

ÍNDICE

QUICIOS MOLINA, M ^a S., De nuevo sobre el derecho a morir con dignidad: la familia frente a la persona (<i>Revisiting the Right to Die with Dignity: The Family versus the Individual</i>) (Tribuna).....	2-10
COLINA GAREA, R., Aproximación al efecto disruptivo de la inteligencia artificial en la contratación del seguro: ¿un ejemplo de «gatopardismo»? (<i>An analysis of the disruptive impact of artificial intelligence on insurance contracting: an example of «gatopardismo»?</i>).....	11-71
DUEÑAS MARTÍNEZ, J., La delimitación penal de las conductas sanitarias lesivas y la responsabilidad civil médica derivada del delito (<i>The criminal definition of harmful healthcare conduct and medical civil liability arising from a criminal offense</i>).....	72-116
ESPLUGUES GARCÍA, J., ¿Doble delimitación del daño resarcible por incumplimiento? Previsibilidad y fin de protección del contrato en la revisión de la propuesta de modernización del Código Civil de 2023 (<i>Double Delimitation of Recoverable Damages for Breach of Contract? Foreseeability and the Scope of Protection of the Contract in the 2023 Revision of the Proposal for the Modernization of the Civil Code</i>).....	117-154
MONTERROSO CASADO, E., La responsabilidad civil en los medios adecuados de solución de controversias (MASC): delimitación entre responsabilidad de las partes y responsabilidad profesional de los prestadores (<i>Civil Liability in Alternative Dispute Resolution [ADR]: Distinguishing Between the Liability of the Parties and the Professional Liability of ADR Practitioners</i>).....	155-207
GARCÍA VICENTE, J. R., <i>Crónica jurisprudencial (XV): mayo – agosto 2026</i>	208-224

DE NUEVO SOBRE EL DERECHO A MORIR CON DIGNIDAD: LA FAMILIA FRENTE A LA PERSONA

Revisiting the Right to Die with Dignity: The Family versus the Individual

Cómo citar / Citation

Quicios Molina, M^a S. (2026).

De nuevo sobre el derecho a morir con dignidad: la familia frente a la persona (Tribuna)

Cuadernos de Derecho Privado, 15, pp. 2-10

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.95>

Resumen

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, no contempla expresamente la legitimación activa de terceros para impugnar resoluciones administrativas favorables, pero el Tribunal Constitucional le dio carta de naturaleza. El Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha fijado jurisprudencia en sentencia de 3 de junio de 2026: padres, hijos y cónyuge, que acrediten convivencia y relación afectiva estrecha con la persona solicitante de ayudar para morir con dignidad, estarán legitimados para impugnar las resoluciones favorables si aportan un indicio de prueba razonable del incumplimiento de las garantías legales.

Palabras clave

Eutanasia; autonomía personal; protección de derechos fundamentales; interés legítimo de terceros; relación paterno-filial.

Abstract

Organic Law 3/2021 of 24 March, regulating euthanasia, does not expressly provide for third parties to have standing to challenge favourable administrative decisions, but the Constitutional Court has recognised this right. The Plenary Session of the Third Chamber of the Supreme Court established case law in its judgement of 3 June 2026: parents, children and spouses who can prove that they live with and have a close emotional relationship with the person requesting assistance to die with dignity shall have standing to challenge favourable decisions if they provide reasonable prima facie evidence of a breach of legal safeguards.

Key words

Euthanasia; personal autonomy; protection of fundamental rights; legitimate interests of third parties; parent-child relationship.

1. En la tribuna del número 13 de esta revista, que titulé *Respetemos el derecho a morir con dignidad*, planteaba la pregunta que acaba de responder la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de junio de 2026 (ponente: Antonio Narváez Rodríguez) sobre un caso con hechos semejantes a los del más mediático de Noelia que

fue objeto de esa tribuna: ¿tienen legitimación el padre o la madre de una persona a la que se le ha reconocido la prestación de ayuda a morir con dignidad para impugnar la resolución administrativa recaída en aplicación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia? ¿Tienen otras personas esta legitimación?

Noelia ya descansa en paz, como era su deseo, pero la decisión tomada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con voto particular en contra de 9 vocales, generará una enorme inseguridad en la práctica de la eutanasia. Recordemos que el recurso de casación se interpuso por la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera, n.º 1187/2025, de 1 de abril, en otro caso semejante en lo esencial al de Noelia: el sujeto del derecho es un hombre de 54 años con suficiente capacidad de obrar para decidir, cuyo padre también se opone a la prestación de ayuda para morir. La Comisión de Garantía y Evaluación la autorizó el 18 de julio de 2024; el padre presentó recurso contencioso-administrativo, de acuerdo con el procedimiento especial de los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por posible vulneración del derecho a la vida (artículo 15 de la Constitución), y se invoca el artículo 19.1.a) de dicha ley en cuanto a la legitimación activa, por tener un interés legítimo. De acuerdo con la disposición adicional quinta de la LO 3/2021, de 24 de marzo, los recursos a los que se refieren los artículos 10.5 y 18.a), contra resoluciones desfavorables de la solicitud de ayuda para morir (nada que ver con el objeto del recurso que ahora nos ocupa), se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio. Este recurso fue inadmitido por el auto n.º 465/2024, de 7 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona, en el procedimiento de protección de derechos fundamentales (n.º 378/2024); en este auto se combaten las dos líneas de defensa del padre para defender su interés legítimo: como titular de un derecho a exigir del Estado que vele por las personas vulnerables, a lo que el Juzgado responde que el ordenamiento prevé en distintos ámbitos las instituciones necesarias para velar por las personas vulnerables (como las medidas civiles de prestación de apoyos), y como padre que no ha intervenido en la resolución demasiado apresurada del expediente administrativo, al que no se le informó por expreso deseo de su hijo, que según el auto del juzgado no tiene una buena relación con aquel.

En su auto de admisión del recurso de casación, el Tribunal Supremo centró con estos términos la cuestión debatida: se trata de “determinar cuáles son los requisitos y circunstancias que permiten establecer la concurrencia de un interés legítimo de un tercero (en este caso, un progenitor), con el fin de reconocer su legitimación en un procedimiento judicial en relación con el reconocimiento de la prestación de eutanasia, a instancias de un solicitante mayor de edad con plenas capacidades para decidir sobre su vida”. El Pleno de la Sala Tercera, tras una exposición detallada de los antecedentes administrativos y judiciales del caso, la tramitación del recurso de casación, los términos del litigio y la normativa legal aplicable, así como la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (además del antecedente que examinó la Sala -el caso más arriba referido-), ha fijado jurisprudencia sobre la cuestión, con prevenciones y cautelas, según concluye su decisión de desestimar el recurso, “teniendo en cuenta la especial sensibilidad y proyección emocional que, desde el punto de vista de la dignidad y condición humana, entraña el dar respuesta a una cuestión jurídica con honda repercusión en el derecho fundamental por excelencia como es el derecho a la vida”. Se reconoce en el caso concreto legitimación activa para recurrir la decisión de la Administración favorable a la eutanasia al progenitor nonagenario del solicitante, porque entiende que se cumplen en el caso los requisitos acumulativos que exige: vínculo familiar y afectivo estrecho e indicio de prueba razonable de la infracción de las garantías legales, por las dudas sobre la capacidad del solicitante para tomar la decisión de morir con la ayuda legal.

La conexión entre dignidad humana, como fundamento del derecho a una muerte digna, e interpretación del artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, lleva, por el contrario, a los firmantes del voto particular a defender que, en un contexto eutanásico, quien decide ejercer este derecho no debe soportar la injerencia de terceros cuando la Comisión de Garantía y Evaluación ha acreditado la concurrencia de todos los presupuestos establecidos en la LO 3/2021, de 24 de marzo, pues de lo contrario se desnaturaliza el derecho personalísimo reconocido. Comparto la opinión de los vocales discrepantes con el fallo sobre la falta de ponderación equilibrada de los intereses concernidos, ya que la legitimación de terceros condiciona o limita la capacidad para decidir, en un contexto eutanásico, poner fin a la propia vida. Y también me parece mejor entendida la situación fáctica: no se da una relación familiar estable o consolidada, sino conflictual.

2. En el Fundamento de Derecho 9.º de la Sentencia de 3 de junio de 2026 encontramos las características que deberá reunir el tercero investido de legitimación activa para oponerse a la decisión de la Administración autorizando la eutanasia solicitada por una persona mayor de edad, que es la titular del derecho fundamental personalísimo ejercido, y así reconocido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: el derecho a la vida y a la propia integridad (artículo 15 de la Constitución). Como advierte la Salta Tercera en su sentencia [apartado 4 del FD 9.º.B).a), *in fine*], los criterios interpretativos que se exponen “habrán de tener un alcance general, y aplicables por los órganos de esta Jurisdicción, en función de las circunstancias particulares de cada caso, pues la casuística que puede darse en la realidad social escapa, en numerosas ocasiones, a la previsibilidad omnicomprendensiva de todas las situaciones que puedan darse”; de ahí que, “al objeto de proporcionar seguridad jurídica y unidad de criterio jurisprudencial a la interpretación de lo que dispone el artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, aplicado a este escenario tan humanamente sensible” se quiere realizar por la Sala “un esfuerzo argumentativo por encontrar los pilares sobre los que sustentar la reconocida legitimación de quien no es solicitante de la PRAM”.

El razonamiento que se recoge en el FD 9.º.B).c), bajo el título “El tercero que alega un interés legítimo. Legitimación”, parte de algunas premisas correctas, pero la conclusión resulta errónea, en mi opinión. Viene a permitir que familiares muy cercanos (padres, hijos y cónyuge o pareja de hecho), con los que conviviera el solicitante de la prestación de ayuda para morir con dignidad, recurran la resolución favorable de la Comisión de Garantía y Evaluación correspondiente cuando acrediten una relación afectiva y presenten indicios de prueba razonable de que la resolución pudo dictarse sin la observancia de las exigencias legales (como se desprende de la STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto *Mortier contra Bélgica*, apunta el Tribunal Supremo), pues se ve afectado un derecho propio como es el respeto a su vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos); este derecho, se puntualiza en la sentencia, “no se trae al proceso como derecho cuya tutela se pretende, sino como expresión de un bien jurídico, la vida familiar, cuya existencia pone de manifiesto que la resolución impugnada afecta a la esfera jurídica del familiar”, y en consecuencia le arroja con interés legítimo. No es suficiente, y esto cabe compartirlo, con invocar el deber del Estado de velar por las personas vulnerables, que en un contexto eutanásico se ha concretado en el sistema de garantías que la Ley establece; el tercero que invocase este deber en abstracto no esgrime

un interés propio, sino el interés por la observancia de la legalidad común a todos los ciudadanos. El Tribunal Supremo resume su tesis con esta frase: “La legitimación del tercero exige, así, la concurrencia de dos requisitos acumulativos; la proximidad afectiva acreditada con el solicitante de la prestación y la aportación de un indicio de prueba razonable del incumplimiento de las garantías legales”.

Resulta indiscutible que, como señala el Tribunal Supremo, estamos ante una problemática jurídica, de complicada solución, en que el presupuesto de la legitimación aparece entrelazado con la cuestión de fondo del proceso. También se muestra prudente la Sala cuando exige “un interés legítimo propio, desde luego cualificado, específicamente cualificado”, y declara que “corresponde a quien interpone el recurso la carga de acreditar o, al menos, aportar los elementos de hecho y la argumentación suficiente respecto de los mismos, que justifiquen indiciariamente su existencia, debiendo ser valorada por el órgano judicial de instancia en cada caso”. Pero en la concreción de quiénes ostentarían interés legítimo, aunque lo restringe al grado de parentesco más próximo (padres, hijos y cónyuge o pareja de hecho), introduce sentimientos y emociones para discriminar parientes legitimados y parientes que no estarían legitimados, cuya prueba puede convertir en un calvario el proceso judicial antes de entrar en el fondo de la cuestión controvertida. Literalmente, se convierte el afecto familiar en el fundamento de la legitimación, cuando el afecto no es un concepto jurídico y, por tanto, no hay definición que pueda servir de guía única a los órganos judiciales de instancia. Razona el Tribunal Supremo que ha de alegarse un vínculo familiar (de primer grado o conyugal), y acreditar que se trata de un vínculo afectivo, emocional y muy cercano, con “cierta persistencia en el tiempo y en el espacio de aquel afecto”; el tercero “tiene que formar parte necesariamente del círculo de convivencia más próximo al solicitante de la prestación, con la capacidad de conocimiento y de empatía suficiente con él como para poder, en su caso, detectar posibles fisuras en el entendimiento y comprensión de la situación en la que se encuentra el solicitante, así como en la voluntad que ha de ser necesariamente libre de éste, que le permitan a aquél advertir la posible existencia de un desconocimiento o conocimiento insuficiente de la decisión tomada o el hipotético condicionamiento en su voluntad por factores extrínsecos o intrínsecos”.

El vínculo de parentesco familiar constituye indicio racional de la cercanía emocional y afectiva entre dos personas, a juicio del Tribunal Supremo, pero no basta su constatación para admitir sin más la legitimación del recurrente, pues será necesario

“aportar elementos de hecho que permitan hacer un juicio de valoración inicial sobre la proximidad afectiva” mencionada, y los criterios de valoración que apunta el Tribunal Supremo sin ánimo de exhaustividad no permiten sino augurar más dolor para quien ha decidido poner fin a su vida concurriendo las circunstancias objetivas para ello, desnaturalizando el derecho personalísimo a morir con dignidad reconocido por la ley. “La realidad social es rica en la aportación de aquellos elementos de hecho que puedan demostrar aquella vinculación afectiva entre la persona recurrente y la que haya obtenido la prestación”, se dice en la sentencia: deberán tenerse en cuenta aspectos tales como la convivencia en el núcleo familiar o residencial entre aquéllos, la duración de dicha convivencia, la posible empatía entre ambos, “la ascendencia en todos los aspectos de una persona sobre la otra, siendo también un elemento a tener en cuenta el del interés o preocupación que el recurrente haya mostrado anteriormente por la situación del solicitante de la prestación y, sobre todo, si le ha hecho partícipe, de alguna manera, de sus reflexiones previas a su decisión de que le sea aplicada de que le sea aplicada la PRAM”. Por último, señala el Tribunal Supremo que “también puede ser objeto de valoración y servir como factor apreciativo de relevancia, la eventual constatación de una situación de dependencia de cualquier naturaleza, no sólo económica, entre recurrente y solicitante de la prestación”.

¿Si el solicitante de la prestación pide que no se comunique su decisión a ninguna persona, facultad reconocida por la ley, podremos presumir que no hay legitimación activa de ningún familiar directo? ¿Podríamos deducirlo *a sensu contrario* de la afirmación de que “si el solicitante de la prestación pide que se haga saber el sentido de su decisión de continuar el procedimiento a una persona allegada a él [padre/madre, hijo/hija, cónyuge o pareja de hecho], constituye un elemento de juicio relevante para determinar, también, ese vínculo afectivo entre una persona y otra”? No lo creo, porque en definitiva la voluntad de no comunicar la decisión del solicitante podría estar igualmente viciada, riesgo que quiere evitarse concediendo legitimación a los familiares directos y muy próximos afectivamente (el afecto podría existir, desde luego).

Qué tremenda inseguridad jurídica genera esta doctrina, que utiliza términos tan imprecisos como empatía, ascendencia de una persona sobre otra o situación de dependencia de cualquier naturaleza, pues dependerá en gran medida de la conciencia de cada juez alargar o no un proceso que ya dispone de controles estrictos, enrareciendo sin

remisión las relaciones familiares. Además, como con acierto se afirma en el voto particular, ni el artículo 24 CE ni el artículo 19.1.a) de la Ley 20/1998, de 13 de julio, amparan una legitimación activa con base en los afectos, las emociones o los sentimientos.

3. Además, y aunque no se trate en puridad de un tercero y tampoco sea quien ejerció la acción en el caso concreto enjuiciado, también el Tribunal Supremo se plantea la posible legitimación del Ministerio Fiscal para impugnar ante los tribunales la decisión administrativa favorable a la eutanasia, no en defensa de la legalidad (en calidad de *amicus curiae*), sino en defensa de los derechos de personas allegadas al solicitante de la eutanasia que no pueden ejercer sus derechos fundamentales, por ser menores de edad o personas con discapacidad. El Ministerio Fiscal ostentaría legitimación institucional para defender el interés superior de los menores de edad que aleguen tener un interés legítimo propio para oponerse a la práctica de la eutanasia de quien la solicitó ejerciendo su derecho personalísimo a la vida y a la integridad, como sería un hijo del solicitante.

Al hilo de las “consideraciones generales” que expone la sentencia sobre la legitimación institucional del Ministerio Fiscal, resulta muy sugerente el supuesto planteado de solicitante de ayuda para morir mayor de edad con hijos menores de edad a su cargo (o, en general, con menores a su cargo, lo que resulta incongruente con la exigencia de un vínculo de parentesco en primer grado), y el juicio que avanza el Tribunal Supremo en esta sentencia (¿como *obiter dictum*, ya que para el caso concreto enjuiciado resulta intrascendente, o como criterio interpretativo que sienta jurisprudencia?). De manera implícita (¿inadvertida?), puede que abra la puerta de la legitimación activa, para oponerse a la decisión de morir de quien tiene hijos menores, al otro progenitor como su representante legal, aunque ese progenitor pueda no ostentar legitimación propia (por no tratarse de un allegado del solicitante de la eutanasia -progenitores divorciados-). De manera explícita se deslizan las siguientes afirmaciones con ocasión de la *legitimatío ad causam* del Ministerio Fiscal en el ámbito de la defensa y protección de los derechos fundamentales de los menores : “es posible plantearse situaciones de hecho en las que el solicitante de la PRAM pueda tener hijos o menores bajo su custodia, guarda de hecho o acogimiento, cuyo interés deba ser objeto de protección”, y “la posibilidad de que el Fiscal pueda tomar esta iniciativa de ejercitar una acción de impugnación de esta naturaleza tendrá, también, un carácter excepcional, pues, la legislación civil contempla especiales institutos de protección para prevenir o atender este tipo de situaciones

(apreciación de situaciones de desamparo por la Administración, medidas de guarda, acogimiento, etc.), en las que las personas o instituciones a su cargo, puedan, en su caso, ejercitar la acción impugnatoria”.

La excepcionalidad de la legitimación activa del Ministerio Fiscal es reiterada por el Tribunal Supremo al concluir las consideraciones que comparte en el apartado 3 del FD 9.º.B).b), y que transcribo: “En consecuencia, si bien no es descartable en alguna situación excepcional, ajustada al caso concreto, la posibilidad de reconocer legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción judicial de impugnación de las resoluciones administrativas favorables a la aplicación de la PRAM, no puede acoger esta Sala, con carácter general, la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición de los recursos contencioso-administrativos en este ámbito. Distinto es que, en el transcurso del procedimiento especial ya iniciado, el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones constitucionalmente asignadas y en el ámbito de este procedimiento especial, pueda adoptar una posición favorable o contraria a la pretensión del recurrente, en razón de las circunstancias de cada caso, como también impugnar, por la vía de los recursos, las resoluciones definitivas que se adopten en las sucesivas instancias hasta este último trámite judicial de la casación”.

Planteo como interrogante el valor como doctrina jurisprudencial que haya de darse a las consideraciones realizadas por el Tribunal Supremo sobre la legitimación institucional del Ministerio Fiscal, para impugnar ante los tribunales una resolución de la Administración favorable a conceder la eutanasia solicitada por una persona mayor de edad y capaz, porque en definitiva no había necesidad de realizar esas “consideraciones generales” para resolver el recurso de casación planteado, que se hacen “sin perjuicio de que pueda suscitarse en el futuro la eventualidad” de un recurso donde se cuestione precisamente la legitimación institucional del Ministerio Fiscal en este ámbito específico. En la sentencia se justifica exponerlas porque la legitimación institucional del Ministerio Fiscal fue una posibilidad sugerida por la STC 19/2023, y por el papel desempeñado por el Ministerio Público en el caso concreto. Y con mayor razón habrá que ser prudentes sobre las consecuencias interpretativas que quepa extraer de estas consideraciones generales respecto de la legitimación de terceros en representación de menores de edad *allegados* del solicitante de eutanasia.

4. Por último, merecen ser mencionadas las consideraciones de *lege ferenda* que se recogen en la sentencia y en el voto particular.

El Tribunal Supremo insta al legislador para que prevea expresamente de la legitimación institucional del Ministerio Fiscal a la que alude la STC 19/2023, para impugnar en la vía judicial las resoluciones que dicte la Comisión de Garantía y Evaluación competente por las razones que apunta, pues se trata de cuadrar el círculo de permitir el control judicial de la actuación de la Administración en este ámbito restringiendo la legitimación activa. Son tres las razones: se reforzarían las garantías del propio procedimiento, asegurando el control judicial de las resoluciones administrativas cuando hubiere fundamento para ello; podría servir de cauce delimitador de las pretensiones de terceras personas distintas del solicitante de la prestación cuando existiera ese fundamento de control judicial, pues el Ministerio Fiscal actuaría tras investigar sobre su eventual interés legítimo para oponerse, las razones y los principios de prueba que pudieran aportarse; “como corolario de lo anterior, los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica por los que se rige el Ministerio Fiscal, ofrecerían un margen de seguridad jurídica en el ejercicio de la acción judicial de impugnación de aquellas resoluciones, evitando o restringiendo la posibilidad de abusos y extralimitaciones en el ejercicio de aquellas acciones”.

