

Año 57 / N°5 /
Mayo 2021

rc

www.inese.es

REVISTA DE
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

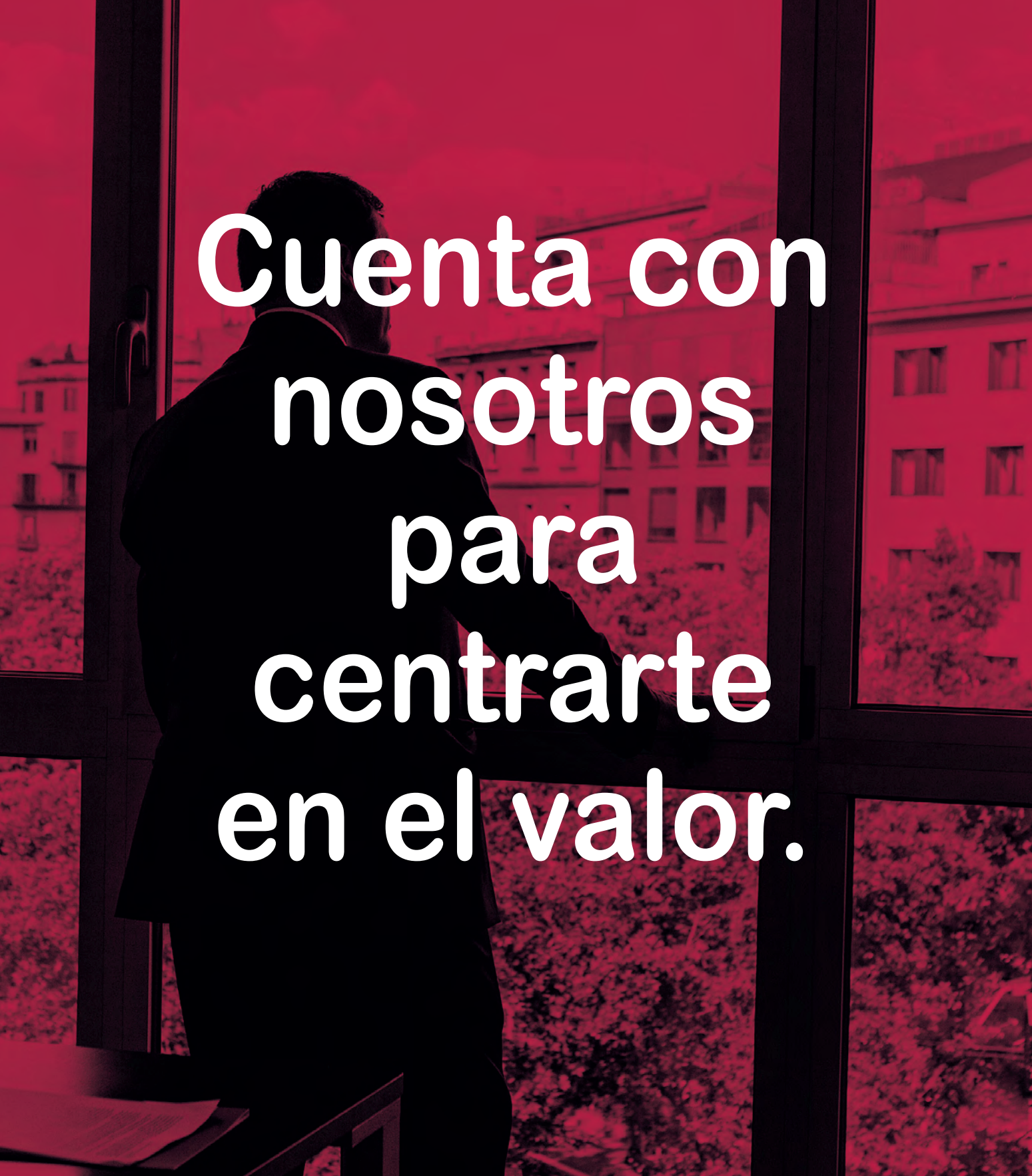


Riesgo de inversión o demográfico en seguros y productos financieros

ABEL B. VEIGA COPO
Profesor Ordinario Derecho Mercantil.
Universidad Pontificia Comillas de Madrid.



SEGURO DE HOGAR. SE CONSIDERA LIMITATIVA LA CLÁUSULA INCLUIDA EN LAS CONDICIONES GENERALES QUE DETERMINA LO QUE DEBE CONSIDERARSE ANORMALIDAD EN LA LLUVIA | TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: LA CLÍNICA NO SE OBLIGA A LA CONSECUCCIÓN DE LA GESTACIÓN | LA DOCTRINA DEL RIESGO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO | DERECHO DE LOS CONSUMIDORES: LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS Y LOS USUARIOS.



Cuenta con nosotros para centrarte en el valor.

En muchos casos la compañía se encuentra con que los profesionales de los que dispone no son los suficientes y en otros, simplemente, no es lo más rentable utilizarlos para determinadas actividades, que son igualmente necesarias. Externaliza procesos de siniestros de Multirriesgos, Decesos o Automóviles y mejora tus resultados.





LA DOCTRINA DEL RIESGO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia nº 141/2021, de 15 marzo, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que resuelve un supuesto de daños causados a terceros por el amianto, aprovecha para hacer un análisis exhaustivo de la doctrina del riesgo, citando algunas sentencias de la propia Sala en las que se ha debatido la aplicación de esta doctrina.

Salvo en determinadas leyes en las que se establece la responsabilidad civil objetiva del causante del daño en actividades de riesgo, como la LRCSCVM, la LGDCU o, entre otras, la Ley de Caza, con carácter general, para los denominados por el TS riesgos normales de la vida, en nuestro ordenamiento jurídico el criterio de imputación de responsabilidad civil viene marcado por la culpa, en virtud de lo establecido en el artículo 1.902 CC.

Sin embargo, hay actividades que, como las realizadas en las citadas leyes, también generan riesgos para los demás, si bien, no hay una norma que establezca el criterio de imputación, por lo que debemos acudir a lo establecido en el artículo 1.902 CC, si bien, la Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS ha admitido en determinadas actividades peligrosas la presunción de culpa de causante del daño, lo que se ha traducido en una inversión de la carga de la prueba.

Quizá convendría, para dar mayor seguridad jurídica, que nuestro Código Civil incluyera una cláusula general, como, por ejemplo, recoge el artículo 2.050 del CC italiano, al establecer que “Quien cause un daño a otro en el desempeño de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios utilizados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas adecuadas para evitar el daño”.

En actividades relacionadas con el maquinismo, atracciones de feria, aglomeraciones, materiales

peligrosos, deportes de riesgo, etc., es habitual que los representantes de los perjudicados invoquen la teoría del riesgo para conseguir una mayor facilidad probatoria, puesto que, si se aprecia por el juzgador que estamos ante un riesgo extraordinario, el actor consigue el fin pretendido de invertir la carga de la prueba, lo que, en general, conlleva una mejor situación procesal.

Ahora bien, no siempre los tribunales estiman que estamos ante esos denominados riesgos extraordinarios. A tal efecto, la STS nº 187/2012, de 29 de marzo, advierte que nuestro Derecho no ha aceptado una generalización en la inversión de la carga de la prueba, salvo en los casos de daños derivados de actividades anormalmente peligrosas, en las que se requiere un mayor rigor en la diligencia desplegada para evitar el daño.

En el mismo sentido, la STS nº 523/2015, de 22 de septiembre, precisa que “La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008)”.

Aplicada esta doctrina a los daños derivados del amianto, la Sala sostiene que se trata de una actividad anormalmente peligrosa, en tanto en cuanto consiste en la transformación a gran escala de un mineral, que causa graves efectos perniciosos para la salud de las personas, incluso la muerte, motivo por el que es aplicable la doctrina del riesgo.

3 carta del director

La doctrina del riesgo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo..... pag. 3

6 doctrina

Riesgo de inversión o demográfico en seguros y productos financieros..... pag. 6
Abel B. Veiga Copo. Profesor Ordinario Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas de Madrid

36 jurisprudencia en materia de RC

RC Administración

Responsabilidad por incumplimiento de convenio urbanístico. STS 10/2/2021.. pag. 36
Responsabilidad por incongruencia omisiva como error judicial. STS 28/1/2021..... pag. 38

Derechos de la personalidad

Caso Fariña: inexistencia de intromisión ilegítima en el honor del demandante por las menciones sobre su persona contenidas en un libro sobre la historia del narcotráfico gallego. STS 25/1/2021... pag. 39

RC Médica

Contagio de hepatitis; probabilidad cualificada de que el virus proviniera de una colonoscopia. SAP Barcelona 23/11/2020 pag. 44
Tratamiento de reproducción asistida: la clínica no se obliga a la consecución de la gestación. SAP Albacete 29/10/2020. pag. 45

RC Profesional

La no impugnación de un documento no justifica una condena por negligencia profesional. SAP Barcelona 16/12/2020 pag. 46

50 jurisprudencia en materia de seguros

Seguro de hogar. Se considera limitativa la cláusula incluida en las condiciones generales que determina lo que debe considerarse anomalía en la lluvia. STS 22/3/2021.. pag. 50





54 derecho de la circulación

ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN..... pag. 54

60 derecho de los consumidores

Temas de actualidad: Los cajeros automáticos y los usuarios..... pag. 60

- a) Introducción y normativa vigente
- b) Regulación de los cajeros automáticos
- c) Comisiones por retirada de efectivo en cajeros automáticos
- d) Otros aspectos normativos
- e) Medidas de seguridad a adoptar por los usuarios
- f) Reclamaciones por parte de los usuarios
- g) El uso de los cajeros automáticos y el confinamiento
- h) Los supermercados utilizados como “cajeros automáticos”
- i) Sentencia relacionada con el asunto

70 consultas y opiniones

1. Movilización de personal sanitario infracualificado ¿Cabe atribuir responsabilidad patrimonial a la Administración por el empleo de personal sanitario infracualificado durante la covid-19? pag. 70



RIESGO DE INVERSIÓN O DEMOGRÁFICO EN SEGUROS Y PRODUCTOS FINANCIEROS

Abel B. Veiga Copo

Profesor Ordinario Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Resumen:

Sin duda, una de las grandes paradojas de la confluencia entre el seguro y los productos financieros es diseccionar nítidamente la naturaleza jurídica y el efectivo riesgo contractual que figuras como los seguros unit-linked, o los productos de inversión basados en seguro -PRIIPs- presentan.

La ambigüedad, la confusión de riesgo especulativo frente a un riesgo demográfico y genuino de seguro y que es prácticamente residual o marginal en la heterocomposición de este producto, es fortísima.

Abstract:

Without doubt, one of the great paradoxes that the confluence between insurance and financial products is to clearly dissect the legal nature and effective contractual risk that figures such as unit-linked insurance, or insurance-based investment products - PRIIPs - present. The ambiguity, the confusion of speculative risk with a demographic and genuine insurance risk that is practically residual or marginal in the heterocomposition of this product, is very strong.

Palabras clave: riesgo, riesgo demográfico, especulativo, unit link

Key words: risk, demographic risk, speculative, unit link.

1.- RIESGO FINANCIERO O DE INVERSIÓN FRENTE A RIESGO DEMOGRÁFICO.

¿Existen dos riesgos simultáneos y yuxtapuestos o incluso complementarios en estos productos de seguros financieros?, ¿o solamente uno capaz de englobar o minimizar o incluso anular al otro? ¿qué prima, la causa del seguro y por ende, el riesgo demográfico, o la causa financiero especulativa, y por tanto, el riesgo de inversión? En suma, la disputa no pequeña es dirimir si en estos productos financieros, estructurados en instrumentos de los mercados de inversión, dispares y diversos entre sí, subsiste en algún momento, al menos inicialmente una causa asegurativa? Mas ¿qué entendemos por riesgo demográfico y qué por riesgo de inversión o especulativo?

¿Sabe acaso un asegurado o tomador consumidor el riesgo real que asume cuándo contrata productos basados en seguro o en los que éste simplemente es una parte residual de la inversión real?¹ Y de otro modo, o en otra vertiente ¿puede subsistir el producto sin el seguro o éste sin el cuadro de inversión? O incluso ¿si una parte del producto suplantada o tergiversa a la otra?² Indudablemente la controvertida naturaleza jurídica de estos productos de inversión basados en seguros, por muy residual o artificial incluso que pueda ser la componente del riesgo demográfico/vida, estos productos, auténticos instrumentos financieros suma y específicamente diseñados, proporcionan al cliente, al inversor asegurado también, un binomio riesgo/responsabilidad nada desdeñable. El riesgo de la inversión salvo en aquellos productos que se garantiza el reembolso en su caso de la prima desembolsada, bien sea total o parcialmente,

puede llegar a ser muy elevado, incluso volatilizar absolutamente toda la inversión realizada hasta el punto de perder la misma.

Cumplen, otra cuestión es en qué grado, una función económica, como lo hace, de un modo u otro, todo tipo o modalidad de contrato de seguro. Otro ámbito sería argüir y hasta qué medida este cumplimiento o consecución de una función económica, puede configurarse como una genuina causa del contrato mismo.

¿Existen dos riesgos simultáneos y yuxtapuestos o incluso complementarios en estos productos de seguros financieros?, ¿o solamente uno capaz de englobar o minimizar o incluso anular al otro? ¿qué prima, la causa del seguro y por ende, el riesgo demográfico, o la causa financiero especulativa, y por tanto, el riesgo de inversión? En suma, la disputa no pequeña es dirimir si en estos productos financieros, estructurados en instrumentos de

sumario

1.- RIESGO FINANCIERO O DE INVERSIÓN FRENTE A RIESGO DEMOGRÁFICO.

2.- HACIA LOS PRIIPS O LOS PARAGUAS ARTIFICIALES.

3.- EL DIFÍCIL PERÍMETRO ENTRE EL SEGURO Y LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN.

1 Sobre estas posiciones de mayor riesgo y juego de mínimos y máximos, véase la aportación de IBÁÑEZ JIMÉNEZ, "Ética de mercado y práctica contractual jurídico-privada de las participaciones preferentes", ICADE, 2014, n° 91, pp. 90 y ss.

2 Elocuente cuando menos la sentencia del tribunal de Siracusa, de 17 de octubre de 2013, www.ilcaso.it, 2013, cuando asevera "El contrato de seguro de vida (póliza unit linked) se anula cuando el contrato general de inversión (el llamado contrato marco) está destinado a regular todas las relaciones contractuales entre el intermediario y el cliente, cuando se violan las normas sobre la información del cliente y cuando el riesgo del incumplimiento o insolvencia de la entidad que emitió los valores vinculados a la póliza es totalmente asumido por el cliente." Y es que, en los hechos, allá por septiembre de 2000, la actora había contratado este producto de vida unit linked y había abonado 100 millones de liras, en euros eran 51.645 que la aseguradora invirtió en el fondo "Azue Multimanager Dynamic".

los mercados de inversión, dispares y diversos entre sí, subsiste en algún momento, al menos inicialmente una causa asegurativa?

Mas, ¿qué entendemos por riesgo demográfico y qué por riesgo de inversión o especulativo?³ En un seguro de vida ¿qué riesgo está presente, el puramente demográfico o el riesgo de inversión, incluso de capitalización o especulativo para determinadas modalidades?, es obvio que en los seguros de vida el compromiso, obligación toda vez que se verifica el siniestro dentro de los límites de garantía asegurada, consiste en el pago de una suma, de un capital o renta pactado ex ante, pero que la misma en puridad no es una pura inversión, mas, ¿qué entendemos por riesgo financiero o de inversión?⁴

Lo paradójico o, cuando menos, cualificador, de estos productos de inversión basados en seguros es que el riesgo financiero, normalmente un genuino e íntegro riesgo de inversión, lo asume en su totalidad el tomador del seguro, no la entidad aseguradora y, en último caso, fallecido el tomador asegurado, el beneficiario⁵. Mas ¿puede afirmarse que, al menos, asume la aseguradora sino una obligación de resultados, sí una obligación de medios? Obligación de resultados solo en cuanto a las unidades de cuenta a liquidar en su caso, pero obligación sin duda de medios de pagar valor alguno si es que hay rentabilidad de la inversión.

Lo que no impide sin embargo, afirmar, que estos fondos, estas cestas de inversión deban ser gestionados en interés exclusivo del tomador o, en su caso, del beneficiario, mas, ¿tiene acaso un interés el gestor, el asegurador, la

¿Existen dos riesgos simultáneos y yuxtapuestos o incluso complementarios en estos productos de seguros financieros?, ¿o solamente uno capaz de englobar o minimizar o incluso anular al otro? ¿qué prima, la causa del seguro y por ende, el riesgo demográfico, o la causa financiero especulativa, y por tanto, el riesgo de inversión? En suma, la disputa no pequeña es dirimir si en estos productos financieros, estructurados en instrumentos de los mercados de inversión, dispares y diversos entre sí, subsiste en algún momento, al menos inicialmente una causa asegurativa? Mas ¿qué entendemos por riesgo demográfico y qué por riesgo de inversión o especulativo?

entidad financiera que ha precisamente pre-seleccionado dichos fondos y su composición más fija o variable en el éxito de esa gestión en aras a cumplir con sus eventuales obligaciones medios/resultados, siempre que exista en este último supuesto un resultado, la liquidación de unos activos?⁶

Pero ¿y los nuevos riesgos, y los riesgos emergentes?⁷ No olvidemos que las dos

3 Se entiende por riesgo demográfico en palabras de VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 170, "Più in particolare, la dottrina è da tempo concorde nel definire il rischio demografico come «lo scostamento tra l'ipotesi demografica posta alla base del calcolo del premio e andamento demografico della popolazione demografica»"

4 Lo define LANDINI, *Il contratto di assicurazione: profili generali, Trattado dei contratti*, V, Milano, 2014, p. 589 como: «Il rischio di investimento è definito come il rischio che i risultati finanziari degli investimenti, compiuti con il capitale risultante dai premi versati, siano inferiori agli impegni assunti dall'assicuratore verso i propri assicurati.»

5 Interesante la sentencia del Trib. de Luxemburgo de 7 de marzo de 2012, Bull. Ass., 2013, pp. 369 y ss.

6 Véase la aportación de MAYAUX, "Arrêt Alonso: les contrats d'assurance-vie en unités de compte sont bien de l'assurance", *Revue européenne de droit de la consommation*, 2012, pp. 567 y ss.

7 Entre otros véase VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, I, 6ª ed., Cizur Menor, 2019.

grandes paradojas del contrato de seguro, pero, sobre todo, del riesgo vienen por el alea y por la certidumbre. ¿Es cierto lo que es aleatorio?, ¿es aleatorio lo que es cierto? ¿Sigue sirviendo y existiendo hoy, la aleatoriedad en este contrato? O simplemente ¿puede suprimirse del seguro?

Pero ¿es aleatoria una inversión en activos financieros y si lo es, de qué depende la intensidad y fluctuación de su valor? ¿es aleatoria y por tanto lo es ese seguro, por ejemplo, un unit linked, si se traspaasa el riesgo a la aseguradora que hace suya la prima, y que, a la postre, es la propietaria de los activos en que se materializa la inversión de la provisión matemática?⁸

El riesgo es el eje vertebral del contrato de seguro, ayuda a definirlo, le dota de contenido y esencia⁹. Pero la forma y la expresión, el medio en suma, modula finalmente la esencia misma del alcance de los derechos del asegurado¹⁰. Un alcance y unos derechos que vienen, en cierto modo, condicionados por la forma, la esencia, la descripción material y formal de esos riesgos. Descripción disimil para unos u otros contratos de seguros, del ramo y modalidad que fueren. Descripción que permite la evaluación y, en su caso, la graduación del riesgo. Actitudes, declaraciones, buena fe, antiselección fáctica del riesgo asumible y asegurable, selecciones adversas, juegan un papel crucial en la selección misma del riesgo¹¹.

El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo¹². El riesgo es además percepción. El evento, descompuesta su génesis en posibilidad de realización, se traduce en un riesgo, riesgo que no sabemos si se acaecerá o no y se transformará en siniestro, no dejando de ser un hecho causal que pertenece y se incardina en el ámbito de las percepciones¹³. La percepción sobre el mismo solo nace y existe si la misma se asienta sobre la información. Ésta podrá ser más cierta o incierta, más extensa o más deficitaria, pero sin la misma, adolece de sentido hablar y configurar el riesgo.

Saber qué riesgos son factibles, son potenciales, son reales implica paralelamente desconocer otros, y sobre todo, su verificación o acaecimiento a futuro. ¿Es factible, es potencial, es real el riesgo de perder absolutamente toda la inversión realizada en un producto financiero a través del seguro?

La información no obstante puede no ser siempre suficiente. Sólo así se entiende que la posibilidad, el primero de los ejes del riesgo, repose parcialmente en el desconocimiento o ignorancia de los resultados que la verificación del siniestro puede ocasionar. Conviene no olvidar que en el ámbito de la ley de las probabilidades la falta de información se

8 Sobre este extremo, en realidad, definición de un unit linked, véase FALCÓN Y TELLA, "Los unit linked luxemburgueses y la Res. DGT 15 de diciembre 2008 (JT 2009, 1): ¿un cambio de criterio?", *Quincena fiscal*, 2009, n° 6, pp. 7 y ss.

9 Sobre las dificultades de definición del contrato de seguro y el papel esencial del riesgo se pronunciaba ya la jurisprudencia británica en el caso *Prudential Insurance Co v Commissioners of Inland Revenue* [1906] 2 KB 658. En otras palabras, y como afirma la sentencia *Re Barrett*; ex parte *Young NM Superannuation Pty Ltd* 106 ALR 549 (Fed Court of Australia), per von Dousa J, el contrato de seguro es un contrato "upon speculation". Sobre la concepción del riesgo como esencia misma del seguro, vid., BEIGNIER, *Droit des Assurances*, Paris, 2011, pp. 147 y ss.

10 Incidiendo en el lenguaje y en la realidad o no del término "warranty" en la descripción del riesgo *LOWRY/RAWLINGS/MERKIN*, *Insurance Law. Doctrines and Principles*, 3ª ed., Oxford, 2011, p. 221.

11 Sobre la selección adversa en la doctrina anglosajona véase entre otros, WILSON, "Adverse selection", *The New Palgrave of Economics*, 1987, pp. 32 y ss.; ROBERT, *Understanding Insurance Law*, 3ª ed., Newark, 2002, pp. 29 y ss.

12 Conforme FANELLI, *Le Assicurazioni, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, [CICU/MESSINEO(a cura di)], Milano, 1973, p. 64.

13 Rotundo al afirmar STIGLITZ, *Derecho de Seguros*, I, 5ª ed., Buenos Aires, 2008 p. 242 esa percepción, esa sensibilidad, es un hecho constatable y susceptible de provocar un daño, que significa que el evento (futuro e incierto) debe portar aptitud para causarlo o que puede llegar a constituir una pérdida.

acaba traduciendo en incertidumbre, y ésta es un condicionante de la esencia misma del riesgo¹⁴.

No en vano puede advenirse como la asegurabilidad del riesgo está, inequívocamente condicionada, por la incertidumbre en la realización-verificación del evento, del hecho, del acto¹⁵. Dos características marcan al riesgo, pe- rimetran su trazabilidad, de un lado, el ser alea-



torio, de otro, la evaluación del mismo. Aleas y evaluación donde la buena fe y la intencionalidad juegan un papel crucial. Selección y anti-selección, valoración y evaluación del riesgo en aras a ser asumido total o parcialmente, o por el contrario, rechazado por la entidad aseguradora. Asunciones y exclusiones convencionales, delimitaciones positivas y negativas.

La causa que justifica el vínculo contractual no es otro que la neutralización más amplia o más relativa del riesgo. Riesgo y futuridad o hechos futuros, pues estos hechos, estos acontecimientos son inescindiblemente a futuro. No puede redimensionarse otro modo ni en otro momento, con independencia de los dos momentos en que el riesgo es configurado, el del juicio de valor sobre el riesgo, ex ante, fase precontractual y perfecta del contrato de seguro, y el del riesgo mismo, constante el seguro, se verifique o no en siniestro.

No todos los seguros ni sus ramos son igualmente de predecibles en tanto a sus riesgos como cálculo de pérdidas en caso de siniestro, significativamente los seguros de salud. El riesgo moral en el seguro de salud aumenta y presiona el coste al alza de las primas¹⁶. Ello implica inestabilidad, flotabilidad. Quid con las personas o asegurados de alto riesgo médico? Pero, ¿deben ser o estar regulados con mayor cuidado los mercados de seguros?¹⁷

El epicentro de todos estos productos, de los PRIIPs en suma, es el riesgo, ahora bien, ¿de qué o cuál riesgo estamos hablando?, ¿uno puramente especulativo?, ¿uno mixto y aderezado de componentes biográficos o demográficos cual seguro de vida y componentes puramente especulativos? Sin riesgo no hay seguro. Sin seguro el riesgo es asumido plenamente por el portador del mismo. Difícilmente puede entenderse el seguro sin el riesgo, sin la gestión y transmisión o transferencia del riesgo¹⁸. Mas, ¿cuál es el riesgo que late y recorre las fibras de este contrato? Acaso ¿es admisible una dualidad de riesgo, el de vida,

14 Véase la aportación de marcado cariz epistemológico de LOOSCHELDERS, "Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?", *VersR*, 1996, n° 47, pp. 529 y ss., p. 531.

15 Conforme, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, cit., p. 238 quien señala como la materia es (debe ser) la cobertura de un riesgo asegurable, pues lo que al tiempo del perfeccionamiento del contrato aquéllos (asegurado y asegurador) consideran es la hipótesis de la realización del mismo (siniestro).

16 Así, teorizando sobre el riesgo moral en los seguros de salud y el incremento de las primas, PAULY, "The economics of moral hazard: comment", *Am. Econ. Rev.*, 1968, vol. 58, pp. 531 y ss.

17 Véase, DIAMOND, "Organizing the Health Insurance Market", *ECONOMETRICA*, 1992, n° 60, pp. 1233 y ss., donde describen la incapacidad de las personas de alto riesgo para obtener una cobertura asequible en mercados individuales.

18 Como bien señalan ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation. Cases and materials*, 6ª ed., St. Paul, 2015, p. 1: "We live in a risky world and we are increasingly aware of it... Insurance is one method

frente al especulativo en una suerte de unión hipostática?

El seguro es riesgo, pero implícitamente es, además, transferencia de riesgo. Una transferencia gestionada. Frente a esto, estaría la asunción propia del riesgo por el portador del mismo, el self insurance¹⁹. La información no obstante puede no ser siempre suficiente. Sólo así se entiende que la posibilidad, el primero de los ejes del riesgo, repose parcialmente en el desconocimiento o ignorancia de los resultados que la verificación del siniestro puede ocasionar.

Pero el siniestro tiene un filtro, el vaivén del mercado, de la cotización y su flotabilidad o fluctuación, filtro que puede suponer la pérdida total de lo invertido y por ende, de la prestación futura de la póliza de seguro. Conviene no olvidar que en el ámbito de la ley de las probabilidades la falta de información se acaba traduciendo en incertidumbre, y ésta es un condicionante de la esencia misma del riesgo²⁰. Incertidumbre que en estos productos financieros se reduce a un eje cartesiano puro, ganancia-pérdida.

Dos características marcan al riesgo, peyoran su trazabilidad, de un lado, el ser aleatorio, de otro, la evaluación del mismo. Aleas y evaluación donde la buena fe y la intencionalidad juegan un papel crucial. Pero y en el mercado, ¿hasta dónde esa buena fe y esa intencionalidad? Selección y antiselección, valoración y evaluación del riesgo en aras a ser asumido total o parcialmente o, por el contrario, rechazado por la entidad aseguradora. Asunciones y exclusiones convencionales, delimitaciones positivas y negativas. Realidad y percepción.

