad como la nuestra no está parada sino en constante movimiento», reflexionó. Además de enriquecer la enseñanza con los artículos y proyectos publicados. «El progreso de un país está íntimamente ligado al desarrollo de su investigación. En eso acertó Roque».



Inició el acto Arancha de las Heras, presidenta de la UDIMA

Espíritu sin corsés

«Pocos lugares hay más coherentes que este», que aúna el valor de la «creación, promoción y aplicación del conocimiento» para celebrar el acto, en alusión al Ateneo de Madrid. Así lo describía el padrino de la edición, Ricardo Díaz, pues precisamente ese es el «espíritu» de estos galardones: «el fomento de estudios de carácter práctico que mejoren la calidad de vida de las personas». El director de Universidades de la CAM aprovechó su intervención para subrayar ante todo la «calidad, ocurrencia y mérito» de los trabajos presentados.



Ricardo Díaz, director general de Universidades, ejerció de padrino de la edición

Y agradeció en especial que la mayoría fuesen, como él, de profesores universitarios. Algo que le sirvió para departir brevemente sobre el doble rol de la universidad: investigar y transmitir lo descubierto. La universidad española, pese a lo que digan los rankings anglosajones, «cumple con ambas» funciones, señaló. Estamos «al mismo nivel» de las más prestigiosas en investigación clásica o más teórica. Sin embargo, sí tenemos escasa tasa de «transferencia de conocimiento»; es decir, problemas en la investigación aplicada.

Según Díaz, si «cojeamos» en este aspecto es por dos razones fundamentales. Primera: la universidad española funciona con un sistema «sometido a muchos corsés y que únicamente valora los artículos de investigación teórica», con su posterior publicación académica. Segunda: «Hay un innegable alejamiento entre el tejido productivo y la universidad». Algo que responde entre otras cosas a que las mismas empresas «desconfían» de los resultados de esas investigaciones, escuetamente sustentadas con fondos públicos.

«Frente a ello surgen iniciativas como esta», continuó, subrayando la importancia de que sean los profesores universitarios los que participen. Y especialmente que lo hagan motivados por un incentivo «más emocional que crematístico». 117 trabajos presentados, 41 premiados y 100.000 euros de dotación exentos del IRPF. Casi 3.700.000 euros desde 1990.

Apoiando la vocación investigadora

A continuación llegó el momento más esperado con la entrega de los premios en las ocho modalidades: Marketing y Publicidad, Educación y Nuevas Tecnologías, Derecho Constitucional y Administrativo, Derecho Civil y Mercantil, Recursos Humanos, Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Contabilidad y, finalmente, Tributación.



Todos los galardonados con el primer premio pasaron por el atril de oradores

Los diferentes ganadores del primer premio en cada vertical agradecieron el apoyo «comprometido y fiel» a su labor investigadora, como demuestra la longevidad del evento. Un «empujón para seguir» con sus proyectos, en el que se puso también de manifiesto la implicación de la UDIMA con algunos de ellos. Darles visibilidad y poner visión de género, así como potenciar la solidaridad con esta vocación fueron algunas de las metas del Premio Estudios Financieros que los propios ganadores respaldaron.

Algunos de ellos fueron ganadores en más de una ocasión, y también parte del jurado lo fue en ediciones pasadas. Trabajos que a veces son el fruto de una idea macerada y defendida durante décadas, y que no siempre son la dedicación profesional del autor, pero que sin duda responden a

esa vocación por investigar en un contexto de escaso apoyo político. Y donde, así, este certamen surge como «un oasis» para animar a los grupos de investigación. Todo ello siempre con el «constante» apoyo de los grandes equipos que hay detrás de todos ellos: las familias.

En nombre de los jurados intervino seguidamente Enrique Arnaldo, quien agradeció que, «por fortuna», no sean solo las Administraciones públicas las que estimulan o reconozcan a personas que «contribuyen al interés general». «También lo hacen las entidades privadas como la UDIMA», aplaudió el magistrado del Tribunal Constitucional. Su mensaje vino a recordar que el hombre y sus instituciones viven de objetivos, que en el caso de la universidad consisten en buscar la excelencia educativa y la atracción y retención del talento.



El magistrado del Tribunal Constitucional Enrique Arnaldo intervino en representación de los jurados

Y qué mejor manera de hacerlo que reconociendo y premiando la labor investigadora, que «también es fundamental para la UDIMA», como viene demostrando con la continuidad del premio, abundó. Investigar y educar son dos elementos esenciales para reconocer el esfuerzo y desterrar la mediocidad y la mediocridad, dijo citando a Antonio Fernández Luján. «Solo en base al esfuerzo se puede construir una sociedad avanzada». Y añadió, dirigiéndose a los premiados: «Habéis conseguido algo que, como decía Ernesto Sábato, se da tan pocas veces en la vida, que es el reconocimiento, y además con total merecimiento».



Arturo de las Heras, presidente del CEF.-, cerró con su discurso la ceremonia

Cerró el solemne acto el presidente del CEF.- Centro de Estudios Financieros, Arturo de las Heras, agradeciendo la participación no solo de los ganadores, sino de todos, pues así «fomentan la competición». «Queremos darle continuidad al legado de los premios que inauguró Roque», apuntó. Unos premios que fomentan la investigación de estos «talentos universitarios», buscando la transmisión del conocimiento y el acercamiento a los profesionales, para que estos «puedan agradecer también ese esfuerzo».



Foto de familia de la XXXII edición del Premio Estudios Financieros

Alberto Orellana

(Departamento de Comunicación. CEF.- UDIMA)

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

¡MATRÍCULA
ABIERTA!

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



45 CEF.-
Aniversario

¿Y tú? ¿Ya sabes lo que quieres?

Ahora

S



Si sabes

lo que quieres,

ha llegado el momento

de lograrlo.

Área Jurídica

Presencial | Telepresencial | Online

INICIO OCTUBRE 2022

- Curso de Derecho Bancario
- Curso de Especialización en Derecho Deportivo
- Curso de Especialización en Derecho Procesal Penal
- Curso de Experto en Mediación: Civil y Mercantil
- Curso de Oratoria Jurídica y Redacción Jurídica
- Curso de Preparación del Examen de Certificación de Compliance
- Curso de Práctica Procesal Contencioso-Administrativa
- Curso sobre Compliance
- Curso sobre Contratación en el Sector Público
- Curso sobre Contratos Mercantiles
- Curso sobre Derecho Concursal
- Curso sobre Derecho del Arte
- Curso sobre Derecho Digital
- Curso sobre Estrategia en Litigios Civiles y Derecho Procesal
- Curso sobre Propiedad Intelectual
- Curso sobre Protección de Datos
- Curso sobre Práctica Societaria. Derecho de Sociedades Mercantiles
- Curso Superior de Especialización en Derecho Mercantil

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es