En el voto particular se pide que sea el Ministerio Fiscal la institución legitimada, con carácter exclusivo, para impugnar las resoluciones favorables de solicitudes de eutanasia, para reducir o evitar la judicialización del derecho a una muerte digna, así como para impedir procesos entablados en abuso de derecho o fraude de ley. Suscribo plenamente este *desiderátum*.

APROXIMACIÓN AL EFECTO DISRUPTIVO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO: ¿UN EJEMPLO DE «GATOPARDISMO»?¹

An analysis of the disruptive impact of artificial intelligence on insurance contracting: an example of «gatopardismo»?

RAFAEL COLINA GAREA
rafael.colina@udc.es
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Colina Garea, R. (2026).

Aproximación al efecto disruptivo de la inteligencia artificial en la contratación del seguro: ¿un ejemplo de «gatopardismo»?

Cuadernos de Derecho Privado, núm. 15, pp. 11-71

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.96>

(Recepción: 30/06/2026; aceptación: 04/09/2026; publicación: 08/09/2026)

Resumen

La doctrina científica coincide en subrayar los efectos disruptivos que la implantación de la Inteligencia Artificial (IA) puede provocar en la contratación del seguro, llegando incluso a dudar si, como consecuencia de ello, los tradicionales esquemas sobre los que aquélla se asienta han quedado obsoletos y necesitan ser reemplazados por otros nuevos. El objeto del presente trabajo es averiguar si esta eventualidad resulta factible o se trata de una manifestación teórica fruto del inicial entusiasmo que suele caracterizar la recepción de toda innovación tecnológica. Con esta finalidad, se analiza la intensa evolución que, en un período de tiempo relativamente breve, ha experimentado el modo de concebir la aplicación de la IA en la contratación del seguro para, finalmente, buscar una respuesta al interrogante de si nos encontramos ante un ejemplo de «gatopardismo», en alusión a la célebre novela de Lampedusa y a la frase pronunciada por el personaje de Tancredi, según la cual necesitamos «que todo cambie, para que todo siga igual», dilucidando si toda esta revolución tecnológica es sólo un mecanismo para que, en esencia, las bases del Derecho contractual de seguros permanezcan inmutables.

Palabras clave

Seguro. Contratación. Inteligencia artificial. Disrupción.

Abstract

Researchers are in agreement in highlighting the disruptive effects that the introduction of Artificial Intelligence (AI) may have on the insurance contracting, with some even

¹ Esta publicación es parte del Proyecto I+D+i «Inteligencia artificial en la comercialización de seguros: desafíos en materia de transparencia, gobernanza y supervisión» (SEGUIA) PID2023-152839OB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y FEDER/UE.

questioning whether, as a result, the traditional frameworks on which the insurance contract law is based have become obsolete and need to be replaced by new ones. The aim of this paper is to ascertain whether this possibility is feasible or whether it is merely a theoretical notion arising from the initial enthusiasm that typically characterises the reception of any technological innovation. To this end, the paper analyses the deep evolution that, over a relatively short period of time, has taken place in the way the application of AI in insurance contracting is conceived, in order to ultimately seek an answer to the question of whether we are facing an example of «Gattopardism», in reference to Lampedusa's famous novel and the phrase uttered by the character Tancredi, according to which we need «everything to change, so that everything remains the same», elucidating whether this entire technological revolution is merely a mechanism to ensure that, in essence, the foundations of insurance contract law remain unchanged.

Keywords

Insurance. Contracting. Artificial Intelligence. Disruption.

SUMARIO:

I. EL CARÁCTER DISRUPTIVO DE LA IA COMO ATRACTIVO INCENTIVO PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO. II. LOS EFECTOS SECUNDARIOS DE LA DISRUPCIÓN DE LA IA EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO. II.1. La inversión de la arquetípica asimetría informativa en la contratación del seguro. II.2. La utilización de patrones oscuros y la manipulación de las preferencias del cliente. II.3. Perfilado del riesgo y exclusión financiera. II.4. Operaciones de perfilado y atención contractual personalizada. II.4.1. Personalización de las estipulaciones contractuales: de las condiciones generales a las particulares en contratos que siguen siendo de adhesión. II.4.2. Diferencia de trato objetiva y razonable versus sesgos discriminatorios vitaminados e invisibles. II.5. Comercialización y distribución del seguro: de la desintermediación propia de las plataformas digitales a la intermediación deshumanizada y automatizada propia de los asistentes inteligentes. II.6. El peligro de desnaturalizar la esencia identificativa del contrato de seguro. III. LA ACTUAL CONCEPCIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA IA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DEL SEGURO. LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES Y EXIGENCIAS A CARGO DE LAS ASEGURADORAS Y EN PRO DE LOS CLIENTES. III.1. Replanteamiento de la obligación de información precontractual a cargo del asegurador. III.2. Transparencia en la información precontractual suministrada. III.3. Explicabilidad de las decisiones adoptadas por sistemas inteligentes. III.4. Trazabilidad de las decisiones basadas en IA como coadyuvante de su explicabilidad. III.5. Auditabilidad de las decisiones automatizadas explicables y trazables. III.6. Reserva de humanidad. IV. CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES Y EXIGENCIAS A CARGO DE LAS ASEGURADORAS. LA ATENUACIÓN DEL EFECTO DISRUPTIVO DE LA IA Y LA RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES. V. EL RETORNO AL PUNTO DE PARTIDA: EL EFECTO DISRUPTIVO DE LA IA EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO Y SU CALIFICACIÓN COMO EJEMPLO DE GATOPARDISMO. VI. EPÍLOGO. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. *Bibliografía.*

I. EL CARÁCTER DISRUPTIVO DE LA IA COMO ATRACTIVO INCENTIVO PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO

En la actualidad, la presencia de la IA puede ser percibida transversalmente² en la totalidad de la cadena de valor de la actividad aseguradora³. Desde antes de celebrarse el contrato, con la organización empresarial, la toma de decisiones estratégicas a nivel de compañía, la captación de clientes (*on boarding*)⁴, la publicidad, el *marketing* y la realización de ofertas vinculantes de contratación, hasta después de su perfección, con el control de las variaciones del riesgo contratado, la fidelización de clientes y su forma de relacionarse con ellos, la gestión del siniestro (peritajes y cálculo de indemnizaciones) o la prevención y detección del fraude, pasando, como un puente que une ambos extremos, por los canales de venta y distribución, la comercialización, la intermediación y, por supuesto, la contratación o suscripción del seguro, por muy modesto o insignificante que el contrato sea⁵, operando en aspectos tan determinantes como la determinación y evaluación del riesgo objeto de aseguramiento, la fijación del importe de las primas o el alcance de la cobertura.

Ahora bien, la presencia de la IA en el seguro no sólo es cuantitativamente extensa, sino también cualitativamente intensa e, incluso, se ha dicho que más intensa que en otros sectores de la contratación, debido a que los datos han sido siempre la materia prima de la que se ha nutrido la industria aseguradora y, en este contexto, atesora una amplísima experiencia ganada a lo largo del tiempo en su manejo y tratamiento⁶. Igualmente, en este marco cualitativo, se ha sostenido que, a diferencia de otros ámbitos, la aplicación de la IA en el mundo del seguro puede traer consigo notables consecuencias disruptivas⁷. La IA marcaría un punto de inflexión que contribuye a diferenciar un antes y un después en la concepción de la actividad aseguradora al crear una fractura o quiebra

² Alarcón Fidalgo (2025: 57).

³ Esta es una afirmación comúnmente admitida por la doctrina. *Vid.*, entre otros, Feliu Rey (2024: 244); Requeijo Torcal (2022: 164); Pérez Moriones (2024: 317); Girgado Perandones (2022: 90; 2024: 6); Quintáns Eiras (2024: 733); Veiga Copo (2022: 59); Aparicio Araque (2025: 6).

⁴ El *on boarding* de clientes puede ser definido como el proceso crítico de bienvenida y configuración tras la compra, esencial para fidelizar y asegurar que el cliente obtenga valor rápidamente. Más ampliamente sobre este concepto, *Vid.* Ulloa Romero (2022: 52 y 53); Díaz-Muñoz y Andrés-Reina (2024: 21).

⁵ Alarcón Fidalgo (2025: 60); Requeijo Torcal (2022: 176); Quintáns Eiras (2024: 724 y 726); Fernández (2019: 1); Veiga Copo (2022: 42).

⁶ Feliu Rey (2024: 243); Cuesta Barberá (2024: 1); Quintáns Eiras (2023b: 805 y 815; 2024: 729).

⁷ Veiga Copo (2024: 7769); Pérez Moriones (2024: 312).

en la misma, lo que ya ha llevado a la doctrina a cuestionarse si los esquemas o paradigmas en los que tradicionalmente se ha asentado dicha actividad han de ser considerados obsoletos y, por ello, sustituidos por otros completamente nuevos, o si, por el contrario, nada de esto sucede⁸.

Más en concreto, se ha defendido que el efecto disruptivo de la IA tendría incluso potencial suficiente para transformar los clásicos fundamentos en los que se basa la contratación del seguro o el modelo de formación del contrato⁹, llegando incluso a advertirse que los cambios imputables a los sistemas inteligentes podrían ser de tal grado que el contrato de seguro dejase de ser tal para convertirse en otro distinto, al haber quedado desvirtuada su naturaleza esencialmente identificativa como resultado de unas alteraciones que no son meras novaciones modificativas, sino extintivas¹⁰.

Para dar respuesta a este interrogante, se debe partir de la premisa de que, gracias a nuevas tecnologías como son *Big Data*, internet de las cosas (*Internet of Things* [IoT]) o la llamada huella digital (*hash*) que todos dejamos a nuestro paso cuanto navegamos por las redes¹¹, en el momento presente las entidades aseguradoras tienen a su disposición una cantidad ingente de datos voluminosos, grandes, rápidos y de calidad de sus clientes o potenciales clientes, los cuales resultan de difícil o imposible procesamiento con los métodos tradicionales¹². Este hecho no sería especialmente destacable, si no fuese porque, hoy en día, las aseguradoras también cuentan con otras nuevas tecnologías, llamadas inteligencias artificiales, las cuales les dotan de una capacidad analítica suficiente para procesar con agilidad y solvencia la inmensa y compleja información que poseen, permitiéndoles alcanzar soluciones y resultados precisos y eficientes a los que, de otro modo, no hubieran podido acceder¹³.

⁸ Muñoz Paredes (2024b: XVII).

⁹ Piloñeta Alonso (2024: 135); Pérez Moriones (2024: 312); Lima Rego (2024: 225); Signorino Barbat (2024: 307); Veiga Copo (2022: 59).

¹⁰ Muñoz Paredes (2021: 511); Gómez Santos (2024: 203).

¹¹ En sentido técnico, se denomina *hash* al algoritmo matemático que transforma cualquier bloque de entrada de datos en una nueva serie de caracteres de salida con una longitud fija o variable. Para su dimensión jurídica, *Vid.* Serrano Cañas (2021: 539 y 543); Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 56); Veiga Copo (2021: 366 y 367); Bárcena Suárez (2022: 176).

¹² Pérez Moriones (2024: 316).

¹³ En efecto, gracias a los modernos avances tecnológicos, además de ser cuantitativamente incommensurables, los datos de los que disponen ahora las aseguradoras, son cualitativamente complejos, rápidos y grandes, lo que supone que resultan de difícil o imposible procesamiento con los métodos tradicionales. Es aquí donde la IA cobra todo su protagonismo, ya que otorga la posibilidad de procesar ágil y fluidamente una información de mayor cantidad y calidad, habilitando a aquéllas para liberar más valor

Si ponemos en conjunción ambos factores y los aplicamos a la contratación del seguro, se observa que el procesamiento inteligente de datos masivos posibilita asegurar nuevos y diversos riesgos que antes era impensable o insólito cubrir¹⁴, diseñar nuevos productos inexistentes previamente (por ejemplo, los seguros telemáticos o monitorizados basados en el uso [*usage-based*], los seguros bajo demanda [*on demand*], los seguros paramétricos, etc.)¹⁵, pero también propicia ofertar un producto creado a la imagen y semejanza de los intereses y necesidades concretas de cada cliente en particular. Si se nos permite la expresión, se trataría de la aptitud para diseñar un seguro ceñido perfectamente a la medida de cada cliente o a la carta¹⁶.

El tratamiento inteligente de mega-datos igualmente facilitaría que las compañías aseguradoras llevasen a cabo operaciones de perfilado o segmentación de sus clientes (*profiling*)¹⁷, lo que contribuiría a una determinación y evaluación muchísimo más fina y precisa del riesgo objeto de aseguramiento, con la subsiguiente optimización de los precios y mejora en la tarificación (*pricing*), en el sentido de que las primas serían mucho más ajustadas al riesgo real objeto de aseguramiento y ello supondría que, en muchos casos, aquéllas tendrían una menor entidad económica. El hecho de poder disfrutar de primas más amoldadas al riesgo y baratas favorecería que el seguro fuese accesible a un número mayor de personas, pues, debido a la minoración de los precios, resultaría factible asegurar a quienes antes se consideraban inasegurables por no poder hacer frente al importe de las primas¹⁸.

Por lo tanto, los sistemas inteligentes reportan indiscutibles ventajas que benefician tanto a las entidades aseguradoras como a sus clientes. La IA permite definir mejor la estrategia comercial de las compañías, reducir costes y garantizar su competitividad y pervivencia en el mercado. Pero al mismo tiempo, los sistemas

de tales datos, incrementándose así ostensiblemente la rentabilidad que de ellos obtienen en pro de su actividad negocial. *Vid.* Veiga Copo (2024: 7780); Pérez Moriones (2024: 316); Fernández (2019: 2); Gimeno y Marqués (2022: 110); Alarcón Fidalgo (2025: 45); Quintáns Eiras (2023a: 47; 2023b: 805 y 816).

¹⁴ Rincón Gallego (2022: 792); Veiga Copo (2022: 62; 2024: 7782); Signorino Barbat (2024: 310).

¹⁵ Cuesta Barberá (2024: 3); Muñoz Paredes (2021: 515; 2024a: 92); Quintáns Eiras (2023b: 817).

¹⁶ Bárcena Suárez (2022: 170 y 176); Quintáns Eiras (2023b: 805).

¹⁷ Aparicio Araque (2025: 5).

¹⁸ La mejora en la tarificación impulsa el denominado fenómeno de la «democratización» o «popularización» del contrato de seguro, en alusión a la circunstancia de que la minoración de los precios propiciada por el perfilado y segmentación de clientes fomenta que este instrumento contractual sea accesible a un mayor número de personas. *Vid.* Veiga Copo (2018: 41; 2024: 7271); Signorino Barbat (2024: 312).

inteligentes agilizan la contratación, fomentan la inclusividad allanando el acceso a los servicios financieros, optimizan precios y posibilitan el diseño de productos adaptados a las específicas necesidades e intereses de los clientes¹⁹.

Todas estas novedades e innovaciones que, en principio, sólo parecen ventajosas, en realidad, tampoco se encuentran exentas de ciertos inconvenientes nada desdeñables, los cuales representan la cara oculta o el reverso de las atractivas prerrogativas que reporta la disrupción de la IA en el proceso de contratación del seguro²⁰. Conviene recordar que nos hallamos ante tecnologías que aún están en evolución y su implantación en el sector asegurador es relativamente reciente, por lo que resulta normal y no debería extrañar que traigan consigo ciertas consecuencias negativas o efectos secundarios inicialmente no pretendidos ni deseados. En cambio, lo que sorprende es que los referidos inconvenientes afecten particularmente a los clientes, pudiendo generar un desequilibrio en la posición jurídica-contractual que ocupan frente a la entidad aseguradora, lo cual inquieta aún más cuando aquéllos intervienen en la contratación revestidos de la cualidad de consumidores o usuarios.

II. LOS EFECTOS SECUNDARIOS DE LA DISRUPCIÓN DE LA IA EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO

II.1. La inversión de la arquetípica asimetría informativa en la contratación del seguro

El procesado inteligente de datos masivos promueve la inversión de la asimetría informativa que, a lo largo del tiempo, ha caracterizado indefectiblemente el proceso de contratación del seguro.

Tradicionalmente se ha proclamado que la denominada asimetría informativa es una característica arquetípica del contrato de seguro en particular y de los contratos de adhesión en general²¹. Con esta expresión se quiere aludir a que, en el marco del vínculo jurídico aseguratorio, las partes no sólo se encuentran en una situación de disparidad económica y patrimonial, sino que igualmente se aprecia entre ambas una falta de

¹⁹ Quintáns Eiras (2024: 726).

²⁰ Toda moneda tiene su anverso y reverso. *Vid.* Serrano Cañas (2022: 156); Ravelo Guillén (2024: 167).

²¹ Illescas Ortíz (2015: 326); Miranda Serrano (2017: 47).

equivalencia respecto a la información que cada una de ellas maneja. Entre asegurador y cliente suele existir una casi congénita y consustancial asimetría informativa²², ya que ambos no se hallan en igualdad de condiciones para acceder a los datos y a la información que es imprescindible en orden a determinar, calcular y evaluar el riesgo objeto de aseguramiento²³.

Como bien es sabido, hasta ahora, el potencial cliente era quien tenía a su disposición toda la información y datos sobre el riesgo objeto de aseguramiento. Por ello, los arts. 10 y 11 LCS le imponen la obligación de declarar el riesgo que se pretende asegurar contestando al cuestionario que le proponga la entidad aseguradora, así como la obligación de comunicar, del mismo modo, la alteración de los factores y circunstancias manifestadas que, con posterioridad, pudiesen implicar un agravamiento del riesgo declarado con influencia en la prestación del consentimiento contractual por parte del asegurador²⁴. En consecuencia, la contratación del seguro se caracterizaba por la existencia una asimetría informativa que militaba en el bando del cliente y, ante la cual, las compañías aseguradoras sólo les restaba confiar en la exactitud de la declaración del riesgo efectuada por aquél al responder el cuestionario en aplicación del principio *uberrimae bonae fidei*, sin perjuicio de que, en un momento posterior, o tras la producción del siniestro, se pudiesen efectuar los correspondientes ajustes para adecuar el riesgo contratado al realmente concurrente.

En cambio, una vez que las entidades aseguradoras se encuentran en condiciones de procesar de forma ágil y eficiente una cantidad ingente de datos voluminosos utilizando la IA, la situación precedentemente descrita comienza a subvertirse. En general, puede admitirse que, hoy en día, son las propias aseguradoras quienes poseen una información completísima y detallada de todas las circunstancias que influyen en el riesgo objeto de contratación, ya sea porque la obtienen de la propia experiencia del cliente (cesión voluntaria o involuntaria de datos), porque proviene de factores distintos como la creación de ficheros colectivos compartidos, su adquisición por compra y cesión de otros operadores, o porque trae causa de la aportación de los propios sistemas

²² Zegarra Mulánovich (2017: 65).

²³ Veiga Copo (2021: 193 y 240; 2012: 71 y 203; 2018: 177).

²⁴ Aparicio Araque (2025: 7); Quintáns Eiras (2023b: 819 y 820).

inteligentes que utilizan las compañías, los cuales extraen los datos del entorno digital en el que interactúan, debido a su capacidad de aprendizaje y comportamiento adaptativo²⁵.

Dados los trascendentales cambios motivados por estos avances tecnológicos, se aprecia que ahora el asegurador conoce pormenorizadamente la situación del cliente y el riesgo que plantea, incluso mejor que el propio cliente y, al mismo tiempo, en no pocas ocasiones, los clientes ignoran el grado de conocimiento que las compañías han adquirido sobre ellos. Por lo tanto, el uso de la IA provocaría una inversión de la asimetría informativa que desde siempre ha caracterizado la relación contractual de seguro. Es decir, la asimetría informativa sigue existiendo, pero se ha invertido su posición, pasando a militar en el bando de las entidades aseguradoras actuando en su favor o beneficio²⁶. Si los datos son poder y si, gracias a la IA y las tecnologías asociadas, las entidades aseguradoras poseen más datos que nunca, la conclusión es que, tras la incorporación a su actividad de las tecnologías inteligentes, aquéllas ostentan más poder que nunca²⁷.

Mal interpretada, esta redistribución de fuerzas y prevalencia informativa de las aseguradoras en el mercado frente a sus clientes podrían ser trasladadas al diseño del contenido del contrato. Si así fuese, el desequilibrio en la posición de las partes contratantes generaría un riesgo de quiebra en la equivalencia de las prestaciones contractuales²⁸. Y este riesgo, incluso se vería incrementado al comprobar que la contratación del seguro se inserta en un entorno digital creado y dominado por las entidades aseguradoras al que se atrae al cliente, quien se muestra abocado a evolucionar en un medio que desconoce. A la asimetría informativa se le añadiría ahora la asimetría digital también en detrimento del cliente, la cual se define como la desigualdad o desequilibrio de poder en mercados entre empresarios y consumidores cuando se interactúa o contrata en entornos y con medios digitales²⁹.

²⁵ Muñoz Paredes (2021: 515; 2024a: 92); Pacheco Jiménez (2024: 154); Pertíñez Vilchez (2024: 107); Navas Navarro (2024: 36); Signorino Barbat (2024: 311); Quintáns Eiras (2023b: 815; 2024: 729 y 730); Aparicio Araque (2025: 8).