La causa que justifica el vínculo contractual no es otro que la neutralización más am-

plia o más relativa del riesgo. Pero el riesgo especulativo solo se neutraliza claramente de un modo, no invirtiendo. O invirtiéndolo con una garantía de reembolso sea total o sea parcial. Riesgo y futuridad o hechos futuros, pues estos hechos, estos acontecimientos son inescindiblemente a futuro. No puede redimensionarse otro modo ni en otro momento, con independencia de los dos momentos en que el riesgo es configurado, el del juicio de valor sobre el riesgo, ex ante, fase precontractual y perfecta del contrato de seguro, y el del riesgo mismo, constante el seguro, se verifique o no en siniestro.

Quién contrata un seguro de vida vinculado o basado en productos financieros, ha de preguntarse si lo que en verdad se contrata es un producto financiero vinculado a un seguro, asume riesgos, pero también tiene intereses, siquiera, en la parte financiero especulativa, una expectativa a recuperar cuando menos, lo invertido si no hubiere otra rentabilidad. Y es esta hipótesis la de la rentabilidad y la de tratar de recuperar lo invertido en caso de su ausencia, la que ha generado no solo el conflicto sino el tensamiento dogmático y jurisprudencial de este negocio jurídico.

Y en ese afán recuperador del capital invertido no ha dudado un tomador o un asegurado o sus derechohabientes en buscar amparo judicial alegando la nulidad del contrato en base a que no contrató un seguro sino, por el contrario, un contrato de inversión pese al nomen iuris dado por la contraparte, o buscando que la suma asegurada que acaba en poder de un beneficiario revierte al caudal o masa hereditaria del de cuius, el tomador o asegurado. Hemos de precisar, además, que aparte del cuestionamiento dogmático teórico sobre todo para

of addressing these risks".

19 En este supuesto estamos ante una genuina retención del riesgo, contrapuesto sin duda a la transferencia del mismo a un profesional, a una aseguradora, por lo que la transferencia del riesgo por el sujeto expuesto al riesgo mismo del asegurador vertebró el contrato. En la literatura norteamericana destaca la obra de HUEBNER, *Property insurance: comprising fire and marine insurance, automobile insurance, fidelity and surety bonding, title insurance, credit insurance, and miscellaneous forms of property insurance*, New York-London, 1922, pp. 79 y ss.

20 Véase la aportación de marcado cariz epistemológico de LOOSCHELDERS, "Bewältigung des Zufalls durch Versicherung?", *VersR*, 1996, n° 47, pp. 529 y ss., p. 531.

Dos características marcan al riesgo, perimetran su trazabilidad, de un lado, el ser aleatorio, de otro, la evaluación del mismo. Aleas y evaluación donde la buena fe y la intencionalidad juegan un papel crucial. Pero y en el mercado, ¿hasta dónde esa buena fe y esa intencionalidad? Selección y antiselección, valoración y evaluación del riesgo en aras a ser asumido total o parcialmente o, por el contrario, rechazado por la entidad aseguradora. Asunciones y exclusiones convencionales, delimitaciones positivas y negativas. Realidad y percepción.

deslindar la naturaleza jurídica de estos contratos y aclarar qué régimen normativo es aplicable, también la jurisprudencia, no solo patria, también foránea, ha basculado y cuestionado, en ocasiones contradictoriamente estos extremos²¹.

21 Se ocupa de esta divergencia de modo extraordinario el profesor TAPIA "Noción del seguro de vida unit-linked", RES, 2018, n° 176, pp. 477 y ss., y donde dualiza entre la jurisprudencia mayor de la Sala Primera del TS que se ocupa de la naturaleza jurídica de este tipo de seguro y la jurisprudencia menor de las Audiencias y salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia y que parten de la base de calificar material civil de estos seguros ocupándose además de su distribución y cuestiones tributarias.

22 Sobre los distintos intereses y la polivalencia de este elemento véanse nuestras aportaciones en VEIGA, El interés en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el interés, Cizur Menor, 2018; VEIGA, El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato, Cizur Menor, 2018, capítulo sexto.

23 Conforme FANELLI, Le Assicurazioni, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, [CICU/MESSINEO(a cura di)], Milano, 1973, p. 64.

No obstante, de qué interés estamos hablando en estos productos, de ¿un interés al aseguramiento, cuando el seguro de vida es marginal e irrelevante en la globalidad del contrato?, ¿de un interés en el daño y el resarcimiento cuando todo se funde en la expectativa de un rendimiento que puede frustrarse? La pérdida de la inversión o del capital ahorro invertido ¿es un daño homologable al daño que conocemos en el contrato de seguro toda vez que se verifica el siniestro? ¿O tal vez de un interés pecuniario a recuperar cuando menos la prima invertida si el producto garantiza esta posibilidad aun cuando no exista rendimiento de ningún tipo?²² El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, más al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo²³. Otra cuestión es si el riesgo de inversión suplanta, equivale, se yuxtapone o simplemente complementa en un seguro sobre productos financieros al genuino pero marginal riesgo demográfico, es decir, de supervivencia o muerte de un asegurado.

Mas ¿importa este riesgo especulativo a la entidad aseguradora o solo al pechar con el mismo en toda su intensidad, al asegurado inversor? Y de qué asegurado estamos hablando, ¿acaso de un inversor profesional? ¿Nos estamos refiriendo a ese inversor profesional que se define en el art. 4.1.10 de la MIFID II o en el artículo 25 del TRLMV? O también cabe ese otro inversor no profesional sino minorista que no necesariamente será un profesional aunque puede serlo en algunos extremos? Ciertamente no todo asegurado, como también no todo inversor

minorista será mutatis mutandis un consumidor, pura y simplemente²⁴.

2.- HACIA LOS PRIIPS O LOS PARAGUAS ARTIFICIALES.

A impulsos comunitarios irrumpe un mega-concepto lo suficientemente genérico pero ambiguo a la vez que trata de dar cobertura o amparo a una suerte heterogénea de productos con un fuerte componente financiero. Los PRIIPs, un complejo producto que combina inversión con rentabilidad en función de la fluctuación del mercado. Así, el artículo 4.2 del Reglamento UE 1286/2014 definen los productos de inversión basados en seguros como todo “producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado”. Bajo la égida del mismo, caben una amalgama diversa de productos pero también de combinación de productos. Inclúyese también, dentro de lo que nosotros denominamos paraguas artificial, PRIIP, los productos de inversión minorista empaquetados. En éstos, la caracterización viene de que la suma a devolver al inversor está sujeta a fluctuaciones por la exposición a valores de referencia o al rendimiento de uno o más activos no adquiridos directamente por el inversor minorista.

Paradójico en último caso, es que no existe un numerus clausus o lista cerrada de estos productos, por lo que caben, ahora mismo en ese paraguas, a expensas de que a futuro entren nuevos productos o arquetipos diseñados por los operadores del mercado, productos tales como los fondos de inversión, productos estructurados, productos de

seguro, productos de seguros de vida con un elemento de inversión, inversiones derivadas y depósitos estructurados²⁵.

Tanto en el ámbito bancario, de valores, como en el de los seguros y, en última instancia, también en el de los fondos. Pero, ¿qué esperamos de un seguro cuando perfeccionamos el mismo? Y qué esperamos cuando el mismo y su hipotético y eventual reembolso ¿depende de las fluctuaciones y volatilidades de un mercado? Y qué ¿cuándo lo que se contrata es un subyacente a base de instrumentos financieros sumamente complejos y gestionados, o incluso diseñados o emitidos por terceros distintos a la propia aseguradora del contrato? Frente a estos interrogantes, una respuesta del legislador, un paraguas artificial que cobijase por la mínima, nociones tan amplias como las de transparencia, comprensibilidad, comparación y, cómo no, protección y tutela. ¿Qué esperamos del intermediario asegurador en su relación frente al cliente inversor también asegurado? Acaso ¿no estamos asistiendo a un paulatino pero también irreversible proceso de co-gestión de los seguros tanto en la producción como en la distribución de los contrato de seguros entre entidad aseguradora e intermediarios? ¿Qué relación fiduciaria o de deberes fiduciarios existen entre todos estos protagonistas?²⁶

Como bien se ha señalado, el seguro es una herramienta bien conocida de gestión de riesgos que aborda tres aspectos de la gestión de riesgos: evaluación de riesgos (o análisis de riesgos), control de riesgos y financiamiento de riesgos²⁷ ¿Y qué aguardamos de un instrumento financiero?, ¿por qué se contrata un seguro? Y ¿por qué un seguro versus ins-

24 Véase ALMARCHA/MUELAS/MIR, “Aspectos clave en la distribución del seguro unit-link”, [http://valiro.com/dist/eventiii/libro-blanco.pdf], pp. 1 a 25, p. 7, la distinción entre cliente profesional y cliente minorista que realiza la normativa PRIIPs.

25 Productos todos ellos a los que se exige, a raíz del reglamento 1286/2014 mayores dosis de información, transparencia y documentación. Vid. entre otros MAYORGA TOLEDANO, “La protección del inversor minorista en el Reglamento UE 1286/2014, sobre los documentos de datos fundamentales”, RDMV, 2015, n° 16, pp. 2 y ss.

26 Habla del paso de los fiduciary duties a la suitability rules, LANDINI, “Idoneidad de las pólizas vinculadas a contratos bancarios”, Banca-Seguros Experiencia internacional, [MEZASOMA/CANDIAN/BELLUCI/et.al. (Edits.)], Bogotá, 2018, pp. 257 y ss.

27 No les falta razón a HE/FAURE, “Regulation by catastrophe insurance: a comparative study”, Conn. Ins. L. J., 2018, n° 24, vol. 2, pp. 189 y ss., p. 191 cuando afirman: “Private insurance can act not only as a

trumento o producto financiero? ¿cuál es, en suma, la finalidad implícita del artículo 20 de la Directiva de Distribución cuando regula que todo contrato que se proponga “debe respetar las exigencias y necesidades del cliente en materia de seguros”? ¿estamos ante una mera y retórica declaración de principios sin recorrido de ningún tipo?



¿Qué expectativas tiene un tomador del seguro ante el contrato y el riesgo que cree asegurado plenamente, amén de la inversión en fondos o instrumentos financieros de los que espera una suficiente rentabilidad?²⁸ Piénsese además en no pocos productos en los que la rentabilidad del mismo depende de su fluctuación bursátil o evolución en el mercado de activos o valores subyacentes que

pueden haber sido emitidos y colocados en el mercado por una única empresa o sociedad mercantil, o responder a tantas como distintos sean entre sí esos valores no necesariamente homogéneos e idénticos en contenido, riesgo, perfil y cuantía. En ocasiones y desgraciadamente la práctica así lo ha atestado, la rentabilidad, en puridad, no depende únicamente de la fluctuación bursátil, sino que puede verse alterada incluso negada por circunstancias exógenas a aquélla, como puede ser la quiebra o insolvencia de la sociedad emisora de esos activos o valores²⁹.

Y a renglón seguido ¿cuál es el perfil y la estrategia de inversión que, en su caso, tiene un consumidor de seguros que contrata estos productos? ¿Y cuáles, cuando lo que contrata es un producto de seguro y financiero o especulativo sin que, a priori sea clara la naturaleza jurídica de lo que en puridad se está perfeccionando? Acaso un asegurado medio ¿es capaz de discernir en una hipotética cartera o fondo de valores o portfolio, partiendo de un valor de riesgo x , aquellos que ofrecen eventualmente una rentabilidad mayor respecto de otros activos o valores y cuáles de estos presentan una menor exposición a un riesgo o que generan un riesgo inferior?

Todo ello, presuponiendo que el asegurado, además, goza de una preselección de diferentes alternativas pudiendo escoger unos componentes de su cartera más o menos abierta, y que adoptaría lógicamente una decisión arriesgada o no, pero cuando menos racional frente al riesgo que asume. Sin embargo, en estos productos no es el inversor asegurado quién compone estos subyacentes sino la aseguradora o una tercera entidad.

form of post-disaster relief but also as a form of private regulation—a contractual device controlling and motivating behavior prior to the occurrence of a loss. Insurance is a well-known tool of risk management that addresses three aspects of risk management: risk assessment (or risk analysis), risk control, and risk financing.”

28 Clásica en la literatura norteamericana del seguro “las expectativas razonables”. Así, señala SCHWARCZ, “A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies”, *William and Mary Law Review*, 2006-2007, vol. 48, pp. 1389 y ss.

29 Acierta TAPIA HERMIDA, “Noción”, cit., p. 486 cuando comenta el supuesto de hecho de la STS de 10 de septiembre de 2014 señalando como la recuperación de las cantidades invertidas dependen no solo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono, que es una entidad diferente tanto respecto de BES como respecto del emisor del valor subyacente. El riesgo de insolvencia del emisor no está cubierto por fondo de garantía alguno.

Una composición no siempre abstractamente eficiente³⁰. Y sí serán otros motivos o circunstancias las que inclinen a aquél a realizar esta inversión, no siempre exenta de fuertes componentes o razones de índole fiscal tributaria.

Pero el gran talón de Aquiles no es otro que el déficit de información facilitada. Qué parámetros nos sirven para medir la suficiencia de esa información, la razonabilidad -concepto éste distinto de racionalidad y que ha superado ya el criterio mismo de la diligencia-. Nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 2013 como: “la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante”.

¿Qué expectativas atesora ante estos riesgos financiero-especulativos un asegurador?, pues acaso ¿es factible que a través del contrato del seguro pueda en verdad reducir el riesgo a través del control del comportamiento del propio asegurado? Todo ello sazonado con un último interrogante, máxime cuando en la distribución de estos productos participan aseguradora y entidad financiera o bancaria (normalmente pertenecientes ambas a un mismo grupo), cuál es ¿ante qué tipo de ase-

soramiento financiero deben circunscribirse empresas de servicios de inversión, entidades financieras y entidades aseguradoras?

Cuestión no baladí ni intrascendente habida cuenta que existen requisitos habilitantes y formativos para este asesoramiento profesional desde un plano subjetivo y que permiten la comercialización a algunas entidades de estos productos, pero ante todo, tratar de homogeneizar un mínimo de rigor y profesionalidad en la información que deberá trasladarse a todo hipotético inversor³¹.

Imaginemos que el comportamiento del asegurado pueda en verdad incidir en un producto financiero, por ejemplo, con el rescate, con la reducción, con el cambio de decisión en el producto o en los valores de un fondo de inversión que decide mutarlos durante la ejecución del contrato si es que el contrato permite tamaña decisión. O acaso no existen presupuestos o factores de garantía sine qua non que no solo posibilitan el seguro sino que condicionan y presuponen el riesgo mismo causal del contrato? Son los que se conocen como condiciones de garantía ante el riesgo, es decir, una serie de medidas o presupuestos preventivos que suponen un hacer o un tener y que juegan como una condición previa pero necesaria para hacerse cargo el asegurador del riesgo, ya que el asegurado debe seguir escrupulosamente los requisitos. Piénsese en el perímetro del riesgo y ciertos deberes de aminorar o prevenir aquél por parte del asegurado, significativamente en el seguro de robo.

Si esto fuere así, significaría que, una, entre las múltiples funciones que desempeña el seguro, es la de que, controlando el riesgo moral, se consigue la reducción misma del riesgo³². Pero más allá de connotaciones

30 Como bien señala HOUBEN, cit., p. 171 existen de hecho portafolios “inadatti in assoluto, a prescindere dalle esigenze del cliente, poiché non diversificati, e portafogli che, sebbene astrattamente efficienti, risultano inadeguati in considerazione del profilo di rischio e degli obiettivi di investimento di un particolare soggetto”.

31 Tras analizar la rupturista sentencia del TJUE de 21 de mayo de 2018, TAPIA HERMIDA, “Noción”, cit., p. 501 se plantea un interrogante análogo, “¿Cómo debe regirse el asesoramiento financiero en los seguros de vida e inversión (unit-link)?”, concluyendo la sentencia que resulta aplicable al asesoramiento financieros en estos seguros de vida “unit link” la normativa de distribución de seguros y no la normativa MIFID.

32 No pierden vigencia las reflexiones en este punto de PRIEST, “The Government, the Market, and the Problem of Catastrophic Loss”, J. Risk & Uncertainty, 1996, n° 12, pp. 219 y ss.

económicas, a la par que especulaciones sobre el comportamiento del portador del riesgo y la selección adversa, no cabe duda que, el riesgo, es el nervio que une a aseguradora y tomador en el contrato, si bien el tratamiento y el interés de cada uno difiere³³. Y difiere por que diferente es el motivo que cada uno atesora, como la técnica actuaria que emplea la aseguradora basada sobre todo, pero no como único elemento, en la mutualidad. Esto es, el agrupamiento de un cierto número de personas sometidas a un mismo riesgo a fin de repartir entre todas ellas las consecuencias y gravámenes del siniestro. Como también lo es el cálculo de probabilidades³⁴.

Cuestión distinta es alcanzar el equilibrio contractual, obteniendo cada parte el máximo posible de utilidad, maximizando el beneficio, aminorando o minimizando el perjuicio³⁵. Dispersarlo, que no diluirlo, es, en suma, la finalidad del seguro. Pero este no es especulación, es riesgo puro, no artificial. La bóveda del seguro es la transferencia y asunción de ese riesgo, seleccionándolo, valorándolo, analizándolo pero, sobre todo, antiseleccionando aquellos riesgos que otro, la entidad aseguradora, asumirá o por el contrario excluirá a cambio de un precio³⁶.

El seguro no aniquila el daño, sino que tolera un traslado de la carga económica por el sujeto amenazado por un evento patrimonialmente desfavorable, a otro –asegurador– que, a esos

¿Qué expectativas atesora ante estos riesgos financiero-especulativos un asegurador?, pues acaso ¿es factible que a través del contrato del seguro pueda en verdad reducir el riesgo a través del control del comportamiento del propio asegurado? Todo ello sazonado con un último interrogante, máxime cuando en la distribución de estos productos participan aseguradora y entidad financiera o bancaria (normalmente pertenecientes ambas a un mismo grupo), cuál es ¿ante qué tipo de asesoramiento financiero deben circunscribirse empresas de servicios de inversión, entidades financieras y entidades aseguradoras?

finés, ha constituido una mutualidad especialmente “preparada para absorber el riesgo de indemnización”³⁷. Es una operación de transferencia de riesgos³⁸. Más o menos simple³⁹.

33 Afirma BIGOT, *Le contrat d'assurance, Traité de droit des assurances*, tome 3, 2ª ed., Paris, 2014, p. 40 “l'assurance est préservatrice, où elle tend à préserver d'une perte éventuelle, on peut se demander s'il y a encore assurance quand la prestation versée par l'assureur n'est pas corrélée à cette perte”.

34 Sobre el cálculo de probabilidades y sus bases, FONTAINE, *Droit des assurances*, 5ª ed., Bruxelles, 2016, p. 16.

35 Muy crítico pero no exento de razón afirma FISCHER, “Why Are Insurance Contracts Subject to Special Rules of Interpretation?: Text Versus Context”, *Arizona State Law Journal*, 1992, vol. 24, pp. 995 y ss., p. 1049 cuando categórico señala: “The difficulty with insurance contracts is not with their structure or with the insurer's superior size. Nor, in the absence of a showing of substantive unconscionability, is the difficulty with the actual terms of the insurance contract. Rather, the difficulty with insurance contracts lies in the average insured's inability to appreciate fully what events are covered and what events are not covered”.

36 Traemos en este punto a colación las palabras de FONTAINE, *Droit des assurances*, 5ª ed., cit., p. 19 que argumenta: “Dans certaines branches, l'assuré doit en principe soumettre à l'assurance tous les risques de même nature qu'il court (polices globales), afin d'éviter l'anti-sélection, c'est-à-dire l'assurance des seules mauvais risques, et l'assureur se réserve encore un droit d'agrément”.

37 Vid. FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966, p. 144.

38 Sobre esta transferencia de riesgos y un análisis económico de la misma, vid., entre otros, OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida. En quanto tipo contratual legal*, Coimbra, 2010, pp. 143 y ss., donde analiza las razones de esta transferencia de riesgos.

39 Véase sobre esta teoría las interesantes reflexiones de MONTIEL ALVAREZ, *Resseguro e seguro*.

Pero cuando el seguro se basa en la volatilidad de los mercados, algo no casa con esa mutualidad, con esa absorción del riesgo. Siendo esta la pauta que define e impregna todo contrato de seguro, incluso aquellos donde la función de capitalización y financiera, amén de la de ahorro, se convierte en el nervio causal del contrato mismo. Ahora bien, en estos productos de seguro y financieros, el riesgo y el daño, a priori lo asume en toda su intensidad el asegurado inversor. Salvo aquellos productos que prevén una recuperabilidad total o parcial de lo invertido. En cierto modo no es descabellado afirmar que la aversión o la propensión al riesgo del asegurado-inversor sería proporcional al patrimonio que invierte en estos productos financieros⁴⁰.

Otra cuestión es si, con esa transferencia, las partes, ambas, alcanzan o no en un contexto claro de incertidumbre, satisfacción. La aversión al riesgo ha de entenderse, lógicamente, dentro de un perímetro de utilidades. Una utilidad esperada que minimice el impacto del coste de una prima, y una utilidad compartida y generaliza que minimice el impacto de la siniestralidad a través de una mutualidad homogénea de riesgos y sujetos⁴¹. Pero, ¿es el seguro un mecanismo eficiente y eficaz de compensación?, ¿disuade el seguro el riesgo de un modo efectivo y eficiente desde la predictibilidad y la mutualización o simplemente juega un rol de venta de riesgos y en este caso de fondos de inversión y otros instrumentos financieros que alguien compra y, en su caso, traslada a otros?, ¿existen otras alternativas que completan esta función?

No podemos soslayar que, en cierto modo, la responsabilidad objetiva, máxime en toda la aseguración de responsabilidad, cumple la función de un seguro social privado⁴².

Mas, ¿cuál cumple en estos seguros sobre productos de inversión, acaso el riesgo de una deficiente gestión y responsabilidad de la entidad gestora o de servicios de inversión ante la no rentabilidad de la operación financiera? ¿Cuál es el coste de contratar un seguro para un empresario, para un profesional, para un inversor y cuál para un consumidor o destinatario último? La filosofía que late no es otra que la de alcanzar y maximizar la utilidad marginal del dinero o el patrimonio para la persona, aquella que, precisamente está expuesta al riesgo, pero sobre todo, a los efectos dañosos (pecuniarios normalmente) sobre su esfera personal-patrimonial y donde la correlación presente y futuro es primordial. Se traslada ahorro presente para contingencias y situaciones futuras en las que se quiere evitar la pérdida patrimonial, bien sea por capacidad de ingresos, bien por hacer frente o asumir las consecuencias de un daño material o físico sobre la persona misma.

El consumidor racionalmente contrata un seguro, anticipándose a las posibles consecuencias dañosas que la verificación de un riesgo supone en su esfera privada, tanto propia como frente a terceros en caso de responsabilidad exigible. A sensu contrario, y desde una óptica económica, su decisión, racional en todo caso, aumenta su seguridad pese al coste de una prima que pueda o no trasladar en su defecto a otros. Ello no empece para que, dentro de la noción subjetiva de asegurado, la heterogeneidad sea la pauta, pues unos están mejor posicionados que otros para distribuir el riesgo. Incluso para decidir qué riesgos se reducen y cuáles no.

Si bien un interrogante que hemos de hacernos a modo de proutuario no es otro que el de plasmar e interpelarnos qué sabemos y

Punto de contato entre negocios jurídicos securitários, Porto Alegre, 2014, pp. 35 y ss.

40 Algo que lleva a HOUBEN, cit., p. 174 a matizar que como consecuencia de esta aversión y propensión al riesgo el mismo sujeto, el inversor, podría ser clasificado unas veces como inversor especulativo y otras como poseedor de un perfil conservativo.

41 Como bien apunta OLIVEIRA MARTINS, O seguro de vida, cit., p. 145 la existencia de un grado mínimo de aversión al riesgo, implica que el sujeto se dispondrá a abdicar de un valor cierto superior al valor esperado de una pérdida incierta, tanto mayor siendo su aversión al riesgo cuanto mayor sea el valor cierto del que está dispuesto a abdicar para evitar tal pérdida.

42 Así, COLEMAN, Riesgos y daños, Madrid, 2010, p. 417.

cómo de las técnicas por las que una aseguradora reduce el riesgo. Pues acaso el mercado bursátil o cualesquier otro financiero ¿reducen riesgos? Y si lo hacen, ¿de qué tipo de riesgos y para quién los reducen? Qué técnicas, qué incentivos, qué estímulos, qué exigencias acaban estipulando el comportamiento del asegurado, pero también cuáles inciden sobre riesgos que ya no dependen ni de la acción, ni tampoco de la voluntad humana⁴³. Aunque no es menos cierto que el riesgo moral presenta mayores dificultades en algunos seguros, como el de responsabilidad civil⁴⁴. Los ángulos pero también las angosturas, son múltiples, como lo es también proveer una definición de seguro⁴⁵.

Pues, ¿cómo se previene, como se mitiga y monitorea y conserva el comportamiento conductual del asegurado -potencial dañante-? ¿acaso una exposición a la responsabilidad activa un mecanismo de prevención ante el daño mismo? No cabe duda que el propio riesgo moral puede moderarse e incluso controlarse en su intensidad. Ya por mecanismos simples, pero fácticos, por ejemplo, a través de una delimitación por exclusiones del riesgo cubierto, ya por un mecanismo más técnico y simple, como es el autoseguro por parte del propio asegurado⁴⁶.

Así, el control del riesgo moral y la selección adversa exige que una parte del riesgo sea asumido por el propio asegurado, el cuál, expuesto al mismo o a las consecuencias patrimoniales del daño en una porción, modulará su comportamiento pero también su diligencia y precaución. Expuesto parcialmente el asegurado a las consecuencias del riesgo/

siniestro, autoseguro, el asegurador mitiga en parte la aleatoriedad misma del riesgo. Pero si se nos permite, ¿hasta qué punto en estos seguros/productos financieros no se produce un auténtico autoseguro donde el asegurado inversor pecha con los efectos negativos de la inversión realizada y frustrada rentabilidad?

Y eso parte de una premisa clara pero a la vez radical, conocer el verdadero alcance y contenido del riesgo cubierto. Tanto el demográfico, por irrelevante que en estos tipos de productos significa, como el de inversión. La clave de bóveda. Esto es, saber en qué condiciones está cubierto su riesgo cuando las exclusiones le permiten saber los casos particulares en los que no está. Y saber qué riesgo verdaderamente se corre en un mercado de transacciones y de volatilidades y fluctuaciones máximas. Y en esta búsqueda del saber que está cubierto y qué excluido, no pocas veces el último dictado será el de la interpretación judicial del contrato. Pues este, desafortunadamente es, aunque no siempre y tampoco no en todos sus extremos, un contrato impreciso⁴⁷.

Reducción de riesgos que, no es sino la parte objetiva de un contrato que se traslada a quién, a cambio de un precio, los asume y bajo sus condiciones de asegurabilidad y, por ende, de exclusión. Acaso no siempre es posible para la prima invertida ¿crear un portfolio de inversión más diversificado que permita y que ofrezca un mayor rendimiento y menor riesgo?

¿Qué papel juega en verdad la asimetría informativa y el riesgo moral? ¿y la eficiencia?⁴⁸

43 Véase el análisis que hace sobre las condiciones de garantía y el perímetro del riesgo real GUILLOU, "La condition de garantie et le risque", cit. [recurso electrónico]

44 Conforme HE/FAURE, cit., p. 193.

45 En este punto advierte CLARKE, *The law of insurance contracts*, London, 1997, p. 2 como "Insurance contracts are best seen (and defined, if at all) according to the angle or line of approach, that is, the context or issue before the court. With regulatory statutes, courts are concerned with the purpose of the statute, whether, for example, this is the kind of thing that parliament intended to regulate, or to encourage ... and they examine the terms of the contract in that light".