²⁶ Feliu Rey (2024: 246); Pérez Moriones (2024: 321); Muñoz Paredes (2021: 517). Incluso, se ha llegado a calificar de «radical» esta asimetría informativa que ahora milita en favor de las compañías aseguradoras, en alusión a que la información que éstas manejan es cuantitativamente mucho mayor y cualitativamente mucho mejor que la que poseen los clientes. A este respecto, *Vid.* Mariscal Rivera (2026: 14).

²⁷ Signorino Barbat (2024: 311); Torres Gamero (2025: 116).

²⁸ Pérez Moriones (2024: 318).

²⁹ Se trata de un nuevo concepto de vulnerabilidad. No nos referimos aquí al tradicional consumidor vulnerable, cuya debilidad proviene de factores personales e internos como son su discapacidad, su edad, su sustrato social, etc. Ahora la debilidad que hace vulnerable a la persona deriva de su contexto, ya que

II.2. La utilización de patrones oscuros y la manipulación de las preferencias del cliente

El hecho de que la asimetría informativa se decante del lado de las compañías aseguradoras podría incitar a que éstas recurran a los denominados patrones oscuros (*dark patterns*), lo cuales se identifican con el uso inapropiado por parte del asegurador de la información que posee sobre sus clientes, pero sin que éstos tengan conocimiento cierto de ello.

Estaríamos ante el empleo de patrones oscuros cuando la entidad aseguradora se sirviese de datos para una finalidad o propósito totalmente distinto a los que les son propios, cuando determinase o evaluase el riesgo objeto de aseguramiento introduciendo factores que no guardan relación de causalidad alguna con el mismo, o cuando manejase la información del cliente en su propio beneficio³⁰. Por ejemplo, dada la posibilidad de procesar ágilmente datos masivos, las compañías aseguradoras tienen un conocimiento preciso y detallado del comportamiento habitual, usos, costumbres, intereses, necesidades, apetencias y gustos personales de sus potenciales clientes, por lo que, con el objeto de suscitar artificialmente en ellos el ánimo de contratar, podrían transmitirles información sobre aspectos que el posible cliente recibiría con agrado, pero omitir aquella otra parte de la información que podría ser motivo de rechazo a la contratación³¹. Dicho muy expresivamente, el patrón oscuro hace acto de presencia cuando la compañía aseguradora le cuenta al cliente lo que quiere oír, pero silencia aquello que no quiere escuchar sin que aquél lo sepa, con la única intención de conducirlo a la suscripción del seguro.

En suma, los patrones oscuros aluden al hecho de que las aseguradoras manipulen la información que poseen del cliente explotándola en su beneficio, silenciando u ocultando datos relevantes con el fin de suscitar su ánimo de contratar o dirigirlo a la

trae causa de su inserción en un entorno digital y automatizado inteligentemente. *Vid.* Feliu Rey (2024: 255, 263, 264 y 268) y Pacheco Jiménez (2024: 162).

³⁰ Aparicio Araque (2025: 8); Quintáns Eiras (2023b: 825).

³¹ Actuando de esta forma se estarían manipulando las preferencias de los potenciales clientes. *Vid.* Rubí Puig (2021: 3); Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 57).

adopción de una determinada decisión, sin ser plenamente consciente de ello³². La utilización de «patrones oscuros» resulta peligrosa para la integridad de los derechos y legítimos intereses de los clientes, porque deviene determinante para la prestación del consentimiento contractual, en el sentido de que, si ese influjo creado por la ocultación de información no se hubiese producido, aquéllos no habrían contratado o lo habrían hecho en una forma completamente distinta a como efectivamente lo hicieron³³. El uso abusivo o inapropiado de los datos que implican los patrones oscuros condiciona el comportamiento económico del cliente en el proceso de contratación del seguro y distorsiona u obstaculiza sustancialmente su capacidad para tomar decisiones libres, plenas, conscientes e informadas³⁴.

El procesamiento inteligente de datos masivos posibilita que las entidades aseguradoras conozcan igualmente la predisposición al pago de los potenciales clientes y su inclinación a abonar en concepto de prima una cantidad mayor de la que realmente exigiría el coste del aseguramiento³⁵. En este concreto supuesto, el problema no es en sí mismo que se pague más de lo que se debería a cambio de la cobertura solicitada³⁶, sino que la aseguradora utilice la información que tiene manipulándola en su propio beneficio³⁷. Si la compañía sabe que el eventual cliente está dispuesto a pagar en concepto de prima una cantidad mayor a la que solicitaría a cambio de la cobertura del riesgo, aquélla podría verse tentada a exigir el abono de una suma un poco menor de la que estaría presto a satisfacer el asegurado, pero mayor de la que verdaderamente le correspondería cobrar³⁸. Procediendo de esta forma, el cliente quedaría satisfecho porque comprueba que va a pagar por el aseguramiento menos de lo que pensaba. Pero el asegurador

³² No cabe duda de que estaríamos en presencia de un abuso en la gestión de los datos que poseen las grandes compañías aseguradoras. Pacheco Jiménez (2024: 162); Rubí Puig (2021: 10); Quintáns Eiras (2024: 760); Bárcena Suárez (2022: 179).

³³ Muñoz Paredes (2024a: 95).

³⁴ Rubí Puig (2021: 3); Navas Navarro (2024: 54 y 55); Feliu Rey (2024: 264); Pacheco Jiménez (2024: 162).

³⁵ Feliu Rey (2024: 261).

³⁶ Nos hallamos ante un ejemplo de dolo incidental que no anularía la prestación del consentimiento y que únicamente daría derecho a la indemnización del daño causado, en caso de haberse acreditado (art. 1270 CC), ya que, si el cliente consiente en celebrar el contrato a un precio superior al normal, no cabe duda de que igualmente lo celebraría si la prima solicitada fuese menor y la correspondiente a la verdadera entidad del riesgo objeto de aseguramiento. La exigencia de un precio superior no habría sido determinante para adoptar la decisión de contratar y, por ello, no anularía el consentimiento prestado.

³⁷ Rubí Puig (2021: 8).

³⁸ Navas Navarro (2024: 47).

experimentaría todavía una mayor satisfacción, ya que va aprovechar en su beneficio la mayor parte del excedente contractual que pertenecía al asegurado³⁹.

Por consiguiente, la mejor determinación y personalización del riesgo que deriva del uso de sistemas inteligentes genera para los clientes el inconveniente de perder un excedente contractual que tendrían derecho a recibir en el caso de que el asegurador no manipulase en su provecho la información que posee sobre su predisposición al pago a cambio del aseguramiento. La circunstancia de que la entidad aseguradora decida usar en beneficio propio la información que ostenta sobre la predisposición al pago, aunque no acarree como consecuencia negativa la exclusión del aseguramiento, provoca para el cliente otra desventaja nada despreciable, identificable con la pérdida del excedente contractual al que tendría derecho y con la exigencia de una prima mayor que la que le correspondería abonar por razón del nivel de riesgo realmente concurrente.

II.3. Perfilado del riesgo y exclusión financiera

Las operaciones de perfilado o segmentación de clientes pueden avivar el llamado peligro de exclusión financiera, el cual constituye una de las manifestaciones más claras de exclusión social y que consiste en la incapacidad o dificultad de personas y comunidades para acceder a servicios financieros adaptados a sus necesidades. Aplicado al ámbito del seguro, el riesgo de exclusión financiera implica la incapacidad o dificultad de utilizar productos y servicios de seguros adecuados para las propias necesidades a un precio asequible y a través de canales accesibles, lo que comporta que ciertos individuos o colectivos no puedan protegerse contra determinados riesgos debido a barreras técnicas, económicas o estructurales, aumentando así su vulnerabilidad social frente a eventos imprevistos.

Como a nadie se le oculta, la actividad aseguradora se basa en el agrupamiento de riesgos homogéneos con la finalidad de proporcionarles un tratamiento igualmente homogéneo. Ahora bien, mediante las operaciones de perfilado se consigue una determinación y evaluación del riesgo objeto de aseguramiento mucho más precisa y ajustada al riesgo realmente concurrente, por lo que los colectivos o grupos de riesgos

³⁹ Gómez Santos (2024: 215).

homogéneos tienden a ser cada vez de menor tamaño⁴⁰. La agrupación de los clientes en grupos de riesgos similares de dimensiones más reducidas favorece que el seguro sea económicamente más accesible a las personas que presentan bajos niveles de riesgos, porque ya no es preciso incrementar en su prima el sobre coste que implica asegurar a los que muestran un riesgo superior. Pero, simultáneamente, ese mismo perfilado dificulta que accedan al seguro los clientes con elevadas cotas de riesgo, ya que el sobre coste que requiere su aseguramiento ya no podría ser compensado ni repartido incrementando el precio a quienes menos riesgo revisten, tal y como acontecía cuando formaban parte de grupos más grandes⁴¹. Incluso, la más detallada evaluación del riesgo facilita que las aseguradoras sepan ahora que un determinado cliente plantea, en realidad, un riesgo mucho mayor que el que antes detectaban cuando la precisión en su determinación no era tan fina⁴², con lo que también aumenta la probabilidad de que no pueda acceder al aseguramiento por tener que satisfacer una prima más abultada⁴³.

Todas estas circunstancias coadyuvan a que crezca el número de personas inasegurables⁴⁴. El conocimiento pormenorizado de los datos de los clientes conllevará la exclusión del aseguramiento de aquellos que resulten más vulnerables por razón de edad o falta de recursos, o muestren riesgos elevados, ya sea negándoles directamente las coberturas solicitadas, exigiéndoles el pago de altas primas para así incentivar que se desista voluntariamente de la contratación, o creando listas negras aplicables a determinados sectores del mercado asegurador⁴⁵.

II.4. Operaciones de perfilado y atención contractual personalizada

Las operaciones de perfilado y segmentado que posibilitan el procesado inteligente de datos masivos introducen una nueva quiebra en la ecuación sobre la que tradicionalmente se ha venido asentando la actividad aseguradora y que, como ya hemos visto, consiste en formar grupos de riesgos homogéneos para tratarlos también de modo

⁴⁰ Quintáns Eiras (2023b: 825).

⁴¹ Pérez Moriones (2024: 324 y 325).

⁴² Muñoz Paredes (2021: 518; 2024b: XVII).

⁴³ Quintáns Eiras (2023b: 826).

⁴⁴ Muñoz Paredes (2021: 519).

⁴⁵ Martínez Espín (2026: 116); Serrano Cañas (2021: 537; 2022: 156 y 157); Gómez Santos (2024: 216); Alarcón Fidalgo (2025: 59); Quintáns Eiras (2024: 739); Muñoz Paredes (2024a: 94).

homogéneo. Resulta indudable que el perfilado va a permitir ofrecer productos de seguro totalmente adaptados y ajustados a los específicos riesgos, necesidades e intereses de cada concreto cliente en particular⁴⁶.

El hecho de que, gracias a las tecnologías inteligentes, resulte viable que las entidades aseguradoras otorguen a cada cliente una atención contractual personalizada, conlleva, por una parte, que cada uno de ellos podrá ser tratado como específicamente merece y con arreglo a su concreta coyuntura en cuanto individuo particular y no como integrante de un grupo que comparte genéricas características comunes, lo que, a su vez, también determina, por otra parte, que las entidades aseguradoras podrán tratar de modo diferente a sus clientes, incluso en aquellas hipótesis en las que compartan riesgos homogéneos.

II.4.1. Personalización de las estipulaciones contractuales: de las condiciones generales a las particulares en contratos que siguen siendo de adhesión

En primer lugar, la personalización del contenido del contrato a la que conduce el manejo de sistemas inteligentes coadyuva a que las estipulaciones que integran el mismo igualmente estén concebidas a la justa medida de las circunstancias particulares de cada cliente. De este modo, se observa que la personalización derivada de la IA puede causar el efecto de eliminar la uniformidad y estandarización que, desde que se generalizó la masificación de la contratación y el tráfico negocial, ha caracterizado la esencia de las cláusulas contractuales propias del seguro⁴⁷. Las estipulaciones dejarían de ser comunes y homogéneas para todos aquellos contratos que se pretendan celebrar sobre una misma prestación y pasarían a configurarse de forma heterogénea, al dar cabida a las específicas particularidades que presentase la situación individual de cada cliente en sí mismo considerado. En consecuencia, las estipulaciones así diseñadas ya no podrían calificarse como condiciones generales de la contratación y habrían de ser conceptuadas como cláusulas particulares, alterándose así lo que durante largo tiempo ha constituido una señal identitaria del proceso de formación de la relación contractual de seguro.

⁴⁶ Bárcena Suárez (2022: 170 y 176).

⁴⁷ Rubí Puig (2021: 4); Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 59).

Esta transición de lo homogéneo a lo heterogéneo, de lo uniforme a lo multiforme, de lo general a lo particular, de lo estándar a lo personalizado, resulta incluso más llamativa si se repara en que las exigencias del moderno tráfico comercial masificado continúan reclamando que la contratación del seguro se efectúe igualmente en masa, sin que, en la actualidad, todavía resulte factible que las entidades aseguradoras entren a negociar individualmente con cada cliente las condiciones particulares de sus contratos. Pese a esa trascendente transformación que afecta al contenido de las cláusulas contractuales que dejarían de ser generales para convertirse en particulares, el seguro seguiría mostrándose como una especie prototípica y paradigmática de contrato de adhesión⁴⁸ en el que sus estipulaciones vienen predispuestas e impuestas de antemano por la entidad aseguradora, presentándose bajo la tradicional fórmula de «lo toma o lo deja» (*take it or leave it*), sin que el cliente pueda discutir individualmente sobre lo que se le ofrece, limitándose su protagonismo únicamente a adherirse o no a dicha oferta.

En definitiva, el recurso a las operaciones de perfilado, la segmentación automatizada y la evaluación personalizada del riesgo darían lugar al nacimiento de una *rara avis* no muy frecuente en la práctica, ya que estaríamos ante contratos de adhesión cuyo contenido estaría integrado por clausulados no generales, sino particulares que, pese a serlo, en cambio, no serían objeto de negociación individual⁴⁹. La personalización alcanzaría al contenido del vínculo contractual, de modo tal que el conjunto de derechos y obligaciones se amoldarían a la situación peculiar del contratante, pero ello sucedería totalmente al margen de cuál fuese su voluntad al respecto y sin que pueda negociar o discutir ninguno de sus extremos por muy personalmente que ellos se diseñen⁵⁰.

Por razón del fenómeno de la personalización inherente al uso de la IA en la contratación, el potencial cliente no sólo carece de capacidad para negociar el contenido del contrato, sino que, igualmente, se ve constreñido a aceptar o rechazar la oferta que se le remite, sin posibilidad alguna de contar con cualquier otra solución alternativa. Por esta razón, las ofertas personalizadas contribuyen a limitar la capacidad electiva del cliente, restringiendo el libre ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, la cual pierde todo

⁴⁸ Quintáns Eiras (2024: 731).

⁴⁹ Quizás, por ello se ha dicho que «el consentimiento algorítmico reproduce y profundiza los problemas tradicionales del contrato de adhesión, poniendo en peligro los principios de transparencia, información y equilibrio contractual». *Vid.* Mariscal Rivera (2026: 14).

⁵⁰ Navas Navarro (2024: 45); Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 58 y 59)

protagonismo quedando relegada a un segundo plano, al ser cada vez más reducido el margen de actuación que se le reconoce en este ámbito⁵¹. La personalización del riesgo y del contenido del contrato de seguro genera el inconveniente de convertir al cliente en un mero sujeto pasivo⁵², privado de su capacidad de autodeterminación contractual⁵³ y que apenas puede influir en la confección de su contenido. Este incremento en la limitación de la libertad contractual del cliente en el ejercicio de su autonomía privada, fortalece la posición de prevalencia contractual de la entidad aseguradora, la cual podría hacer valer a la hora de diseñar la relación contractual, con serio peligro de quiebra de la equivalencia de las prestaciones en su provecho y en detrimento de la parte débil en la contratación.

II.4.2. Diferencia de trato objetiva y razonable versus sesgos discriminatorios vitaminados e invisibles

En segundo lugar, si las operaciones de perfilado y segmentación facilitadas por el uso de sistemas inteligentes permiten que las estipulaciones del contrato de seguro no sean uniformes ni estandarizadas para todos los clientes de una misma prestación, sino concebidas a imagen y semejanza de las peculiaridades de cada uno de ellos, fácilmente puede inferirse que esos mismos sistemas también posibilitarán que unos y otros clientes puedan ser tratados de forma diferente, incluso cuando presenten riesgos homogéneos. Esa diferencia de tratamiento en sí misma no debería generar inconveniente alguno. No cabe reproche en que los clientes de las compañías aseguradoras sean objeto de un trato diverso, siempre que su realidad particular sea también diversa. El problema surge cuando esa diferenciación entre clientes con riesgos similares carezca de una justificación objetiva y razonable, pues nos encontraríamos ante un sesgo discriminatorio⁵⁴ contrario a las exigencias de la buena fe y al principio de igualdad⁵⁵.

La presencia de este tipo de sesgos deviene preocupante en los supuestos en los que se utiliza la IA para determinar el riesgo objeto de aseguramiento y calcular el importe

⁵¹ Mariscal Rivera (2026: 13); Argelich Comelles (2024: 2038); Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 59).

⁵² Por remisión a Stefano Rodotà, *Vid.* Girgado Perandones (2024: 4) quien advierte que los temores ante un poder omnisciente de la IA y ante su control por unos pocos se reflejan en la percepción de que el individuo pasa de sujeto activo a pasivo de esta tecnología, en la que ya no es libre, sino que está perfilado.

⁵³ Rubí Puig (2021: 17).

⁵⁴ Aparicio Araque (2025: 5).

⁵⁵ Martínez Espín (2026: 115).

de la prima, ya que, dicho empleo trae consigo, si cabe, consecuencias más lesivas para los derechos de los clientes afectados que las que podrían sufrir si todo sucediese en un entorno no digital ajeno al uso de sistemas inteligentes. Y ello es así, entre otras, por dos razones fundamentales.

Por una parte, la IA tiende a potenciar los sesgos discriminatorios multiplicándolos hasta la enésima potencia. Si los datos que maneja el sistema inteligente constituyen una información sesgada, el procesado algorítmico de los mismos no provocará la eliminación o minoración del sesgo, sino que, más bien, contribuirá a perpetuarlo, incluso amplificándolo o magnificándolo⁵⁶. Esta quiebra de la neutralidad algorítmica⁵⁷ puede producirse involuntariamente sin intervención humana y por circunstancias ajenas la entidad aseguradora debido al desarrollo del propio algoritmo⁵⁸. También es posible que la ruptura involuntaria de la neutralidad algorítmica obedezca a la intervención humana. Las personas que desarrollan sistemas de IA no dejan de tener una concreta ideología que inconscientemente puede verse reflejada en el propio desarrollo del algoritmo, por lo que su aplicación conduciría involuntariamente a resultados subjetivos, partidistas o faltos de imparcialidad.

Ahora bien, tampoco cabe descartar que el sesgo discriminatorio pueda acontecer al ser introducido voluntariamente por el propio asegurador durante su ejecución con la intención de que aquél favorezca sus intereses⁵⁹. Resulta perfectamente admisible que una compañía imponga a un cliente un precio superior a otros a cambio de la misma cobertura, siempre que ese importe mayor se deba a que esa persona presenta un nivel de riesgo también mayor. Es lícito que se paguen precios diferentes en función del perfil de riesgo de cada sujeto⁶⁰. Esta diferencia no sería discriminatoria porque tendría su fundamento en criterios objetivos. En cambio, lo que deviene censurable por discriminatorio es que la aseguradora exija a un concreto cliente una prima superior basándose en datos o factores ajenos al riesgo que carezcan de toda relación de causalidad

⁵⁶ Mariscal Rivera (2026: 14); Gimeno y Marqués (2022: 114); Fernández (2019: 5); Alarcón Fidalgo (2025: 45); Muñoz Paredes (2024a: 99); Veiga Copo (2022: 44 y 47); Bárcena Suárez (2022: 180).

⁵⁷ Girgado Perandones (2024: 4); Ravelo Guillén (2024: 167).

⁵⁸ *Vid.*, en este entendimiento, Ravelo Guillén (2024: 167).

⁵⁹ Ravelo Guillén (2024: 168).

⁶⁰ Navas Navarro (2024: 47).

con el mismo porque no tienen influencia alguna en su determinación, tales como la edad, la etnia o raza, el sexo, la orientación sexual o, incluso, la solvencia económica⁶¹.

Como ejemplo, cabe citar la optimización de precios a la que habitualmente recurre el asegurador cuando, en vez de solicitar al cliente una prima más acomodada a su riesgo, le impone una más elevada, por razón de que conoce su mayor predisposición al pago, todo ello con la intención de obtener los máximos beneficios posibles aprovechándose del excedente contractual⁶². Calcular el precio del seguro basándose en que el cliente esté dispuesto a pagar más por el mismo aseguramiento o tenga una mayor capacidad económica para hacerlo, implica la introducción de factores ajenos a la determinación del riesgo que no guardan una relación de causalidad con el mismo. El empleo de estos elementos extraños supondría que dos personas que suscriben el mismo tipo de seguro y que tienen un perfil de riesgo idéntico satisfagan primas distintas, no porque concurra una variación en las características del producto o del riesgo, sino por la simple razón de que una de ellas estaría dispuesta a abonar por el aseguramiento más de lo que la compañía estaría decidida a cobrar como precio uniforme⁶³, lo cual implica una diferencia de trato de naturaleza discriminatoria⁶⁴, pues tal diferenciación carecería de una justificación objetiva y razonable.

No en vano, la Declaración de Supervisión de EIOPA (acrónimo en inglés de *European Insurance and Occupational Pensions Authority*. Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), del mes de marzo de 2023, sobre «Prácticas de Fijación de Precios en los Seguros de No Vida», describe determinadas prácticas de fijación de precios que no se consideran conformes con el requisito de tratar a los clientes de manera equitativa. Esta Declaración procura eliminar las estrategias de tarificación que penalizan injustamente a los clientes fidelizados. Su objetivo principal es erradicar el extendido fenómeno de los precios móviles, también llamado *Price Walking*. Esta práctica consiste en aumentar repetidamente las primas de renovación a los clientes

⁶¹ Con la clara excepción de los seguros de caución. *Vid.* Muñoz Paredes (2024a: 99; 2024b: XVII; 2021: 520); Pérez Moriones (2024: 325); Quintáns Eiras (2024: 760).

⁶² Muñoz Paredes (2024a: 97); Rincón Gallego (2022: 792).

⁶³ Feliu Rey (2024: 261); Rubí Puig (2021: 6).

⁶⁴ Efectivamente, tal y como expone Veiga Copo (2022: 53), «el uso de las tecnologías y especialmente del análisis del *big data* puede generar una discriminación en la contratación en base a la optimización de los precios».

existentes, pero no basándose en criterios relacionados con el riesgo, sino en su baja propensión a comparar precios o cambiar de compañía.

Por otra parte, los sesgos discriminatorios que pueden ser inducidos por el uso de IA resultan muy difíciles de detectar, no sólo por la opacidad inherente a los sistemas de caja negra, sino también por la falta de información transparente sobre los datos del cliente que la entidad aseguradora está procesando de modo automatizado⁶⁵. En este contexto de decisiones automatizadas, el desafío no radica en que el cliente carezca de medios legales para defenderse de un trato discriminatorio, sino en que tal discriminación resulta prácticamente invisible⁶⁶. El cliente desconoce cuáles son los datos que la aseguradora posee y cuáles son los que efectivamente ha manejado para fijar su perfil de riesgo. Aquél no sabe si, para la determinación, evaluación y clasificación del riesgo, se ha recurrido a factores ajenos al mismo o discriminatorios⁶⁷. A mayor abundamiento, el cliente también ignora cuáles son los parámetros utilizados por el sistema inteligente para calcular el importe de la prima con base en el procesado de datos, teniendo en cuenta que, cuanto más avanzado sea el algoritmo, mucho más opaco y difícil de entender será el proceso que le ha conducido a la adopción de una determinada decisión o a la obtención de un resultado como es el precio del aseguramiento⁶⁸. Al no tener control sobre la información que posee el asegurador, ni sobre la forma de procesarla algorítmicamente, el cliente ignora más que nunca la correlación existente entre riesgo y prima⁶⁹.

Y si ello es así para su propia situación, con mucha mayor razón, ese mismo asegurado tampoco podrá conocer la ecuación riesgo-prima que se haya aplicado a otros clientes que compartan idéntica aseguradora, riesgo homogéneo, tipo de seguro y alcance de cobertura. Si ni siquiera un concreto cliente identifica a ciencia cierta la información que sobre él dispone y está utilizando la compañía aseguradora, mucho menos podrá estar al tanto de cuáles son los datos que aquélla igualmente emplea de otro cliente que presenta un riesgo homogéneo, lo cual va impedir comparar su situación con la del compañero en

⁶⁵ Muñoz Paredes (2021: 524 y 525).

⁶⁶ En opinión de Martínez Espín (2026: 89), la utilización de «modelos predictivos ha dado lugar a un ecosistema de hiperpersonalización en el que la inteligencia artificial (IA) actúa como infraestructura invisible pero determinante». Esta nota de la invisibilidad también ha sido puesta de relieve por Rubí Puig (2021: 8) y Navas Navarro (2024: 46).

⁶⁷ Pérez Moriones (2024: 325).

⁶⁸ Gil Membrado (2024: 514); Alarcón Fidalgo (2025: 46); Fernández (2019: 5).

⁶⁹ Quintáns Eiras (2024: 735).

el riesgo y, subsiguientemente, descubrir que se les trata de forma diferente y, en su caso, que dicha diferenciación carece de toda justificación objetiva y razonable.

Por consiguiente, el problema consiste en que el cliente adolece de un término relacional que le permita establecer un juicio comparativo entre su posición y la de otros clientes en orden a averiguar no sólo si ha sido tratado de diferente manera, sino también si esa divergencia de trato se ha fundado en criterios objetivos o si, por el contrario, está huérfana de una justificación objetiva y razonable por descansar en patrones de naturaleza sesgada o discriminatoria. La utilización de IA en la contratación del seguro dificulta que un cliente particular pueda compararse con otro que se halle en similar situación (misma aseguradora, riesgo homogéneo, mismo seguro y alcance de cobertura) para discernir si las condiciones contractuales que le ofrecen son justas y adecuadas. Esta dificultad de comparación hace que las diferencias discriminatorias se tornen prácticamente invisibles, siendo muy difíciles de detectar, lo que deja al asegurado en un estado de indefensión e inferioridad contractual ante la entidad aseguradora que puede quebrar, en perjuicio de aquél, la equivalencia de las prestaciones, lo cual resulta especialmente grave en este supuesto, porque, al no advertir que se le está discriminando, se le convierte en un sujeto inerme desprovisto de toda capacidad de reacción.

II.5. Comercialización y distribución del seguro: de la desintermediación propia de las plataformas digitales a la intermediación deshumanizada y automatizada propia de los asistentes inteligentes

Ya desde hace cierto tiempo, se ha hecho patente que las modernas relaciones aseguraticias se caracterizan por la irrupción de un condicionante tecnológico el cual influye en su configuración jurídica reclamando un replanteamiento de los modelos tradicionales de negocio, así como una transformación del modo en el que las entidades aseguradoras se relacionan con sus clientes. Resulta incontrovertible que, a lo largo de los últimos años, se ha multiplicado exponencialmente el número de contratos de seguro que se conciertan a distancia mediante dispositivos y medios de comunicación electrónicos⁷⁰. La utilización habitual de canales digitales es un hecho que se constata en todos y cada uno de los diferentes estadios en los que se desenvuelve la dinámica de la

⁷⁰ Tapia Hermida (2013: 314).

relación jurídica aseguradora. La tecnología electrónica ya no sólo está presente en la fase prenegocial de formación del consentimiento, o en el momento de perfeccionamiento o celebración del contrato, sino que su uso comienza a ser recurrente, incluso antes, en el ámbito de los canales de distribución y comercialización⁷¹.

En la actualidad, la práctica totalidad de compañías aseguradoras poseen portales web propios que, entre otras muchas funciones, sirven para canalizar la distribución, comercialización y contratación de los mismos⁷². Las páginas web se muestran como un instrumento que faculta al cliente para entablar una relación directa e inmediata con el profesional asegurador⁷³, sin necesidad de recurrir a la intervención de mediadores, tales como agentes o corredores de seguros. La distribución directa sin intermediarios constituye uno de los elementos más visibles del proceso de digitalización en la contratación del seguro⁷⁴. Se observa así que la evolución tecnológica en la que se desenvuelve la digitalización es un claro exponente del fenómeno de la desintermediación en el marco de las relaciones jurídicas de aseguramiento⁷⁵.

La instauración de esta comunicación telemática directa reduce los costes de transacción, distribución y comercialización de los productos aseguradores⁷⁶, lo cual constituye una ventaja para el cliente, siempre que dicha minoración de costes se traslade a la prima disminuyendo su importe. Pero, simultáneamente, la desintermediación que implica la distribución directa presenta el inconveniente de privar al cliente de una serie de elementos que son fuente clave de la confianza *inter partes* y que caracterizan el comercio tradicional vinculado a la contratación entre presentes en el marco de un establecimiento mercantil⁷⁷. Nos referimos a la labor de acompañamiento y asesoramiento que proporcionan los mediadores de seguros y que resulta de vital importancia para que la voluntad contractual del cliente se geste de manera libre, plena, deliberada, consciente e informada. Por consiguiente, la desintermediación que trae consigo la inmediatez de las relaciones telemáticas entre asegurador y cliente, podría

⁷¹ Quintáns Eiras (2023a: 17).

⁷² Resulta evidente que, hoy en día, los portales web de las compañías aseguradoras ya no cumplen únicamente aquella función inicial de publicitar y difundir los productos que ofrecen en el mercado. *Vid.* Camacho Clavijo (2006: 436).

⁷³ De Miguel Asensio (2022: 1233); Camacho Clavijo (2006: 435).

⁷⁴ Cuesta Barberá (2022: 28); Pérez Moriones (2024: 312); Quintáns Eiras (2023a: 43).

⁷⁵ Veiga Copo (2020: 28 y 85; 2021: 365).

⁷⁶ Camacho Clavijo (2006: 435); Quintáns Eiras (2023b: 805).

⁷⁷ De Miguel Asensio (2022: 1266).

debilitar la posición jurídica de este último, ya que debería superar en solitario y sin ayuda las dificultades técnicas y la complejidad propias de la actividad aseguradora, con el riesgo que ello supone para la recta formación del consentimiento contractual y para la efectiva realización práctica de los derechos que le asisten.

Ahora bien, sin perjuicio de todo lo que antecede, no debemos confundir el fenómeno general de la digitalización de la actividad aseguradora y, por ende, del proceso de comercialización y distribución del seguro, con la irrupción y presencia de la IA en este mismo ámbito⁷⁸, ya que, si bien la utilización de sistemas inteligentes es un hito concreto que se enmarca en esa general tendencia hacia la digitalización, las consecuencias que se derivan de uno y otro de estos avances tecnológicos resultan plenamente diferenciables en esta específica parcela de la contratación. El fenómeno de la digitalización conduce a la desintermediación en la venta, comercialización y distribución de seguros, mientras que el empleo de IA permite recuperar la labor de intermediación, pero evolucionada, transmutada y renovada en una intermediación automatizada y deshumanizada.

La implantación de asistentes digitales basados en el aprendizaje con modelos entrenados por datos constituye ya una realidad en el sector asegurador⁷⁹. En el momento presente, las compañías aseguradoras ya no sólo recurren a *chatbots* o/y *roboadvisors* en las etapas precontractuales de comercialización y distribución del contrato de seguro, sino que igualmente se comienza a generalizar el uso de asistentes conversacionales por voz humana basados en inteligencia artificial generativa o, incluso, la denominada inteligencia artificial agéntica (*agentic AI*).

Los *chatbots* son programas informáticos que se sirven de la IA, el aprendizaje automático y el procesamiento del lenguaje natural para dar respuestas complejas simulando una conversación con un usuario humano⁸⁰. Su misión es proporcionar, de manera rápida y eficiente, la información que el potencial cliente haya solicitado sobre el contrato de seguro, así como resolver las dudas y preguntas que en relación a la misma pudiese plantear⁸¹. Se crea así un nuevo canal de comunicación que agiliza las relaciones

⁷⁸ Muñoz Paredes (2021: 510) atestigua que, junto a las plataformas y aplicaciones digitales, la IA también tiene una presencia destacada en la comercialización, venta y distribución de seguros.

⁷⁹ Quintáns Eiras (2024: 726); Gómez Santos (2024: 205); Bárcena Suárez (2022: 170).

⁸⁰ Fernández Carballo-Calero (2022: 1044); Gómez Santos (2024: 205); Quintáns Eiras (2023a: 44).

⁸¹ Fernández (2019: 4).

entre los clientes y las compañías aseguradoras emulando la interacción propia del proceso de contratación del seguro, pero supliendo el contacto personal y la presencia en el establecimiento mercantil, lo que incrementa la disponibilidad de atención sin restricciones horarias⁸².

A diferencia de ello, los *roboadvisors* no se limitan a charlar o relacionarse conversacionalmente, sino que su función principal consiste en orientar la conducta del cliente en la contratación⁸³ ofreciéndole recomendaciones, valoraciones e, incluso, predicciones⁸⁴. El sistema inteligente obtiene datos e información del comportamiento de los clientes y, partiendo de ellos, aconseja la opción o solución aseguradora que más se adecúa a sus necesidades, intereses o preferencias. Cuanto más conozca el roboasesor al cliente, mejor será el asesoramiento. La utilidad de estos asistentes no radica en lanzar simples sugerencias o indicaciones con validez generalmente aceptada para todo usuario medio, sino hacerlo de forma individualizada amoldándose exactamente a las específicas peculiaridades de la situación de cada cliente, la cual domina gracias a los datos masivos que posee del mismo⁸⁵. Lo relevante de esta función de asesoría es que no se efectúa con carácter abstracto, estándar o uniforme para cualquiera que pretenda una misma prestación aseguradora, sino que se lleva a cabo ajustándola a la medida de un cliente en particular. Se trata, pues, de asesoramiento automatizado, pero con recomendaciones personalizadas en tiempo real⁸⁶.

Pese a su designación nominal, los asistentes conversacionales por voz basados en IA generativa (*Voicebots*)⁸⁷, además de proporcionar información, conducen la conversación con el fin de llegar a una meta u obtener un concreto objetivo. Su principal virtud consiste en generar empatía con el potencial cliente, pues la voz sigue siendo el canal más poderoso para conectar y vender, especialmente cuando quien habla es capaz

⁸² Muñoz Paredes (2024b: XIX; 2021: 510); Gimeno y Marqués (2022: 111); Quintáns Eiras (2024: 740).

⁸³ Sáenz de Jubera Higuero (2023b: 518).

⁸⁴ Pacheco Jiménez (2024: 152); Quintáns Eiras (2023a: 44).

⁸⁵ Feliu Rey (2024: 262); Pacheco Jiménez (2024: 155).

⁸⁶ Aparicio Araque (2025: 2).

⁸⁷ Como bien es sabido, la IA generativa (AIG) está habilitada para crear contenido original partiendo de las peticiones o instrucciones que le proporciona el usuario (*prompts*). Mientras que la IA convencional clasifica o predice datos existentes, la generativa innova y crea basándose en sofisticados algoritmos de modelos que simulan los procesos de aprendizaje y la toma de decisiones del cerebro humano. Estos modelos funcionan identificando y codificando los patrones y las relaciones en enormes cantidades de datos y utilizando después esa información para entender las peticiones o preguntas en lenguaje natural de los usuarios y responder con nuevos contenidos relevantes. *Vid.* Stryker y Scapicchio (2026) en www.ibm.com/es-es/think/topics/generative-ai (07.08.2026).

de detectar emociones, entender intenciones complejas y acentos de pronunciación en el interlocutor, así como mantener el contexto sin seguir un guion rígido.

La IA agéntica se refiere a sistemas concebidos para actuar de forma autónoma, tomar decisiones y ejecutar tareas partiendo del análisis de datos, sin necesidad, siquiera, de esperar a que el cliente le proporcione instrucciones o peticiones. Se caracteriza porque su comportamiento adaptativo y capacidad de aprendizaje le permiten evolucionar como un agente autónomo apto para razonar por sí mismo de modo independiente. En el concreto campo de la comercialización y distribución de seguros, los sistemas basados en IA agéntica sirven para simular el comportamiento de un agente comercial en la venta digital, ofreciendo recomendaciones precisas fundadas en el examen de riesgos dinámicos.

Por lo tanto, con la irrupción de los *roboadvisors*, los *voicebots* y la IA agéntica en la comercialización y venta de seguros, se transita desde la desintermediación propia de la distribución directa mediante plataformas web hasta intermediación deshumanizada. Estas tecnologías inteligentes recuperan la figura del mediador, ya que imitan la interacción del cliente con los distribuidores humanos, de modo tal que aquél ya no se ve obligado a afrontar en solitario y sin ayuda las dificultades técnicas y la complejidad inherentes al proceso de contratación del seguro. Lo que sucede es que esta labor de intermediación no se desenvuelve en un establecimiento físico presencialmente, sino que se desarrolla en un entorno digital automatizado caracterizado por la falta de intervención humana, de ahí que hablemos de intermediación deshumanizada⁸⁸.

La intermediación automatizada en un entorno digital presenta la ventaja de poder seguir disfrutando de las bondades de la distribución directa del seguro *on line*, pero con el plus valor añadido de contar con el acompañamiento y asesoramiento de un agente virtual que emulan la actuación del asesor o mediador físico en el comercio tradicional vinculado a la contratación entre presentes en un establecimiento mercantil. Aunque la intermediación del asesor automatizado desplace la comunicación y relación telemática directa entre el asegurador y el cliente, dado que el asesoramiento se desenvuelve en un entorno virtual, el recurso a asistentes digitales posibilita, al igual que la distribución directa vía web, reducir los costes de transacción, distribución y comercialización de los

⁸⁸ Bárcena Suárez (2022: 170).

productos aseguradores, así como recibir una atención, incluso, personalizada, disponible en todo momento.

Como contrapunto, el desarrollo de estas tecnologías inteligentes de intermediación conlleva grandes inversiones económicas para las aseguradoras, quienes, muy probablemente, intenten repercutirlas en los clientes, amortizándolas, bien mediante la adquisición de sus datos recopilados a través de la interacción digital⁸⁹, o bien impidiendo que la minoración de los costes propios del asesoramiento automatizado se traslade a la prima reduciendo su importe. Además, cabe que el esfuerzo financiero que implica la implantación de asesores automatizados en los procesos de comercialización de seguros no pueda ser afrontado por aquellas compañías aseguradoras de menor volumen, lo que mermaría su competitividad en el mercado, en perjuicio también de los potenciales clientes, ya que tendrían menos opciones de aseguramiento entre las que elegir⁹⁰.

No obstante lo expuesto, las partes en el contrato de seguro pueden acordar servirse de un asistente digital no sólo para facilitar las labores de comercialización, venta o distribución, sino también para automatizar cualquier acción o decisión que tenga lugar en el seno del proceso de contratación⁹¹. Los más modernos sistemas inteligentes están capacitados para tomar, por sus propios medios, decisiones automatizadas de carácter autónomo sin participación humana directa⁹². Incluso, ya existen IAs en donde la automatización puede alcanzar a la decisión misma de celebrar el contrato de seguro (ATM, *Automated Decision Making*)⁹³. En estos casos de contratación algorítmica, el agente digital no actuaría como un mero apoyo a la negociación contractual, sino que negociaría por sí mismo de forma independiente⁹⁴. De este modo, el asistente digital habría dejado de ser un mero instrumento de conexión para transformarse en un instrumento decisonal que irrumpe en la comercialización y distribución del seguro como un nuevo interlocutor llamado a adquirir un relevante protagonismo⁹⁵. Ahora bien, este

⁸⁹ Alarcón Fidalgo (2025: 46).

⁹⁰ Gómez Santos (2024: 206).

⁹¹ Argelich Comelles (2024: 2040).

⁹² Girgado Perandones (2024: 3).

⁹³ Cáceres Malagón (2025: 167); Mariscal Rivera (2026: 3 y 5); Argelich Comelles (2024: 2040); Feliu Rey (2024: 267).

⁹⁴ Se trata de la «negociación algorítmica de alta frecuencia» a la que se refiere Navas Navarro (2024: 63).

⁹⁵ Girgado Perandones (2024: 3).

protagonismo lo adquiere el sistema inteligente a costa de quien haya decidido utilizarlo en la contratación, pues su poder de decisión es resultado de la delegación de la libertad contractual que asiste a las partes, lo que pone en entredicho su consentimiento libre y consciente⁹⁶. Cuando este distintivo modelo de IA decide, adoptando una determinación autónoma y automática al margen del cliente y de la aseguradora, se delega el uso de su libertad contractual en el asistente digital, relegando a un segundo plano el protagonismo de la autonomía privada de la voluntad de los contratantes.

II.6. El peligro de desnaturalizar la esencia identificativa del contrato de seguro

Los sistemas inteligentes y sus tecnologías asociadas y, en concreto, el procesado algorítmico de datos masivos podrían desnaturalizar el contrato de seguro, porque poseen la potencialidad suficiente para desvirtuar su esencia identificativa⁹⁷.

El seguro es un contrato de naturaleza aleatoria, en virtud del cual, el asegurador se compromete, a cambio del cobro de la prima, a satisfacer una indemnización o llevar a cabo una reparación en el supuesto de que el riesgo objeto de aseguramiento se materialice en un evento dañoso⁹⁸ (art. 1 LCS). El seguro es el paradigma de los contratos con condiciones generales⁹⁹ y una especie prototípica del contrato de adhesión¹⁰⁰ en el que cobra especial trascendencia la aplicación del principio de la máxima buena fe (*uberrimae bonae fidei*) y que, al basarse en la idea de mutualidad y en el principio de solidaridad, cumple una importante función económica y social, en cuanto que sus efectos trascienden a las partes contratantes y los intereses propios de cada individuo¹⁰¹, contribuyendo así al bienestar de las personas y de la economía en general¹⁰².

- Las operaciones de perfilado y segmentado de clientes facultan a las aseguradoras para lograr una personalización e individualización del riesgo objeto de aseguramiento. Simultáneamente, el procesado inteligente de datos permite aprender del

⁹⁶ Cáceres Malagón (2025: 170); Mariscal Rivera (2026: 4); Pertíñez Vílchez (2024: 106); Pacheco Jiménez (2024: 154 y 155).