46 Inequívoco, SHAVELL, "On Moral Hazard and Insurance", *Q. J. Econ.*, 1979, n° 93, pp. 541 y ss.

47 Estos son los presupuestos de las causas de la interpretación contractual. Aciertan JERRY/RICHMOND, *Insurance law*, 5ª ed., cit., p. 125 cuando distinguen hasta tres tipos diferentes de imprecisión en las pólizas de seguro: "imprecise language, ambiguous organization; and ambiguity created by extrinsic information". In extenso, VEIGA, *Hacia una reconfiguración del contrato de seguro*, Cizur Menor, 2018; VEIGA, *Tratado de contrato de seguro*, 6ª ed., I, Cizur Menor, 2019.

48 Acierta IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Análisis económico del derecho*, Barcelona, 2011, p. 212 al analizar el

¿es eficiente un contrato si las exclusiones del riesgo desnaturalizan la causa misma del contrato?, ¿es eficiente un contrato si la conducta moral del asegurado se aleja de los estándares que tuvo en el momento precontractual y omite medidas de seguridad para salvaguardar el objeto del interés asegurado? Minimizar la posibilidad de que ocurre un siniestro supone costes, para ambas partes contractuales. Desde la eficiencia ha de buscarse que esos costes beneficios sean menores que el riesgo que suponen no aminorar la probabilidad del siniestro.

Esto nos lleva directamente al cuestionamiento mismo del grado de libertad contractual que tienen las partes y, particularmente, una de ellas: el tomador/asegurado. Pero también el asegurador dado que no todo riesgo tiene porque ser asegurado o asumido por el mismo. La asegurabilidad también se condiciona o puede condicionarse⁴⁹. Del mismo modo que esa misma asegurabilidad no es igualitaria ni siquiera proporcional para unos y otros asegurados que pueden sufrir intensidades de riesgos disímiles tanto en el momento precontractual como en el propiamente de ejecución de contrato.

No todo potencial asegurado tiene un mismo acceso o capacidad de pago y crédito para hacer frente a una prima ni todo asegurado eventual tiene y presenta ni una misma frecuencia, esencia e intensidad de riesgo, como

tampoco toda esa frecuencia se agrava simultáneamente con más o menos vigor⁵⁰. Y es que el riesgo puede ser asegurable, o no serlo por voluntad del asegurador que convencionalmente rehúsa el mismo⁵¹. Aunque también ser inasegurable legalmente. Pero también ese riesgo muta, cambia, se agrava, se diluye o desaparece totalmente modificando la intensidad causal del contrato pero también activando deberes diligentes de declararlo⁵².

El seguro avanza, innova, porque los riesgos también surgen repentinamente, fruto de la evolución tecnológica, de la innovación, de los procesos industriales, de estrategias empresariales, o simplemente de hábitos y pautas de comportamiento. Incertidumbre y probabilidad en suma. Pero medida sin duda ante la actitud de la persona, del asegurado en definitiva, frente a esa pérdida, ese riesgo que puede o no verificarse⁵³. Pero ¿hasta dónde llega ese riesgo, esa aleatoriedad, en una inversión financiera cuando el mecanismo de reembolso, si es que se produce solo tendrá cabida si hay rentabilidad en la cotización de unos valores y no se asegura una suma de capital como en un genuino seguro de vida?⁵⁴

Probabilidades que son esenciales como mecanismo técnico jurídico y el alea, pero también económico financiero de cálculo para la aseguradora, quien ha de conocer la distribución probabilística del número de eventos asegurables acaecidos en un determinado

riesgo moral, como éste significa también peligro en sentido ético y jurídico.

49 Véase en este punto la aportación de DE GRAËVE, "L'assurabilité du risque. Promouvoir une rationalisation pratique par une analyse théorique", Dossier n° 1, BJDA, 2017, [<https://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/lassurabilite-du-risque>]

50 No le falta razón en esa tricotomía ya clásica de asegurabilidad, no asegurabilidad del riesgo e inasegurabilidad que plantea de nuevo DE GRAËVE, cit., [recurso electrónico].

51 In extenso, nos remitimos entre otros a nuestro trabajo, VEIGA, El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo, Cizur Menor, 2015.

52 Cobran todo su sentido las palabras de ASTEGIANO-LA RIZZA, "La déclaration des risques en cours de contrat: entre nouvelles précisions jurisprudentielles et incertitudes récurrentes", M Dossier, n° 1, BJDA, 2017, [<https://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/la-declaration-des-risques-en-cours-de-contrat>].

53 Actitudes que llevan a los asegurados a optar respecto a ésta potencial pérdida desde un abanico de posiciones ante el riesgo, así, JERRY/RICHMOND, Insurance Law, 5.ª ed., cit., p. 10 distinguen entre el riesgo neutral el riesgo preferring y el riesgo adverso.

54 Para CASALLI, "Polizza Index Linked: applicabilità della normativa del TUF anche ante novella del 2005", Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 13074 – pubb. 16/07/2015, comentando la sentencia del Tribunal de Firenze de 25 de junio de 2015, "A prescindere dalla qualificazione come prodotti assicurativi, i contratti Index Linked, laddove le prestazioni previste siano del tutto dipendenti da uno strumento finanziario collegato all'emissione di titoli provenienti da società o da enti di non certa solvibilità, dovranno essere qualificati come finanziari".

periodo temporal, lo siniestros y las indemnizaciones ejecutadas. Epicentro y médula del contrato de seguro. Conocer, ponderar la frontera de asegurabilidad tanto en su dimensión jurídica y técnica como sobre todo, económica, en ese binomio riesgo probabilidad, se erige en la antesala basilar de todo el edificio del derecho de seguros. En su fase precontractual, en su estadio contractual, en su cobertura, sea ésta inclusiva o elusiva, en el momento siniestral.

Pero, ¿qué alea se neutralizaría en estos productos financieros, sobre todo cuando la tendencia es en cierta medida alterar la naturaleza jurídica del contrato de seguro e impregnarla de los componentes de un producto financiero? Piénsese además que no se vende o traslada un riesgo como en todo contrato de seguro hacia una aseguradora, sino que es el tomador asegurado el que asume el riesgo de la inversión, esto es, de la pérdida o ausencia de rentabilidad alguna como consecuencia de los vaivenes del mercado. El asegurado no se inmiscuye, ni consiente ni conoce cómo invierte esas sumas la aseguradora por lo que tampoco debería, a priori, asumir riesgos de una mala gestión o unos resultados negativos como consecuencia de la inversión⁵⁵. Mas ¿debe exigirse alguna responsabilidad por mala gestión al intermediario, al productos, emisor, distribuidor de esos instrumentos?

Ahora bien, son los conceptos de garantizar y asegurar, ¿términos o vocablos míméticos? ¿Cumplen una y otra funciones y responden a parámetros diferentes? O como hemos avanzado supra, ¿acaso no existen ciertas precondiciones o condiciones del riesgo de cara a la posterior contratación del contrato de seguro conforme a un hacer o no hacer por parte del potencial asegurado

que debe adoptar ciertas medidas, actitudes, cautelas o protecciones que en el fondo perimetran el riesgo tal y como la aseguradora lo aceptará?

3.- EL DIFÍCIL PERÍMETRO ENTRE EL SEGURO Y LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN.

En pocos campos como en éste, el de los productos financieros y el seguro, y cómo no, en los productos de inversión basados en seguro, -quizás solo comparable con los riesgos tecnológicos y de ciberseguridad-, se está produciendo una metamorfosis significativa tanto en el diseño como en la genética funcional del producto de seguro⁵⁶. Una metamorfosis que, sin embargo, no está exenta de buenas dosis de confusión. Es más, incluso la finalidad del contrato de seguro se cuestiona en este ámbito. A ello únase la indudable dificultad de valorar el riesgo de inversión que se realiza en estos productos⁵⁷. Pero al mismo tiempo se produce una interrelación y estrechamiento entre dos ámbitos, dos mercados, el del seguro y el de valores.

Y lo hacen tanto desde una dimensión subjetiva como objetiva no exenta de una buena dosis de armonización y homogeneización. Así, el artículo 4.2 del Reglamento UE 1286/2014 definen los productos de inversión basados en seguros como todo “producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado”. Mas qué riesgo es ese de un seguro que ofrece un valor de rescate o de vencimiento, es decir, una cantidad de numerario, expuesta al puro riesgo especulativo del mercado, ¿un juego de todo o nada, un juego de suma cero?

55 In extenso, ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 93. Incardina este fenómeno el autor italiano en la creciente tendencia de las sociedades de seguros en alterar la naturaleza de los contratos así como a la enorme difusión, en la praxis, de pólizas de vida -“indicadas”, “variables”, “rivalutabili”, las cuales asumen la fórmula de producto financiero.

56 De revolución tachaba la irrupción de algunos de estos productos en el seguro de vida PATIGNY, “Les contrats en unités de compte: une révolution pour l’assurance vie belge”, Risk, 1993, février, pp. 32 y ss.

57 Por esta vía apuntaba LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, Ass., 2007, n° 2, pp. 227 y ss., p. 228 aludiendo a los problemas relativos a la correcta evaluación del riesgo de inversión por parte del contratante a los fines de una consciente adhesión al contrato.



JIMÉNEZ MUÑIZ
— ABOGADOS —

www.jimenezmuniz.com

NUESTRO EQUILIBRIO ES FIRME

**Fuerza, confianza,
experiencia y seguridad** son
los ingredientes perfectos para
dar pasos más seguros.



Especialistas en SEGUROS
Especialistas en RESPONSABILIDAD CIVIL

Adviértase de entrada el simplista silogismo del legislador comunitario que para definir un producto de inversión basado en seguro lo hace partiendo en el significado que el mismo es un producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento. Lo adjetivo acaba sustantivándose en la definición del mismo⁵⁸. Otra cuestión será anclar su naturaleza jurídica⁵⁹.

De un lado, a través del mecanismo de tutela y protección a quiénes actúan, contratan en estos mercados, a través de la transparencia, de la evaluación del riesgo y el conocimiento del mismo por el suscriptor/tomador/inversor, de otro, objetivamente a través del producto que se negocia, comercializa y distribuye, los instrumentos financieros en un sentido, sin duda, holístico. El común denominador de estos productos pasa por el interés del legislador, sobre todo, comunitario, de prestar una mayor atención al “gobierno del producto” en todo lo atinente a idoneidad del mismo, adecuación al perfil del asegurado inversor, transparencia contractual e información eficiente⁶⁰.

Acaso ¿no estamos asistiendo lenta pero inexorablemente ante una suerte de unificación y acercamiento entre mercados a través de operadores (significativamente dentro de las empresas de servicios de inversión las entidades de crédito) y de productos? O dicho

de otro modo, acaso no se ha producido una extensión o generalización de las normas protectoras de los mercados de inversión en el consumidor/inversor hacia otros mercados en esa búsqueda de la armonización y homogeneidad protectora?⁶¹

No podemos ignorar las consecuencias diametralmente opuestas que tiene calificar y entender estos contratos como seguros o, por el contrario, como productos de inversión. Y es que el régimen y la estructura contractual así como el contenido varía considerablemente. Si estamos ante un contrato de seguro, amén de acogerse o abrigarse bajo los paraguas esenciales del riesgo y del interés, causa y objeto del contrato, estos seguros admiten la designación de una figura peculiar en todo el seguro, el del beneficiario y, por ende, perceptor último y salvo supuestos de cierta subsidiariedad atados a la imposibilidad o indignidad del beneficiario, de la suma o capital asegurado.

Algo que no cabe en los productos de inversión o contratos puramente especulativos. A ello únanse figuras tan emblemáticas del seguro como son la reducción, el rescate, el anticipo o la prenda, si bien, todo derecho es cedible salvo un explícito pactum de non cediendo y todo contrato, también de inversión

58 DE LEÓN, “Obligaciones adicionales en relación con la distribución de productos de inversión basados en seguros”, *La distribución de seguros privados*, [BATALLER/QUINTÁNS (Dirs.)], Madrid, 2019, pp. 607 y ss., p. 609 y ss., traza una delimitación del concepto tipológica afirmando con razón que se incluyen además, los seguros de vida-ahorro, pero también otros seguros como los seguros de renta en la medida en que el valor de rescate de los mismos dependa, en todo o en parte de la variación de valor que puedan tener los activos o índices vinculados al contrato de seguro como consecuencia de fluctuaciones en los mercados financieros.

59 Como bien afirma TAPIA, “Noción del seguro de vida unit-linked”, cit., p. 483 los productos de inversión basados en seguro y, por tanto, los seguros de vida unit-linked que no son sino el ejemplo paradigmático, presentan problemas regulatorios específicos y que no son predicables de los seguros en general y que afectan: por una parte, a las normas de conducta exigibles a los aseguradores e intermediarios y, por otra parte, a los flujos informativos que van desde el consumidor al productor.

60 En este punto véase LANDINI, “Idoneidad de las pólizas vinculadas a contratos bancarios”, cit., p. 260 y el análisis que hace del art. 25 de la IDD2 respecto a la distribución de productos basados en seguros y las reglas de la “Products Oversight Governance”.

61 Apunta esta vía CAMEDDA, “La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked stipulate prima delle riforme del t.u.f.”, BBTC, 2014, II, pp. 448 y ss., p. 455 que recuerda como se ha producido una extensión de las obligaciones de información y de comportamiento del artículo 21 t.u.f. y de las normas en materia de oferta al público de productos financieros para la suscripción y colocamiento de tales productos financieros emitidos por las entidades aseguradoras; categoría en las que entra indudable y expresamente las pólizas linked. Por su parte, denuncia ciertas incongruencias en esta extensión FABIANO, “La riforma della disciplina delle polizze linked nelle disposizioni del tuf e dei regolamenti di attuazione: le ragioni di una scelta”, *Dir. e fisc. ass.*, 2012, pp. 283 y ss.

CON MÁS DE 40 AÑOS DE EXPERIENCIA



Accidentes de Trabajo

Responsabilidad Patronal, Civil y Patrimonial

Riesgos Cibernéticos

Protección de Datos y Nuevas Tecnologías

Regulatorio

Líneas Financieras y D&O

**Servicios Externalizados
a Operadores de Seguros**

Otros Ámbitos del Aseguramiento

**Best Lawyers
2020**



Muñoz Arribas Abogados



No podemos ignorar las consecuencias diametralmente opuestas que tiene calificar y entender estos contratos como seguros o, por el contrario, como productos de inversión. Y es que el régimen y la estructura contractual así como el contenido varía considerablemente.

puede, en principio ser objeto de negocios limitados o de garantía⁶².

Más quizás una pregunta iniciática debería presidir el punto de partida, a saber, ¿por qué una entidad aseguradora emite o crea y comercializa productos financieros o si se prefiere, productos de seguro basados en instrumentos financieros o con un fuerte conteni-

do financiero?, ¿a qué obedece esta práctica y esta línea de negocio? Máxime cuando la entidad de la prestación no es cierta, siquiera no está predeterminada en el momento de la prestación⁶³.

La siguiente pregunta no puede ser otra que la de indagar en torno a la naturaleza jurídica de estos productos, de estos contratos, asegurativa, financiera o, incluso una posición ecléctica o mixta. La elección no será o no puede ser arbitraria⁶⁴. Máxime si perimetrarnos hasta donde llegan las responsabilidades de quienes participan en el diseño, producción, distribución y comercialización de los mismos. Si la naturaleza es asegurativa ¿hasta dónde puede responder la aseguradora en caso de insolvencia de la entidad emisora de los instrumentos financieros, pero y si la misma naturaleza es financiera, existe ese mismo grado e intensidad de responsabilidad?⁶⁵

Más allá de la naturaleza jurídica de estos productos, de saber si son o no contratos de seguro, lejos ya de marcharnos de puridad, o simplemente híbridos entre dos mercados, o una suerte de tertium genus, está también una cuestión no menor, decidir el régimen o la disciplina jurídico normativa aplicable con una transversalidad sin duda del régimen de los mercados de valores hacia los mercados de seguro e incluso bancarios y una homologación en las pautas y exigencias de transparencia y tutela al inversor-consumidor-tomador del seguro⁶⁶.

62 Referido específicamente a los seguros unit linked añade además TAPIA, "Noción", cit., p. 482 como existiría además la habilitación para celebrar seguros de vida linked a favor de las entidades aseguradoras que están autorizadas para desarrollar el ramo de vida ex art. 21 LOSSEAR.

63 En este punto véase MIOLA, Il risparmio assicurativo, Napoli, 1988, p. 43; más recientemente NAZZARO, "Le polizze linked", La banca-assicurazione, [MEZZASOMA/BELLUCI/CANDIAN et.al. (a cura di), Napoli, 2016, pp. 301 y ss.

64 Contundente, CORRIAS, "Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked; la riproposizione di un tema", BBTC, 2015, n° 4, II, pp. 457 y ss.

65 Para la sentencia del Tribunal de Roma de 11 de abril de 2011: "Qualora un contratto misto di natura finanziaria e assicurativa garantisca la restituzione del capitale investito, l'esistenza di una clausola in forza della quale la compagnia dichiara di investire la riserva matematica obbligatoria a garanzia della restituzione del capitale in obbligazioni (nella specie Lehman Brothers), non consente alla compagnia stessa di rifiutare il rimborso del capitale nell'ipotesi in cui il soggetto che ha emesso le obbligazioni divenga insolvente".

66 Resalta TAPIA, "Noción", cit., p. 482 como además de la hasta cierto punto contradictoria idea con el seguro del hecho de que el tomador del seguro asuma el riesgo de la inversión, esto obliga a extremar las cautelos regulatorias y, en especial, la transparencia en dos ámbitos claros: la gestión de las garantías financieras y



Servicios jurídicos especializados de máxima calidad en todas las áreas a las que se dedica, con especial atención a...



Responsabilidad Civil

...así como las siguientes:



Inmobiliario y Construcción



Administrativo



Marítimo



Fiscal



Procesal



Concursal



Protección de Datos



BLEC

LEGAL



Transporte



Nuevas Tecnologías



Seguro



Civil



Societario y Contratación Mercantil



BLEC

FORMACIÓN



LEGAL

**CORPORATE
ADVISORS**

No estamos ante un simple problema de hermenéutica y del lenguaje de las pólizas, sino de caracterización, de conceptualización y de naturaleza jurídica del negocio en sí, dirimida la cuál, sabremos qué régimen jurídico es aplicable⁶⁷. Como bien señala la sentencia del Tribunal de Napoli de 13 de junio de 2011: “La disciplina di tutela del consumatore prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, e trova applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, sia di contratto singolarmente predisposto.”⁶⁸

La prestación del asegurador en estos productos está ligada a la evolución del rendimiento de fondos o valores o incluso índices de los mercados financieros⁶⁹. Fondos que pueden constituirse por el propio asegurador o ser directamente de terceros y sobre los que, la aseguradora, canaliza la inversión⁷⁰. La interrelación entre los mercados financieros es transversal, hibridando productos y homologando normativas sobre los que el ángulo de la transparencia y la tutela del consumidor

vertebran las regulaciones⁷¹. Pero sin que, hasta el momento, las líneas fronterizas, de haberlas, hayan quedado claras⁷².

Qué duda cabe que, una de las grandes cuestiones que estos productos arrojan es responder a un interrogante, el del riesgo, ante qué tipo de riesgos estamos, quién asume el riesgo final; y sobre todo, quién responde por la gestión de estos productos, inclusive, cómo no, la gestión financiera⁷³.

Y es que la gestión de estos contratos de seguro de vida, o aparentemente de seguros de vida, es compleja, profesional y llena de pliegues y aristas jurídico-financieras que presentan notables interrogantes. Las dudas no alcanzan únicamente a su concepto, también a su caracterización, como a su contenido obligacional y, finalmente, al resultado. A la par, cómo no, de identificar y aclarar en su caso, ante qué tipo de negocio jurídico o contrato estamos y qué regulaciones le son aplicables⁷⁴.

Adviértase así, por ejemplo, que una póliza unit linked por mucho que sea un contrato de seguro de vida estipulado por la aseguradora, la prestación es incierta, a saber, el pago de un

la transparencia reforzada.

67 No le falta razón a FEINMAN, “Contract and claim in insurance Law”, Conn. Ins. L.J., 2018/2019, vol. 25, pp. 153 y ss., que en p. 154 va más allá de corroborar que en cada póliza de seguro estamos ante un contrato entre tomador y aseguradora, y que las disputas también entreveran un interrogante, a saber, “¿Cuándo debe leerse el lenguaje de las pólizas de acuerdo con las expectativas razonables de un asegurado y cómo son esas expectativas creadas?”

68 En este punto véase el comentario a la misma que realiza BENASSI, “Polizze index linked, doveri informativi precontrattuali, disposizioni a tutela del consumatore e clausole abusive”, Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6647 – pubb. 26/10/2011.

69 Afirma ZITIELLO, I prodotti finanziari assicurativi. Un’analisi ragionata della giurisprudenza, Milani, 2014, p. I, como estos productos financieros asegurativos son la punta de “emersione” de un fenómeno más amplio que caracteriza el mercado financiero y sus mecanismos de funcionamiento.

70 Afirma ROSSETTI, Il diritto delle assicurazioni, III, cit, p. 959 el “collegamento” entre la indemnización debida por el asegurador y el rendimiento del fondo tiene lugar con el sistema de “cuotas”. Con este sistema, la unidad de medida de las obligaciones del tomador (prima) y del asegurador (indemnización) no es el dinero, sino la “cuota” de un fondo de inversión, cuota cuyo valor está destinado a fluctuar en el tiempo.

71 Hace ya una década en esta interrelación banca-seguro y sus mercados COSTI, “I prodotti finanziari emessi dalle imprese di assicurazione”, I prodotti finanziari bancari ed assicurativi. In ricordo di Gaetano Castellano, Milano, 2008, pp. 11 y ss., p. 29.

72 Clásico GAMBINO, “Linee di frontiera tra operazioni di assicurazione e bancarie e nuove forme tecniche dell’assicurazione sulla vita a premio unico”, Ass., 1993, I, pp. 1 y ss.

73 Afirma VILRET, Droit de l’assurance-vie luxembourgeoise. Aspects contractuels, réglementaires et financiers, Windhof, 2017, p. 250 como la gestión financiera “relève de la responsabilité de l’assureur, qui est propriétaire des actifs sous-jacents à une police d’assurance-vie. L’assureur doit gérer autant d’allocations d’actifs qu’il aura d’engagements contractuels”.

74 Señala CAMEDDA, “La tutela precontrattuale dei sottoscrittori di polizze linked”, cit., p. 449 al hilo de la sentencia que comenta, como para los jueces, las pólizas index linked tienen características análogas a aquella estipuladas, de hecho y en sustancia, de un instrumento financiero.



MUSAAT, el seguro de los profesionales

Protege tu responsabilidad en el desarrollo de tu actividad profesional. MUSAAT conoce bien los riesgos profesionales, lleva más de 35 años asegurándolos con responsabilidad.

Calle del Jazmín, 66
28033 - Madrid

Tel.: 917 66 75 11
Fax: 913 83 10 51

www.musaat.es

prestación sea en capital sea en una renta, es incierta en cuanto a su entidad y no está pre-determinada ab initio, sino que dependerá de las fluctuaciones y rentabilidades del mercado de valores en que éstos coticen. Ahora bien, sí podrá existir certidumbre en supuestos en los que se garantice total o parcialmente el reembolso de la prima invertida en instrumentos



financieros, así como en la parte, ciertamente marginal o residual de riesgo demográfico que portan estos contratos para asirse a una configuración jurídica de seguro⁷⁵. Un riesgo demográfico que, en algunas pólizas llega a ser, en caso de siniestro (muerte o sobrevivencia del asegurado o Risikoträger) de tan solo el

0,1 % de la prima o del eventual rescate a que se tendría derecho.

En efecto, no tanto por la estructuración y oferta del producto en sí, de suyo complejo, cuánto por la especial exigencia y conciencia de tutela y transparencia hacia el consumidor de seguros de un lado, pero también por el análisis y anclaje de los diversos riesgos ínsitos a estos productos de otro lado, se ha avanzado tanto a nivel legal, doctrinal, -no exento de grandes contradicciones-, como jurisprudencialmente⁷⁶. Siendo dos los genuinos caballos de batalla, uno, el de configurar su naturaleza jurídica, el otro, el de decidir qué norma o normas y por tanto, qué disciplina, le son aplicables en aras a una mayor protección del tomador inversor.

Disciplina no ya del seguro, sino de los propios mercados que han de proteger al inversor consumidor y extenderse de un mercado, el financiero, al otro, el del seguro, ya de por sí, interrelacionados intrínsecamente. Sin embargo, la otra arista, la de su conceptualización, caracterización y naturaleza jurídica ha permanecido en un sombrío limbo, no obstante algunas, escasas, pero buenas contribuciones dogmáticas que han cuestionado más allá de los estándares clásicos⁷⁷.

Metamorfosis inescindible de la propia evolución y apertura o liberalización de los mercados de inversión, de la libre circulación de capitales e inversiones, del desarrollo extraordinario de regímenes fiscales que favorecen la eclosión de productos financieros y su benevolencia o tratamiento tributario que se han proyectado en productos cada vez más

75 Sobre el rol de estos productos, véase entre otros, PIRAS, "Il ruolo delle polizze Unit Linked nella previdenza complementare", *Previdenza complementare ed imprese di assicurazione*, Quaderni di giur. comm., [CORRIAS/RACUGNO, (a cura di)], Milano, 2010, pp. 116 ss.; PIRAS, "Polizze Unit al vaglio della Corte di Giustizia UE", *Resp. civ. prev.*, 2012, VI, pp. 1876 y ss.

76 Al analizar los productos de seguros de vida de última generación apela BINON, *Droit des assurances de personnes*, 2ª ed., Bruxelles, 2016, p. 128 a esa profunda metamorfosis que el seguro de vida está conociendo al hilo de los tiempos.

77 Describen estas modalidades genéricamente KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance law*, 2ª ed., St. Paul, 2017, p. 19 como: "this coverage emphasizes the separation of the portion of the premium that is used to cover the insurance protection from the portion of the premium allocated to an investment that is used to build the policy's cash value. Investments may be selected with a view to maximizing the rate of return. Many companies offer policies that allow the insured to vary both the amount and the allocation of the premiums between the insurance and the investments options".

innovadores, transversales y de mayor o menor aversión, que no exposición, al riesgo⁷⁸.

Y lo hacen hasta el punto de que hoy puede hablarse de una genuina contraposición entre productos clásicos de seguro y productos más sofisticados o de última generación donde las fronteras prototípicas de los viejos riesgos o la manera de entender éstos se diluye y prima una búsqueda de rentabilidad y exposición a volatilidades que pueden significar, en algunos casos, la pérdida de la inversión. No cabe duda que, con estos productos, productos de frontera, incluso híbridos, se produce, inequívocamente, una suerte de eclipse sobre el seguro genuino o cuando menos clásico⁷⁹. Es más, se comercializan productos sobre esta base financiera y de valores vinculados a planes de pensiones y seguro⁸⁰.

Otra cuestión sería interrogarnos sobre los por qué de esta evolución y vascularización hacia nuevos productos⁸¹; híbridos sin duda y, en las que las aseguradoras invierten partes de esas primas cuya ventura y riesgo corre solo para los asegurados salvo pactos o cláusulas bien de arbitraje, bien de bloqueo ante ciertas pérdidas, que mitigan la dilución

o pérdida de lo invertido⁸². De fases iniciales de combinaciones de productos procedentes de mercados paralelos y convergentes, hemos pasado a la creación y diseño propio de productos sumamente sofisticados⁸³.