⁹⁷ Alarcón Fidalgo (2025: 57); Gómez Santos (2024: 203).

⁹⁸ Elguero Merino (2026: 47); Sánchez Calero (2010a: 35); Bataller Grau (2024: 27 y ss.).

⁹⁹ Álvarez Lata y Collado Rodríguez (2020: 1809).

¹⁰⁰ Stiglitz (2017: 300); Barrón de Benito (1999: 24); Muñoz Paredes (2013: 342); Veiga Copo (2014: 421; 2021b: 362; 2021a: 139).

¹⁰¹ Muñoz Paredes (2021: 511); Gómez Santos (2024: 216); Signorino Barbat (2024: 283).

¹⁰² Muñoz Paredes (2024b: XVI).

pasado para afrontar o predecir el futuro y el empleo de modernos modelos predictivos cada vez más precisos, propios de algunas nuevas modalidades de seguros (monitorizados), habilitan a las compañías para anticiparse a la conducta del asegurado¹⁰³ u orientar su comportamiento¹⁰⁴. Si ponemos en conjunción todas estas circunstancias, se observa, por una parte, que el carácter aleatorio del contrato de seguro podría llegar a desvanecerse, ya que, al individualizarse con precisión el riesgo y poder evitar, o por lo menos reducir, preventivamente su materialización en daño, la probabilidad de que el evento dañoso acontezca resulta muchísimo menor¹⁰⁵, con lo que la incertidumbre de que la aseguradora tenga que soportar o no la carga patrimonial consistente en reparar o indemnizar, y en qué medida debería soportarla, disminuye considerablemente¹⁰⁶, pues el siniestro cada vez sería menos un hecho futuro e incierto. Por otra parte, el contrato de seguro estaría asumiendo un función precautoria y preventiva¹⁰⁷ que, en sí misma considerada, no resultaría especialmente preocupante para la salvaguarda de su esencia identificativa, si no fuese por el peligro de que esta funcionalidad venga a desplazar o anular completamente la función indemnizatoria y reparadora en cuanto principal obligación al asegurador¹⁰⁸. Si desapareciese esta obligación, siendo sustituida por meras medidas precautorias o preventivas recomendaciones, la esencial naturaleza sinalagmática del contrato de seguro¹⁰⁹ se vería amenazada, con lo que muy probablemente esta figura contractual dejaría de ser tal para transformarse en otra distinta.

- El seguro se fundamenta en una base mutual¹¹⁰ sobre la que se asienta un grupo de personas que, en aplicación del principio de solidaridad, comparten riesgo y reparten el coste que se requiera para sufragar el importe de la indemnización o reparación que haya que abonar o acometer como resultado del siniestro¹¹¹. Sin embargo, mediante las operaciones de perfilado o segmentado de clientes se consigue que la determinación del riesgo objeto de aseguramiento resulte mucho más fina y ajustada al riesgo realmente concurrente, por lo que los colectivos de riesgos homogéneos tienden a ser cada vez de

¹⁰³ Alarcón Fidalgo (2025: 43 y 58); Serrano Cañas (2022: 154); Muñoz Paredes (2021: 522); Sáenz de Jubera Higuero (2023b: 518; 2023a: 55); Gómez Santos (2024: 204).

¹⁰⁴ Pérez Moriones (2024: 312); Muñoz Paredes (2024b: XVIII).

¹⁰⁵ Alarcón Fidalgo (2025: 57).

¹⁰⁶ Veiga Copo (2024: 7287); Quintáns Eiras (2024: 735).

¹⁰⁷ Veiga Copo (2024: 7784).

¹⁰⁸ Elguero Merino (2026: 52 y 53).

¹⁰⁹ Sánchez Calero (2010a: 57); Veiga Copo (2024: 7290).

¹¹⁰ Signorino Barbat (2024: 283).

¹¹¹ Veiga Copo (2024: 7269).

menor tamaño y, al disminuir en su dimensión, crece, en medida inversamente proporcional, la dificultad para proceder al reparto de esos mismos riesgos entre todas las personas que integran un grupo. Por ello, una excesiva individualización y personalización del riesgo debilitaría la solidez de la base mutualista en la se sustenta la actividad aseguradora y cuestionaría la vigencia del principio de solidaridad que desde siempre ha informado su ejercicio¹¹².

- El seguro es un contrato en el que el principio de la buena fe juega un papel fundamental¹¹³, hasta el punto que, en este concreto marco contractual, dicho principio rige en su máxima expresión (máxima buena fe o *uberrimae bonae fidei*)¹¹⁴. La existencia de obligaciones cimentadas en la buena fe se justifica en el hecho de que el conocimiento del riesgo por parte de la aseguradora es inversamente proporcional al deber de declaración del riesgo del tomador, de modo tal que, a mayor conocimiento del asegurador, menor exigencia de respuesta diligente por parte del tomador¹¹⁵. Dado que, gracias al procesado inteligente de datos masivos, las compañías aseguradoras conocen y controlan el riesgo incluso mejor que el propio tomador, la desaparición del déficit informativo que tradicionalmente aquéllas padecían nos obliga cuestionarnos hasta qué punto tiene sentido que se siga exigiendo al cliente la máxima buena fe en su declaración sobre el riesgo concurrente y que, ante ella, se continúe otorgando al asegurador una protección agravada frente a las posibles reservas, reticencias o inexactitudes en sus respuestas. Incluso, cabe plantearse, igualmente, si la obligación precontractual del cliente de declarar las circunstancias que influyan en la valoración del riesgo ha quedado vacía de contenido debiendo suprimirse y, subsiguientemente, si tampoco ya no es preciso que aquél conteste al cuestionario que la aseguradora le sometía¹¹⁶.

- Ya sabemos que, debido a las operaciones de perfilado y segmentado de clientes con individualización y personalización del riesgo, las estipulaciones contractuales del seguro dejan de ser condiciones generales de la contratación comunes para todos los contratos que se basen en riesgos homogéneos y se transforman en condiciones

¹¹² Alarcón Fidalgo (2025: 57).

¹¹³ Muñoz Paredes (2021: 512).

¹¹⁴ Feliu Rey (2024: 243); Veiga Copo (2024: 7293).

¹¹⁵ Serrano Cañas (2022: 151).

¹¹⁶ Esta es una cuestión frecuentemente abordada por la doctrina. *Vid.*, entre otros, Serrano Cañas (2022: 147); Pérez Moriones (2024: 321); Quintáns Eiras (2024: 736 y ss.; 2023b: 819 y ss.).

particulares configuradas heterogéneamente a la justa medida de las circunstancias específicas de cada cliente, pero que se siguen insertando en contratos de adhesión. Esto significa que tendremos cláusulas particulares que, pese a serlo, vendrán igualmente impuestas y predispuestas por las aseguradoras sin que puedan ser objeto de negociación individual, con lo que, además de enfrentarnos a una categoría contractual insólita, se habría perdido una seña identitaria del seguro en cuanto contrato de adhesión con condiciones generales.

A mayor abundamiento, el hecho de que las condiciones generales de la contratación del seguro dejen de ser tales para convertirse en condiciones particulares igualmente podría cuestionar la propia técnica aseguradora en sí misma considerada. La técnica aseguradora es un factor que influye de manera determinante en la necesidad de recurrir a cláusulas generales en la contratación del seguro. Podría incluso afirmarse que la técnica aseguradora no sólo favorece, sino que exige el establecimiento de estipulaciones generales¹¹⁷. La cobertura por el asegurador de un grupo de riesgos homogéneos sólo es posible si éstos son tratados de forma homogénea. Y esta homogeneidad difícilmente podría alcanzarse si no se utilizan clausulados generales, estandarizados y tipo para todos los asegurados integrantes del grupo sometido al mismo riesgo. Técnicamente cada ramo del seguro funciona sobre la base de una homogeneidad de riesgos que no podría ser conquistada partiendo de una contratación personalizada e individualizada¹¹⁸.

III. LA ACTUAL CONCEPCIÓN SOBRE LA APLICACIÓN DE LA IA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DEL SEGURO. LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES Y EXIGENCIAS A CARGO DE LAS ASEGURADORAS Y EN PRO DE LOS CLIENTES

Visto el escenario que acabamos de presentar, resulta indubitado que la aplicación de la IA en la contratación del seguro nos ubica ante un panorama que, en el ámbito jurídico, plantea un importante desafío regulatorio¹¹⁹. Este reto ya ha comenzado a

¹¹⁷ Coincidimos en ello con Barrón de Benito (1999: 41) y Veiga Copo (2024: 7292).

¹¹⁸ Sánchez Calero (2010b: 117); Álvarez Lata y Collado Rodríguez (2020: 1824); Barrón de Benito (1999: 26).

¹¹⁹ Bárcena Suárez (2022: 162 y 163); Quintáns Eiras (2023b: 806)

afrontarse desde las instancias normativas europeas y, hasta ahora, su hito principal lo representa la promulgación del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Como puede observarse, el Reglamento es el instrumento jurídico elegido para albergar la normativa supranacional en materia de IA, lo cual parece lógico, ya que, al ser de aplicación directa e imponer una regulación unificada en los ordenamientos internos de todos los Estados miembros, la reglamentación contribuirá a reducir la fragmentación jurídica y facilitará el desarrollo de un mercado único de sistemas de inteligencia artificial legales, seguros y fiables¹²⁰. Nos hallamos, pues, ante una norma que constituye el marco jurídico contextual que sirve de fundamento para el desarrollo de la futura legislación europea sobre IA¹²¹.

Sin embargo, en el particular caso que nos ocupa, se debe tener especialmente en cuenta que el problema jurídico, cuya solución se pretende, trae causa y hunde sus raíces en un proceso de evolución tecnológica que no tiene vuelta atrás y que avanza a un ritmo trepidante¹²², por lo que parece interesante indagar en qué punto de ese proceso evolutivo nos situamos en el momento presente, cuando ya han transcurrido dos años desde la promulgación del Reglamento europeo sobre IA, sin olvidar que esta norma ha dejado, en algunos extremos, la regulación abierta y pendiente de aplicación (*stand by*), como si estuviera esperando a que el movimiento tecnológico se estabilice y así poder adoptar reglas que no queden obsoletas nada más adquirir vigencia. Pese a que el Reglamento europeo IA entró en vigor el 1 de agosto de 2024, su aplicación es progresiva y, en

¹²⁰ Pese a no tratarse de una Directiva, el propio Reglamento justifica su promulgación en la circunstancia de que «se necesita un marco jurídico que establezca unas normas armonizadas en materia de IA...» (Considerando 8). Necesidad de establecimiento de normas armonizadas que incluso se incluye en la rúbrica que sirve de título a la norma. Ello implica que este concreto Reglamento se asemeja a las Directivas en ciertas características, ya que sus disposiciones no son excesivamente prescriptivas y permite que los Estados miembros actúen en distintos niveles en relación con aquellos elementos que no socaban los objetivos de la iniciativa normativa consistentes en minimizar la fragmentación jurídica y maximizar la seguridad jurídica. Aun cuando el Reglamento impone más que unos mínimos a los Estados miembros, se les otorga un cierto margen de maniobra para desarrollar o adaptar parte del contenido de la norma.

¹²¹ Lo primero que se afirma en los Considerandos que preceden al texto articulado del Reglamento europeo de IA es que «El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de inteligencia artificial en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión...». (Considerando 1). En el mismo sentido, en el Considerando 6 del Reglamento califica expresamente a esta norma como «marco reglamentario».

¹²² El legislador europeo parece ser totalmente consciente del hándicap que plantea esta evidente circunstancia, ya que, en el Considerando (4) del Reglamento, advierte que «La IA es un conjunto de tecnologías en rápida evolución...».

particular, conforme a lo prescrito en el art. 113 del mismo, no son pocas las disposiciones cuya aplicabilidad quedaron diferidas a agosto de 2026 e, incluso, a diciembre de 2027¹²³, justificándose formalmente esta demora en la necesidad de conceder tiempo a las empresas y desarrolladores para adecuarse a los cambios y nuevos requisitos legalmente establecidos.

El dilema consiste en cuestionarse si, al paso que ha ido aconteciendo el vertiginoso avance de la tecnología, ha ido avanzando igualmente el modo en el que se concibe, tanto doctrinal como legalmente, la aplicación de los sistemas inteligentes en la contratación del seguro. En este contexto, resulta de vital importancia la experiencia adquirida a lo largo de los últimos años en la reglamentación y en el estudio de las implicaciones jurídicas de la IA, la cual, en principio, demuestra una tendencia hacia la adopción de algunas medidas correctoras pensadas para mitigar los inconvenientes y consecuencias negativas que los efectos secundarios de la concepción disruptiva de la IA pueden provocar cuando se trata de su implementación en el proceso de suscripción del seguro.

A este respecto, puede percibirse que comienza a ser común postular la implantación de una serie de obligaciones y exigencias a cargo de las entidades aseguradoras, las cuales sirven también para vislumbrar cómo ha evolucionado la concepción o idea que se propugna en el sector asegurador sobre el uso de la IA en el instante actual. Entre otras, las obligaciones y exigencias sobre las que se suele hacer hincapié son las siguientes: información, transparencia, explicabilidad, trazabilidad, auditabilidad y reserva de humanidad.

En íntima relación con las citadas obligaciones, destaca el Dictamen sobre la Gobernanza de la IA y la Gestión de Riesgos de 6 de agosto de 2025, el cual incluye

¹²³ Aunque inicialmente se preveía que las normas recogidas en el Reglamento para los sistemas inteligentes de alto riesgo no fuesen aplicables hasta agosto de 2027 (art. 113 Reglamento IA), en el momento presente parece que su aplicabilidad ha quedado diferida a diciembre de 2027, ya que, en el contexto del paquete *Omnibus Digital*, la Comisión Europea ha considerado conveniente esperar a la disponibilidad de herramientas de apoyo, incluidas las normas armonizadas necesarias. *Vid.* Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2016/679, (UE) 2018/1724, (UE) 2018/1725, (UE) 2023/2854 y las Directivas 2002/58/CE, (UE) 2022/2555 y (UE) 2022/2557 en lo que respecta a la simplificación del marco legislativo digital y se derogan los Reglamentos (UE) 2018/1807, (UE) 2019/1150, (UE) 2022/868 y la Directiva (UE) 2019/1024 (Ómnibus Digital). Por lo que ahora interesa, conforme al Anexo III 5.c) del propio Reglamento IA, son sistemas inteligentes de alto riesgo los destinados a ser utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en relación con las personas físicas en el caso de los seguros de vida y de salud.

directrices dirigidas a los supervisores nacionales por EIOPA (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) sobre cómo interpretar diversas disposiciones de la legislación vigente en materia de seguros en el contexto de los sistemas inteligentes. En concreto, en el punto 3.7 de la referido Dictamen, se puede leer que, con el fin de garantizar un uso responsable de los sistemas de IA, las empresas deben desarrollar sistemas de gobernanza y gestión de riesgos teniendo en cuenta las siguientes áreas: equidad y ética, gobernanza de datos, documentación y conservación de registros, transparencia y explicabilidad, supervisión humana, precisión, solidez y ciberseguridad.

III.1. Replanteamiento de la obligación de información precontractual a cargo del asegurador

La utilización de la IA en general y, en particular, su aplicación en el proceso de contratación del seguro, parece reclamar un profundo replanteamiento del contenido de la obligación de información precontractual que las entidades aseguradoras tienen frente a sus potenciales clientes¹²⁴, pues ahora ha de alcanzar no sólo al seguro en sí mismo considerado en cuanto producto financiero complejo, sino igualmente a las herramientas inteligentes que pretendan ser usadas en el referido proceso de su contratación¹²⁵.

Si se nos permite el juego de palabras, esta reconfiguración de la obligación precontractual de información requiere que el asegurador informe al cliente acerca de la información que posee del mismo. Aquél debe poner en conocimiento de éste cuáles son los datos que de él dispone, así como darle cuenta de su origen, su procedencia y su modo de obtención¹²⁶. La información que manejan las compañías tiene su fuente, por una parte, en los propios clientes, quienes la suministran voluntariamente, aunque, con frecuencia, desconozcan cuáles son los concretos datos que han cedido¹²⁷. Otras veces, los clientes facilitan involuntariamente sus datos, sin ni siquiera ser conscientes de ello (huella

¹²⁴ Bárcena Suárez (2022: 181); Navas Navarro (2024: 49); Aparicio Araque (2025: 6).

¹²⁵ Quintáns Eiras (2023a: 18 y 49; 2024: 736).

¹²⁶ Aparicio Araque (2025: 7).

¹²⁷ Serrano Cañas (2022: 155). El consentimiento no implica necesariamente el conocimiento. La existencia del consentimiento del cliente para el tratamiento de sus datos no enerva el déficit informativo de este último, sino que simplemente determina que dicho tratamiento supera el juicio de licitud. Por remisión a lo prescrito en el art. 40 RGPD, *Vid.* Pérez Moriones (2024: 322).

digital)¹²⁸. Por otra parte, cabe que las aseguradoras consigan directamente la información sin provenir de la experiencia del cliente, mediante la creación de ficheros colectivos compartidos con otras entidades, mediante su adquisición por compra o cesión de otros operadores en el mercado¹²⁹, o mediante la aportación de los propios sistemas inteligentes tras ser extraídos del entorno digital en el que interactúan debido a su capacidad de aprendizaje y comportamiento adaptativo¹³⁰.

En consecuencia, imponer al asegurador la obligación de informar a sus clientes acerca de los datos que tienen sobre ellos, se encuentra suficientemente justificado, ya que muy probablemente aquéllos ignoren hasta qué punto la compañía conoce, controla y domina su concreta situación y posición. Por esta razón, el art. 12 RGPD obliga al responsable de su tratamiento (en nuestro caso aseguradora) a tomar las medidas oportunas para facilitar al interesado (cliente) toda la información indicada en los arts. 13 y 14 del propio Reglamento, distinguiéndose los casos en los que los datos personales se obtengan del interesado o no se hayan obtenido del mismo.

Ya se hayan obtenido los datos del interesado o no, la entidad aseguradora deberá informar al cliente sobre la identidad y los datos de la persona responsable del tratamiento, los fines de tratamiento a los que se destinan los datos personales, las categorías de datos personales de los que se trate, los destinatarios de los datos personales o el plazo durante el cual se conservarán los datos personales (arts. 13 y 14 RGPD). Del mismo modo, la compañía tendrá que informar al cliente sobre su derecho a solicitar el acceso a sus datos personales para poder instar su rectificación, supresión (derecho al olvido), oposición al tratamiento o limitación del mismo y a su portabilidad (art. 21 RGPD). Recordemos que, incluso cuando el cliente haya cedido voluntariamente sus datos a la aseguradora, le asiste el derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento (arts. 6 y 7 RGPD)¹³¹. No pueden establecerse trabas que obstaculicen o dificulten el ejercicio de este derecho de desistimiento, ya que el mismo art. 7 RGPD finaliza diciendo que retirar el consentimiento debe ser tan fácil como darlo. Como es lógico, en las hipótesis de que la

¹²⁸ Muñoz Paredes (2021: 515); Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 58); Serrano Cañas (2021: 539 y 543); Veiga Copo (2021: 366 y 367).

¹²⁹ Muñoz Paredes (2024a: 92; 2021: 515); Quintáns Eiras (2024: 729 y 730; 2023a: 45).

¹³⁰ Pacheco Jiménez (2024: 154); Pertíñez Vilchez (2024: 107); Navas Navarro (2024: 36); Signorino Barbat (2024: 311).

¹³¹ Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 62).

información únicamente provenga de terceros y no se haya obtenido del interesado, la compañía tendrá que informar al cliente sobre la fuente de la que proceden los datos personales (art. 14.2.f) RGPD). Así mismo, el art. 97.1.f) del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, impone al empresario, con carácter previo a la vinculación contractual, la obligación de informar al consumidor o usuario sobre las fuentes de datos utilizadas en los casos de productos o servicios del sector financiero contratados a distancia o fuera de establecimiento mercantil.

A todo ello hay que añadir que, en aplicación de esta general obligación de información, e independientemente de si los datos derivan del cliente o no, en el supuesto de que adopte una determinada decisión de forma automatizada, la entidad aseguradora debe revelar al cliente cuáles son los datos que el sistema inteligente ha empleado y cuáles no e, igualmente, cómo han sido procesados los datos de los cuales se haya hecho uso.

Este último requerimiento nos pone sobre la pista de la segunda de las transformaciones a las que tendría que someterse la obligación de información como consecuencia de la aplicación de la IA en la contratación del seguro. La entidad aseguradora debería advertir que una determinada decisión ha sido tomada recurriendo a sistemas inteligentes, procediendo a su concreta identificación. Resulta pertinente exigir legalmente a las compañías que informen al cliente que una o más etapas de la formación del contrato van a ser determinadas o facilitadas mediante IA, así como cuál es el grado de intervención que ha tenido el sistema inteligente en la misma¹³².

En este sentido, cuando se trata de sistemas destinados a interactuar con personas físicas, el art. 50.1 del Reglamento Europeo de IA obliga a los proveedores a garantizar que estas personas estén informadas de que se hallan interactuando con una inteligencia artificial, excepto cuando resulte evidente desde el punto de vista de una persona física razonablemente informada, atenta y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias y el contexto de utilización. En la misma dirección, el punto 3.28 del Dictamen de EIOPA (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación) sobre la Gobernanza de la IA y la Gestión de Riesgos, de 6 de agosto de 2025, alude expresamente a la necesidad de

¹³² Sáenz de Jubera Higuero (2023b: 518; 2023a: 59); Fernández (2019: 5); Quintáns Eiras (2023a: 53 y 55); Aparicio Araque (2025: 7).

que los clientes sean informados por las empresas aseguradoras de que están interactuando con un sistema de inteligencia artificial, aunque esta obligación de información se subordina a la petición realizada en este sentido por el cliente en cuestión. Los arts. 13.2.f) y 14.2.g) RGPD imponen al responsable del tratamiento de los datos (asegurador) el deber de informar al interesado (cliente) sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, con el objeto garantizar un tratamiento de datos legal y transparente. A su vez, el art. 97.1.f) TRLGDCU, exige al empresario informar al consumidor o usuario, antes de que quede vinculado por cualquier contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil, que el precio ha sido personalizado sobre la base de una toma de decisiones automatizada¹³³. El art. 14.1 del Reglamento Europeo de Servicios Digitales, de 19 de octubre de 2022, establece la obligación de los prestadores de servicios intermediarios de informar sobre el hecho de que se hayan tomado decisiones algorítmicas para moderar los contenidos en el marco de las restricciones que impongan en relación con el uso de su servicio respecto de la información proporcionada por los destinatarios del mismo. Inmediatamente a continuación, el art. 15 de este mismo Reglamento prescribe que el prestador de servicios intermediarios ha de informar acerca del uso de herramientas automatizadas con la finalidad de moderar contenidos. Y la Directiva (UE) sobre Contratos de Servicios Financieros Celebrados a Distancia, de 22 de noviembre de 2022, añade un art. 16.bis a la Directiva (UE) sobre los Derechos de los Consumidores, de 25 de octubre de 2011, en cuyo apartado 1.i) se refuerza la obligación de informar cuando el precio ha sido personalizado basándose en una toma de decisiones automatizadas¹³⁴. Finalmente, los arts. 13, 10.5.m) y 11.4.h) de la Directiva (UE) sobre Contratos de Crédito al Consumo, de 18 de octubre de 2023, recogen la obligación de los Estados miembros de exigir a los prestamistas e intermediarios de crédito que informen a los consumidores cuando se les presente una oferta o un precio personalizados basándose en el tratamiento automatizado de datos personales, incluida la elaboración de perfiles.

III.2. Transparencia en la información precontractual suministrada

¹³³ Destaca este extremo legal, Pérez Moriones (2024: 327).

¹³⁴ Martínez Espín (2026: 126).

La información que las compañías aseguradoras han de suministrar a sus potenciales clientes sobre sus datos y la utilización de sistemas inteligentes debe ser transparente, ya que sólo así se logrará evitar que la renovada obligación de informar continúe colisionando con los viejos obstáculos que tradicionalmente han lastrado su efectivo cumplimiento en su versión más clásica¹³⁵. La exigencia de transparencia muestra dos trascendentes implicaciones para la obligación de información precontractual.

En primer lugar, la transparencia comporta que el asegurador debe prescindir de transmitir al cliente toda la información que posea del mismo o de proporcionarle, aunque no sea toda, una cantidad de información abrumadora. Este comportamiento sería el más cómodo y menos costoso para la entidad aseguradora, pero contribuiría a vaciar de funcionalidad la obligación informativa. Tras la irrupción de la IA en la contratación del seguro, la información a trasladar al cliente no sólo ha aumentado cuantitativamente, sino que también ha ganado en complejidad cualitativa. Si la cantidad y calidad de la información a la que se tiene que enfrentar el cliente es tal que le resulta inaprehensible, todo esfuerzo por intentar asimilarla deviene inútil y, en vez de generar claridad o transparencia, provocaría un estado de confusión equivalente a la desinformación¹³⁶. Sabemos que el exceso de información suele equivaler a la ausencia de información¹³⁷. Al producirse una sobrecarga informativa (*information overload*)¹³⁸, el cliente se hallaría en una situación similar a la que se encontraría si no se le hubiese facilitado información alguna, lo que, en definitiva, supondría, purgar de todo contenido la obligación de información precontractual sancionada, llegándose al mismo resultado que si dicha obligación nunca se hubiera impuesto, lo cual fomentaría la prestación ciega del consentimiento. Se estaría consintiendo, pero sin saber a ciencia cierta lo que se consiente. La información excesiva y masiva igualmente puede desembocar en una prestación ciega del consentimiento cuando éste se acaba otorgando por cansancio y saturación¹³⁹. Además, el solapamiento de obligaciones de información a cargo de las aseguradoras

¹³⁵ En los últimos tiempos, la exigencia de transparencia ha venido erigiéndose como una parte sustancial en el Derecho de contratos, especialmente en lo referente a la tuición del consumidor. A este respecto, *Vid.* Bárcena Suárez (2022: 178).

¹³⁶ Quintáns Eiras (2023a: 15).

¹³⁷ Veiga Copo (2018: 54).

¹³⁸ Bárcena Suárez (2022: 177).

¹³⁹ Navas Navarro (2024: 48 y 60); Quintáns Eiras (2024: 749 y 750).

restaría agilidad al proceso de contratación y lo haría más largo y tedioso, con la subsiguiente multiplicación de los costes precisos para celebrar cada contrato¹⁴⁰. Por todos estos motivos, y si se quiere cumplir con la nota de transparencia, podemos concluir que la información a remitir al cliente habría de ser seleccionada, en el sentido de suministrar únicamente aquélla que resulte absolutamente imprescindible y necesaria¹⁴¹. De hecho, el art. 60.1 TRLGDCU circunscribe la obligación de información precontractual a cargo del empresario exclusivamente a aquélla que sea relevante, veraz y suficiente.

En segundo lugar, la exigencia de transparencia implica, así mismo, que la información que tiene que aportar el asegurador ha de ser sencilla, accesible, asequible, inteligible y fácilmente comprensible por un cliente estándar. En particular, el art. 13.1 del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial ordena que los sistemas de IA de alto riesgo se diseñen y desarrollen de modo que se garantice que funcionan con un nivel de transparencia suficiente. Por lo que respecta a la ya comentada obligación de los proveedores de informar a las personas físicas que están interactuando con un sistema inteligente, el art. 50.5 del Reglamento requiere que dicha información se facilite de manera clara y distinguible, mientras que el art. 12.1 RGPD exige que la información que, sobre sus datos, se transmita al cliente ha de ser concisa, transparente, inteligible y en un lenguaje claro y sencillo. El art. 14.1 del Reglamento Europeo de Servicios Digitales obliga a los prestadores de servicios intermediarios a que la información que deben suministrar sobre la adopción de decisiones algorítmicas se exponga en un lenguaje claro, sencillo, inteligible e inequívoco y, simultáneamente, su art. 15.1.c) interpela a que la información acerca del uso de herramientas automatizadas cumpla con las notas de significativa y comprensible. Según el art. 13 de la Directiva de Contratos de Crédito al Consumo, cuando se presente una oferta personalizada basada en el tratamiento automatizado de datos personales, los prestamistas e intermediarios de crédito deberán informar de ello a los consumidores, pero de una forma clara y comprensible. Como cierre de este ecosistema normativo, el art. 60 TRLGDCU establece que la información previa al contrato debe ser clara y comprensible¹⁴². En efecto, de nada valdría que la información

¹⁴⁰ Cuesta Barberá (2022: 38).

¹⁴¹ Quintáns Eiras (2023b: 812).

¹⁴² Martínez Espín (2026: 104).

previa a la contratación fuese cualitativa y cuantitativamente seleccionada, si no pudiese ser comprendida por el potencial cliente. Es preciso que la información ofrecida por la entidad aseguradora pueda ser entendida por su destinatario sin tener que realizar un gran esfuerzo. Lo que se pretende es que la información sea intelectualmente aprehensible para un cliente de tipo medio sin recurrir a la ayuda de terceros o, particularmente, al asesoramiento de profesionales¹⁴³. En consecuencia, las compañías deberían evitar la información oscura, compleja, excesivamente técnica, imprecisa, vaga o equívoca.

Igualmente, consideramos imprescindible que la información se presente de modo accesible para el cliente. El ya citado art. 50.5 del Reglamento Europeo de IA finaliza diciendo que la información que los proveedores han de proporcionar a las personas físicas que interactúan con sistemas inteligentes se deberá ajustar a los requisitos de accesibilidad aplicables. El también referido art. 12.1 RGPD requiere que la información que se suministre al cliente sobre sus datos sea de fácil acceso. Los arts. 60.1 y 97.1.f) TRLGDCU exigen que la información que el empresario ha de facilitar al consumidor antes de que quede vinculado por cualquier contrato celebrado a distancia o fuera de establecimiento se facilite de en formatos adecuados, accesibles y comprensibles. El art. 14.1 del Reglamento Europeo de Servicios Digitales igualmente determina que la información que el prestador de servicios intermediarios tiene que aportar sobre la toma de decisiones algorítmicas debe resultar accesible al usuario y su art. 15.1.c). obliga a esos mismos sujetos para que los informes sobre la moderación de contenidos mediante herramientas automatizadas se publiquen de forma fácilmente accesible.

Por supuesto que la exigencia de accesibilidad se refiere a la necesidad de garantizar que el cliente tenga acceso intelectual a la información que se le remite, pues ello ya va ínsito en el requisito de la claridad y comprensibilidad. Con la nota de la accesibilidad se quiere subrayar que la información no sólo tiene que ser intelectualmente comprensible para el cliente, sino también física y materialmente aprehensible, ya que este segundo requisito constituye el presupuesto o *conditio sine qua non* para que el primero pueda cumplirse. Sería inútil empeñarse en que el cliente comprenda sin esfuerzo la información que se le expide, si el medio, soporte o formato en el que se instrumenta le impide tener acceso físico y material a la misma.

¹⁴³ Veiga Copo (2018: 160).

Entonces, para garantizar la accesibilidad a la información, resulta de vital importancia el soporte en el que aquélla se contiene. A este respecto, el art. 12.1 RGPD señala que la información a suministrar por el responsable del tratamiento de datos (asegurador) al interesado (cliente) será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá transmitirse verbalmente, siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios que no sean de naturaleza verbal u oral.

Esta concreta acepción de la idea de transparencia como sinónimo de información seleccionada, comprensible y accesible encuentra proyección en las concretas decisiones que adopte el sistema inteligente utilizado y en la necesidad de que aquellas cumplan la nota de la explicabilidad.

III.3. Explicabilidad de las decisiones adoptadas por sistemas inteligentes

Aplicando la exigencia de transparencia informativa a la específica decisión a la que haya llegado la IA empleada en un determinado procedimiento, la exacción de «explicabilidad» requiere que la compañía aseguradora se encuentre en condiciones de poder explicar tal decisión de forma aprehensible, porque, de lo contrario, no podría ser comprensible por el particular cliente afectado por la misma¹⁴⁴.

Esta idea de explicabilidad aplicable a la actividad aseguradora, es concreción de la regla general contenida en el art. 86.1 del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial, el cual dispone que toda persona que se vea afectada jurídica o considerablemente por una decisión basada en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo, de manera que considere que tiene un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales, tendrá derecho a obtener del responsable del despliegue explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema inteligente ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión adoptada. Así mismo, en este contexto de explicabilidad, se enmarca el Dictamen de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA) sobre Gobernanza y

¹⁴⁴ Por lo tanto, la exigencia de explicabilidad así entendida puede ser considerada como una proyección o aplicación de la idea de transparencia al código y a los criterios de decisión algorítmica. *Vid.* Mariscal Rivera (2026: 14).

Gestión de Riesgos de la IA en el sector asegurador, de 6 de agosto de 2025. En el punto 2.2 de este Dictamen se reconoce que la limitada explicabilidad de algunos sistemas de IA puede aumentar el riesgo de sesgos y resultados discriminatorios; y el punto 3.25 afirma que las empresas deberían cerciorarse de que los resultados de los sistemas de inteligencia artificial pueden ser explicados de manera significativa.

Con la intención de fomentar la explicabilidad de las decisiones algorítmicas, el Dictamen de EIOPA aconseja el uso de sistemas de doble capa informativa. En una primera capa más superficial, la compañía debería ilustrar de forma sencilla, desprovista de alardes tecnológicos y tecnicismos, cómo funciona y actúa el sistema inteligente en cuestión, lo cual resulta bastante arduo, dada la complejidad técnica que reviste la naturaleza de los algoritmos y el efecto de «caja negra» de ciertas soluciones de IA. Posteriormente, y en una segunda capa informativa más profunda, la entidad tendría que revelar, también de manera transparente, la lógica intrínseca que preside la particular decisión que haya tomado en uso de la IA¹⁴⁵. En el punto 3.28 del Dictamen de EIOPA se advierte de que, en el caso de los clientes, además de ser informados de que están interactuando con un sistema de IA, las empresas de seguros deberían aclarar la influencia que el sistema de IA ha tenido en la solución que reviste un impacto significativo en ellos utilizando un lenguaje sencillo, claro y no técnico para permitirles tomar decisiones informadas.

Cuando se trata de la personalización del precio sobre la base de una toma de decisiones automatizadas en el marco de la contratación a celebrada a distancia o fuera de establecimiento, el art. 97.1.f) TRLGDCU obliga al empresario a informar al consumidor, con carácter previo a su vinculación contractual, acerca de los parámetros que se han tenido en cuenta para llevar a cabo tal personalización. En convergencia con ello, y de la aplicación conjunta de los arts. 10.5.m), 11.4.h) y 12.1 de la Directiva de los Contratos de Crédito al Consumo, se deduce la obligación de los prestamistas y de los intermediarios de crédito de proporcionar al consumidor explicaciones adecuadas sobre adopción de decisiones derivadas de la personalización de precios basándose en un tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Quintáns Eiras (2023a: 59 y 60).

¹⁴⁶ Martínez Espín (2026: 112).

En suma, de nuevo, alcanzar este objetivo de explicabilidad no parece fácil, ya que, resulta indudable que exponer de forma simple lo que es sumamente complejo, deviene realmente complicado.

III.4. Trazabilidad de las decisiones basadas en IA como coadyuvante de su explicabilidad

Así como la explicabilidad de la decisión tomada utilizando un sistema inteligente contribuye a su comprensibilidad, la trazabilidad de la misma coadyuva a su explicabilidad y, por ende, también a su recta comprensión. La trazabilidad se define como la capacidad de rastrear, registrar y verificar todo el ciclo de vida de una decisión automatizada, desde los datos de entrada hasta el resultado final. Trazar una decisión es la posibilidad de fijar el *iter* que haya seguido la IA desde comenzó a operar hasta que llega a una concreta solución o resultado final, ya se lleve a cabo ese trazado en un sentido ascendente (empezando por la decisión y ascendiendo hasta la entrada de datos) o descendente (comenzado por la puesta en marcha del sistema y finalizando por la toma de la decisión).

Aunque únicamente referido a los sistemas de IA de alto riesgo, el art. 12 del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial requiere que tales sistemas permitan el registro automático de acontecimientos a lo largo de todo su ciclo de vida y, al mismo tiempo, establece una serie de exigencias para garantizar un nivel de trazabilidad de su funcionamiento.

La trazabilidad y explicabilidad de las decisiones basadas en IA son cruciales porque, cuando los sistemas inteligentes se aplican en el marco de la actividad aseguradora, permiten al cliente entender cómo y por qué se llega a ciertas decisiones o conclusiones, lo que fomenta la confianza en la utilización de estas nuevas tecnologías y la recta formación del consentimiento contractual dando lugar a una voluntad informada, libre, consciente y deliberada.

III.5. Auditabilidad de las decisiones automatizadas explicables y trazables

A su vez, al facilitar la explicabilidad y comprensibilidad de la decisión adoptada por un sistema inteligente, la trazabilidad de la misma hace posible su auditabilidad. Gracias a la capacidad para reconstruir la cadena de interacciones de la IA desde la entrada de datos hasta el resultado final, resulta factible chequear, inspeccionar, examinar, revisar y verificar el proceso de toma de decisiones, lo cual es fundamental no sólo para garantizar la correcta imputación de la eventual responsabilidad en caso de daño, sino, también, y por lo que ahora interesa, para certificar el cumplimiento de la exigencia de transparencia, asegurando que el cliente del asegurador comprenda por qué y cómo se articuló una concreta decisión automatizada, lo que al mismo tiempo facilita que se pueda determinar si el resultado es válido y adecuado.

III.6. Reserva de humanidad

La idea de auditabilidad, y lo que esta comporta en el sentido de verificar, inspeccionar y revisar el proceso de toma de decisiones automatizadas, así como el correcto funcionamiento del sistema, entronca con la aplicación del denominado principio de «reserva de humanidad» (*human in the loop*), consagrado ya en el art. 14 del Reglamento Europeo de IA para aquellos sistemas inteligentes que se consideran de riesgo alto, entre los que se encuentran los destinados a la evaluación de riesgos y tarificación en relación con las personas físicas para el caso de seguros de vida y salud (Anexo III, punto 5).

El apartado 1 del art. 14 del Reglamento de IA exige que los sistemas de IA de alto riesgo sean diseñados y desarrollados de modo que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el período que estén en uso. Esta idea delata la vital importancia que las instancias normativas europeas conceden a la necesidad de supervisar humanamente el funcionamiento de los sistemas inteligentes, ya que, desde su concepción, deben estar pensados para que puedan ser fiscalizados por las personas humanas. Y hasta tal punto es importante para el legislador europeo la reserva de humanidad que, incluso el apartado 4.e) de ese mismo art. 14, contempla la posibilidad de que las personas a quienes se encomiende la supervisión del sistema estén habilitadas para intervenir en su funcionamiento o interrumpirlo pulsando un botón de parada o

accionando un procedimiento similar que permita que el sistema se detenga de forma segura¹⁴⁷.

El Dictamen de EIOPA sobre la Gobernanza de la IA y la Gestión de Riesgos, de 6 de agosto de 2025, se pronuncia expresamente a favor de que la aplicación de los sistemas inteligentes en el ámbito asegurador sea supervisada humanamente. Además de la aludida mención que previamente efectuamos a su punto 3.7 (obligación genérica de las empresas de desarrollar sistemas de gobernanza y de gestión de riesgos en el área de la supervisión humana), el Dictamen dedica sus apartados 3.29 a 3.33 (ambos incluidos) a recalcar la necesidad de que las empresas aseguradoras dispongan de protocolos de supervisión humana de la actuación de los sistemas inteligentes que están siendo empleados en el desarrollo de su actividad. Desde EIOPA se propugna que las empresas impartan al personal pertinente formación suficiente y adaptada a sus respectivas responsabilidades para garantizar que la supervisión humana de los sistemas de IA sea eficaz. Y la Directiva (UE) sobre Contratos de Servicios Financieros Celebrados a Distancia, de 22 de noviembre de 2022, añade un art. 16.quinquies a la Directiva sobre los Derechos de los Consumidores, de 25 de octubre de 2011, en cuyo apartado 3, se insta a los Estados miembros para que, en caso de que el comerciante utilice herramientas en línea, garanticen que el consumidor tenga derecho a solicitar y obtener intervención humana en la fase precontractual y, en casos justificados, después de la celebración del contrato a distancia¹⁴⁸.

A nuestro juicio, incluso en aquellas hipótesis en las que el sistema inteligente no sea considerado de alto riesgo, convendría asegurar siempre una cierta presencia humana:

Por un lado, la reserva de humanidad parece aconsejable en lo referente a la supervisión, control y fiscalización de la actuación llevada a cabo por la IA. Se trataría de verificar que el sistema funciona correcta y adecuadamente, sin desviaciones o errores imprevistos y no deseados. Esta parece ser la idea que resulta acogida tanto en el art. 14.2 del Reglamento europeo de IA como en el punto 3.33 del Dictamen de EIOPA sobre la Gobernanza de la IA y la Gestión de Riesgos, pues, en ambos, la intervención humana se reconduce a modo de labores de supervisión en el sentido de garantizar que el sistema

¹⁴⁷ Requeijo Torcal (2022: 172).

¹⁴⁸ Martínez Espín (2026: 126).

inteligente utilizado por la compañía aseguradora funcione según lo previsto, respete los derechos de los clientes y mantenga un alto nivel de seguridad.

Pero, por otro lado, la intervención de las personas igualmente deviene recomendable para contribuir a la protección de quien podríamos denominar «sujeto pasivo» en la utilización del sistema inteligente, lo que, en el caso de la contratación del seguro, nos ubica en la posición jurídica del cliente. Como presupuesto de previo cumplimiento, la entidad aseguradora ha de poner en conocimiento del cliente que se está sirviendo de una concreta IA y lo debe hacer cumpliendo con la exigencia de suministrar información transparente acerca de esta concreta circunstancia y sus efectos o consecuencias (art. 50.1 Reglamento Europeo Inteligencia Artificial y punto 3.28 del Dictamen de EIOPA, de 6 de agosto de 2025). Sin embargo, el protagonismo del cliente como persona humana no debe agotarse en esta presencia meramente displicente que lo limitaría a ser un mero receptor de la información objeto de transmisión. Por el contrario, el cliente tendría que participar activamente en la decisión de emplear un sistema inteligente, en el sentido de que dicho uso debería ser aceptado por él expresamente mediante la manifestación de su consentimiento o voluntad favorable¹⁴⁹. Además, en el hipotético supuesto de que el cliente no diese su aprobación a la utilización de la IA, la compañía aseguradora habría de facilitarle otra posible alternativa, sin que las fórmulas de contratación adhesiva propias del masificado tráfico negocial se extiendan igualmente a la utilización de sistemas inteligentes, imponiéndolos como única vía de acceso a la contratación bajo la típica fórmula de «lo toma o lo deja» (*take it or leave it*).