Es innegable que en esa huida -o reinención de productos por las aseguradoras- latía, en cierto modo, el intento de encontrar satisfacción a preservar el valor real de los capitales asegurados ante riesgos tales como la inflación, la devaluación, la pérdida de valor, etc.; y empiezan a generarse una suerte de productos transversales que vinculan, mezclan, contraponen axiomas y técnicas puras del seguro, pero también de los mercados financieros⁸⁴; encajando con fórceps en no pocos casos, conceptos, estructuras, técnicas, pero con una argamasa jurídica, tanto en pólizas, condicionados, como también en ciertas pero insuficientes regulaciones legales, notoriamente débiles e incluso antitéticas, y en las que, en esos primeros momentos, desde luego, no primaba una visión tutelar de los derechos del consumidor de seguros.

Pero, ¿cuál es la causa en estos contratos?⁸⁵ El seguro de vida, no renuncia por ello,

78 Claro ALBANESE, "L'assicurazione sulla vita", *Diritto delle assicurazioni*, [FRANZONI (a cura di)], Torino, 2016, pp. 89 y ss., cuando vincula estos productos a momentos caracterizados por fases inflacionistas.

79 En este punto TARANTINO, "Caveat emptor: polizze index linked e garanzia di restituzione del capitale alla scadenza", *BBTC*, 2011, II, pp. 617 y ss.

80 Un buen estudio nos lo ofrece CAMEDDA, "Contratti di assicurazione sulla vita e previdenza complementare: i piani pensionistici individuali ti tipo assicurativo", *BBTC*, 2015, n° 5, pp. 658 y ss.

81 Trata de contestar este giro pendular LA TORRE, *Le assicurazioni*, 3ª ed., Milano, 2019, p. 439 cuando al referirse a las pólizas de vida indicadas, revalorizables y variables sostiene el modelo originario del seguro de vida descansaba sobre el cálculo de la prima y de las sumas aseguradas, realizadas en el momento de la conclusión del contrato, en base a una hipótesis de capitalización de la prima a un prudente interés predeterminado (tasa técnica) y con el efecto de dejar invariable la prestaciones contractuales, así fijadas, durante toda la relación jurídica de seguro.

82 Interesante la aproximación que ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation. Cases and materials*, 6ª ed., St. Paul, 2015, p. 333 hacen a los "annuity contract", donde se combina un producto de seguro de vida y securities de los mercados.

83 Afirmaba GALGANO, "Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario", cit., p. 92 como del uso metafórico del término "combinación" de productos en un producto nuevo, esperando la analogía reconocible entre las funciones que un programa de ahorro o previsión está destinado a desarrollar dentro del mercado financiero y la clásica función industrial de combinaciones de factores productivos.

84 En este punto, claro ZITIELLO, *I prodotti finanziari assicurativi*, cit., p. I de la introducción, cuando afirma "La innovación se abre paso con la transversalidad ... La innovación, la complejidad y la transversalidad de estos productos financieros asegurativos ha llevado a considerar de modo muy diverso categorías jurídicas que parecían vivir vidas autónomas".

85 Señalaba el maestro DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 168, a la hora de analizar el significado social de la causa, como «la causa de los contratos, de las obligaciones o de los negocios jurídicos, viene siendo uno de los grandes tópicos del Derecho privado, objeto de continuada y al parecer interminable discusión. Lo que ha traído consigo más oscuridad que luz, y que dicho concepto cobre fama de incomprendible y hasta de misterioso».

y al menos a priori, a esa doble alma⁸⁶; o dual naturaleza, la de ser un producto de seguro y riesgo demográfico y al mismo tiempo un producto de ahorro, de previsión, al menos desde la óptica del tomador del seguro, pero también, por la propia ingeniería financiera un instrumento de inversión porque así lo ha estructurado una aseguradora y en la que el riesgo y destino de la inversión puede volatilizarse dejando o reduciendo a cero la inversión realizada⁸⁷.

Pero ¿casan verdaderamente seguro e instrumentos financieros?⁸⁸ ¿Qué es y qué naturaleza tiene una póliza linked?⁸⁹ ¿Se puede seguir hablando que estos productos tienen una naturaleza propiamente asegurativa en tanto que está caracterizada por una función exquisitamente de prestación, de ahorro, o estamos ante operaciones negociales en los que el componente financiero si no prevalen-

te, sí esencial, informa y sostiene toda la operación?⁹⁰ Es que no podemos afirmar, al fin y al cabo, que el riesgo que el inversor asume en estos productos no es sino similar al riesgo que asume cuando invierte en bolsa o en acciones?⁹¹

La aseguradora por tanto, estará obligada a realizar una prestación cierta si se verifica un evento a priori incierto, correspondiente a la vida humana, y si esto es así, al menos sí se cumple la primera de esas dos almas, un producto típico de contrato de seguro sobre la vida humana que cubre el riesgo de fallecimiento, y por ende, la siguiente función, la siguiente alma, la de garantía de ahorro o previsión. Por mucho que actuarial y económicamente esté eclipsado por el segundo de los riesgos, el de inversión. Pero ¿qué ocurre con el riesgo de la inversión?, pues que no hay certeza siquiera de recuperar parcialmen-

86 Como bien se ha señalado el punto de partida incontrovertido es que una póliza de seguros es un contrato, así entre las voces más recientes, FEINMAN, "Contract and claim insurance law", p. 155 afirma: "The non-controversial starting point is that an insurance policy is a contract. The policy is created by a voluntary market transaction between the insurer and the policyholder, but like every other contract, it is made enforceable and regulated by law. Law regulates insurance policies through statutes, administrative regulations, and judicial decisions. It does so with two aims.1 The first aim is to improve the contracting process itself. This aim is concerned with improving the conditions of the many individual transactions through which insurance is bought and sold, thereby improving the insurance market as a whole".

87 Uno de los casos más conocidos en nuestra jurisprudencia es la demanda de 31 clientes al Banco Espíritu Santo y su aseguradora Tranquilidade, y que es objeto de casación ante el Supremo, en la sentencia de 10 de septiembre de 2014. En los hechos, tal y como se recogen en el Fundamento primero, entre los años 2005 y 2007, BES propuso a estos clientes realizar inversiones en productos estructurados diseñados por un comité de inversión de BES. La inversión se realiza en productos estructurados que son instrumentos financieros complejos, consistentes en bonos emitidos por una tercera entidad (Lehman Brothers Treasury Co, en unos casos, y el banco islandés Kaupthing, en otros), que es quien recibe el dinero entregado por el inversor. Su rentabilidad depende de la evolución en el mercado de unos valores subyacentes, que son acciones de empresas distintas de la entidad emisora. La recuperación de las cantidades invertidas depende no solo de la evolución del valor subyacente sino también de la solvencia del emisor del bono, que es una entidad diferente tanto respecto de BES como respecto del emisor del valor subyacente. El riesgo de insolvencia del emisor no está cubierto por fondo de garantía alguno.

88 Por esta vía ya apuntaba GALGANO, "Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario", cit., p. 94 cuando analizaba la novedad del producto mixto asegurativo-financiero en los años ochenta. Así, incide en una variable clara, a saber, conjugar la componente asegurativa y su posible subsunción dentro del concepto de "valor mobiliario".

89 Así se lo pregunta igualmente PANCALLO, cit., [recurso electrónico], cuando plantea este interrogante: "Nelle polizze linked. Prevale la componente finanziaria o quella assicurativo/previdenziale? Sin negar que ésta es la pregunta que ha alimentado el debate doctrinal

90 En este eje dual, véase entre otros, COSTI, "I prodotti finanziari", cit., p. 29; CORRIAS, "L'assicurato-investore: prodotti, offerta e responsabilità", Ass., 2011, pp. 394 y ss.

91 Por esta vía apunta la sentencia del Tribunal de La Spezia de 7 de junio de 2017 cuando afirma: "Nel contratto di assicurazione sulla vita tipo "Index Linked" in cui le somme dovute dall'assicuratore vengono direttamente collegate all'andamento degli attivi finanziari di un titolo strutturato e non è prevista alcuna garanzia di rendimento minimo quanto al rimborso del capitale versato, per l'assicurato ricorrono elementi di rischio propri di un investimento azionario, connessi all'andamento dei parametri di riferimento a cui sono collegate le somme dovute."

te la inversión efectuada⁹². ¿Sabe realmente lo que en está contratando un asegurado o un tomador con estos productos? ¿Basta con teñir el contrato para calificarlo de seguro si se garantiza el cálculo prestacional en caso de riesgo de muerte o de supervivencia actuarial y estadísticamente por parte del asegurador, por muy residual que cuantitativamente sea esta prestación respecto a las inversiones en instrumentos financieros hechas y donde las expectativas de rentabilidad no son seguras?

De otra parte, ¿qué ocurre cuando los productos financieros sobre los que recae la inversión, el monto de la prima, son escogidos o preseleccionados o incluso pertenecen a la entidad aseguradora? Para la sentencia del Tribunal de Siracusa de 17 de octubre de 2013: "Il contratto di assicurazione sulla vita (polizza unit linked) in cui la prestazione a carico della società di assicurazioni è collegata al valore di un fondo azionario interno all'assicuratore prescelto al momento della sottoscrizione, senza alcuna garanzia di esito non negativo della gestione, o di rimborso in caso di perdita totale o parziale del capitale, ha natura finanziaria."⁹³

Llegados inicialmente a este punto, estos productos responden a una causa sin embargo única o cuando menos preeminente, a saber, una causa de inversión. Quedando relegado a segundo término, tanto cualitativa como, sobre todo, cuantitativamente, la causa de garantía asegurativa⁹⁴. El tanto por cien-

to que se destina de la prima a la hipotética suma asegurada que habría que pagar en caso de supervivencia o, de fallecimiento, es marginal, cuando no irrisoria, respecto a lo que se destina a inversión especulativa.

Y esta es, a todas luces la pauta en la redacción de este tipo de pólizas, productos de seguro basados en inversiones o si se prefiere productos financieros yuxtapuestos a seguros en los que hay que interpretar en verdad, el contenido contractual de la póliza⁹⁵.

Pero, ¿puede subsistir un contrato de seguro sin alea, sin esa aleatoriedad, pese a la crisis que este carácter está sufriendo en todo el derecho contractual, y sin la previsión del seguro que, en el caso de un seguro de vida, no es sino proveer a futuro unos recursos económicos necesarios para el asegurado o para el beneficiario?⁹⁶ O dicho de otro modo, sobre qué realmente influye o actúa el alea ¿sobre un plano económico financiero o también sobre un plano jurídico-estructural?⁹⁷, ¿existe verdaderamente alea en el producto en su componente financiero inversora habida cuenta qué si la hay en el riesgo demográfico?

El riesgo de inversión, el riesgo de performance ¿tiene cabida en la aleatoriedad tradicional del contrato de seguro hoy sin embargo también cuestionada? Acaso ¿no se ha perdido o lastrado toda connotación de seguro en estos productos basculando hacia contratos de inversión -en cierto modo atípicos- y en

92 Aunque en epígrafes posteriores se analizará la naturaleza jurídica de estos productos, de suyo, complejo, defiende PIRAS, "Polizze "index linked" collegate ad obbligazioni Lehman Brothers", BBTC, 2012, pp. 73 y ss., p. 74 la naturaleza aseguradora de estos contratos si la prestación prometida por el asegurador en caso de muerte está determinada en base a un correcto cálculo estadístico del riesgo demográfico, de otro modo, el contrato no podría nunca ser calificado como seguro de vida.

93 Comenta esta sentencia SPADARO, "Polizza unit linked collegata al valore di un fondo azionario interno all'assicuratore", Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 9712 - pubbl. 14/11/2013.

94 A favor de esta causa de inversión ROSSETTI, Il diritto delle assicurazioni, III, cit., p. 987 como en muchas notas informativas o condiciones generales se declara expresamente esta causa.

95 Así, TARANTINO, "Caveat emptor", cit., p. 626 también en un caso en el que el subyacente eran obligaciones emitidas por Lehman Brothers.

96 Sobre la crisis de la aleatoriedad en el seguro, véase VEIGA COPO, Tratado de contrato de seguro, I, 6ª ed., Cizur Menor, 2019.

97 Sobre este punto, véase muy crítico, MAZZUOCOLO, "Dal contratto di assicurazione ai prodotti finanziari emessi da imprese di assicurazione", I prodotti finanziari assicurativi. Un'analisi ragionata della giurisprudenza, [ZITIELLO (a cura di)], Milanofiori, 2014, (recurso electrónico), y en donde señala que quienes defienden este criterio entienden que el riesgo económico no es, de hecho, un elemento típico del contrato de seguros, en cuanto que la incertidumbre económica entra en la llamada alea normal del contrato.

Pero, ¿puede subsistir un contrato de seguro sin alea, sin esa aleatoriedad, pese a la crisis que este carácter está sufriendo en todo el derecho contractual, y sin la previsión del seguro que, en el caso de un seguro de vida, no es sino proveer a futuro unos recursos económicos necesarios para el asegurado o para el beneficiario? O dicho de otro modo, sobre qué realmente influye o actúa el alea ¿sobre un plano económico financiero o también sobre un plano jurídico-estructural?, ¿existe verdaderamente alea en el producto en su componente financiero inversora habida cuenta qué si la hay en el riesgo demográfico?

los que no se asumen los riesgos demográficos?⁹⁸ O bastaría con que aparte de ese puro riesgo inversor o financiero una póliza linked por ejemplo, ¿asumiese incluso tangencial o

parcialmente un carácter aseguratorio toda vez que la aseguradora ofrezca una garantía de prestación vinculada a la vida?⁹⁹

Es claro que los valores sobre los que recae la inversión, las primas o prima en definitiva, puede sufrir una devaluación o disminución absoluta, otra cosa es quién peche finalmente con ese riesgo, si el inversor minorista o la compañía aseguradora¹⁰⁰. Y a sensu contrario un restablecimiento del valor del fondo o del subyacente, reforzaría y restablecería el valor de la inversión, del capital especulativo, pero no el valor demográfico que recae sobre una suma asegurada sobre la vida del asegurado.

Y no solo una depreciación, pues ¿qué sucedería si por ejemplo la entidad o empresa emitente de unas obligaciones cae en concurso de acreedores? ¿quién asume el riesgo, el asegurado, la aseguradora, quid con el propio concurso y la insinuación de créditos y su clasificación y posibilidad incluso de subordinación creditiva¹⁰¹?

Es claro que cada parte, asegurado y aseguradora persiguen y tienen sus propios intereses, unos intereses que no están exentos de oportunismo contractual, pero que, en nuestro juicio, pasan por un aspecto clave, ¿quién pecha con las consecuencias de la inversión sobre todo si ésta fracasa o lleva

98 Por esta vía apunta GAMBINO, "La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria", Ass., 2007, pp. 195 y ss., p. 197; en contra igualmente de su calificación de seguro, y enfatizando que en realidad participan de la nota de una transacción financiera en cuando a un mero "collegamento negoziale", GALGANO, "Il prodotto "misto" assicurativo finanziario", BBTC, 1988, p. 91; BIN, "Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario", Ass., 1988, pp. 135 y ss.

99 Por esta vía, la de la garantía de la prestación, apuntan autores como SABATELLI, "I prodotti misti assicurativi e finanziari", Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza, [GRIFFI/RICOLFI (a cura di)], Milano, 1997, pp. 111 y ss.; ALPA, "I prodotti assicurativi finanziari", Il nuovo codice delle assicurazioni, [AMOROSINO/DESIDERIO (a cura di)], Milano, 2006, pp. 88 y ss.; CAPRIGLIONE, "Le polizze «unit linked»: prodotti assicurativi con finalità di investimento", in Nuova Giur. Civ., 2014, pp. 426 y ss.

100 ¿Qué ocurre entonces cuando la entidad aseguradora se compromete en todo caso a restituir el capital inicialmente pagado en concepto de prima en caso de no obtener rentabilidad alguna? Este supuesto es el que valora entre otras la sentencia del Tribunal de Roma de 1 de abril de 2011. En el caso, la póliza de seguros de vida linked afirmaba: "È comunque garantito che il capitale minimo liquidabile a scadenza non è inferiore al capitale iniziale. Nella polizza questo importo è definito "capitale minimo garantito alla scadenza".

101 Destaca y no comparte TARANTINO, "Caveat emptor", cit., p. 627 como hubo algún pronunciamiento, en concreto el tribunal de Busto Arsizio, de 20 de noviembre de 2009 y en el que se produce la quiebra o insolvencia de la emisora. En esta situación, es la aseguradora que había comercializado esos productos emitidos por la empresa ahora en concurso, la que tendría la obligación indirecta de restituir al vencimiento el capital inicial invertido por el asegurado, pues tal obligación recae en vía directa sobre "Lehman Brothers Holding inc.", puesto que la insolvencia de esta última habría comportado la pérdida también del capital inicialmente invertido por el asegurado.

a una pérdida total o parcial de la inversión efectuada? ¿Y si el condicionado prevé y garantiza un mínimo de recuperabilidad llegado el vencimiento de lo invertido pese a la situación económico financiera crítica de la emisora de los valores o del subyacente?¹⁰² Mas ¿podemos hablar en todo caso de una causa mixta en estos productos? Es decir, ¿una causa previdencial y financiera, -aquella, en el campo tradicional del seguro, ésta última en la de los mercados de inversión-, susceptible y capaz de vertebrar la estructura y los caracteres de estos productos o única y finalmente estamos ante una causa puramente financiera y especulativa?

Mas ¿quién responde, acaso un seguro de responsabilidad civil del gestor de estos activos e instrumentos financieros o simplemente estamos ante una genuina obligación de medios? Una cuestión es mejorar sin duda, la deficientísima información y comprensibilidad de estos productos de riesgo financiero, bien sea a través de mayor publicidad, mayor objetividad en la información y transparencia, comprobación y evaluación de la capacidad inversora y financiera del tomador así como la de asunción de riesgos, sin caer en los ambages del formalismo estéril, y otra bien diferente, es reducir la exposición mis-

ma al riesgo de inversión y su resultado a la hora de la liquidación final del producto¹⁰³.

Ahora bien, porque denominemos a un producto como seguro, ¿necesariamente y por efecto del nomen iuris, estamos ante un genuino producto de seguro?¹⁰⁴ Es indudable que el eje sobre el que estos productos se asientan es hoy, la información, la transparencia, el conocimiento del producto, máxime entre tomadores minoristas o consumidores. Saber qué producto contratan, qué coberturas y sus límites, qué es lo que verdaderamente se asegura, pero sobre todo, qué es lo que no se asegura, que obligaciones existen para ambas partes, qué se paga, cuánto y a dónde va destinada esa prima, cuando comienza y termina la cobertura, etc., son ejes cardinales y que, en último caso, van a permitir deslindar las fronteras de este producto y saber ante qué estamos. Amén de saber con certeza, ¿qué prestación promete en suma un asegurador que comercializa estos productos?¹⁰⁵

Es que acaso un seguro ¿es un instrumento financiero o un valor negociable?¹⁰⁶ Máxime en productos híbridos y compuestos como éstos donde a efectos de capitalización la parte de seguro genuina es exangüe comparada con la de inversión¹⁰⁷. No hay en

102 Este fue el caso y la postura del Tribunal de Roma en su sentencia de 1 de abril de 2011, www.ilcaso.it, en una póliza de vida index linked referenciada a títulos de Lehman Brothers, para el tribunal: "Il fatto che una polizza vita sia garantita da una obbligazione (nella specie Lehman Brothers) al cui andamento sia anche legata la rivalutazione del premio, non esime la compagnia emittente dal pagamento alla scadenza quanto meno del premio qualora il contratto preveda un capitale minimo garantito costituito da quanto versato dall'assicurato."

103 Véase la contribución de PARLEANI, "Le règlement "PRIIPs", ou le formalisme au secours des investisseurs et du marché", RGDA, 2015, pp. 231 y ss.

104 No le falta razón a ALBANESE, "L'assicurazione sulla vita", cit., p. 97 cuando afirma que el hecho de que una de las partes sea una aseguradora y denomine al contrato como contrato de seguro, de por sí, no es suficiente para atribuir al contrato mismo naturaleza asegurativa cuando, en substancia, se trata de un producto prevalentemente financiero. SANGIOVANNI, "La Cassazione sull'equiparazione delle polizze unit linked a strumenti finanziari", Corriere giur., 2013, pp. 770 y ss.

105 En este punto, señalaba GALGANO, "Il "prodotto misto" assicurativo-finanziario", cit., p. 95 como la prestación del asegurador, que promete un capital o una renta a una fecha de vencimiento, no se agrega pura y sencillamente a la prestación de la sociedad de gestión del fondo, sino que se funde en una "utilità" o "producto" nuevo, distinto tanto de la primera cuanto de la segunda.

106 Ya se pronunciaba sobre esa relación seguro de vida y producto financiero, NESI, "Assicurazione vita e prodotti finanziari", Assicurazioni, 1985, I, pp. 493 y ss.; también CASSELLI, "I rapporti fra banche e assicurazioni", Assicurazioni, 1996, I, pp. 403 y ss.; Apuesta por referenciar estos productos bajo un paraguas más genérico y amplio de contratos innominados de inversión. GAMBINO, "La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice bancaria ed assicurativa", Assicurazioni, 2007, pp. 197 y ss.

107 Advierte con razón ROSSETTI, Diritto, III, cit., p. 965 que estamos ante una cuestión no puramente

la inversión un riesgo demográfico certus an, incertus quando como en el seguro de vida, sino la mera expectativa de que lo invertido



produzca una determinada rentabilidad. Si falta el riesgo demográfico, falta la aleatoriedad

del seguro, sin que ésta sea sustituible en su funcionalidad, por una pretendida aleatoriedad en los mercados de inversión. La causa de este contrato es extraña a la causa tradicional y pautada que existe en un contrato de seguro¹⁰⁸. Pero nada asegura ni tampoco garantiza la conservación íntegra del capital invertido en instrumentos financieros¹⁰⁹.

A ello ha de unirse una variable más, la sofisticación y, por tanto, complejización disimulada de estos productos, de estos empaquetados, exponencial al riesgo que verdaderamente se asume con la inversión. Frente a riesgos de vida, irrumpen los riesgos de inversión¹¹⁰. Pero ¿han de subsistir ambos simultánea y yuxtapuestamente o, por el contrario, pueden vivir el uno de espaldas al otro?¹¹¹ Frente a la gestión de un mero contrato tradicional, un contrato administrado, a veces simplificado, donde la prima se invierte en instrumentos financieros de los mercados, permitiéndose incluso el trasvase de fondos de euros a fondos de unidades de cuenta¹¹².

Una complejización que nada tiene que ver con el alea asegurativa, pero sí, con el

dogmática, dado que el encuadramiento de las pólizas linked entre los contratos de seguros en lugar de entre aquellos financieros depende de la individualización de las normas aplicables.

108 En este punto ALBANESE, "L'assicurazione", cit., p. 96 afirma como ahora la prestación del asegurador no está ligada a un evento atinente a la vida humana, sino al valor de los instrumentos financieros asumidos como referencia, siendo irrelevante el nomen iuris del contrato, al no ajustarse a una causa estricta de seguro, y siendo aplicables las normas relativas a la intermediación financiera.

109 Traen a colación ABRAHAM/SCHWARCZ, Insurance law and regulation. Cases and materials, 6ª ed., cit., p. 334 el caso VALIC 359, U.S., 65 and SEC v. United Benefit Life Ins. Co. 387 U.S 202 (1967).

110 Ahora bien, frente a estos seguros donde la componente inversora especulativa es nerval a todo el producto, existen igualmente otras categorías de seguros de vida tales como los long-term care insurance, los credit life insurance, los industrial life insurance, los participating and non-participating life insurance, los mutual life insurance, etc., en los que poco a poco se van estirando los conceptos estrictos de puros riesgos demográficos a combinaciones, en ocasiones tímidas y muy parciales, con otros productos de los mercados. Vid, JERRY/RICHMOND, Insurance Law, cit., pp. 37 y ss.

111 No es casual este interrogante. Desnudo o ausente el componente seguro de vida, riesgo de vida, el producto se cae en su dimensión asegurativa para ser un mero y simple producto financiero especulativo, pero ¿y la causa? Como bien se ha afirmado a raíz de un pronunciamiento categórico de la Casación francesa de 23 de noviembre de 2004, Sala mixta, ROUMÉLIAN, "Le risque en assurance vie", Dossier n° 1, BJDA, 2017, De certaines évolutions sur le risque en assurance, [<https://bjda.fr/les-dossiers/dossier-1/le-risque-en-assurance-vie/>].

112 Un buen ejemplo explicativo lo encontramos en una entidad financiera tal como Credit Lyonnais, que en su web explica la diferencia entre elegir una póliza de seguro de vida en euros o en unidades de cuenta, así, [<https://www.lcl.fr/assurance-vie/types-de-contrats-assurance-vie>]. No puede perderse de vista que, en la práctica de estos seguros, casi todos los contratos vinculados a la unidad son contratos "multiactivos" que combinan: un fondo en euros (con las mismas características que los contratos en euros), y unidades de cuenta con varios perfiles de riesgo y rendimiento: mercado de valores, mercados de bonos, fondos diversificados, garantizados o protegidos, acciones o acciones de empresas inmobiliarias, etc.

alea financiera de los propios productos en sí, que no son otros que los de las fluctuaciones, variabilidades y volatilidades de los propios mercados y sus cotizaciones o variaciones de valor pecuniario¹¹³. Mas eso sí, el riesgo último, esto es, el riesgo asociado al resultado de las inversiones no está a cargo del asegurador, sino del asegurado. Téngase en cuenta que para esos riesgos de inversión a través de la capitalización de aquélla difícilmente tiene anclaje la aplicación del cálculo de probabilidades ni la ley de los grandes números y estadísticas utilizadas por el asegurador¹¹⁴.

Así las cosas, el hecho innegable de la naturaleza financiera de productos tales como las pólizas unit linked no impide que, sin embargo, los mismos sean considerados como contratos de seguro¹¹⁵. Pero ¿en verdad lo son? Mas, ¿puede considerarse tal producto en puridad como contrato de seguro cuando el peso y el espacio a un riesgo puramente demográfico y, por ende, atinente al devenir de la vida misma, es totalmente marginal, cuando no insignificante en la configuración del producto denominado seguro de inversión?¹¹⁶

El contrato de seguro que subyace en un producto de inversión es concebido en estos productos como factor y exponente genuino de inversión especulativa más que de ahorro seguro y cierto. Pero ¿muta el seguro en un producto genuino de inversión financiera? ¿pervive en su naturaleza pese a combinar o verse incluso superado por ese componente mayor de inversión? ¿o estamos ante categorías y contratos funcionalmente divergentes pero que se interseccionan por ciertos intereses?¹¹⁷

Se ha basculado de aquella primigenia función social de ahorro y genuina asistencia y previsión social para la familia o el propio asegurado a productos, nuevos productos, donde la base de la rentabilidad dependerá de la fluctuación de valor de otros subyacentes vinculados a aquél producto bajo la aguja y el hilo de ofrecer a priori, un contrato de seguro. Y si así son las cosas, ¿podemos hablar en realidad de un genuino producto de seguro homologable a otros? Pero una máxima es clara, sin alea, no hay contrato de seguro, ahora bien, ¿de qué alea hablamos? ¿la propiamente aseguraticia, o la especulativa-financiera?¹¹⁸

113 Sobre los contratos “multisupports”, véase en la doctrina francesa, BIGOT, “Règles particulières à certains contrats”, *Traité de droit des assurances. Les assurances de personnes*, Tome 4, Paris, 2007, pp. 489 a 491. Destaca BINON, *Droit des assurances de personnes*, cit., p. 134 como las propias aseguradoras han desarrollado progresivamente mecanismos destinados a reducir el alea financiera inherente a los seguros de vida de la “branche 23”, bien sea a través de sistemas de cliquets o de estructura de escalera, así como generando productos “multi-soportes” que se asientan sobre una combinación de la “branche 21 y de la branche 23”.

114 Afirma CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle polizze linked: la riproposizione di un tema”, cit., p. 459 como “l’impermeabilità della misura della prestazione dell’assicuratore all’accadimento dell’evento, in altri termini, non solo affievolisce il nesso tra bisogno economico e risorsa assegnata per la soddisfazione dello stesso, ma, soprattutto, fa sì che l’assicurato realizzi le esigenze previdenziali tutelate dalla legge, non a costo parziale, ma a costo pieno, ossia acantonando presso l’impresa le stesche secondo il meccanismo proprio del risparmio”.

115 Así, ALBANESE, “L’assicurazione sulla vita”, cit., p. 93 en nota a pie n° 8 hace un recorrido legislativo sobre la indudable naturaleza financiera de las linked life policies.

116 Este ha sido el supuesto que late en la sentencia del Tribunal de Milán de 16 de abril de 2015, n° 30127, y en el que la póliza unit linked, objeto de la controversia, con una duración de ocho años, y con prestaciones ligadas al valor de las cuotas de un fondo accionario, con exclusión de la garantía de restitución de la íntegra prima satisfecha, venía caracterizada porque el riesgo demográfico, definido como “mínimo” -ya en la sentencia de instancia-, pero era en realidad era considerado como irrelevante, dado que, en caso de muerte del asegurado, era prevista una prestación superior de solo 0,1 %, respecto a aquella debida en caso de rescate anticipado o al vencimiento del contrato.

117 Evocativo el título del trabajo de ROUHART, “Assurance vie ou pur produit de placement?”, *Act. Fisc.*, 2002, n° 16, pp. 5 y ss.

118 Esto lleva a plantear a LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14ª ed., cit., p. 756 como un nuevo “défi” se presenta para los seguros de vida en su dimensión de inversión financiera aseverando: “les contrats les plus sûrs (contrats en euros) reposant sur des placements des assureurs essentiellement



...en materia de RC

A) RC DE LA ADMINISTRACIÓN

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO URBANÍSTICO

Sentencia del Tribunal Supremo 169/2021, de 10.02.2021

Ponente: Sra. Huet de Sande

Guillermo Escobar Roca
Catedrático (A) de Derecho Constitucional

1.- INTRODUCCIÓN

La sentencia es relevante por su distinción, clara en el caso, entre la responsabilidad administrativa derivada de incumplimiento de contrato y la clásica responsabilidad patrimonial, que es la que solemos analizar en esta Sección de la revista.

2.- SUPUESTO DE HECHO

Durante la vigencia del PGOU de Marbella de 1986, el Ayuntamiento firma un convenio con la recurrente, cuyo objeto es modificar las características urbanísticas de una parcela de su propiedad, cambiando su calificación para obtener un notable incremento de edificabilidad, modificación que el Ayuntamiento se comprometía

a realizar mediante la revisión de dicho PGOU. A cambio, se convenía una compensación económica sustitutiva del deber de cesión a la Administración del 10% de aprovechamiento medio, que se concretaba en el 10% del incremento de edificabilidad pactado y que se haría efectiva por la recurrente en plazos sucesivos. Algunas de estas cantidades fueron efectivamente satisfechas por la interesada, pero la modificación del planeamiento pactada no llegó a reflejarse en el PGOU definitivamente aprobado en 2010.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La cuestión central es si mediante RC de la Administración, y en concreto a través del art. 35 a) del

TRLS de 2008, se puede exigir la devolución de las cantidades entregadas en virtud de un convenio urbanístico de planeamiento incumplido por la Administración, y ello sin necesidad de instar previamente su resolución. La recurrente concreta el daño en las cantidades que entregó a la firma del convenio y en los perjuicios ocasionados por los años en que la parcela estuvo paralizada debido al incumplimiento de lo pactado.

El TS comienza perfilando las diferencias entre dos tipos de RC: en la contractual se parte de un vínculo jurídico previo entre la Administración y el particular, generado por el haz de derechos y obligaciones que supone el contrato, que determina el nacimiento de RC

por los perjuicios que su incumplimiento provoca; en el segundo, no existe vínculo previo entre la Administración y el particular, y el deber de indemnizar surge de la mera actuación, en sentido amplio, de la Administración generadora de un daño en las condiciones que la ley prevé, es decir, la Administración debe indemnizar sin que exista ninguna relación obligatoria previa que le vincule con el particular. De esta dualidad de origen deriva el TS que ambos tipos de RC estén sujetas a su propio régimen jurídico, la contractual, a la legislación de contratos del sector público, y la extracontractual. Cuando, como es el caso, la RC que se reclama deriva de una relación jurídica contractual preexistente que tiene su medio específico de resarcimiento, es este régimen el que habrá de seguirse.

La naturaleza del convenio de planeamiento resulta clara en la previa jurisprudencia del TS: a) se trata de una figura de carácter contractual, más precisamente de un contrato-convenión, sustentado en el principio de libertad de pacto; b) la potestad de planeamiento es indisponible por vía contractual y estos convenios no vinculan al planificador, que conserva intacta su potestad discrecional; a través de estos convenios no puede la Administración disponer de la potestad de planeamiento que, como función pública que es, ha de estar siempre destinada a satisfacer el interés general; c) cabe RC en caso de incumplimiento de los convenios.

La potestad de planeamiento, reitera el TS, ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible. La falta de cum-

plimiento por la Administración de los convenios urbanísticos tendrá consecuencias indemnizatorias si concurren los requisitos para ello.

Este régimen jurídico propio de la relación contractual en cuyo seno se ha originado el daño por el que se reclama (en definitiva, las normas reguladoras de la contratación administrativa y la doctrina general del contrato) quedaría eludido si se atendiera a la pretensión de la recurrente de encauzar su petición resarcitoria derivada del incumplimiento de un convenio a través de la acción de responsabilidad patrimonial sin instar previamente su resolución, con un doble efecto pernicioso: a) se evita analizar la licitud de la relación jurídica contractual por cuyo incumplimiento se reclama, y ello impide que puedan entrar en juego y ser debidamente ponderadas cuestiones esenciales para valorar la RC de la Administración, tales como que se encuentre debidamente justificada la finalidad de satisfacción de los intereses generales y, en definitiva, la licitud de su causa; b) al pretender exigirse la devolución de las cantidades entregadas en virtud del convenio a través de la responsabilidad patrimonial sin instar previamente su resolución por incumplimiento al amparo del régimen de los contratos administrativos, se impide analizar la concurrencia de uno de los requisitos esenciales de la res-

ponsabilidad patrimonial, a saber, la antijuridicidad del daño, la cual no puede valorarse si previamente no se analiza la licitud misma del convenio a cuyo incumplimiento se atribuye el daño reclamado.

Por tanto, en las circunstancias del caso, el TS concluye negando la posibilidad de reclamar por la vía de responsabilidad patrimonial de la Administración la devolución de las cantidades entregadas en virtud de un convenio urbanístico de planeamiento en caso de incumplimiento del mismo sin instar su resolución.

La STSJ de 25 de marzo de 2019, recurrida en este pleito, se ajusta a la interpretación anterior, por lo que es confirmada por el TS.

4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADA

CC, art. 1.255. Ley 13/1995 (LCAP), arts. 4, 5.2 y 7.1. Ley 30/2007 (LCSP), art. 19. TRLCAP (RDLEG 2/2000), arts. 5.2 y 7. Ley 30/1992, art. 139. TRLS de 2008, art. 35 a). TRLCSP (RDLEG 3/2011), art. 19.1. Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, art. 25. LSP. arts. 47 y ss.

SSTS de 21 de septiembre de 1991, 13 de febrero de 1992, 18 de marzo de 1992, 23 de junio de 1994, 15 de marzo de 1997, 3 de abril de 2001, 18 de enero de 2005, 28 de marzo de 2011, 4 de abril de 2019 y 29 de enero de 2020.

CONCLUSIÓN

No se puede reclamar por vía de responsabilidad patrimonial la devolución de las cantidades entregadas en virtud de un convenio urbanístico de planeamiento; en caso de incumplimiento del mismo, debe instarse su resolución.

RESPONSABILIDAD POR INCONGRUENCIA OMISIVA COMO ERROR JUDICIAL

Sentencia del Tribunal Supremo 108/2021, de 28.01.2021

Ponente: Sr. Merino Jara

1.- INTRODUCCIÓN

El caso es relevante, pues viene a admitir, si se argumenta bien (y el TS elogia al abogado, lo que no es habitual), que una incongruencia omisiva (aunque no se llama así en la sentencia, es evidente que la AN la cometió) da lugar a RC de la Administración de Justicia, si bien en esta ocasión solo como presupuesto, pues el justiciable debe después acudir al procedimiento correspondiente para exigir la indemnización.

2.- SUPUESTO DE HECHO

La Administración tributaria, por Resolución de 19 de noviembre de 2008, sanciona a Purificación con 6.053 euros, por emitir facturas con importes falseados. El TEAR de Castilla-La Mancha estima parcialmente su recurso el 24 de octubre de 2012, en resolución confirmada por el TEAC el 23 de octubre de 2014. El 24 de mayo de 2015 se notifican a Purificación nuevos acuerdos sancionadores dictados en ejecución de la resolución del TEAR de Castilla-La Mancha, sustitutorios de los anulados. Purificación recurre a la AN, la cual por sentencia de 4 de mayo de 2017 señala: “ningún pronunciamiento puede realizar esta Sección en este proceso en relación con

la legalidad y la concurrencia del requisito de la culpabilidad de la recurrente en la comisión de la infracción que se ha sancionado por la Administración tributaria a la recurrente, toda vez que dicha sanción se ha anulado por el TEAR de Castilla-La Mancha en la resolución dictada en fecha 24 de febrero de 2012”.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Purificación reclama RC por error judicial de la SAN, por considerar que esta estaba obligada a pronunciarse sobre el fondo puesto que lo que la resolución del TEAR de Castilla-La Mancha decretó fue la sustitución de los acuerdos recurridos por otros distintos. No conforme con ello, Purificación recurrió ante el TEAC, y seguidamente ante la AN, y en ambas instancias contra las dos liquidaciones y contra las dos sanciones.

Se queja Purificación de que la AN dejó sin contestar parte de las pretensiones sometidas a su consideración en el procedimiento, cosa que no hizo el TEAC. Concretamente en lo relativo a los acuerdos sancionadores se produce un silencio judicial cuyo efecto provoca una consolidación del acto adminis-

trativo sancionador, donde paradójicamente no hubo el mínimo pronunciamiento judicial, aunque sí lo hubo del TEAC, consciente del verdadero sentido del pronunciamiento del TEAR de Castilla-La Mancha. Señala Purificación que la AN no contiene ni una sola mención ni a las actas de disconformidad de los acuerdos sancionadores ni a los acuerdos de imposición de sanción, rechazando de facto el juzgar la cuestión y por ende responder a sus pretensiones.

EL TS comienza recordando la normativa y su propia doctrina sobre RC por error judicial. Según ésta, en síntesis: a) el objeto de este tipo de procesos son las concretas resoluciones judiciales a las que se imputa el error, no la controversia o litigio decidido por ellas; b) su finalidad es determinar si hubo en esas resoluciones un abandono o ignorancia del ordenamiento jurídico que quepa calificar de indubitada, falta de lógica o arbitrariedad; c) los elementos de conocimiento que han de utilizarse para este específico enjuiciamiento son los obrantes en las propias actuaciones procesales en las que se dictaron las resoluciones judiciales pretendidamente erróneas.

En relación con el supuesto de hecho, el TS se limita a afirmar que Purificación, en diversas instancias, puso de manifiesto con claridad la existencia de un error que cabe calificar de patente, indubitado, incontestable y determinante. La Sentencia concluye así sin más declarando el error judicial, pero solo como requisito previo a la eventual pretensión de RC a ejercitar, en su

caso, contra el Estado. La pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusividad finalidad de constituir presupuesto inexcusable, junto con la sentencia dictada en proceso de revisión, de una ulterior acción resarcitoria, por RC del Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error se vea alterada o modificada por una declaración de existencia en la misma de error judicial.

4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADA

CE, art. 121. LOPJ, arts. 61, 292 y 293.

SSTS de 7 de abril de 2000, 8 de mayo de 2000, 9 de abril

de 2002, 4 de julio de 2005, 4 de mayo de 2017, 22 de marzo de 2018, 5 de marzo de 2019 y 392/2020.

CONCLUSIÓN

La falta de respuesta judicial a las pretensiones del recurrente incurre en arbitrariedad y error judicial y debe ser indemnizada, pero según el procedimiento previsto en la LOPJ.

B) DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

CASO FARIÑA: INEXISTENCIA DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL HONOR DEL DEMANDANTE POR LAS MENCIONES SOBRE SU PERSONA CONTENIDAS EN UN LIBRO SOBRE LA HISTORIA DEL NARCOTRÁFICO GALLEGO.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 29/2021, de 25 de enero de 2021.

Ponente: Sra. Parra Lucán.

Prof. Dr. Juan Alberto Diez Ballesteros
Profesor Titular de
Derecho Civil
Universidad de Alcalá

1.- INTRODUCCIÓN

Esta sentencia resuelve el conflicto planteado por una persona que consideraba vulnerado su derecho al honor por las menciones que se efectuaban sobre él en el conocido libro Fariña vinculándolo con el narcotráfico gallego.

Como se ha recogido ampliamente en los medios de comunicación, en su momento un juzgado ordenó el secuestro de dicho

libro como consecuencia de la demanda interpuesta por un antiguo alcalde de una localidad gallega contra los editores y el autor del libro. Según estos medios de comunicación, como consecuencia de esa solicitud de secuestro el demandante ha sido posteriormente condenado a indemnizar al autor y a la editorial del libro.

El Tribunal Supremo se pronuncia en esta ocasión sobre la supuesta vulneración del dere-

cho al honor alegado por el aludido en el libro en el que se le vinculaba con el narcotráfico en Galicia. Como se verá a continuación, el Tribunal Supremo mantiene el criterio desestimatorio de las sentencias de primera y segunda instancia basándose fundamentalmente en la veracidad de las afirmaciones contenidas tanto en el libro como las efectuadas durante la difusión del mismo.

2.- ANTECEDENTES DE HECHO

En el libro Fariña, publicado en 2015, se incluye una nota a pie de la página 234 en la que se afirma lo siguiente: «Según contó años después “o Piturro” entregó los 300 kilos que se habían salvado a “tres fulanos que no eran gallegos”. Metieron la carga en un coche y se largaron de allí». «El coche, tal y como describiría la investigación años después, estaba a nombre de XXX, alcalde de O Grove, afiliado al PP (otro más) y procesado en 2001 por un alijo de dos toneladas de cocaína».

Asimismo, en la página 242 párrafo segundo de dicha obra se dice: «Aquel junio de 1991, Orbaiz Picos se ofreció al Cartel de Cali para traer 2.000 kilos de cocaína, lo hizo a través de XXX, alcalde de O Grove por AP en 1983 y 1991 (este último año ganó con mayoría absoluta, después de haber sido acusado de narcotráfico, aunque duró dos días en el cargo), quien aceptó la propuesta y se puso en contacto con Obdulio “o Carallán”, al que ya conocemos de su época como colaborador de “Sito Miñanco”. Diez años más tarde, en 2001, Garzón los procesó a todos».

Además, en diversas entrevistas realizadas en la radio durante el proceso de lanzamiento y difusión del libro, el autor del mismo se refirió al posteriormente demandante, antiguo alcalde del municipio gallego mencionado y aludido en los términos citados, diciendo que había sido condenado por narcotráfico, que era narcotraficante.

Ante esta situación, el aludido en el libro y en las entrevistas interpuso demanda contra el autor y la editora del mismo. En esa demanda consideraba que se había producido una vulneración de su derecho al honor y se solicitaba, entre otras peticiones, una condena solidaria a una indemnización de 500.000 euros, así como a retirar de futuras ediciones del libro Fariña cualquier mención a su persona en relación con la atribución de la comisión de hechos delictivos.

Según el demandante, se le atribuía la propiedad de un coche en el que se decía que se trasladaron 300 kgs. de droga, lo que era totalmente falso. Además, se le atribuía formar parte del Partido Popular, del que nunca había sido militante, o que se había presentado a la alcaldía por ese partido. Por otra parte, aunque estuvo procesado en dos ocasiones por delitos relacionados con el narcotráfico, en ambos casos se determinó su inocencia con respecto a la comisión de los hechos que se le imputaban, si bien en uno de los procedimientos se le había condenado en primera instancia.

El juzgado desestimó íntegramente la demanda, basándose fundamentalmente en la veracidad de las manifestaciones contenidas en el libro y realizadas ante los medios de comunicación, destacando la labor de investigación realizada por el autor y su apoyo en sentencias y procedimientos en los que estuvo envuelto el demandante. Pese a que las afirmaciones que se realizaban no eran totalmente exactas, las manifestacio-

nes sobre el actor eran veraces, no se realizaron con intención de denigrar o difamar, y quedaban amparadas por el derecho a la libertad de información. La Audiencia desestimó todos los motivos del recurso de apelación interpuesto por el demandante indicando que debía prevalecer el derecho a la libertad de información de los demandados.

El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la parte demandante.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El demandado recurre ante el TS interponiendo recurso por infracción procesal y recurso de casación.

El primero de ellos se basaba en el artículo 469.1.3º LEC y denunciaba la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determina la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Se recurría concretamente la admisión como prueba de determinados documentos presentados por la parte demandada con posterioridad a la audiencia y que deberían haber sido inadmitidos por extemporáneos, según el recurrente.

El TS considera que no concurren los requisitos legales y jurisprudenciales para entender vulnerado el derecho a la defensa del recurrente, pues no se había producido una situación de indefensión. La aportación de los documentos a que se refería el recurrente fue aceptada

por el juzgado de plena conformidad con lo dispuesto en el art. 426.5 LEC, al considerar acreditado de manera razonable que los demandados habían tenido conocimiento de los mismos con ocasión de la obtención de nuevos documentos como consecuencia de la trascendencia de la medida cautelar solicitada del secuestro del libro. Se trataba de documentos de carácter complementario que no alteraban el planteamiento de la defensa de los demandados, centrada en la veracidad de las manifestaciones vertidas sobre el demandante por su implicación en diversos procedimientos judiciales. Además, el TS estima que «no se advierte de qué modo la admisión de la referida prueba pudo producir indefensión en el demandante ahora recurrente, que tenía conocimiento de su existencia desde el momento en que tuvieron lugar los actos policiales, judiciales y procesales a que se refieren» al tratarse varios de ellos de declaraciones del propio recurrente antes los juzgados y tribunales. Además, el mismo recurrente «centra su argumento en la negligencia de los demandados, que pudieron extender su labor investigadora a los sumarios de las sentencias aportadas por el propio demandante, e insiste en que eran sobradamente conocidos los datos completos de los procesos que pusieron fin a las diligencias instructoras llevadas a cabo por la Audiencia Nacional de las que proceden los documentos que considera extemporáneamente acompañados». Ello, en definitiva, confirma que, en el caso, «en atención a

las circunstancias, no había existido indefensión alguna».

También se rechaza el recurso de casación que se basaba fundamentalmente en dos argumentos: en la aplicación indebida del artículo 18.1 CE al no haberse garantizado su derecho al honor; y en la infracción del derecho a la libre información (artículo 20.4 CE), ya que dicho derecho tiene su límite en el respeto a los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

Según el recurrente, aunque se tratase de una información de interés general, faltaba el requisito de la veracidad de la información pues se omitió deliberadamente su absolución por los hechos relatados en el libro, indicando, además que era alcalde del PP, lo que no era correcto. Aunque fue condenado por un delito de blanqueo de capitales, eso no lo convertía en narcotraficante. Además, en las afirmaciones sobre su persona se vulneraba la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, ya que cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos a una persona, la exposición de hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas y no se justifica la imputación al criticado de hechos no veraces.

Estos motivos son rechazados por el TS. En primer lugar, el TS comienza delimitando los derechos que podrían plantear un conflicto con el derecho al honor en el caso enjuiciado. En este sentido, en la sentencia se distingue entre los datos contenidos en el libro que «comunica fundamentalmente hechos sus-

ceptibles de contraste y sería por tanto expresión del derecho a la libertad de información», y el contenido de las manifestaciones realizadas en la campaña de difusión del libro, en las que se trataría del ejercicio de la libertad de expresión, al no limitarse a la narración de hechos y contener opiniones, apoyadas en hechos, sobre las cuestiones que se le planteaban al entrevistado acerca de las relaciones entre el mundo del narcotráfico y algunas personas que ejercían o habían ejercido cargos públicos.

Para resolver la corrección o incorrección del juicio de ponderación realizado en la sentencia recurrida, el TS acude a su jurisprudencia y la doctrina del TC sobre esta materia. Esta doctrina constante, que ya se ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones en las sentencias que se reseñan en esta sección, se puede sintetizar del siguiente modo. Para que en un caso concreto cese la preeminencia abstracta de la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor se requiere la concurrencia de dos presupuestos: el interés general de la información o de la opinión expresada (atendiendo a la materia y/o las personas) y la proporcionalidad en la información comunicada y las opiniones expresadas, prohibiéndose el uso de expresiones claramente injuriosas, vejatorias que no tengan relación o no sean necesarias para transmitir la idea o la noticia. Además, respecto de la libertad de información se precisa también el requisito de la veracidad, entendida como la razonable diligen-

cia del informador al contrastar la noticia de acuerdo con las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de que posteriormente pueda ser desmentida o no ser confirmada.

La libertad de opinión, como se reitera una vez más en esta sentencia, tiene un ámbito de acción más amplio que la libertad de información y no se exige la exactitud y veracidad de la opinión. No obstante, la propia doctrina del TS ha precisado que «aunque se considere prevalente la libertad de expresión, cuando se atribuye la comisión de hechos antijurídicos, la exposición de los hechos y la emisión de valoraciones aparecen indisolublemente unidas, por lo que ni siquiera esa exposición de una opinión crítica y legítima justificaría la atribución o imputación al criticado de hechos no veraces, que objetivamente considerados, ofendan gravemente su honor, desacreditándolo públicamente tanto en el cargo que desempeña como personalmente». Criterio que ha sido recientemente reiterado en la STS Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 70/2021, de 9 de febrero de 2021, en la que se insinuaba la participación en actividades terroristas de unas personas basándose en meros rumores y mensajes anónimos.

Por tanto, en relación con el requisito de la veracidad, determinante de la resolución del caso enjuiciado, el TS ha considerado que «lo exigible al profesional de la información es una actuación razonable en la comprobación de los hechos

para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, reputándose veraz si se basó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste, de modo que las conclusiones alcanzadas por el informador a partir de los datos contrastados que resulten de aquellas sean conclusiones a las que el lector o espectador medio hubiera llegado igualmente con los mismos datos». Por el contrario, «se reputará no veraz la información que se apoye en conclusiones derivadas de meras especulaciones, en rumores sin fundamento, carentes de apoyo en datos objetivos extraídos de fuentes igualmente objetivas y fiables que estuvieran al alcance del informador». De ahí que «cuando la fuente que proporciona la noticia reúne características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable, pueda no ser necesaria una comprobación mayor que la exactitud o identidad de la fuente, máxime si esta puede mencionarse en la información misma».

Conforme a esta consolidada doctrina, dado que no se discutía el interés general sobre el asunto objeto del libro "Fariña", el problema se centraba, por tanto, en determinar si se cumplía o no el requisito de la veracidad. Y, sobre este requisito el TS comparte el criterio fijado por la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurría.

La información contenida era «veraz, tanto por reflejar la información dada a lo largo del tiempo en diversos medios de comunicación, tal y como seña-

ló el juzgado, asumió la Audiencia, y esta Sala ha podido confirmar a la vista de la documentación obrante en las actuaciones, como por lo que resulta de los diferentes sumarios en los que fue acusado y juzgado el demandante y de las sentencias penales que en unos casos le absolvieron y en otros le condenaron».

Además, en la nota 33 de la página 234 del libro no se citan resoluciones judiciales y no se dice que el aludido fuera condenado, por lo que tampoco sería preciso, a efectos de la información que se está proporcionando de la época a que se refiere el libro, decir que fue absuelto de los delitos de tráfico de drogas. En el contexto del libro objeto de la demanda, «donde se refieren las relaciones entre el narcotráfico y, por lo que aquí interesa, cargos políticos de las administraciones públicas gallegas, lo que se dice del demandante está amparado por la libertad de información en atención a que el demandante fue alcalde de O'Grove y fue procesado por tráfico».

Respecto al detalle relativo a la titularidad del vehículo en el que se transportó droga lo relevante, estima el TS a mi juicio con acierto, «es que el demandante disponía de su uso (lo tenía alquilado), hecho probado en una sentencia firme, la de la sección 2.ª de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 1993 (hecho probado sexto y fundamento de derecho primero), por mucho que se le absolviera por la duda razonable que tuvo el tribunal de su participa-

ción en el negocio, siendo irrelevante que no fuera propietario del vehículo (lo que, por otra parte, tampoco es exactamente lo que se afirma en el libro, que dice que «estaba a nombre»).

Por otra parte, tampoco habría falta de veracidad al dar cuenta de determinados hechos con fines informativos que lo vinculaban con el narcotráfico en el contexto del libro objeto de esa demanda, aunque la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo absolviera al ahora demandante. La misma Sala Segunda del TS, en otra sentencia posterior, condenó al ahora demandante por blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico, teniendo en cuenta como indicio para considerar acreditada la procedencia del dinero la conexión o proximidad con el mundo de la droga que resultaba de los sumarios que dieron lugar a dos sentencias de la Audiencia Nacional.

Por último, el error en la afiliación o pertenencia a un partido político legal «no supone desdoro ni comporta intromisión ilegítima en el honor del demandante y, en cualquier caso, sería un error circunstancial que no afecta a la esencia de la información que se quiere comunicar».

Por tanto, en este caso, como se resuelve en esta sentencia del TS, deben prevalecer la libertad de información y expresión ya que, «sin sumar calificativos injuriosos o innecesarios, al expresar sus valoraciones sobre las relaciones entre el mundo del narcotráfico y la política y el clima social de tole-

rancia hacia la cultura heredada del contrabando de tabaco», el autor del libro «mencionó al demandante como ejemplo de cómo algunos políticos tras haber sido acusados, procesados e incluso condenados, se presentaban a las elecciones y obtenían el respaldo popular». No se trataba de invenciones ni el autor se basaba en simples rumores carentes de constatación sino que, por el contrario, contaba con los apoyos suficientes para realizar las afirmaciones que se realizaban.

4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

Artículos 18.1, 20.1.d) y 20.4 CE.

Artículos 1.1 7.7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Artículos 426, 427.1 y 469 1.3º LEC

SSTC 145/1986, de 24 de noviembre; 178/1993, de 31 de mayo; 186/1998, de 28 de septiembre; 145/1990, de 1 de octubre; 230/1992, de 14 de diciembre; 106/1993, de 23 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 1/1996, de 15 de enero; 89/1997, de 5 de mayo; 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre; 24/2019, de 25 de febrero y 146/2019, de 25 de noviembre.