En esta dirección de patrocinar la participación activa del consentimiento del cliente en la toma de decisiones automatizadas mediante IA, igualmente se ha defendido la posibilidad de reconocerle un derecho a desistir del uso del sistema inteligente incluso después de haberlo aceptado expresamente, otorgándole la facultad de desconectar sus funcionalidades e, incluso, mostrar su disconformidad rechazando la solución a la que hubiese llegado el asistente automatizado, pero siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias o condicionantes¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Quintáns Eiras (2023a: 55 y 57).

¹⁵⁰ Requeijo Torcal (2022: 172); Navas Navarro (2024: 48 y 49); Pacheco Jiménez (2024: 156).

Este derecho de rechazo inicial o desistimiento sobrevenido aparece consagrado en el art. 22.1 RGPD, cuando señala que «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar». Ahora bien, la facultad que ostenta el cliente de rechazar inicial o sobrevenidamente el uso de sistemas inteligentes por el asegurador no es absoluta, sino que presenta ciertas limitaciones que se deducen del propio art. 22.1 RGPD¹⁵¹:

- El derecho de cliente a no ser objeto de una decisión basada en un tratamiento automatizado se circunscribe a aquellos supuestos en los que la decisión se haya basado única y exclusivamente en un procesado automatizado de datos, como, por ejemplo, el mero hecho de verse a obligado a tener una interacción automatizada con el asegurador de extremo a extremo y con carácter exclusivo, sin que se le permita contactar en ningún instante del proceso con un agente humano¹⁵².

- El cliente tampoco tendría derecho a rehusar la decisión automatizada cuando no produzca efectos jurídicos en él o le afecte nada o, en menor medida, de manera poco significativa. El cliente puede repudiar una decisión basada exclusivamente en IA que afecte a sus intereses, tal y como podría acontecer si sufre efectos jurídicos negativos como la resolución del contrato, la denegación de una prestación que legalmente le corresponde¹⁵³, la imposición de decisiones finales automáticas (por ejemplo, cálculo de indemnizaciones) o la aparición de sesgos discriminatorios.

- Según el art. 22.2 RGPD, no asiste al cliente el derecho a repudiar una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos cuando dicha decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, cuando esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca

¹⁵¹ Martínez Espín (2026: 109); Rubí Puig (2021: 12); Pacheco Jiménez (2024: 165).

¹⁵² Rubí Puig (2021: 13) y Martínez Espín (2026: 111). En esta misma línea ejemplificativa, en su Sentencia *SCHUFA Holding* (C-634/21, de 7 de diciembre de 2023), el TJUE considera que la elaboración de un *score* crediticio que determina *de facto* la concesión o denegación de un contrato constituye una decisión basada exclusivamente en un tratamiento automatizado de datos con efectos jurídicos y, por lo tanto, sometida a las exigencias del art. 22 RGPD.

¹⁵³ Navas Navarro (2024: 51).

asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, y cuando se base en el consentimiento del interesado.

IV. CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES Y EXIGENCIAS A CARGO DE LAS ASEGURADORAS. LA ATENUACIÓN DEL EFECTO DISRUPTIVO DE LA IA Y LA RESTAURACIÓN DEL EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES CONTRACTUALES

Atendiendo a la argumentación precedente, se deduce que el modo en el que actualmente la doctrina y, particularmente, las instancias europeas conciben la implementación de la IA en el proceso de contratación del seguro, basándose en las exigencias de información, transparencia, explicabilidad, trazabilidad, auditabilidad y reserva de humanidad, contribuye a moderar la disrupción que aquélla provoca en éste, minimizando los efectos secundarios que suelen traducirse en inconvenientes y desventajas de entidad nada desdeñable, los cuales incrementan el riesgo de quiebra en el equilibrio de las contraprestaciones contractuales en perjuicio del interés del cliente.

Así, replantear la obligación de información precontractual que tienen las entidades aseguradoras, en el sentido de extender su objeto tanto a los datos que disponen de sus clientes como al hecho de utilizar inteligencias artificiales, haciéndolo de forma transparente, explicable, trazable y auditable, corrige la tendencia a la inversión de la asimetría informativa que tradicionalmente militaba a favor de la posición jurídica del contratante débil y que, debido al procesado inteligente de datos masivos, se había desplazado al flanco de las compañías, fortaleciendo aún más su ya congénita prevalencia contractual. Por lo tanto, se opera así un viaje de ida y vuelta: la balanza en la que se mide el peso de la información se decantó durante largo tiempo a favor de los clientes; luego, con la llegada de la IA, se inclinó hacia el lado de los aseguradores, para ahora volver a equilibrarse en una posición un tanto más ponderada entre ambos extremos, con lo positivo que ello tiene para el restablecimiento de la equivalencia de las prestaciones contractuales.

La nivelación de la asimetría informativa puede igualmente ser favorecida por la circunstancia de que la vigente generalización en el acceso y utilización de redes digitales aumenta la cantidad y calidad de información que el potencial cliente posee a la hora de

asegurar contractualmente un riesgo determinado. Internet y sus tecnologías asociadas dotan a los clientes de ilimitadas posibilidades para conocer en detalle los variados productos que las diversas compañías aseguradoras ofertan en el mercado, su contenido y los términos de su contratación, especialmente en lo referido a la extensión de las coberturas e importe de las primas. Así mismo, la red de redes y las aplicaciones informáticas ancladas en ella fomentan que los clientes puedan comparar los diferentes seguros existentes en el mercado sin apenas esfuerzo o coste, contando también con la valiosa aportación que supone la información que otros consumidores suministran valorando la experiencia que han tenido con concretos seguros o aseguradoras¹⁵⁴. Y todo sin computar que, también en el momento presente, es relativamente fácil que el eventual cliente pueda manejar inteligencias artificiales para procesar de forma eficiente la información que le proporciona el asegurador sobre sus datos o sobre los sistemas inteligentes que pretende usar en la contratación del seguro¹⁵⁵. En esta línea, el Informe ELI (*European Law Institute*, Instituto de Derecho Europeo) sobre el Derecho del Consumidor de la Unión Europea y la toma de Decisiones Automatizadas (final draft 18 diciembre 2023) consagra, en su Principio 4, la libertad de los consumidores para utilizar asistentes digitales, no pudiendo, quienes comercian con ellos, prohibirlo de manera general, arbitraria o injustificada, a menos que existan excepciones claramente definidas, como, por ejemplo, evitar la manipulación o la saturación del sistema por un alto volumen de interacciones de asistentes digitales. Este Principio significa que los consumidores tienen derecho a utilizar asistentes digitales, no pudiendo las empresas prohibir ni discriminar a un consumidor por el hecho de utilizar herramientas automatizadas para interactuar, comparar precios o contratar¹⁵⁶. Como producto del desarrollo del Informe anterior, el art. 3 de los «Principios Rectores y Normas Modelo de ELI sobre los Asistentes Digitales para los Contratos Celebrados con Consumidores», de 19 de mayo de 2025, establece el derecho de los consumidores a usar asistentes digitales en sus relaciones contractuales con empresas y la correlativa prohibición de que éstas empleen en sus contratos cláusulas o diseñen interfaces online que impidan o restrinjan este derecho de uso.

¹⁵⁴ De Miguel Asensio (2022: 1266); Veiga Copo (2024: 7767); Quintáns Eiras (2023: 46).

¹⁵⁵ En la doctrina, *Vid.* Aparicio Araque (2025: 6 y 7).

¹⁵⁶ Pacheco Jiménez (2024: 158).

Del mismo modo, esta mudanza de la asimetría informativa al bando de las aseguradoras puede revertirse no sólo rediseñando la obligación de información precontractual que tiene aquella, sino también reconfigurando el tradicional principio de buena fe para adaptarlo a la nueva situación que, en la contratación del seguro, deriva del uso de la IA. Dado que el procesado inteligente de datos masivos del cliente provoca que la tradicional asimetría informativa propia del contrato de seguro se traslade al lado de las entidades aseguradoras, resulta congruente que el principio de *uberrimae bonae fidei* se extienda igualmente a la actuación del asegurador¹⁵⁷, imponiéndole que, en el trato con el cliente, respete las exigencias del mismo, en el sentido de justificar que se proteja la confianza depositada por aquél en la seguridad y fiabilidad de los sistemas inteligentes, en el seno de la tutela general de la apariencia generada frente a terceros de buena fe¹⁵⁸. El art. 17 de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la Distribución de Seguros, establece que los distribuidores de seguros deberán actuar siempre con honestidad, equidad y profesionalidad, de conformidad con los mejores intereses de sus clientes, a lo que el punto 3.13 del Dictamen de EIOPA sobre la Gobernanza de la IA y la Gestión de Riesgos, de 6 de agosto de 2025, añade que las empresas deben adoptar un enfoque centrado en el cliente en el uso de los sistemas de IA a lo largo de todo su ciclo de vida y en toda la cadena de valor, de modo que los clientes sean tratados de forma equitativa y de acuerdo con su mejor interés.

Resta por advertir que el hecho de que la asimetría informativa se haya desplazado a la posición de las aseguradoras debido al uso de la IA, no empece al mantenimiento de la obligación legal del asegurado de declarar el riesgo cubriendo el cuestionario que impone el art. 10 LCS, pero reinterpretándolo en su primigenia funcionalidad. Es cierto que el traslado de la asimetría informativa hacia el asegurador, le habilita para conocer anticipadamente si existe una discordancia entre el riesgo declarado por el cliente en el cuestionario y el riesgo realmente existente, sin necesidad de esperar a que acontezca el siniestro¹⁵⁹. Sin embargo, resulta igualmente cierto que la información sobre el riesgo que el tomador suministra a la aseguradora contestando el cuestionario, permitiría a ésta cotejar los datos que tiene en su poder sobre aquél para depurar los que no guarden

¹⁵⁷ Alarcón Fidalgo (2025: 61); Feliu Rey (2024: 256 y ss.); Signorino Barbat (2024: 292); Navas Navarro (2024: 67).

¹⁵⁸ Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 67).

¹⁵⁹ Serrano Cañas (2022: 147).

relación de causalidad con la determinación, evaluación y clasificación del riesgo asegurable¹⁶⁰. Si se procediese de esta forma, se estaría conjurando el peligro de que las entidades aseguradoras incurran en un uso abusivo de los datos de los que disponen, evitando así que sean utilizados para fines distintos de los que les son propios, tal y como sucede cuando se procura perfilar el riesgo con apoyo en factores o informaciones que nada tienen que ver con el mismo y que carecen de toda influencia en su determinación.

Por consiguiente, la revisión que proponemos de la obligación de información precontractual a cargo de las aseguradoras sirve para atajar la contingencia de patrones oscuros (*dark patterns*), en concordancia con lo dispuesto en el art. 25.1 del Reglamento Europeo de Servicios Digitales, de 19 de octubre 2022, el cual prohíbe los patrones oscuros al disponer que «Los prestadores de plataformas en línea no diseñarán, organizarán ni gestionarán sus interfaces en línea de manera que engañen o manipulen a los destinatarios del servicio o de manera que distorsionen u obstaculicen sustancialmente de otro modo la capacidad de los destinatarios de su servicio de tomar decisiones libres e informadas»¹⁶¹.

Como el cliente conoce cuáles son los datos que de él posee la compañía y cómo los utiliza, e igualmente sabe que se están empleando sistemas inteligentes y comprende (porque se le explica) las decisiones que se adoptan en el uso de ellos, va a resultar más improbable que las aseguradoras le oculten o silencien información relevante con el fin de suscitar el ánimo de contratar o dirigirlo a la adopción de una específica determinación sin ser consciente de ello. La proscripción de destinar datos del cliente a fines distintos de los que le son propios podría así mismo alcanzarse extendiendo al asegurador la aplicación del principio de la ubérrima buena fe, ya que, con fundamento en el mismo, cabría propugnar un aprovechamiento leal de la información por parte del asegurador, así como también reivindicar el cumplimiento de su obligación intrínseca de actuar con la máxima honestidad, particularmente en la fase precontractual de formación del contrato de seguro¹⁶².

Además, replantear la obligación de información precontractual del asegurador intensificaría la transparencia en su *modus operandi*, incrementándose la visibilidad en la

¹⁶⁰ Feliu Rey (2024: 259); Quintáns Eiras (2023b: 821).

¹⁶¹ Martínez Espín (2026: 87, 92 y 93).

¹⁶² Pérez Moriones (2024: 320); Muñoz Paredes (2021: 527); Feliu Rey (2024: 258).

correlación existente entre riesgo-precio, con lo que sería más sencillo detectar si los clientes en situación similar han sido tratados de forma distinta y si dicha diferencia de trato es discriminatoria por carecer de una justificación objetiva y razonable¹⁶³. Con esta idea pretendemos subrayar que las exigencias de información, transparencia, explicabilidad, trazabilidad y auditabilidad favorecen la depuración de los sesgos discriminatorios y, en caso de que esto no sea factible, por lo menos pueden impedir que la IA los amplifique o los multiplique hasta la enésima potencia, aparte de resultar ahora su presencia mucho más fácil de revelar y localizar. Precisamente, en el punto 2.2 del Dictamen de EIOPA sobre la Gobernanza de la IA y la Gestión de Riesgos, de 6 de agosto de 2025, se reconoce expresamente que el aumento del riesgo de sesgos y resultados discriminatorios se debe, en particular, a la limitada explicabilidad de algunos de sistemas de IA. De esto se deduce, *contrario sensu*, que para EIOPA los sesgos discriminatorios podrían ser depurados, minimizados o, por lo menos, detectados si se lograra explicar de forma sencilla, clara, accesible y comprensible cómo funciona un concreto sistema inteligente y cuál es la lógica interna de las decisiones que se adopten mediante su utilización.

Finalmente, el principio de reserva de humanidad y la exigencia de supervisión humana enfatizan la percepción muy extendida en la actualidad de que la IA no tiene por qué competir, rivalizar o excluir de raíz la intervención de la inteligencia humana. Inteligencia artificial y humana no son términos excluyentes, sino complementarios que deberían actuar de consuno en una mutua relación de equilibrada reciprocidad, de modo que no cabe que el empleo de cualquiera de estos dos elementos se lleve hasta tal extremo que implique anular de forma absoluta al otro y viceversa.

En el momento presente, se piensa que la intervención de la IA no puede concebirse para sustituir o eliminar completamente la inteligencia humana¹⁶⁴, sino para potenciarla y fortalecerla. Por ejemplo, a nadie se le ocurre patrocinar la supresión de la trascendente función y cometido que, en el marco de la actividad aseguradora, desempeñan los agentes de seguros por el mero hecho de que las entidades aseguradoras hayan comenzado ya a emplear chatbots, *robot-advisors*, asistentes conversacionales por voz humana (*Voicebots*), IA generativas o, incluso IA agénticas (*agentic AI*), cuyas

¹⁶³ Muñoz Paredes (2021: 527).

¹⁶⁴ Aparicio Araque (2025: 10).

habilidades o funcionalidades hoy en día, van mucho más allá de responder las preguntas o solventar las dudas que planteen los clientes, estando en condiciones de proporcionar un asesoramiento automatizado íntegro y personalizado en tiempo real¹⁶⁵. Y consideramos que ello es así, porque la IA no ha venido para relevar a los agentes de seguros, sino para mantener su presencia haciéndolos todavía más fuertes y eficientes. Los sistemas inteligentes no son un reemplazo, sino un «super-poder» que va posibilitar convertir a los tradicionales agentes en auténticos «superagentes».

En relación con la propuesta de conectar la reserva de humanidad tanto con la supervisión o fiscalización humana del correcto funcionamiento del sistema inteligente, como con la protección del cliente como «sujeto pasivo» de su utilización, conviene ahora añadir que, por muy beneficiosa que la implicación de la IA sea para la contratación del seguro, el consentimiento de aquél nunca puede presuponerse, ni ser emulado, delegado, sustituido, suplantado, ni siquiera limitado hasta el punto de anularlo. Sólo un ser humano puede prestar el consentimiento contractual¹⁶⁶. Por ello, el principio de reserva de humanidad debería valer, asimismo, para justificar la exclusión normativa de la automatización total en la toma de decisiones, lo que, aplicado al proceso de contratación del seguro, implicaría la necesidad de preservar la capacidad decisoria y electiva del cliente. Conservar la intervención, supervisión o control humano significa que la automatización de la negociación en la etapa precontractual no puede reemplazar las decisiones de las partes, sino más bien servirles como instrumento de apoyo para su adopción¹⁶⁷. Aunque la contratación esté mediatizada por sistemas inteligentes, el consentimiento del cliente debe seguir estando presente y permanecer libre, pleno, consciente, deliberado e informado, sin que esta compatibilización entre el automatismo inteligente y el libre ejercicio de la voluntad decisoria del cliente suponga para él un coste añadido que restrinja su posibilidad de acceder a productos asegurativos¹⁶⁸. Las decisiones plenamente automatizadas de carácter autónomo deberían restringirse a tareas repetitivas, rutinarias, procesos operativos de corte adjetivo, publicidad, marketing,

¹⁶⁵ Antes al contrario, en concreto, Torres Gamero (2025: 115) destaca el importante papel que le corresponde desempeñar a los agentes y corredores de seguros ante el reto de la penetración de la tecnología, ya que uno de los aspectos que mayor riesgo corre es, precisamente, la nula asesoría.

¹⁶⁶ Argelich Comelles (2024: 2048 y 2052).

¹⁶⁷ Navas Navarro (2024: 65). En palabras de Mariscal Rivera (2026: 16), «La tarea no consiste en reemplazar la voluntad humana, sino en integrarla armónicamente con la racionalidad tecnológica, garantizando que la automatización no se convierta en deshumanización».

¹⁶⁸ Sáenz de Jubera Higuero (2023a: 59).

captación de clientes (*on boarding*) o, como mucho, a la negociación de pequeños contratos de mínima entidad jurídica y económica¹⁶⁹.

V. EL RETORNO AL PUNTO DE PARTIDA: EL EFECTO DISRUPTIVO DE LA IA EN LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO Y SU CALIFICACIÓN COMO EJEMPLO DE GATOPARDISMO

Todo lo expuesto hasta el presente punto evidencia que el modo de concebir la aplicación de la IA en la contratación del seguro ha experimentado una intensa evolución que, sin embargo, ha acontecido en un período de tiempo relativamente breve. Este proceso evolutivo se caracteriza por una progresiva atenuación de los potenciales efectos disruptivos que se suelen imputar a la utilización de sistemas inteligentes en esta específica parcela contractual.

En un principio, tanto la doctrina como las instancias europeas, recibieron con entusiasmo y sin ambages la versión más pura y ruda de la IA, dándole la bienvenida a la actividad aseguradora al valorar su llegada positivamente, ya que se interpretaba que su implementación en este ámbito conllevaría llamativas e innumerables ventajas, beneficios y progresos que implicaban una disrupción o un punto de inflexión en el *iter* de la formación del contrato de seguro. No obstante, pronto se vislumbró que tales ventajas no concurrían solas, sino acompañadas por una serie de inconvenientes igualmente numerosos y de enjundia relevante, los cuales generaron especial preocupación porque podrían comprometer el equilibrio de las prestaciones contractuales en perjuicio del cliente en cuanto parte débil en la contratación, particularmente en aquellos casos en los que aquél posee la cualidad de consumidor o usuario.

Ante esta realidad, el inicial ímpetu menguó y se comenzó a postular en el sector asegurador una aplicación más depurada y pulida de la IA, mediante la incorporación de ciertos factores de corrección cuya misión es tamizar sus efectos disruptivos para así minimizar los inconvenientes derivados de los mismos, sin que, al mismo tiempo, las subsiguientes ventajas sufran mermas importantes. Nos referimos a las ya examinadas obligaciones de información precontractual y a las exigencias de transparencia,

¹⁶⁹ Alarcón Fidalgo (2025: 60); Requeijo Torcal (2022: 176); Quintáns Eiras (2024: 724); Fernández (2019: 1); Navas Navarro (2024: 69).

explicabilidad, trazabilidad, auditabilidad y reserva de humanidad que se imponen a las entidades aseguradoras que empleen sistemas inteligentes en los procesos de contratación con sus clientes. Ninguna tecnología se ha incorporado a la sociedad sin contratiempos y potenciales riesgos¹⁷⁰, y, por ello, no sería realista promover una absoluta eliminación de los inconvenientes inherentes a la aplicación de la IA en el contrato de seguro, sino minorarlos en la medida de lo posible¹⁷¹, para que no eclipsen sus paralelas ventajas anulando los destacados beneficios y progresos que igualmente estos instrumentos deparan.