STS 508/2016, de 20 de julio; 750/2016, de 22 de diciembre; 450/2017, de 13 de julio; 102/2019, de 18 de febrero; 252/2019, de 7 de mayo; 273/2019, de 21 de mayo; 370/2019, de 27 de junio; 372/2019, de 27 de junio; 599/2019, de 7 de noviembre; 51/2020, de 22 de enero; 170/2020, de 11 de marzo; 359/2020, de 24 de junio; 562/2020, de 27 de octubre y 635/2020, de 25 de noviembre.

CONCLUSIÓN

La atribución de la comisión o participación en hechos antijurídicos a una persona, solamente quedaría amparada por las libertades de información o de opinión si dichas informaciones u opiniones fueran veraces. Veracidad que no debe interpretarse como verdad o certeza incontrovertida de los hechos, sino como una razonable diligencia del informador al contrastar la noticia de acuerdo con las circunstancias concurrentes, sin perjuicio de que posteriormente pueda ser desmentida o no ser confirmada.

En el caso enjuiciado, las afirmaciones en las que se atribuía a una persona diversas conexiones con el narcotráfico cumplían el requisito de veracidad, ya que se apoyaban en fuentes fidedignas como, entre otras, la documentación obrante en distintos procedimientos judiciales y no en meros rumores.

C) RC MÉDICA

CONTAGIO DE HEPATITIS; PROBABILIDAD CUALIFICADA DE QUE EL VIRUS PROVINIERA DE UNA COLONOSCOPIA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23.11.20

Ponente Sra. Chimeno Cano

Iván González Barrios
Profesor de Filosofía del
Derecho. Abogado

1.- INTRODUCCIÓN

En esta sentencia, la Audiencia confirma la condena de la clínica demandada, aplicando el criterio de la probabilidad cualificada, que permite establecer un nexo causal entre la acción u omisión de la clínica y el daño, aun cuando no exista una plena certeza de que la causa tuviera su origen en las instalaciones de ésta. Se trata de un criterio de causalidad mantenido, entre otras, por la STS de 3 de julio de 2013. En esta ocasión, el Tribunal Supremo entendió que, si bien la prueba de la relación causal recae sobre el perjudicado, no es razonable exigir una absoluta certeza, si de las circunstancias concurrentes se desprende que no hay otras causas que podrían justificar el daño.

2.- SUPUESTO DE HECHO

La actora refiere haber sido contagiada con el virus de la hepatitis C tras someterse a una colonoscopia, por lo que formula demanda en reclamación de daños y perjuicios contra el centro médico y su aseguradora.

El Juzgado de 1ª Instancia estima parcialmente la demanda, entendiendo que hay un grado de probabilidad cualificada de que el contagio tuvo su causa en la colonoscopia, con independencia de que no sea conocido con exactitud el foco de contagio y el mecanismo concreto.

La actora presenta recurso de apelación, reclamando el pago de los intereses del art. 20 LCS contra la aseguradora y un aumento de la indemnización concedida. La parte demandada impugna el recurso, alegando error en la valoración de la prueba, al haber sido condenada sin haberse acreditado la causa.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de la perjudicada, en el sentido de elevar la indemnización reclamada, y desestima la impugnación de la aseguradora.

Entiende la Sala que, en virtud del principio de facilidad probatoria, tenía la demanda la carga de acreditar que el conta-

gio no provenía de la colonoscopia practicada en sus instalaciones, a cuyo efecto debió haber practicado un análisis filogenético a fin de identificar la cepa del virus que infectó a la demandante. No habiéndolo hecho así, la Audiencia ratifica el criterio mantenido en la instancia, según la cual basta con un juicio de probabilidad cualificada sobre la causa del contagio para atribuir responsabilidad a la demandada.

4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADOS

Art. 217.7 LEC

SSTS de 3 de julio de 2013 (sobre el criterio de probabilidad cualificada)

CONCLUSIÓN

La Audiencia ratifica el fallo condenatorio contra el centro médico. Aunque no se ha acreditado fehacientemente el foco del contagio y, por tanto, el nexo causal entre la actuación de la clínica y el contagio por hepatitis. La razón es que pudo la clínica descartar que el contagio proviniera de sus instalaciones mediante una prueba de ARN, lo que habría permitido identificar la cepa del virus. A falta de esta prueba, que incumbía practicar a quien mejor estaba en disposición de hacerlo, es decir, a la clínica, la Audiencia entiende que existe una probabilidad cualificada de que el contagio tuviera su origen en una mala praxis durante la colonoscopia, por no haber sido debidamente esterilizado el material empleado. Que no parece razonable que hubiera otras causas de contagio ajenas a la clínica lo deduce la Audiencia, entre otros extremos, del hecho de que la paciente no acudiera a otros centros médicos, ni realizara actividades de riesgo, en el tiempo en que resultó contagiada. Por tanto, la única causa plausible del contagio sería, como decimos, la colonoscopia.

TRATAMIENTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: LA CLÍNICA NO SE OBLIGA A LA CONSECUCCIÓN DE LA GESTACIÓN

Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 29.10.20

Ponente Sr. Solís García del Pozo

1.- INTRODUCCIÓN

Se discute en esta sentencia si el contrato suscrito con la clínica de tratamiento de fertilidad obligaba a un resultado concreto (la gestación de la paciente) o a la prestación de un servicio (un concreto tratamiento dirigido a la consecución de dicho objetivo. Habitualmente, la obligación médica en estos casos es de medios y no de resultados. Sin embargo, como veremos, las características del con-

trato suscrito hacen en este caso, que la obligación de la clínica fuera la consecución de un embarazo viable. Al haberlo hecho así, los pacientes no pueden oponer al pago el que el tratamiento recibido fuera diferente al pactado.

2.- SUPUESTO DE HECHO

Una pareja se someta a un tratamiento de fertilidad en un hospital público que, ante la falta de resultados, son dados de baja en el re-

gistro de pacientes en lista de espera por baja respuesta ovárica al tratamiento de estimulación. Con posterioridad, acuden a una clínica privada especializada en fertilidad, con la que firman un contrato de “garantía de embarazo”.

Una característica de este contrato es que los pacientes no pagarían el precio inicialmente entregado en caso de no alcanzarse el resultado. Tras instaurar un tratamiento de fecundación por inseminación artificial, la mujer queda embarazada y da a luz. Pese a ello, los pacientes interponen demanda contra la clínica ejercitando la acción de incumplimiento contractual por no haberle administrado el tratamiento previsto, fecundación “in vitro” con ovocitos propios o donados, sino otro no previsto en el contrato y mucho más barato, como es la inseminación artificial. Además, sospechaban que el embarazo se había producido de forma natural, al margen del tratamiento recibido.

Por todo ello, consideraban que la demandada se había enriquecido a su costa y sin causa.

El Juzgado de 1ª Instancia desestima la demanda.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La Audiencia Provincial desestima el recurso de los pacientes y confirma la sentencia de instancia. Entiende la Sala que la demanda cumplió con su contrato, al facilitar la gestación de la paciente como consecuencia del tratamiento pautado.

4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADOS

STS de 13 de abril de 2006

CONCLUSIÓN

La sentencia declara que el contrato de "garantía de embarazo" suscrito tiene la naturaleza de contrato de obra, no de prestación de servicios, dado que la clínica se comprometía a la consecución de la gestación pretendida o, en otro caso, reembolsaría el precio acordado. En virtud de dicho contrato y de la garantía comprometida, la clínica se obligaba a realizar un conjunto de pruebas, técnicas y tratamientos, que es lo único que podían exigir los hoy demandantes. Sin embargo, este tratamiento no era la prestación recíproca a la del pago anticipado. Consecuencia de ello es que, al haberse conseguido un embarazo viable, la demandada ha cumplido el contrato y los demandantes carecen de acción para solicitar el reembolso de lo previamente pagado.

D) RC PROFESIONAL

LA NO IMPUGNACIÓN DE UN DOCUMENTO NO JUSTIFICA UNA CONDENA POR NEGLIGENCIA PROFESIONAL

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16.12.2020

Ponente: Sr. Vidal Carou

*Belén María Alonso
Montañez
Abogada*

1. INTRODUCCIÓN

La acreditación del perjuicio por pérdida de la oportunidad exige la demostración de que el actor tenía unas serias o razonadas probabilidades de ver estimada su pretensión y de que éstas se frustraron por la conducta negligente del profesional. Sin embargo, para acre-

ditar la certeza de este daño el juzgador deberá hacer un estudio particular sobre las probabilidades de éxito en el caso concreto. En otras palabras, si bien es cierto que nadie puede prever con seguridad que la demanda frustrada o mal planteada hubiera sido acogida, sí pueden ser examinadas las po-

sibilidades de que la acción, de haber sido ejercitada diligentemente, hubiera prosperado, como único medio para aproximarse al alcance de los daños. Se trata, por tanto, de realizar un análisis de la posición del cliente en el procedimiento, con la finalidad de determinar si la pretensión frustrada era o

Bufete

ALBANÉS & ASOCIADOS

Abogados

A & A

Comprometidos con su defensa

- **Derecho de Seguros**
- **Responsabilidad Civil General**
- **Responsabilidad Profesional**
- **Derecho Medioambiental**
- **Arbitraje**

www.bufete-albanes.com



no razonable y, en consecuencia, si a la conducta del letrado se le puede atribuir una efectiva pérdida de las oportunidades del cliente.

2.- SUPUESTO DE HECHO

La actora presenta una demanda de responsabilidad civil frente a la abogada designada por el turno de oficio para reclamar a su exmarido las pensiones a que venía obligado conforme la sentencia de divorcio. La demandante alega que, debido a una negligencia de la abogada, consistente en la no impugnación de un documento elaborado unilateralmente por el deudor para justificar el pago de la pensión, el Juzgado había estimado parcialmente la oposición que había formulado el demandado, perdiendo la cantidad de 26.700 euros en concepto de pensión de alimentos por una estimación parcial de la demanda ejecutiva. Frente a esa demanda de responsabilidad civil se opuso la abogada alegando que la acción estaba prescrita pues, actuando de oficio, su relación con el cliente debía considerarse extracontractual y era de aplicación el plazo de tres años conforme al Código Civil Catalán. Además, alegó que no había incurrido en negligencia profesional.

El Juzgado de primera instancia, tras señalar que la relación profesional de un abogado con su cliente no pierde su carácter contractual por el mero hecho de haber sido designado de oficio, terminó des-

estimando la demanda presentada al no apreciar relación de causalidad entre la actuación de la letrada demandada y el daño o pérdida patrimonial sufrido por la actora.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación al considerar que, después de una nueva revisión de las pruebas practicadas, la actuación de la letrada demandada, aun no siendo del todo conforme a las reglas de su oficio, fuera la causa efectiva del perjuicio sufrido. En efecto, señala que la no impugnación de los justificantes de pago aportados por el demandado no es motivo sufi-

ciente para motivar una condena por negligencia profesional. Asimismo, añade que se estimó parcialmente la demanda ejecutiva de pensión de alimentos debido a una valoración del juez de instancia sobre los documentos de pago aportados por el ejecutado y que esa valoración probatoria podría haberse combatido en apelación, con altas probabilidades de éxito, por parte del letrado que sucedió a la hoy demandada, después de que ésta cesara en su actividad profesional.

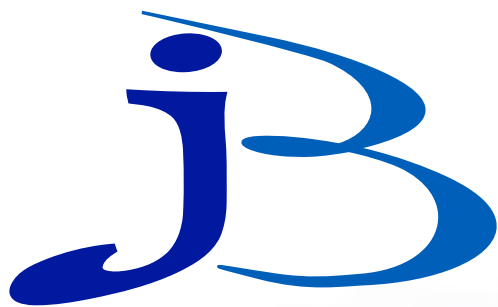
4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADOS

SSTS 4 de febrero de 1992 y 14 de julio de 2010

Art. 121-21 CCCat

CONCLUSIÓN

La Audiencia parte de la premisa de que la falta de impugnación de los pagos fue, en efecto, un error de la letrada demandada. No obstante, para pronunciarse sobre su responsabilidad civil, analiza el nexo causal entre esa falta de impugnación de los documentos y la efectiva pérdida patrimonial obtenida por la demandante. Y, de esta forma, concluye que, más que la falta de impugnación, fue más relevante la inacción del letrado que sustituyó a la demandada en fase de apelación, quien no argumentó el error en la valoración de tales documentos causando a la demandante una frustración de acciones o pérdida de oportunidad. A juicio de la Sala, el Juzgado que resolvió la ejecución no hizo una valoración correcta de la actuación procesal seguida por la ahora demandada pues, no habiendo sido reconocidos expresamente dichos pagos por la ejecutante, tampoco parecía razonable deducir de su silencio que estaban pagados. Por tanto, quien debió resolver el error en la apreciación de la prueba practicada en el procedimiento ejecutivo no era la profesional demandada, que ya había cesado en la profesión, sino el compañero que la sustituyó en sede de recurso de apelación.



asesores
Gabinete Jurídico

DEFENDEMOS PERSONAS

- CONTENCIOSO SEGUROS
- RESPONSABILIDAD CIVIL
- ORDENACIÓN SEGUROS
- MEDIADORES
- FIDELIZACIÓN
- COMPLIANCE

Calidad
certificada

ISO 9001

BUREAU VERITAS
Certification

Cert. N° ES041208-1



www.jbasesores.com



...en materia de seguros

SEGURO DE HOGAR. SE CONSIDERA LIMITATIVA LA CLÁUSULA INCLUIDA EN LAS CONDICIONES GENERALES QUE DETERMINA LO QUE DEBE CONSIDERARSE ANORMALIDAD EN LA LLUVIA.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021.

Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas

**Javier López García
de la Serrana**

*Abogado – Doctor en Derecho
Director de HispaColex*

1. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia da un paso más. Nuevamente analizamos el contenido y alcance del artículo 3 de la LCS en un supuesto que resulta de gran interés práctico y que tiene su origen en el contrato de seguro de hogar suscrito entre la aseguradora demandada y el recurrente, en el que se incluía la cobertura de daños por fenómenos atmosféricos, para determinar si la especificación contenida en el clausulado general de la póliza sobre el alcance de la cobertura de daños por lluvia y viento es delimitadora o limitativa de los derechos del asegurado, pues en el mismo se estable-

cía que dicha cobertura estaba condicionada a que tales fenómenos se produzcan de forma anormal y que la perturbación atmosférica no pueda considerarse por su aparición o intensidad como propia de determinadas épocas del año o situaciones geográficas que favorezcan su manifestación. A continuación, se concretaba como anormales las lluvias superiores a 40 litros por metro cuadrado medido durante una hora consecutiva y vientos de velocidad superior a 84 Km por hora.

Luego la discusión se centra una vez más, en determinar si dicha cláusula está concretando el objeto asegurado,

y por tanto es delimitativa; o si por el contrario, está restringiendo la prestación natural de la modalidad de seguro concertado, resultando dicha limitación sorpresiva, y en consecuencia nos encontramos ante una cláusula limitativa que debe estar sometida al régimen del artículo 3 de la LCS.

2.- SUPUESTO DE HECHO

La entidad asegurada y la entidad aseguradora otorgaron en fecha 26 de mayo de 2011, un contrato de seguro "Multirriesgo, Familia-Hogar", que tenía como riesgo asegurado la vivienda unifamiliar. Las Condiciones Particulares de la póliza

incluían, entre las coberturas, la correspondiente a "Fenómenos atmosféricos y otros daños materiales" y, dentro de la misma, la relativa a "lluvia, viento, pedrisco y nieve".

En fecha 16 de octubre de 2014, a consecuencia de las fuertes lluvias y del viento, se produjo un siniestro en la vivienda asegurada causando daños considerables en el continente que afectaron al falso techo de la planta primera, la tarima de madera en ambas plantas, paramentos verticales pintados en ambas plantas y elementos de madera, como armarios empotrados y guarniciones de puertas. Y también daños que afectaron al contenido, concretamente a las alfombras, al sofá, mesa de centro, aparador del salón y en dos deshumidificadores existentes en el interior de la vivienda.

La parte actora presentó demanda de juicio ordinario frente a la aseguradora, hoy recurrida, en reclamación de la cantidad de 24.728,46 euros en concepto de indemnización como consecuencia del siniestro descrito en la demanda -fuertes lluvias y viento causantes de daños en la vivienda-, y con fundamento en la póliza de seguro multirriesgo familia-hogar contratada. Alega que en las condiciones particulares se encuentran asegurados los daños materiales producidos por lluvia, viento, pedrisco y nieve con una suma asegurada de 190.000 euros para el continente y 67.500 para

el contenido sin figurar en ellas exclusión alguna de la cobertura. Pese a lo anterior, en las condiciones generales aparece entre los riesgos cubiertos, los daños materiales producidos en los bienes asegurados como consecuencia de: "...//1.2.- lluvia, viento (excepto tornados) pedrisco, nieve, siempre que tales fenómenos se produzcan de forma anormal y que la perturbación atmosférica no pueda considerarse por su aparición o intensidad como propia de determinadas épocas del año o situaciones geográficas que favorezcan su manifestación. Entendiendo como anormales lluvias superiores a 40 litros por metro cuadrado medido durante una hora consecutiva y vientos de velocidad superior a 84 Km por hora".

En su contestación a la demanda, la aseguradora reconoció el contenido y vigencia de la póliza, pero niega el deber de indemnizar el importe reclamado con base en lo dispuesto en el clausulado especial, al entender que las lluvias producidas el día del siniestro no alcanzan las dimensiones allí especificadas, por lo que los daños no son objeto de cobertura. Precisa que dicha cláusula es delimitadora del riesgo y no limitativa de derechos.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Apreció que la cláusula controvertida era limitativa de los derechos del asegurado, pues por más que pueda tener una vocación

delimitadora del riesgo para la entidad aseguradora, con su inserción en la póliza pretende condicionar la cobertura básica de aquel hasta el punto de quedar liberada del pago de la procedente indemnización respecto de la parte contratante del seguro. Por lo que no deja de constituir una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, en cuanto es parcialmente excluyente de la más amplia e incondicional cobertura del riesgo básico garantizado, requiriendo dicha cláusula de un especial resalte, así como de su específica aceptación por escrito. Tras valorar los daños estimó procedente conceder la totalidad de la indemnización reclamada e imponer los intereses del art. 20 de la LCS.

Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la entidad aseguradora, dictando la Audiencia Provincial Sentencia de fecha 21 de mayo de 2018, en la que, estimando el recurso, revoca la sentencia apelada y desestima la demanda.

A este respecto señala la Audiencia -en lo que respecta al extremo que será objeto de recurso de casación- que la cláusula 1.2 incluida dentro de las condiciones especiales del seguro, no tiene otra finalidad que la de fijar o determinar el riesgo específico de tal cobertura, o lo que es igual, identificar cual es el riesgo que "ex ante" queda cubierto con la póliza; y en tal sentido es delimitadora del riesgo y por tanto no queda sujeta al

régimen específico del art. 3 de la LCS. De ahí que determinado el carácter anormal de las lluvias por lo dispuesto en la póliza y no concurriendo los factores allí contemplados, procede desestimar la demanda.

Frente a la anterior resolución, la demandante formalizó recurso de casación que se articula en torno a dos motivos, en los que se alega la infracción del art. 3 de la LCS. En el primero, se alega la existencia de interés casacional citando como opuestas la STS de Pleno de 11 de septiembre de 2006, la STS de 1 de octubre de 2010 y la STS de 22 de abril de 2016, que establecen que cláusulas similares a la cuestionada que limitan la cobertura de la lluvia y el viento a determinadas condiciones establecidas en las condiciones generales, tras la cobertura inicial de cubrir los daños ocasionados por fenómenos atmosféricos en las condiciones particulares, son limitativas de los derechos del asegurado y deben cumplir los requisitos del art. 3 LCS. En el motivo segundo se alega la existencia de interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria entre AAPP, citando la SAP de Lleida (Sección 2.^a) de 14 de marzo de 2014 y 12 de enero de 2018, la SAP Madrid (Sección 12.^a) de 22 de diciembre de 2010, 3 de diciembre de 2014, la SAP Barcelona (Sección 4.^a) de 6 de mayo de 2016, 29 de noviembre de 2017, la SAP Coruña (Sección

4.^a) de 20 de marzo de 2007 y la de 19 de enero de 2009.

3.- ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La sentencia analiza conjuntamente ambos motivos partiendo de que de lo expuesto en los antecedentes se deduce que, estando cubiertos, en abstracto, como riesgo los daños materiales en los bienes del asegurado causados por lluvia, al mismo tiempo se excluían cuando la lluvia no excediera de 40 litros por metro cuadrado medido durante una hora consecutiva. Mientras que en la sentencia recurrida se declara que esa especificación de lo que se consideraba anormalidad en la lluvia era una mera delimitación del riesgo, que no precisaba de aceptación específica; por el recurrente en casación se considera una cláusula limitativa que conforme al art. 3 de la LCS, precisa de aceptación específica y que sean destacadas "de modo especial".

Una vez determinado el origen del conflicto, la sentencia pasa a analizar las distintas sentencias del Tribunal Supremo que se alegan como contradictorias. En este sentido, trae a colación la sentencia núm. 853/2006, de 11 de septiembre, la cual declaró que: "Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquéllas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el

derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial (STS 2 de febrero 2001; 14 mayo 2004; 17 marzo 2006). Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con estas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquéllas que son limitativas de los derechos del asegurado (STS 5 de marzo 2003, y las que en ella se citan)".

Igualmente, se analiza los fundamentos recogidos en la sentencia núm. 601/2010, de 1 de octubre, por la que se establece que: "...mientras que limitativas de derechos son las que, en palabras de la STS de 16 de octubre de

2000, operan para "restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido", las cuales, afirma la de 15 de julio de 2009, RC n.º 2653/2004, están sujetas, en orden a su validez y como expresión de un principio de transparencia legalmente impuesto, a los requisitos de: (a) ser destacadas de modo especial; y (b) ser específicamente aceptadas por escrito (artículo 3 LCS, que se cita como infringido)".

Así, llegamos a la importantísima sentencia núm. 273/2016, de 22 de abril, por la que se declaró que: "La jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. El principio de transparencia, fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera con especial intensidad respecto de las cláusulas introductorias o particulares (...)".

Por último, la sentencia núm. 87/2021, de 17 de febrero se concluye que: "En

definitiva, cuando una determinada cobertura de un siniestro es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, por constituir prestación natural de la modalidad de seguro concertado, es preciso que la restricción preestablecida cuente con la garantía adicional de conocimiento que implica el régimen de las cláusulas limitativas, por lo que la eficacia contractual de las condiciones sorpresivas queda condicionada a las exigencias del art. 3 de la LCS".

De la doctrina jurisprudencial transcrita, la Sala Primera del TS llega a la conclusión de que nos encontramos ante una cláusula limitativa en cuanto restringe o modifica el derecho del asegurado, generando confusión en el mismo, hasta el punto de que razonablemente podría creer que estaba acogido a la cobertura del riesgo por lluvia, cuando de forma poco transparente se incluía una condición especial en la página 14 de la póliza, que alteraba el contenido usual de este tipo de contratos, restringiendo las expectativas razonables del asegurado que suscribió la póliza confiado en el texto de las condiciones particulares de la misma. Este tipo de cláusula que calificamos como limitativa, restringe de forma esencial, inesperada y exorbitante el objeto del se-

guro, la cual no respeta el dictado del art. 3 de la LCS, pues no fue destacada ni aceptada expresamente, por lo que en este aspecto se ha de estimar el recurso de casación.

Una vez resuelto lo anterior, para el caso de que se estimara el recurso, la parte recurrida en casación mantenía los mismos motivos de oposición que en su recurso de apelación respecto a la valoración efectuada, en concreto, en lo relativo a la tasación de daños en sofá y mesa que se efectuó en la sentencia del juzgado, la partida por carga y descarga de muebles a un punto limpio y la inclusión del IVA. A este respecto, la sentencia resuelve de conformidad con lo establecido por el Juzgado de Primera Instancia, de forma que se estima íntegramente el recurso y se confirma la sentencia dictada en primera instancia y por tanto se estima íntegramente la demanda.

4.- LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CITADAS

Artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

SSTS núm. 853/2006, de 11 de septiembre, núm. 741/2011 de 25 de octubre, núm. 601/2010, de 1 de octubre, núm. 273/2016 de 22 de abril de 2016, núm. 661/2019 de 12 diciembre de 2019 y núm. de 87/2021, de 17 de febrero.

CONCLUSIONES

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que se vienen pronunciando sobre el concepto y alcance de cláusulas limitativas, delimitadoras y abusivas definidas en el artículo 3 de la LCS, de forma que cada vez la línea diferenciadora entre éstas queda más definida. Pero lo anterior no obsta para que en la práctica siga siendo complicado, tanto para los operadores jurídicos, como para los Juzgados y Audiencias, poder determinar para cada caso ante qué tipo de cláusula nos encontramos, motivo por el que desde la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal siguen proliferando sentencias que resuelven esta cuestión para cada supuesto particular.

En esta ocasión la cláusula litigiosa se localizaba en las condiciones generales de una póliza de hogar, para la que se había contratado en el condicionado particular la cobertura de "Fenómenos atmosféricos y otros daños materiales" y, dentro de la misma, la relativa a "lluvia, viento, pedrisco y nieve", sin más condición aparente. Si bien, tras un siniestro producido a consecuencia de fuertes lluvias y de viento, la compañía aseguradora lo rehúsa, amparándose en la cláusula recogida en el condicionado general, por la que se excluían los siniestros derivados de tales fenómenos que no se hubieran producido de forma anormal, entendiéndose que dicha anomalía se produce cuando las lluvias sean superiores a 40 litros por metro cuadrado, medido durante una hora consecutiva y vientos de velocidad superior a 84 Kms. por hora. Por tanto, como en el caso enjuiciado los daños se habían producido por lluvias inferiores a dicho límite, el siniestro no se encontraba cubierto.

La Sala Primera de nuestro Alto Tribunal resuelve la cuestión planteada sobre si dicha cláusula incorporada en el condicionado general resulta delimitadora o limitativa, acudiendo a la doctrina sentada durante todos estos años por la propia Sala, de la que puede extraerse que será considerada como limitativa aquella cláusula que restrinja una cobertura objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, esto es, que resulta sorpresiva por constituir ésta una prestación natural de la modalidad de seguro concertado. Aplicando dicha doctrina al caso concreto, se estima el recurso del asegurado pues considera que, efectivamente, parece razonable que dicha exclusión pudiera ir en contra de las expectativas del asegurado, generando confusión en el mismo.

Aunque en este caso considero que la solución adoptada puede resultar acorde con la doctrina jurisprudencial establecida sobre cláusulas oscuras o abusivas, así como sobre el carácter limitativo de las mismas, no podemos caer en la tendencia de valorar como sorpresiva toda cláusula que restrinja la aplicación de una cobertura, pues, como ya trasladaba en mi comentario publicado en el número anterior sobre la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021, hay limitaciones que son inherentes a la propia naturaleza jurídica del seguro contratado, tal y como ha declarado también recientemente la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2021, referida a un seguro colectivo de vida, en la que aun manteniendo la obligación de información de la aseguradora, se determina que no es aplicable la doctrina de las condiciones sorpresivas, en tanto en cuanto es inherente a la modalidad de seguro de vida pactado, la cláusula discutida que venía a establecer un límite temporal de cobertura, que en definitiva constituye la esencia de esta modalidad de seguro.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN.

Ismael Solera Calleja
Abogado

1. Responsabilidad de la aseguradora por accidente de circulación. Oferta motivada. Intereses del artículo 20 de la LCS. Falta de consignación para pago. Inexistencia de causa justificada basada en la falta de reclamación del perjudicado a la entidad aseguradora. Sentencia del STS (Sala 1ª), de 2 de marzo de 2021 (Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg).

La aseguradora niega la existencia de mora con base en un argumento no esgrimido en la contestación, y como tal no debatido en las instancias, cual es que, en ningún momento previo a la interposición de la demanda, se ha efectuado reclamación o petición motivada de indemnización por parte de los demandantes, con sujeción al

art. 7.1 III del RDL 8/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM). Tal argumento no puede ser apreciado por sendos motivos.

Primero, por tratarse de una cuestión nueva que, como tal, no puede ser contemplada al resolver el recurso que nos ocupa (sentencias 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; 268/2013, de 22 de abril y 772/2014, de 12 de enero de 2015).

En segundo lugar, dado que sí hubo reclamación a la compañía aseguradora. En efecto, en el hecho cuarto de la demanda, la parte actora hace expresa referencia a un ofrecimiento de pago efectuado

a su favor, por parte de la compañía de seguros, de 4486,16 euros, con respecto al cual, en el escrito de contestación, la compañía aseguradora guarda significativo silencio.

En los autos obra dicho ofrecimiento llevado a efecto mediante documento, aportado con el escrito de demanda con el número 15, en el que consta literalmente: Fecha de siniestro 17 de diciembre de 2013, Referencia de siniestro: S/ Ref. 5897, y el texto siguiente: "en relación (a) la reclamación que tiene formulada y dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, le presentamos la siguiente oferta motivada...", en la que figura desglosada por conceptos la cantidad de dinero que fue ofertada.

derecho de la circulación

Tras advertir que su aceptación no implica renuncia de acciones, se señala que, de no aceptarse, se procederá conforme a la indicada ley; pero lo cierto es que no consta pago ni consignación para pago para evitar el devengo de los intereses de demora (sentencias 329/2011, de 19 de mayo y 641/2015, de 12 de noviembre).

El art. 9 a) de la LRCSCVM dispone que "la falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada" y, en este caso, ninguna consignación se llevó a efecto en tal concepto.

Sólo, al interponerse la demanda, la compañía de seguros se allana parcialmente y consigna para pago la suma de 4.719,19 euros, cantidad que es cobrada por la demandante, por lo que la compañía se encontraba en mora al no haber pagado o consignado dentro de los tres meses desde el conocimiento del siniestro, siendo como tal deudora al devengo de los intereses del art. 20 de la LCS, de la manera siguiente: desde la fecha de siniestro sobre la cantidad objeto de condena de 9634,86 euros, por las lesiones sufridas, hasta la fecha de dicha consignación parcial, y, a partir de tal data, sobre la suma pendiente de pago de 4.915,67 euros (9.634,86- 4.719,19) hasta su completo abono.

En relación con la suma adicional de 914,33 euros, por daños materiales, desde la fecha del siniestro hasta su pago.

En este caso, no concurre causa justificada, al amparo del art. 20.8 de la LCS, que justifique la pasividad de la demandada en la liquida-

ción del siniestro, cuando no cuestiona su realidad, tampoco la responsabilidad de la conductora asegurada, ni la existencia de cobertura derivada del seguro obligatorio de la circulación suscrito con la causante del daño.

La demandada tan solo discrepa de la cuantía de la indemnización postulada en la demanda, lo que no es causa justificada conforme una reiterada jurisprudencia para evitar la aplicación de los mentados intereses (sentencias 328/2012, de 17 de mayo, 641/2015, de 12 de noviembre; 317/2018, de 30 de mayo; 47/2020, de 22 de enero y 643/2020, de 27 de noviembre entre otras muchas).

Los intereses se calcularán, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% si aquel no resulta superior (sentencias de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida, entre otras, por las sentencias 632/2011, de 20 de septiembre; 165/2012, de 12 de marzo; 736/2016, de 21 de diciembre; 222/2017, de 5 de abril; 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre y 643/2020, de 27 de noviembre).

2. Seguro obligatorio de circulación de vehículos de motor. Acción subrogatoria de la aseguradora del perjudicado contra el Consorcio de Compensación de Seguros. Controversia sobre la existencia de seguro. El Consorcio niega la condición de perjudicado de la entidad aseguradora subrogada. Se estima el recurso de la enti-

dad aseguradora. Sentencia del STS (Sala 1ª), de 16 de marzo de 2021 (Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg).

En el caso que nos ocupa concurren los presupuestos necesarios para que prospere la acción subrogatoria ejercitada en demanda:

i) Se ha producido un siniestro, en el que la persona asegurada en la compañía demandante ostenta la condición jurídica de perjudicada.

ii) El daño sufrido le fue íntegramente resarcido por su compañía de seguros, en virtud de un seguro voluntario de automóvil a todo riesgo, que cubría los desperfectos de su vehículo.

iii) La actora, por decisión propia, ejercita los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondían a su asegurado frente a la entidad responsable del mismo, sin sobrepasar el límite de la indemnización satisfecha (art. 11.3 RTRLRCSCVM).

iv) El Consorcio es responsable de cubrir la responsabilidad civil de los conductores que circulen sin seguro obligatorio o en los casos en los que se suscite controversia sobre la existencia de una cobertura de tal clase tenor del art. 11.1 d) del RTRLRCSCVM.

v) Existe controversia, conforme al art. 20 del Reglamento del RTRLRCSCVM, cuando "[...] el perjudicado presente reclamación ante el Consorcio a la que acompañe justificación de que la entidad aseguradora rehúsa hacerse cargo del siniestro, y el Consorcio estimase que no le corresponde el pago".

vi) Consta como la actora se dirigió a la compañía del otro vehículo que rehusó hacerse cargo del siniestro por falta de seguro.

Por tal circunstancia, formuló reclamación ante el Consorcio de Compensación de Seguros, a los efectos del art. 11.1 d) del TRLRCSVM, para que se hiciera cargo de la indemnización satisfecha por liquidación del siniestro.

Dicho organismo rehusó tal petición, dado que "[...] no es posible asumir la reclamación ya que es un supuesto de controversia y al ser un todo riesgo la Cía, no tiene la condición de tercero perjudicado a efectos de esta ley".

Es decir, que el Consorcio reconoció expresamente que concurría una situación legal de controversia, aunque no atendió a la reclamación de la demandante, al negarle la condición de perjudicado a efectos legales.

Bajo los presupuestos reseñados el recurso debe ser acogido.

No podemos aceptar la argumentación de la Audiencia que considera, al interpretar el art. 11.1 d) del TRLRCSVM, que la acción que atribuye dicho precepto al perjudicado contra el Consorcio, en casos de controversia sobre la existencia de cobertura de seguro obligatorio, corresponde exclusivamente al titular del vehículo siniestrado, de manera que no pueda ser enablada vía subrogatoria por parte de su compañía de seguros, que le indemnizó sus daños y le garantizó la indemnidad patrimonial.

El razonamiento expuesto constituye una interpretación restrictiva de dicho precepto que atribuye, sin base para ello, una suerte de naturaleza personalísima a la acción directa del perjudicado contra el Consorcio, que desvirtúa el ejercicio, por la actora, de los derechos de su asegurado, que le brinda

el art. 43 de la LCS, y que liberaría de esta forma al Consorcio de una obligación legal impuesta, sin que el criterio, que se adopta en esta sentencia, entre en colisión con la invocada directiva comunitaria, en cuanto ésta lo que pretende es que se determine de antemano quien debe hacerse cargo del siniestro en los supuestos de controversia sobre la existencia del seguro obligatorio, pero sin que se extienda a determinar los límites de la acción subrogatoria ejercitada.

Ello no significa que el Consorcio asuma obligaciones que no le corresponden, puesto que siempre le queda abierta la acción de repetición contra la compañía que niega la cobertura al vehículo causante del siniestro, incluso con la garantía reforzada que supone la responsabilidad agravada de ésta con el incremento del interés de demora en un 25%, en el caso de que se demuestre la existencia de tal aseguramiento, lo que no conforma el objeto de este proceso, una vez reconocido por el Consorcio la existencia de controversia.

En definitiva, consideramos que la interpretación de la Audiencia es contraria a la esencia de la acción subrogatoria, que atribuye a la demandante la posibilidad de ejercitar los derechos y acciones que corresponden a la persona asegurada a la cual le correspondía acción directa contra el Consorcio conforme al art. 11.3 TRLRCSVM.

Como dijimos en la sentencia 699/2013, de 19 de noviembre: "Del concepto de subrogación surge la natural consecuencia de que las acciones que el asegurador puede ejercitar son las mismas que las que podía ejercitar el asegura-

do-perjudicado [...] Así lo establece expresamente el art. 43 de la LCS cuando afirma que el objeto de la subrogación, una vez pagada la indemnización, son los derechos y acciones "que correspondieran al asegurado".

3. Para la entidad aseguradora la interrupción de las sesiones de rehabilitación durante el mes de agosto no puede implicar alargar la duración de las lesiones temporales. Se desestima el recurso de la entidad aseguradora. SAP de Barcelona (Secc. 19ª) de 29 de enero de 2021, sentencia 43/2021.

Se discute en primer lugar, ante esta alzada, la cuantía de la indemnización concedida, en particular por lo que se refiere a la duración de las lesiones temporales [...]

En el presente caso, tras la primera asistencia hospitalaria, en el informe médico de seguimiento de 6 de julio de 2017 se remite a la paciente a rehabilitación, pautándose veinte sesiones, que se iniciaron el 18 de julio de 2017.

Ocurre que en el mes de julio de realizaron diez sesiones, y otras diez en el mes de septiembre, la última el día 20.

No está muy claro si en el mes de agosto se acudió o no a alguna sesión de rehabilitación. En la hoja de control aportada por la demandante, constan, además de la firma, con fecha, de las primeras diez sesiones, otras dos firmas sin fechar.

Sea como sea, la cuestión es que el alta, por estabilización de las lesiones, se firma el 22 de septiembre, dando por terminado el tratamiento el 20 de septiembre.

derecho de la circulación

Lo que la aseguradora demandada argumenta es que la interrupción de las sesiones de rehabilitación durante el mes de agosto no puede implicar alargar la duración de las lesiones temporales.

No obstante, además de no estar probado que el calendario de las sesiones de rehabilitación dependiera de la lesionada, si se pretende acortar la duración de las lesiones temporales debe demostrarse que la estabilización de la lesión y su conversión en secuela se produjo en una fecha efectivamente anterior o, dicho de otra forma, que si se hubieran realizándolas veinte sesiones de rehabilitación de modo consecutivo esa estabilización lesional se hubiera alcanzado antes, y eso no está probado.

4. Gastos de desplazamiento. No se encuentran incluidos dentro de los días de perjuicio personal básico. Títulos de viaje no nominativos. Se estima el recurso de las perjudicadas. SAP de Barcelona (Secc. 19ª) de 26 de enero de 2021, sentencia 34/2021.

Se analiza en la sentencia la procedencia de la repercusión de los gastos de desplazamiento solicitados por las perjudicadas.

‘Sobre dicha cuestión el órgano de instancia considera insuficiente los medios probatorios aportados. Así, indica que se trata meramente de títulos de transporte no nominativos, de los que no se conoce su verdadero uso ni que se hubieran destinado exclusivamente al traslado de las lesionadas al centro asistencial, además de entender que estarían incluidos dentro del perjuicio personal básico.

Dichos argumentos no se pueden compartir. Dispone el artículo 141 de la Ley 35/2015 establece que "1. Se resarcen los gastos de asistencia sanitaria (...) 3. Se asimilan a los gastos de asistencia los relativos a los desplazamientos que el lesionado realice con ocasión de la asistencia sanitaria de sus lesiones temporales".

Con base al precepto citado, los gastos de desplazamiento no se encuentran incluidos dentro de los días de perjuicio personal básico, sino que asiste derecho a su percepción individualizada.

Sentado lo anterior y valorada la prueba en el caso de autos un adecuado análisis de los títulos de transporte aportados, aun cuando no sean nominativos, puede declararse probado que fueron utilizados por las perjudicadas y con la exclusiva finalidad de acudir a las sesiones de rehabilitación.

Así, observamos que han sido utilizados únicamente en las mismas fechas en que consta certificada la realización de sesiones de rehabilitación por ambas, con cuatro viajes por día, lo que se corresponde con los dos viajes de ida y vuelta de cada una de las perjudicadas.

La absoluta coincidencia con cada una de las sesiones de rehabilitación así como el uso de cuatro viajes por cada día, siendo evidente la necesidad de un desplazamiento para acudir al centro médico, son elementos suficientes para concluir que constituyen gastos de desplazamiento por razón sanitaria, no siendo exigible mayor prueba de la aportada, dado que no existe modo alguno de obtener un título nominativo en el transporte público (ni siquiera en el privado) que,

sin mayor coste económico, pueda destinarse a tal fin y menos aún que deje constancia del origen y destino.

Por lo anterior, el motivo debe ser estimado y reconocer el derecho a ser resarcida del coste de desplazamiento por cuantía de 79,60 euros.

5. Trabajador autónomo. Lucro cesante por daños personales conforme a las percepciones brutas del perjudicado de los tres años anteriores al accidente. Se estima el recurso del perjudicado. SAP de Barcelona (Secc. 1ª) de 16 de febrero de 2021, sentencia 89/2021.

La cuantificación del lucro cesante que realiza la sentencia de primera instancia es impugnada por ambas partes.

El actor para que no se descuenta nada por los días festivos y las vacaciones, y la demandada para que el periodo de lucro cesante sea de 127 días, y se deduzcan como gastos un 20 % de los ingresos brutos, en lugar del 12 % deducido en la sentencia.

La sentencia de primera instancia fija el lucro cesante por referencia a las percepciones brutas del actor durante los tres años anteriores al accidente.

Para acreditar estos ingresos, el actor aportó con su demanda los certificados de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF facilitado por sus clientes.

La demandada impugnó el valor probatorio de esos certificados, por lo cual el actor aportó en la audiencia previa las facturas que les servían de soporte, lo que hace que su

admisión fuese correcta, en contra de lo que sostiene la demandada.'

'Para calcular el lucro cesante la sentencia ha partido de los ingresos brutos percibidos por el actor durante los años 2015, 2016 y 2017, que, según ha quedado acreditado a través de la documental aportada, en relación con la testifical practicada en autos, ascendió a 111.320,96 €, lo que supondría una media diaria de 115,95 €, que multiplicados por los 191 días que estuvo de baja, daría un total de 22.148 € de lucro cesante bruto, del que se tendrían que deducir los gastos soportados para su obtención, y a la cantidad así obtenida se le tendría que deducir, además, la ya percibida de la mutua patronal.

Para obtener el lucro cesante bruto, la sentencia de primera instancia parte de la media diaria de 115,95 € y multiplica esta cantidad no por los 191 días que estuvo de baja el actor, sino por 137 días, porque descuenta 30 días de vacaciones y 24 días por descanso semanal, a razón de un día, al menos, por cada semana, ya que 191 días son 28 semanas.

La demandada sostiene que el lucro cesante debe calcularse sobre 179 días en vez de sobre 191, porque el segundo periodo de baja debe darse por finalizado el día 27 de marzo de 2018, en vez del día 8 de abril de 2018, lo que debe rechazarse, ya que, como hemos razonado al tratar el tema de la incapacidad temporal, el segundo periodo de baja debe computarse entero.

El actor, por su parte, combate el cálculo de la sentencia alegando que no puede presumirse que tenga un mes de vacaciones y descanse un día a la semana, por-

que es trabajador autónomo, y no hizo uso de ese derecho a tomar vacaciones.

También alega que resulta incongruente aceptar el cálculo conforme al año natural de 365 días porque todos los días contribuyen a generar ingresos, sin descontar festivos ni vacaciones, y a la hora de fijar la indemnización se indemnice descontando festivos y vacaciones porque se considere que esos días no generan ingresos.

Con independencia de que el actor pueda disfrutar de un mayor o menor periodo vacacional, o de que tenga días de descanso semanal, lo cierto es que si se parte de la media de ingresos brutos tal como él los ha calculado, es decir, computando todos los días como días trabajados para su obtención, y es así como lo ha hecho la sentencia de primera instancia, no puede después aplicarse esa cifra media descontando de los días que estuvo de baja los que presumiblemente hubiera estado de vacaciones. Si se quieren descontar se habrán de descontar en los dos cálculos, no sólo en el segundo.

Y, si se descuentan en ambos, la cantidad resultante será la misma que si no se descuentan en ninguno.

En consecuencia, la cantidad de 115,95 € diarios deberán multiplicarse por los 191 días que el actor estuvo de baja, resultando un lucro cesante bruto de 22.148,23 €.

Se estimará, pues el recurso del actor en este punto.

Ahora bien, como hemos señalado, la demandada impugna el cálculo del lucro cesante por lo que se refiere al porcentaje de deducción que debe aplicarse como gastos

para obtener el lucro cesante neto, y en este punto, hemos de atender su impugnación.

El actor propuso en su demanda que se descontase un 10 % "con carácter prudencial", en concepto de gastos que no se habían tenido que soportar durante el periodo de inactividad.

La sentencia de primera instancia fija esa deducción en un 12 %, porque fue ése el porcentaje aproximado al que se refirió en prueba testifical el asesor laboral, fiscal y contable del actor al ser preguntado sobre este extremo.

Esta simple manifestación, efectuada en prueba testifical, carece del rigor necesario para que podamos considerarla una prueba concluyente.

Y, si tenemos en cuenta que el 12 % de la ganancia bruta, que es de 115,95€, asciende a 13,91 €, parece del todo insuficiente para pagar el combustible, gastos de autopista, comida, mantenimiento del vehículo, etc., que son los conceptos a los que el propio asesor fiscal del actor se refirió.

Por ello, estimamos más razonable aplicar un 20 %, como propone la demandada, por ser además el porcentaje usualmente aplicado cuando se trata de actividad de transporte (SS de esta Sala 219/2020, de 29 de junio, o 450/2020, de 27 de octubre).

En consecuencia, la cantidad que corresponderá percibir al actor por lucro cesante será la siguiente: 191 días de baja x 115,95 € = 22.148,23 € - 20 % (4.469,64 €) = 17.678,59 €, cantidad a la que se tiene que restar la pagada por la Mutua (4.144,60 €), lo que hace un total de 13.533,99 €.

derecho de los consumidores

Los cajeros automáticos y los usuarios

Antonio Moya Jiménez
Abogado

A) INTRODUCCIÓN Y NORMATIVA VIGENTE

La retirada de dinero en efectivo a través de la tarjeta por los usuarios de los cajeros automáticos instalados por las entidades bancarias conlleva una serie de riesgos para las personas que realizan esas operaciones, tanto en el sentido de los derechos que les amparan como consumidores y usuarios, ante los abusos que puedan cometerse por las entidades bancarias, en cuanto a cobros de comisiones y otros gravámenes, como desde el punto de vista de la seguridad en cuanto a posibles robos y atracos que puedan sufrir en el momento de retirar el dinero.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), en su artículo 8, considera como derechos básicos de los consumidores y usuarios la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a las prác-

ticas comerciales desleales, la información correcta sobre los

diferentes bienes o servicios y la divulgación para facilitar el

sumario

- a) Introducción y normativa vigente
- b) Regulación de los cajeros automáticos
- c) Comisiones por retirada de efectivo en cajeros automáticos
- d) Otros aspectos normativos
- e) Medidas de seguridad a adoptar por los usuarios
- f) Reclamaciones por parte de los usuarios
- g) El uso de los cajeros automáticos y el confinamiento
- h) Los supermercados utilizados como "cajeros automáticos"
- i) Sentencia relacionada con el asunto

conocimiento sobre su adecuado uso, entre otros.

Por ello, los usuarios de los cajeros automáticos deben estar protegidos sobre los posibles abusos y prácticas bancarias desleales que pueden vulnerar sus intereses económicos, por lo que les es de aplicación el contenido de esta ley.

La atención personal hacia el cliente por parte de los bancos cada vez es más escasa, y el cierre de un gran número de sucursales por parte de las entidades bancarias está contribuyendo en gran medida a ello, ya que estas entidades están trasladando un gran número de operaciones bancarias y consultas a los cajeros automáticos, como es el caso de las transferencias bancaria por poner un ejemplo, por lo que los clientes tienen que convertirse en verdaderos expertos informáticos para ello, siendo a veces un problema, sobre todo para personas de edad avanzada.

En los últimos años en España, en los que la banca cada vez obtiene menos ingresos por su actividad de intermediación, es decir, captar dinero de los clientes a cambio de una pequeña remuneración y prestarlo a más largo plazo con un tipo de interés mayor, está imponiendo todo tipo de comisiones, y una de estas comisiones es la que los bancos y los propietarios de redes de cajeros automáticos tradicionalmente se "perdonaban" a sus clientes mutuos para favorecer las extracciones de dinero sin coste para el consumidor.

No obstante, de un tiempo a esta parte, las entidades bancarias sin oficinas ni redes de cajeros automáticos han sufrido el hostigamiento de los bancos con redes, que quieren cobrarles por prestar servicios a los clientes de aquellas. Se ha especulado mucho y al final el Banco de España y, en general, el Ministerio de asuntos económicos y transformación digital, han tenido que poner orden en el mundillo de los cajeros con medidas legislativas.

La normativa fundamental que regula los cajeros automáticos es la siguiente:

Orden del Ministerio de la Presidencia PRE/109/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 29 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Real Decreto-Ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automáticos.

Circular 3/2016, de 21 de marzo, del Banco de España, sobre las entidades titulares de cajeros automáticos y las entidades emisoras de tarjetas e instrumentos de pago, sobre información de las comisiones por la retirada de efectivo en cajeros automáticos (BOE de 29 de marzo de 2016).

Real Decreto-Ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servi-

cios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, que afecta en algunos aspectos a las operaciones que se efectúan en cajeros automáticos. Este Real Decreto-Ley tiene como objetivo principal transponer una serie de directivas europeas con plazo de transposición vencido y procedimiento de infracción abierto, así como adaptar el ordenamiento jurídico interno a algunos reglamentos comunitarios ya aplicables desde hace algún tiempo.

Esta norma incluye la transposición parcial de la Directiva 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, cuyo plazo de transposición venció el 13 de enero de 2018.

El objetivo de esta Directiva es crear un marco integrado de servicios de pago a nivel europeo y hacer frente a los nuevos retos y cambios planteados en los servicios de pagos, en particular los realizados con tarjeta, internet y móviles, para garantizar la seguridad de las transacciones. La transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico español, permite mejorar la protección de los derechos de los usuarios de servicios de pago, con el objeto de que puedan realizar transacciones más seguras, a la vez que fomentar la innovación.

B) REGULACIÓN DE LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS

En el año 2015, el Gobierno aprobó la normativa que da libertad para cobrar comisiones a las entidades bancarias propietarias de los cajeros automáticos cuando un cliente retire dinero en efectivo. La tasa que el propietario del cajero cargue al emisor de la tarjeta será la máxima que se puede cobrar al cliente.

El banco de la tarjeta podrá absorber o no este coste, pero no cargará una comisión adicional, como venía ocurriendo hasta la promulgación de esta normativa, aunque aún es pronto para comprobar si este sistema abaratará o no las tasas finales, esto dependerá de los acuerdos entre las entidades bancarias.

El Real Decreto Ley 11/2015, de 2 de octubre, que regula las comisiones por la retirada de efectivo en cajeros automáticos, se aprobó para tratar de acabar con el doble cobro por parte de algunas entidades bancarias en la retirada de efectivo en los cajeros automáticos instalados por los bancos.

Este Real Decreto modifica la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, modificando su Disposición adicional y añadiendo una Disposición adicional segunda, en cuyo apartado 1 señala que “en caso de retirada en efectivo

con tarjeta u otros instrumentos de pago, la entidad titular de un cajero automático no podrá exigir cantidad alguna a los clientes de entidades distintas autorizadas en España, o de sucursales de entidades de crédito extranjeras que operen en España, sin perjuicio de la comisión que pueda exigir a la entidad emisora de la tarjeta o instrumento de pago”.

Hasta la publicación de esta norma el sistema regulaba que los demás dueños de los cajeros se cobraban entre sí unos 0,65 euros por operación. El cliente muchas veces pagaba más por sacar dinero, pero era porque el emisor de la tarjeta le cobraba una segunda comisión que en este momento el Gobierno ha prohibido.

El Gobierno consideró que con la nueva ley las comisiones serán más reducidas que antes, y más transparentes y se justifica que el dinero vaya para las entidades propietarias de los cajeros porque la red de cajeros ha supuesto una importante inversión para las entidades que tienen que rentabilizar. Este es el argumento que utilizó en su momento Caixa Bank para empezar a cobrar dos euros por cada extracción (avalada esta decisión por la STA Provincial de Barcelona de 17-11-2017)

El riesgo de este sistema es que los dueños del cajero impongan unas tasas abusivas para los clientes ajenos que expulsen a la competencia y, según fuentes del mercado, esta batalla empezó para arrinconar a las pequeñas entidades. Para evitar abusos, el Real Decreto establece que los dueños de los cajeros envíen semestralmente información a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en la que justifiquen los costes que supone la operativa en el cajero, por lo que la CNC se convierte en una baza importante en el sistema de cajeros.

Esta ley establece que en la pantalla del cajero tiene que aparecer la comisión que cobra el dueño del cajero al emisor de la tarjeta. Lo que pagará el usuario no podrá ser superior a esa tarifa porque su banco no le pueda cargar nada por la operación, pero, sin embargo, tal y como está redactado, no verá la comisión exacta que se le van a cargar, porque, dependiendo de los acuerdos que tenga su banco, puede o no pagar todo. Si hay acuerdo entre los bancos, podrían poner la tarifa definitiva, pero eso no lo contempla la ley. La tarifa que se cobre será la misma en toda España, pero, sin embargo, podrá ser distinta para unas entidades u otras.

C) COMISIONES POR LA RETIRADA DE EFECTIVO EN CAJEROS AUTOMÁTICOS

Según el despacho ALLEN & OVERY (6-4-2016), la Circular

3/2016 del Banco de España, de 21 de marzo, a los efectos

de comprobar el cumplimiento por parte de las entidades titu-

lares de cajeros o emisoras de tarjetas, de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 16/2009, el Banco de España ha establecido mediante Circular las obligaciones de información relativas a las comisiones que las entidades titulares de cajeros automáticos perciban de las emisoras de tarjetas u otros instrumentos de pago en las operaciones de retirada de efectivo en los cajeros de aquellos situados en territorio nacional.

El ya citado Real Decreto-Ley 11/2015, de 2 de octubre, por el que se regulan las comisiones por la retirada en efectivo de los cajeros automáticos, establece que las entidades podrán llegar a acuerdos para fijar el importe de la comisión que deberá satisfacer la entidad emisora de la tarjeta o instrumento de pago a la entidad titular del cajero. En ausencia de acuerdos, la comisión que determine el titular del cajero respecto a la entidad emisora de la tarjeta o instrumento de pago será la misma en todo el territorio nacional y no será discriminatoria, sin que puedan derivarse diferencias para prestaciones equivalentes; asimismo, la comisión no podrá distinguir en función de los clientes de la entidad emisora y solo podrá revisarse anualmente.

Para permitir el adecuado seguimiento de los acuerdos y decisiones adoptados en aplicación del citado Real Decreto-Ley 11/2015, introduce una nueva Disposición Adicional 2ª en la Ley 16/2009, que en su apartado 6 prevé que las entidades

titulares de cajeros o las emisoras de tarjetas o instrumentos de pago informen al Banco de España de la comisión a satisfacer por las entidades emisoras a las entidades titulares de los cajeros por las retiradas en efectivo.

En este contexto el Banco de España aprobó la Circular 3/2016, de 21 de marzo, dirigida a las entidades titulares de cajeros automáticos y las entidades emisoras de tarjetas o instrumentos de pago, sobre información de las comisiones por la retirada de efectivo en cajeros automáticos, que viene a cumplir con los encargos que ha recibido de la referida Disposición Adicional 2ª en lo que se refiere a la determinación de la forma, el contenido y la periodicidad de las obligaciones de información citadas en el párrafo anterior.

Sobre la información a remitir al Banco de España y las obligaciones de información que recoge la Circular destacan las siguientes:

1.- En el plazo máximo de 10 días hábiles de la entrada en vigor de la Circular (30 de marzo de 2016), es decir antes del 13 de abril de 2016, las entidades de crédito, las entidades de pago, las entidades de dinero electrónico, los establecimientos financieros de créditos autorizados para operar como entidades de pago híbridas o entidades de dinero electrónico híbridas y las sucursales en España de las entidades anteriores que estén autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea

o en un tercer Estado, deberán comunicar al Banco de España si son titulares de cajeros automáticos en territorio nacional aptos para ser utilizados en las operaciones de retirada de efectivo efectuadas por los clientes de otras entidades.

2.- En el plazo máximo de 10 días hábiles desde la entrada en vigor de la circular (30 de marzo de 2016), es decir, antes del 13 de abril de 2016), los proveedores de servicios de pago deberán comunicar al Banco de España si emiten tarjetas u otros instrumentos de pago.

3.- En el plazo máximo de 20 días hábiles desde la entrada en vigor de la Circular (30 de marzo de 2016), es decir, antes del 27 de abril de 2016, las entidades mencionadas, así como los proveedores de servicios de pago deberán remitir al Banco de España los formularios, debidamente cumplimentados con la información a la que se refiere la Norma 4 de la Circular correspondiente al último día natural de mes inmediatamente anterior a la entrada en vigor de esta Circular.

Las comunicaciones mencionadas en los dos primeros apartados se debían efectuar mediante escrito dirigido al Departamento de Información Financiera y CIR del Banco de España.

Es decir, que este tipo de entidades para poder operar dentro de la legalidad con cajeros automáticos debieron cumplir en su momento estas obligaciones impuestas por la Circular citada.

D) OTROS ASPECTOS NORMATIVOS

En defensa de los intereses económicos de los usuarios de los cajeros automáticos se publicó por el Ministerio de la Presidencia la Orden PRE/109/2003, de 24 de abril, sobre transparencia de los precios de los servicios bancarios prestados mediante cajeros automáticos.

Esta Orden Ministerial pretende regular los derechos de los ciudadanos que extraen dinero en efectivo, a débito o a crédito, y realizan consultas del movimiento de su cuenta corriente en cajeros automáticos, a través de su tarjeta de débito o de crédito, en cuanto a las comisiones y gastos que tienen que abonar por estos servicios y la obligación de información a los usuarios que tienen las entidades titulares de los cajeros automáticos, estableciendo las sanciones correspondientes.

Señala esta norma que la red de cajeros automáticos al servicio de los usuarios españoles ha venido funcionando de modo satisfactorio, tanto por su amplitud como por sus condiciones de interoperatividad, cobertura y disponibilidad, a lo que debe sumarse la extensa gama de servicios ofertados a la clientela. No obstante, se ha abierto un proceso de reflexión sobre la necesidad de dotar de mayor transparencia a las operaciones realizadas por los usuarios de cajeros automáticos.

El artículo 1, Objeto, establece: La presente orden tiene por objeto la protección del derecho a la información de los usuarios de cajeros automáticos, mediante el estable-

cimiento de las obligaciones que deben cumplirse en materia de indicaciones de los precios de los servicios bancarios prestados a través de ellos.

En el artículo 2, Ámbito de aplicación, se dispone: 1. Quedan sujetos al régimen de transparencia previstos en la presente Orden los servicios bancarios prestados por medio de cajeros automáticos.

No obstante, las obligaciones establecidas en el artículo cuarto de esta Orden solo serán exigibles respecto de las operaciones de extracción de efectivo, sea a débito o crédito, y de consulta de saldo o movimientos de la cuenta. El Banco de España deberá, mediante Circular, ampliar el régimen previsto en esta Orden a otras operaciones bancarias que puedan realizarse en cajeros automáticos cuando estas adquieran un volumen significativo.

2. Las obligaciones recogidas en la presente Orden serán de aplicación a las entidades de crédito, españolas o extranjeras, y a las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, que sean titulares de cajeros automáticos situados en España, así como a las entidades financieras emisoras de medios de pago comercializados en España.

A los efectos de lo establecido en la presente Orden tendrán la consideración de medios de pago las tarjetas y libretas electrónicas, así como cualesquiera otros instrumentos que habiliten para el uso de cajeros automáticos.

El artículo 3, en relación con las Comisiones, señala: 1. Las comi-

siones por operaciones o servicios prestados mediante cajeros automáticos serán las que libremente fijen las entidades financieras emisoras de medios de pago comercializados en España, y en su caso, las entidades titulares del cajero automático que preste el servicio.

2. Las entidades financieras señaladas en el artículo anterior harán públicas, previo registro en el Banco de España, las correspondientes tarifas de comisiones y gastos repercutibles por el uso de cajeros automáticos. En ningún caso podrán cargarse tipos o cantidades superiores a los contenidos en las mismas por conceptos no mencionados.

3. Las comisiones y gastos a que se refieren los apartados anteriores deberán responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos.

El artículo 4, sobre obligaciones de información para las entidades de crédito titulares de cajeros automáticos, dispone. 1. Las entidades de crédito titulares de cajeros automáticos se asegurarán de que en estos se indique claramente el valor exacto de la comisión y de los gastos adicionales a los que esté sujeta la operación solicitada por el usuario.

2. Cuando la entidad financiera emisora del medio de pago sea diferente a la titular del cajero automático en el que el usuario se dispone a realizar la operación, se podrá sustituir la información prevista en el apartado anterior por el valor máximo de la comisión y demás gastos adicionales a que

pueda quedar sujeta la operación solicitada. En este supuesto, deberá informarse de que el importe finalmente cargado podrá ser inferior, dependiendo, en su caso, de las condiciones estipuladas en el contrato celebrado entre el usuario y la entidad financiera emisora del medio de pago.

3. Antes de que la operación sea solicitada el cajero automático deberá indicar al usuario, mediante un mensaje en su pantalla, la red de comunicación a la que pertenece. A los efectos de lo previsto en este apartado tendrán la consideración de redes de comercialización aquellas sociedades que tengan por objeto realizar las interconexiones electrónicas necesarias para que las entidades financieras puedan prestar servicios por medios de cajeros automáticos.

Una vez solicitada la operación, el cajero automático deberá, de forma gratuita, proporcionar al usuario la información recogida en los dos apartados anteriores, y con carácter previo a que la operación se lleve a efecto. Una vez proporcionada

dicha información, el cajero automático ofrecerá al usuario, de forma igualmente gratuita la posibilidad de desistir de la operación solicitada.

4. Cuando se trate de operaciones realizadas con medios de pago cuya entidad emisora coincida con el titular del cajero automático, la obligación prevista en el apartado 1 de este artículo se entenderá cumplida siempre que en dicho cajero, en lugar visible, figure un distintivo en el que se indique claramente el usuario, el valor exacto de las comisiones y demás gastos adicionales a que quedara sometida la operación solicitada.

5. En el cajero automático, en lugar visible, figurará un número de teléfono para incidencias, al que se podrá acudir en el caso de que se produzcan problemas en la prestación de los servicios.

El artículo 5 de esta Orden, trata sobre las obligaciones de información para las entidades financieras emisoras de medios de pago comercializados en España, señalando que estas deberán:

1.- Facilitar a las entidades de

crédito titulares de cajeros automáticos la información necesaria para que éstas puedan cumplir las obligaciones establecidas en el artículo anterior.

2.- Comunicar a sus clientes, con una periodicidad que habrá de ser al menos mensual, en la forma y detalle que indique el Banco de España, información sobre las comisiones y otros gastos adicionales cobrados por cada una de las operaciones llevadas a cabo en cajeros automáticos de forma que el cliente pueda identificar la operación realizada y conocer el precio completo del servicio.

En el artículo 6 de la Orden figura el régimen sancionador que se aplicará a las entidades financieras que incumplan los deberes establecidos.

Consideramos que un gran número de las medidas de información a los usuarios establecidas en esta Orden Ministerial se están incumpliendo por parte de las entidades bancarias titulares de los cajeros automáticos, a los que va dirigida.

E) MEDIDAS DE SEGURIDAD A ADOPTAR POR LOS USUARIOS

Fuentes procedentes de la policía anuncian una serie de medidas de seguridad que hay que tomar, por parte de los usuarios de los cajeros, para evitar robos y atracos en el momento de sacar el dinero, u otros problemas que impidan que la operación se realice con normalidad, entre ellas citamos las siguientes:

1.- Limitar al máximo posible la disposición de dinero máxima al día.

2.- Evitar sacar dinero en cajeros que ofrezcan algún deterioro sospechoso o elementos extraños.

3.- Tapar siempre el teclado del cajero cuando se marcan las claves y estar vigilante con personas cercana cuando se opera.

4.- Revisar los movimientos de las cuentas habitualmente.

5.- Es muy eficaz controlar con el banco –ojo con las comisiones que puedan cobrar por ello- el sistema de avisos que permite saber “in situ” cualquier operación que se haga con las tarjetas y, por lo tanto, en caso de robo, poder anularlo inmediatamente.

derecho de los consumidores

También se recomienda a los usuarios tomar otra serie de medidas de seguridad al realizar las extracciones de dinero de los cajeros, tales como:

1.- Programar sus necesidades de efectivo y retirar la cantidad que se necesite.

2.- Verificar que no existan elementos extraños instalados en

la ranura lectora de la tarjeta.

3.- Cubrir el teclado con la mano el Número de Identificación Personal (NIP).

4.- En la extracción no aceptar la ayuda de extraños.

5.- Guardar los recibos de las operaciones que se hayan realizado.

6.- Asegurarse de tener a la mano el número de cajero e insti-

tución responsable.

Otros incidentes que pueden ocurrir al extraer dinero de los cajeros son:

1.- Retención de la tarjeta en el terminal del cajero automático sin poder recuperarla al estar cerrada la sucursal bancaria, y

2.- Robo en el cajero o en las inmediaciones del mismo.

F) RECLAMACIONES POR PARTE DE LOS USUARIOS

Para los usuarios de cajeros automáticos supone un gran inconveniente cuando al usar un cajero surge un problema, o bien no haya recibido suficiente efectivo, no ha salido el dinero solicitado, se retiene su tarjeta o su cuenta bancaria muestra una retirada de efectivo que el cliente no hizo. No obstante, hay procedimientos que permiten resolver esta situación lo más rápido posible.

En los casos en los que surgen problemas con la retirada de dinero en efectivo, los usuarios tienen que actuar de la siguiente forma:

1.- Tienen que tomar nota de la hora, la fecha y el lugar donde ocurrió la situación. Esto ayudará a su banco cuando revise la reclamación.

2.- El usuario tiene que llamar a su banco para informarle de lo sucedido. Si llama al proveedor del cajero automático, este lo pasará con su banco, por ello, se recomienda llamar directamente a su banco y explicarle la situación.

3.- Una vez que la reclamación ha sido planteada, el banco se acercará al proveedor de efectivo relevante, y si se trata de un problema

con respecto a las imprecisiones de efectivo, revisará el registro de las transacciones de los cajeros automáticos. Esto proporcionará información sobre las entregas de efectivo inferiores a las realizadas en efectivo, o si se hubiera pedido o prestado dinero en efectivo en la fecha indicada. En la mayoría de las reclamaciones en efectivo, el banco automáticamente reembolsará, mientras realiza una investigación.

En los supuestos en los que la tarjeta ha sido retenida por el cajero automático, los pasos a seguir son los siguientes:

El usuario debe llamar a su banco, explicándole la situación y este cancelará la tarjeta y le dará al cliente una nueva tarjeta la cual le será enviada a su dirección postal o en algunos casos tendrá que ir a su sucursal bancaria y solicitar una nueva tarjeta. Esto no llevará mucho tiempo y la nueva tarjeta llegará al usuario rápidamente.

Las incidencias relacionadas con cajeros automáticos son relativamente frecuentes. Aunque lo más habitual es que el usuario se encuentre con algún cajero fuera

de servicio, no es extraño que en alguna ocasión el cajero se queda con la tarjeta, como ya hemos indicado anteriormente.

Como dato, en el año 2018 se presentaron en el Banco de España 158 reclamaciones relacionadas con este servicio.

Los motivos más habituales por los que un cajero automático puede retener la tarjeta son por razones de seguridad y problemas técnicos del propio terminal, tales como los siguientes:

1.- Introducción reiterada y errónea del código PIN.

2.- No retirar la tarjeta de la ranura en un tiempo determinado, aproximadamente unos 40 segundos. El cajero detecta que no hay actividad y emite unos sonidos de advertencia previos a la retención. Si la operación que está realizando es para sacar dinero, el cajero no lo dará ya que se entregaría con posterioridad a que el usuario recogiera la tarjeta.

3.- Que la entidad bancaria haya dado una orden para retener la tarjeta porque esté caducada o bloqueada.

4.- Problemas técnicos del cajero automático, internos o externos, como, por ejemplo, un corte repentino del suministro eléctrico.

Si el usuario del cajero se encuentra en esta situación, hay que tener en cuenta que la tarjeta sigue activa y actúa de forma rápida, por lo que hay que seguir los siguientes pasos:

1.- Notificar sin demora la situación a la entidad bancaria emisora. No hay que olvidar, según la normativa vigente, que debe figurar en lugar visible un número de teléfono para incidencias. No obstante, si la sucursal se encuentra abierta la mejor opción es acudir a cualquiera de los empleados y comunicar lo que ha ocurrido.

2.- Si no se consigue por el usuario contactar en ese instante y tiene "banca en línea", bloquear la tarjeta de manera inmediata si se dispone de esta opción.

3.- El usuario no debe abandonar el cajero mientras realice estos trámites, ya que puede ocurrir que el terminal expulse la tarjeta sin previo aviso.

4.- Una vez resuelta la incidencia, el usuario debe revisar todos los movimientos de la cuenta bancaria por si se hubieran realizado algunos no autorizados.

De todas formas, una vez que el banco y el proveedor han realizado la investigación, se le notificará al usuario y esperemos que la situación se resuelva cuanto antes. No obstante, si el usuario considera que la reclamación no ha sido resuelta por la entidad bancaria a su satisfacción, siempre tiene la segunda opción que consiste en hacer la reclamación al Banco de España, a través de su departamento de reclamaciones.

Caso de que la cuestión no haya sido resuelta a plena satisfacción del usuario, este tiene siempre la opción de iniciar una reclamación por la vía judicial, ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda a su domicilio, asistiéndose de abogado y procurador que le represente.

Por otra parte, si al introducir la tarjeta en el cajero automático, existe la posibilidad de que el usuario haya sido víctima de una estafa.

Pueden ser varias las causas por las que el cliente no reciba el dinero en efectivo, por problemas técnicos, falta de liquidez en el cajero automático, colapso del sistema e incluso un error del usuario a la hora de pulsar la opción correcta. Y eso en términos de seguridad, es decir, que el cajero haya sido manipulado para que, una vez que el usuario se vaya de allí, una persona pueda robar esos billetes.

Si esta situación ocurre, desde la Guardia Civil aconsejan no marcharse sin antes comprobar que la ranura no esté tapada o manipulada, que el usuario llame a su banco y a la policía, y vigilar a las personas que se acercan con la idea de ayudar, pues en realidad pueden ser esos ladrones que esperan conseguir el dinero del cliente cuando este se aleja del cajero.

En caso de que, pese a esta prevención, el usuario sea víctima de un robo, este debe denunciar los hechos en una comisaría y presentar esta denuncia en el banco para que le abonen el dinero sustraído.

G) EL USO DE LOS CAJEROS AUTOMÁTICOS Y EL CONFINAMIENTO

Según el diario Cinco Días (17-9-2020), la pandemia de coronavirus ha demostrado que lo habitual puede convertirse en algo extraordinario de la noche a la mañana. Un acto tan común como puede ser sacar dinero de un cajero puede perder buena parte de su sentido cuando

la propagación de un virus lleva a confirmar a los ciudadanos en sus hogares, a cerrar todos los comercios no esenciales y a primar los métodos de pago sin contacto en aquellas pocas compras permitidas, las de alimentación o medicinas. Y así ocurrió durante el segundo tri-

mestre del año 2020, que transcurrió casi íntegramente bajo el estado de alarma, en el que, según los últimos datos oficiales recopilados por el Banco de España, el número de retiradas de efectivo en cajeros automáticos se desplomó un 52 % interanual.

derecho de los consumidores

En concreto, entre abril y junio del 2020 se registraron 112,3 millones de operaciones en cajeros automáticos, frente a los 233 millones de retiradas del mismo periodo del año 2019. En este plazo, los ciudadanos sacaron de los

bancos 20.636 millones de euros, un 35 % menos que los 31.739 millones retirados en la primavera del pasado año. Eso sí, dadas las restricciones de movimiento que operaron durante buena parte del trimestre, los españoles

aprovecharon cada visita al cajero para hacer una retirada mayor. De media, sacaron 184 euros en cada visita, frente a los 136 euros que solicitaban retirar en el primer trimestre de 2019, o los 147 del arranque del año 2020.

H) LOS SUPERMERCADOS UTILIZADOS COMO “CAJEROS AUTOMÁTICOS”

La asociación de consumidores ADICAE (Asociación para la Defensa de Consumidores y Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros) advierte que los supermercados se están convirtiendo en cajeros automáticos a un alto coste para los consumidores.

Hay supermercados que ofrecen un nuevo servicio a sus clientes, la posibilidad de solicitar dinero en efectivo en sus cajas, como si de cajeros automáticos se trataran. Una “facilidad” para los consumidores que tienen contratada la tarjeta de crédito de la cadena de turno. Comisiones e intereses hacen que lo que se presenta como una ventaja diste mucho de serlo.

Algunos supermercados se suben al carro financiero con la implantación del servicio de retirada de efectivo de sus cajas, que funcionan como cajeros automáticos. En principio todo son ventajas, pero estas ventajas son realmente para el supermercado y la financiera. El consumidor realiza su compra en el establecimiento, pero pue-

de necesitar dinero en efectivo para realizar algún pago posterior –sobre todo si se encuentra en un gran centro comercial-, así que esta función de cajero es muy tentadora. Pero hay que tener mucho cuidado, pues sacar dinero en el supermercado tiene comisiones e intereses.

Hay algún supermercado que ha colgado en sus establecimientos carteles que anuncian un nuevo servicio: la posibilidad de retirar de sus cajas dinero en efectivo. Se trata de un “privilegio exclusivo” para los usuarios de la tarjeta de crédito de ese supermercado. En estos casos el consumidor tiene que mirar bien la letra pequeña del anuncio para ver que desde el 1 de octubre de 2020, este servicio tiene un coste del 2 % del importe solicitado, con un cobro mínimo de 1,20 euros por operación.

En este caso, el consumidor puede solicitar hasta 300 euros al cajero o cajera, que le entregará en mano con tan solo mostrar la tarjeta, el D.N.I. y firmar el recibo. Sacar el importe máximo tiene un cos-

te fijo de 6 euros al aplicar la comisión; el coste mínimo aplicado, 1,20 euros, se correspondería con sacar 60 euros.

Pero a este coste en comisiones hay que sumar el que ya tiene asociado de por sí la tarjeta de crédito de ese supermercado. Si el consumidor a la hora de contratar esta tarjeta optó por la forma de pago inmediato o pago al final de mes, no tiene intereses. Pero si eligió abonar el pago con cuota fija o a crédito en cuotas, tiene un tipo deudor del 19,80 % y un TAE del 21,70. Si se retiran 300 euros y se cuenta con estos intereses, el coste total de la operación para el consumidor asciende a 65,40 euros.

La asociación ADICAE recuerda a los consumidores que, antes de contratar una tarjeta de crédito para compras, o de solicitar el pago aplazado, o para la retirada de dinero en efectivo, exijan que les informen de todas las condiciones y del importe total que al final va a tener que pagar.

I) SENTENCIA RELACIONADA CON EL ASUNTO

Es escasa la jurisprudencia que hemos encontrado al respecto. Aunque da la razón a la entidad bancaria, es significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, número 1169/2017, de 17 de noviembre de 2017, en la que se desestimó la demanda planteada por ADICAE contra la entidad CaixaBank, solicitando que se declarara como abusiva y/o des-

leal la práctica de la demandada consistente en el cobro directo de una comisión de dos euros a todos los usuarios “no clientes” por cada operación de retirada de dinero de los cajeros automáticos de la demandada ubicados en España, que se añade a la comisión que cobre la entidad emisora de la tarjeta.

La parte demandada alegó que el Real Decreto Ley

11/2015, de 2 de octubre, ha venido a confirmar la legalidad de aplicar este precio. Sostiene que con los cajeros automáticos la entidad CaixaBank presta un servicio de extracción de efectivo y que ese servicio tiene un coste económico, entre otras razones. Por todo ello fue desestimada la demanda planteada por ADICAE.

Directora de INESE:

Susana Pérez
(susana.perez@inese.es)

Responsable editorial de INESE:

Juan Manuel Blanco
(juanmanuel.blanco@inese.es)

Director de la publicación:

José Antonio Badillo Arias
(badillo@icam.es)

Consejo de Redacción:

Guillermo Escobar Roca
Profesor Titular de Derecho Constitucional Univ. Alcalá

Iván González Barrios
Abogado del ICA de S/C de Tenerife

Juan A. Díez Ballesteros
Profesor Titular de Derecho Civil Univ. Alcalá

Joaquín Ruiz Echaurren
Socio de Pérez-Llorca Abogados

Ismael Solera Calleja
Abogada

Javier López y García de la Serrana
Abogado, Director de HispaCalex

Consejo Editorial:

Juan José Marín López
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Castilla-La Mancha

Mª Flavia Rodríguez-Ponga
Directora General del CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS

Santiago Martín Gil
Director del "Boletín de Responsabilidad Civil y Seguro"

Mañano Medina Crespo
Abogado, Profesor Asociado de Derecho Civil

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado, Director del Bufete G. Iturmendi y Asociados

José Ignacio Hebrero Álvarez
Doctor en Derecho y director de Hebrero y Asociados

Alejandro Izuzquiza Ibáñez de Aldecoa
Director de Operaciones del CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS

Eduardo Payelek Zamora
Consultor experto en Responsabilidad Civil

José Boada Bravo
Presidente de PELAYO

Antonio Albanés Membrillo
Socio-Director del Bufete Albanés & Asociados

Abel Veiga Copo
Agregado de Derecho Mercantil y del Seguro de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Mariano Yzquierdo Tolsada
Catedrático de Derecho Civil

Coordinadora comercial:

Laura Palao
(laura.palao@inese.es)

Publicidad:

Aida Rodríguez
(aida.rodriguez@inese.es)
Juan Berjillos
(juan.berjillos@inese.es)

Documentación:

Cristina García
(cristina.garcia@inese.es)

Atención al suscriptor:

(suscripciones@inese.es)
Tlf.: 913 755 820

Imprime:

Graficas Aries
Depósito Legal: M-413-1964
ISSN: 1133-6900

Editada por

inese
Wilmington Risk & Compliance

WILMINGTON INESE, S.L.U.
Avda. del General Perón, 27
10ª planta
28020 Madrid
Telf.: 913 755 800
Fax: 915 352 955
www.inese.es

©Copyright Wilmington Inese, S.L.U.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los artículos incluidos en esta publicación, su tratamiento informático y la transmisión por cualquier forma o medio, sin el previo permiso por escrito del titular del Copyright.

La publicación no comparte necesariamente las opiniones vertidas en los artículos firmados o expresadas por terceros



1. Movilización de personal sanitario infracualificado

¿Cabe atribuir responsabilidad patrimonial a la Administración por el empleo de personal sanitario infracualificado durante la covid-19?

La escasez de personal sanitario motivó que el ministro de Sanidad dictara la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificada posteriormente por la Orden SND/319/2020, de 1 de abril.

Mediante esta normativa, se permitió la adopción de determinadas medidas de urgencia, como la contratación de sanitarios con títulos de especialista obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea, de médicos residentes de último año a los que se les prorrogaba el contrato, pero sin la correspondiente evaluación de la formación, y de estudiantes del grado de medicina y enfermería en su último año de formación.

Con independencia del juicio crítico que merezca la medida, no puede obviarse la trascendencia de la lesión como elemento nuclear de la responsabilidad que estamos examinando. La prestación de la atención sanitaria por este personal médico no determina por sí sola responsabilidad por parte de la Administración. Será necesario constatar la existencia de un daño que el particular no tiene obligación de soportar. La observancia de este requisito exigirá acreditar si el facultativo a quien se le atribuye causalmente la realización de un daño ha incurrido en algún tipo de negligencia, por haber infringido la “lex artis”. Claro está que la diligencia exigible no es la que se espera de un médico sin la cualificación necesaria. La diligencia debe ser, en todos los casos, la que resulta conforme al pará-

metro de conducta específico de su profesión, de acuerdo con los conocimientos propios de la ciencia médica y al margen de sus circunstancias académicas o administrativas. En suma, son las normas profesionales y deontológicas que disciplinan la actuación médica en abstracto las que deben ser tenidas en cuenta a la hora de valorar la diligencia empleada y no las específicas del médico causante del daño. Esta conclusión tiene como premisa la imposibilidad de atribuir directamente el daño al servidor público.

Una de las características principales de la responsabilidad patrimonial es su carácter directo, no subsidiario, que exige del particular dirigir la acción “directamente a la Administración Pública”, como señala expresamente el art. 36.1 LRJSP.

La conclusión de este criterio de valoración de la antijuricidad del daño es que la movilización de profesionales sanitarios sin la cualificación necesaria será intrascendente a la hora de atribuir responsabilidad patrimonial a la Administración por cuya cuenta trabaje el facultativo en cuestión, si de su actividad no se derive un daño causado con infracción de la “lex artis”.

Cuestión distinta es que, habiendo incurrido la Administración en responsabilidad por la causación de un daño antijurídico, pretenda reclamar del facultativo directamente causante del daño el reembolso de lo indemnizado a la víctima, por la vía del art. 36.2 LRJSP. Dispone este precepto que la Administración, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio al personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves. Entre los criterios que deberán ponderarse a la hora de exigir esta responsabilidad, se encuentran: “el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso”, como reza el párrafo segundo de dicho apartado.

¿Qué le pedirías a un bufete de abogados?



Raquel Ruiz García
Socio-Abogada
Dpto. Derecho de Seguros

Implicación

hispacolex

BUFETE JURÍDICO

30 años dedicados al Derecho de Seguros

SOCIO DE

 **HISPAJURIS**

Málaga:

Fiscal Luis Portero, 7 - 2ª Pl.
29010 Málaga
Tel.: 952 070 793

Granada:

Trajano, 8 - 1ª Pl.
18002 Granada
Tel.: 958 200 335

Jaén:

Paseo de la Estación, 13 - 3ª Pl.
23007 Jaén
Tel.: 953 870 417

hispacolex.com |     

El Congreso de Derecho de la Circulación llega a su XXXVII edición

27 y 28 de mayo de 2021

Volverá a reunir a profesionales del Derecho, la Judicatura y del Seguro para analizar la problemática actual y los retos a los que se enfrenta el Derecho de Circulación.

Este año será **un evento híbrido**:



Presencial en Madrid, con protocolo COVID-19.



En streaming en directo, en formato webinar.

Inscríbete y disfruta de un **descuento** para **suscriptores de la Revista RC**.



Descubre el **programa** y los **ponentes**:



Organizado por:

Patrocinado por:

inese
INSURANCE
SCHOOL



 **BCN DATA**

 **BCN IURIS**

INNOKU