Simultáneamente, en la actualidad, se procura garantizar que la rentabilidad derivada del uso de sistemas inteligentes en la contratación del seguro pueda ser capitalizada tanto por las compañías aseguradoras como por los clientes, evitando que sus correlativas cargas graven sólo a éstos y no a aquéllas. Las medidas correctoras antes aludidas coadyuvan a que los clientes sean partícipes de la utilidad producto de la aplicación de la IA y, por ende, contribuyen a conjurar el riesgo de que se quiebre, en su perjuicio, el imprescindible equilibrio en las prestaciones contractuales. Se antoja necesario contrarrestar el plus de fortaleza que, en su posición contractual, ya de por sí prevalente, le añaden al asegurador los sistemas inteligentes¹⁷². A la hora de implementar la IA en la contratación del seguro, no debería perderse de vista la tutela del cliente¹⁷³, especialmente en aquellos supuestos en los que intervenga revestido de la condición de consumidor o usuario¹⁷⁴. Se considera inadmisibles que las ventajas que los sistemas inteligentes aportan al seguro sirvan como pretexto para justificar una mengua en la protección normativa de la que actualmente disfrutaban los derechos y legítimos intereses de los clientes. Es preciso que tal tuición se mantenga, pero también que se incremente y

¹⁷⁰ Cáceres Malagón (2025: 157); Pérez Moriones (2024: 328) con expresa remisión a Rivero Ortega (2023: 34).

¹⁷¹ Fernández Carballo-Calero (2022: 1045 y 1047); Girgado Perandones (2024: 5; 2022: 88); Gómez Santos (2024: 205).

¹⁷² Quintáns Eiras (2023b: 807); Torres Gamero (2025: 117).

¹⁷³ Cuesta Barberá (2022: 27); Mariscal Rivera (2026: 12).

¹⁷⁴ Por esta razón, pueden encontrarse pautas orientativas de la acción legislativa en materia de IA y contrato de seguro en algunos informes que, en el contexto europeo, se han preocupado por la protección del consumidor en las transacciones en las que se incorporan sistemas inteligentes. Pueden citarse, entre otros, los ya aludidos Informes del Instituto de Derecho Europeo (ELI) sobre Principios Rectores y Normas Modelo sobre Asistentes Digitales (19 mayo 2025) y sobre el Derecho del Consumidor de la Unión Europea y la toma de Decisiones Automatizadas (final draft 18 diciembre 2023), así como los Principios ELI sobre Tecnología *Blockchain*, *Smart Contracts* y Protección de los Consumidores (16 febrero 2023) y, por último, aunque no tan reciente, pero no menos importante, el Informe sobre Tendencias de Consumo, de 30 de junio 2020, de EIOPA (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación).

mejore dotándola de capacidad suficiente para afrontar los nuevos retos que, en este contexto tuitivo, plantea el uso de la IA¹⁷⁵. Pero, a su vez, tampoco sería de recibo propugnar un desproporcionado nivel de protección de los clientes y consumidores, porque podría erigirse en un obstáculo que imposibilitaría o, por lo menos, desincentivaría la inversión en desarrollo e innovación en tecnologías inteligentes aplicables a la actividad aseguradora, con el subsiguiente perjuicio de privar a ésta de los considerables beneficios que tales sistemas le proporcionan.

Por lo tanto, el inicial entusiasmo que primigeniamente suscitó la aplicación de la IA en el sector asegurador ha dejado paso a respuestas más prudentes caracterizadas por la cautela. Este camino de ida y vuelta que acabamos de describir y discurre desde la irrupción de la IA en la contratación del seguro hasta la atenuación de sus efectos disruptivos, confirma que, ante cambios repentinos y abruptos, no convienen las soluciones jurídicas de esa misma naturaleza, sino prudentes¹⁷⁶, comedidas, moderadas, ponderadas, meditadas y reflexivas. Y ello parece apreciarse con meridiana claridad en el contexto problemático que ahora nos ocupa, en donde, como trasfondo, estamos asistiendo a una revolución tecnológica imparable, que no tiene retorno y que avanza a un ritmo trepidante, hasta tal punto que las soluciones jurídicas que en un momento determinado pueden parecer totalmente válidas y adecuadas, dejan de serlo súbitamente, por lo que parece aconsejable que la intervención normativa se desenvuelva de manera progresiva, sin adelantar acontecimientos y prescindiendo de improvisadas medidas tomadas apresuradamente¹⁷⁷.

Desde esta perspectiva, entendemos que, en la actualidad, los esquemas y paradigmas en los que tradicionalmente se ha apoyado la actividad aseguradora y su contratación todavía siguen siendo funcionalmente aptos, no se han convertido en obsoletos y, por ello, no requieren ser sustituidos por otros completamente nuevos.

¹⁷⁵ Girgado Perandones (2022: 90); Bárcena Suárez (2022: 179); Torres Gamero (2025: 117); Quintáns Eiras (2023a: 48; 2023b: 807).

¹⁷⁶ En este contexto, Bárcena Suárez (2022: 168) alude a la concurrencia de un deber de prudencia que invite al regulador a establecer las líneas maestras por donde va a discurrir el desarrollo e implementación de la IA.

¹⁷⁷ Muñoz Paredes (2024b: XXII).

Únicamente se precisa reinterpretar o replantear dichos esquemas a la luz de las exigencias de la IA para adecuarlos a los cambios que su aplicación reclama¹⁷⁸.

Y para concluir, corresponde finalizar como principiamos, retornando al punto de partida que constituye la rúbrica que preside este estudio, preguntándonos si el efecto disruptivo de la IA en la contratación del seguro podría ser un ejemplo de «gatopardismo», en alusión a la novela de Giuseppe Tomasi di Lampedusa titulada «El gato pardo», cuyo principal protagonista, de nombre Tancredi, pronuncia, en una conversación que mantiene con su tío Fabrizio di Corbera (Príncipe de Salina), esa famosa frase por todos conocida, según la cual «en ocasiones es necesario que todo cambie para que todo permanezca igual».

En efecto, cuando se trata de la irrupción de la IA en el proceso de contratación del seguro, es necesario que se produzcan cambios y no deberíamos permanecer de espaldas a los mismos, puesto que ello implicaría despreciar e ignorar las múltiples ventajas, beneficios y bondades que los sistemas inteligentes ofrecen¹⁷⁹. Sin embargo, y al mismo tiempo, ese cambio no puede ser de tal calibre o envergadura que desnaturalice la esencia identificativa del contrato de seguro y ponga en peligro la fundamental función económica y social que despliega en la moderna sociedad contemporánea.

No es recomendable que el sector asegurador entregue a la IA un cheque en blanco que le permita cobrarse un importe ilimitado, indeterminado y cuantificable sólo por ella de modo unilateral. No cabe pervertir la utilización de los sistemas inteligentes para que sirvan como un subterfugio que ampare una transformación de tal magnitud que afecte a la identidad sustancial del contrato de seguro, de modo que éste dejase de ser tal para convertirse en otra figura contractual totalmente distinta. Pese a los ventajosos cambios que la IA puede incorporar en toda la cadena de valor de la actividad aseguradora, pensamos que éstos han de ser recibidos a beneficio de inventario y no aceptados pura y simplemente. Ante todo y sobre todo, debe protegerse y conservarse la esencia identificativa del contrato de seguro, ya que éste continúa desplegando una

¹⁷⁸ Refiriéndose al desafío regulatorio que el empleo de la IA supone para la contratación en general, Bárcena Suárez (2022: 167) advierte que, aunque no tiene dudas acerca de la enorme transformación que puede producirse a nivel legislativo en los años venideros, piensa que supondrá una reconfiguración en el diseño y creación normativa, pero no supone una enmienda a la totalidad del sistema.

¹⁷⁹ Como acertadamente concluye Bárcena Suárez (2022: 181), «La oportunidad que ofrece la IA no debe ser rechazada, pero sí controlada frente a los posibles abusos que se puedan derivar de su uso».

importantísima función no sólo económica en el sistema financiero, sino también social que trasciende los intereses propios de cada individuo¹⁸⁰. Económicamente, el seguro posibilita que el riesgo económico de un evento incierto se distribuya entre un grupo de personas que comparten el mismo riesgo, basándose en una estructura mutualista que solidariza los riesgos y los premios entre los asegurados. Y socialmente, el seguro tiende a elevados fines como favorecer la circulación de recursos, promover el ahorro, garantizar el crédito y fomentar su concesión o incentivar el ejercicio de una determinada actividad¹⁸¹. Esta idea vuelve a ratificar que cualquier modificación que legalmente se quiera implantar en la regulación del contrato de seguro, aun cuando se justifique en la fuerza transformadora de la IA, debería ser cuidadosa, equilibrada, ponderada y meditada con diligencia, pues si afectase a la esencia y sustancia del seguro transmutándola, se estaría poniendo en jaque el bienestar de las personas y el funcionamiento de la economía en general¹⁸², dada la trascendente función social y económica que aquél desempeña. Como se ha dicho acertadamente, «mientras el seguro tenga como principio rector de su comportamiento el riguroso cumplimiento de los principios jurídicos, técnico matemáticos y gerenciales que la han convertido en lo que hoy es, seguirá prestando a la sociedad el servicio que de él se demanda y sólo un acontecimiento de proporciones desmedidas o un cataclismo económico generalizado podrán convertirlo en ineficaz instrumento para cumplir con su finalidad»¹⁸³.

VI. EPÍLOGO. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

En resumen, la conclusión de que la disrupción de la IA en la contratación del seguro y su posterior evolución constituye un ejemplo de «gatopardismo» porque todo ha cambiado para que todo siga igual, encuentra su fundamento en algunas ideas y

¹⁸⁰ Pensamos que, en el momento presente, siguen estando vigentes las afirmaciones que, ya hace más de veinte años, pronunciaba Guardiola Lozano (2005: 210), según quien «la actividad aseguradora hunde sus raíces en la noche de los tiempos y desempeña, en su concepción moderna, un importantísimo papel en el desarrollo social y económico, dado el alto grado de perfeccionamiento técnico que ha alcanzado a lo largo de su historia y su capacidad para adaptarse a las nuevas necesidades de cobertura que la actividad humana genera en su permanente evolución».

¹⁸¹ Muñoz Paredes (2024b: XVI); Signorino Barbat (2024: 283 a 285); Gómez Santos (2024: 216).

¹⁸² Muñoz Paredes (2024b: XVI).

¹⁸³ Guardiola Lozano (2005: 210).

argumentaciones que anteriormente hemos desarrollado y que compendiamos aquí para poner cierre al presente trabajo:

- Resulta preciso articular e implementar medidas correctoras que minoren, en la medida de lo posible, los preocupantes inconvenientes que en la contratación del seguro puedan aflorar como consecuencia del empleo de sistemas inteligentes (obligaciones de información y transparencia, así como exigencias de explicabilidad, trazabilidad, auditabilidad y reserva de humanidad). Ello con la finalidad de mermar la capacidad de los referidos inconvenientes para eclipsar sus paralelas ventajas anulando los destacados beneficios y progresos que igualmente estas nuevas tecnologías confieren.

- La aplicación de la IA en la contratación del seguro debe enfocarse desde la perspectiva de la adecuada y equilibrada protección jurídica de los derechos e intereses legítimos de los clientes y consumidores, pero sin que, al mismo tiempo, dicha tuición alcance un nivel que dificulte o desincentive la inversión en desarrollo e innovación en tecnologías inteligentes aplicables a la actividad aseguradora.

- La disrupción de la IA en los procesos de contratación de seguros no puede aceptarse abiertamente y sin límites, sino respetando siempre la sustancia y esencia identificativa del contrato de seguro, con el objeto de evitar que este contrato deje de ser tal para transformarse en otro completamente distinto al quedar desprovisto de características tan identitarias como su base mutual, su finalidad reparadora o indemnizatoria y su naturaleza aleatoria.

- El empleo de sistemas inteligentes en la contratación de seguros tampoco puede poner en peligro la fundamental función económica y social que el seguro, la industria aseguradora y todas las personas que profesionalmente se desempeñan en la misma cumplen en la moderna sociedad contemporánea.

Bibliografía

- ALARCÓN FIDALGO, J. (2025), “La inteligencia artificial: retos para la responsabilidad civil y seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 201 (pp. 41-62).
- ÁLVAREZ LATA, N. y COLLADO RODRÍGUEZ, N. (2020), “Seguros”, en BUSTO LAGO (Coord.), *Reclamaciones de consumo*, 4.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 1807-1856).

- APARICIO ARAQUE, B. (2025), “El impacto de la inteligencia artificial en el contrato de seguro”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO). Publicaciones Jurídicas*, Universidad de Castilla-La Mancha, 24 de marzo (pp. 1-10).
- ARGELICH COMELLES, C. (2024), “Contratación con inteligencia artificial y contratos algorítmicos: repensando el Derecho Civil ante el informe español de la legislación de consumo y mercantil para la Comisión Europea”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 804 (pp. 2033-2071).
- BÁRCENA SUÁREZ, N. (2022), “Inteligencia artificial y personalización. Una aproximación al futuro del Derecho de contratos”, en GÓMEZ POMAR y FERNÁNDEZ CHACÓN (Dir.), *Estudios de Derecho contractual europeo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (pp. 161-185).
- BARRÓN DE BENITO, J. L. (1999), *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*, Dykinson, Madrid (236 pp.).
- BATALLER GRAU, J. (2024), *Tratando sobre el contrato de seguro. Del seguro analógico a un producto digital y sostenible*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia (378 pp.).
- CÁCERES MALAGÓN, J. A. (2025), “¿Sueñan las máquinas con contratar? Un estudio sobre smart contracts y consentimiento algorítmico”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 46, enero-junio (pp. 155-185).
- CAMACHO CLAVIJO, S. (2006), “Tráfico jurídico electrónico y contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 127 (pp. 433-474).
- CUESTA BARBERÁ, L. (2022), “Obstáculos a la digitalización e innovación en el seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190 (pp. 27-48).
- CUESTA BARBERÁ, L. (2024), “Inteligencia artificial en el sector asegurador: perspectivas de mercado y regulatorias”, *Conorseguros*, núm. 20 (pp. 1-6).
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (2022), *Derecho Privado de Internet*, 6.^a ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (1700 pp.).
- DÍAZ-MUÑOZ, R. y ANDRÉS-REINA, M.^a P. (2024), “Onboarding: key to perception of the Company as a great place to work”, *Revista Electrónica de Comunicaciones y Trabajos de Asepuma (Rect@)*, vol. 25, núm. 1 (pp. 21-36).
- ELGUERO MERINO, J. M.^a (2026), “Comentario al art. 1 LCS”, en BADILLO ARIAS (Coord.), *Ley de Contrato de Seguro. Jurisprudencia comentada*, 5.^a ed., Aranzadi, Madrid (pp. 47-53).
- FELIU REY, J. (2024), “La personalización automatizada y el principio de buena fe (*uberrima bonae fidei*) en el contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 197-198 (pp. 242-269).
- FERNÁNDEZ, A. (2019), “Inteligencia artificial en los servicios financieros”, *Boletín Económico del Banco de España*, núm. 2 (pp. 1-8).
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2022), “La inteligencia artificial y su impacto en el sector asegurador”, en VEIGA COPO (Dir.), *Seguro de personas e inteligencia artificial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 1019-1047).

- GIL MEMBRADO, C. (2024), “Daños producidos por la IA: la opacidad del algoritmo y el efecto de caja negra”, en ÁLVAREZ LATA (Coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Madrid (pp. 501-547).
- GIMENO, R. y MARQUÉS, J. M. (2022), “Tradición e inteligencia artificial: oportunidades y retos del *machine learning* para los servicios financieros”, *ICE. Revista de Economía*, núm. 926 (pp. 109-118).
- GIRGADO PERANDONES, P. (2022), “La regulación de la inteligencia artificial en la Unión Europea y su repercusión en el contrato de seguro”, *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190 (pp. 87-117).
- GIRGADO PERANDONES, P. (2024), “El Reglamento de Inteligencia Artificial y su repercusión en la actividad aseguradora”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. 1-30).
- GÓMEZ SANTOS, M.^a (2024), “Incidencia de la inteligencia artificial en la producción y detección de prácticas anticompetitivas en el mercado de seguros”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. 203-216).
- GUARDIOLA LOZANO, A. (2005), “El servicio a la sociedad, permanente razón de ser del seguro privado”, *Revista Española de Seguros*, núm. 122, abril-junio (pp. 183-211).
- ILLESCAS ORTIZ, R. (2015), “Rasgos característicos del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil”, *Revista Española de Seguros*, núm. 163-164, julio-diciembre (pp. 319-330).
- LIMA REGO, M. (2024), “La transformación digital en los seguros: peligros de la sobrecarga de información”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. 225-240).
- MARISCAL RIVERA, M. P. (2026), “¿Es el consentimiento algorítmico una figura transformadora de la teoría del negocio jurídico y del contrato?”, *Revista Inciso*, vol. 18, núm. 1 (pp. 1-18).
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2026), “Precios personalizados y consumidores en la era de la inteligencia artificial: transparencia algorítmica, no discriminación y nuevas fronteras del Derecho de consumo”, *CDP*, núm. 14, enero-abril (pp. 85-138).
- MIRANDA SERRANO, L. M.^a (2017), “Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro (más allá de los clásicos requisitos de inclusión)”, en BATALLER y PEÑAS (Dirs.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 117-176).
- MUÑOZ PAREDES, M.^a L. (2013), “El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista Española de Seguros*, núm. 155 (pp. 337-382).
- MUÑOZ PAREDES, M.^a L. (2021), “¿Sigue siendo el seguro el mismo contrato después del Big Data y la inteligencia artificial?”, *Revista Española de Seguros*, núm. 187 (pp. 509-539).
- MUÑOZ PAREDES, M.^a L. (2024a), “Digitalización e inteligencia artificial en el seguro: manifestaciones y encaje legal”, *Teoría y Derecho*, núm. 37 (pp. 91-118).
- MUÑOZ PAREDES, M.^a L. (2024b), “Situación actual en la digitalización y el uso de la inteligencia artificial en el seguro”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. XV-XXII).

- NAVAS NAVARRO, S. (2024), “Deshumanizando al contrato. Una mirada desde la inteligencia artificial”, en ÁLVAREZ LATA (Coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Madrid (pp. 31-100).
- PACHECO JIMÉNEZ, M.^a N. (2024), “Sistemas de inteligencia artificial para la toma automatizada de decisiones: algunos problemas de los contratos algorítmicos concluidos con asistente digital”, *CDP*, núm. 9 (pp. 140-171).
- PÉREZ MORIONES, A. (2024), “Contrato de seguro e inteligencia artificial. El inexcusable replanteamiento de la posición del asegurado”, *Revista Española de Seguros*, núm. 197-198 (pp. 310-330).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2024), “La contratación entre sistemas de inteligencia artificial”, en ÁLVAREZ LATA (Coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Madrid (pp. 101-122).
- PILOÑETA ALONSO, L. M. (2024), “Seguro & robo advisor. El asesoramiento robótico en el mercado asegurador”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. 133-156).
- QUINTÁNS EIRAS, M.^a del R. (2023a), “Algunas claves para una revisión de la obligación de información y asesoramiento en la comercialización de seguros: racionalización informativa y transformación digital”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 6, septiembre (pp. 11-68).
- QUINTÁNS EIRAS, M.^a del R. (2023b), “Digitalización y seguro: hacia una nueva declaración del riesgo”, en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ (Dir.), *Contratación mercantil. Digitalización y protección del cliente/consumidor*, Marcial Pons, Madrid (pp. 803-833).
- QUINTÁNS EIRAS, M.^a del R. (2024), “Nuevas fronteras de la contratación de seguros: impacto de la IA en la suscripción del contrato”, *Revista Española de Seguros*, núm. 200 (pp. 721-762).
- RAVELO GUILLÉN, F. J. (2024), “Chatbots y roboadvisors: herramientas para una nueva era en asesoramiento y la atención al cliente en el mercado asegurador”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. 157-176).
- REQUEIJO TORCAL, A. (2022), “La protección del asegurado como límite a la inteligencia artificial en la distribución de seguros”, *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190 (pp. 164-187).
- RINCÓN GALLEGU, C. T. (2022), “Discriminación en seguros de personas. El rechazo del riesgo por edad, por enfermedad, por discapacidad, por raza... y por datos”, en VEIGA COPO (Dir.), *Seguro de personas e inteligencia artificial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 791-818).
- RIVERO ORTEGA, R. (2023), *Derecho e Inteligencia Artificial. Cuatro estudios*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile (88 pp.).
- RUBÍ PUIG, A. (2021), “Elaboración de perfiles y personalización de ofertas y precios en la contratación con consumidores”, *Revista de Educación y Derecho*, núm. 24 (pp. 1-24).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2023a), “Retos jurídicos de la inteligencia artificial en el ámbito del consentimiento contractual: una aproximación general”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 2 (pp. 41-70).

- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2023b), “Inteligencia artificial y tecnología blockchain: transparencia e información como pilares de la protección del consumidor”, en GIMARAES-TEIXEIRA PEDRO (Coords.), *Direito e Inteligência Artificial*, Almedina, Coimbra (pp. 505-536).
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2010a), “Comentario al art. 1 LCS”, en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, 4.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 35-63).
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2010b), “Comentario al art. 3 LCS”, en SÁNCHEZ CALERO (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones*, 4.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 105-145).
- SERRANO CAÑAS, J. M. (2021), “Contrato de seguro, Big Data y actos de discriminación de precios”, en MIRANDA y PAGADOR (Dir.), *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*, Marcial Pons, Madrid (pp. 537-548).
- SERRANO CAÑAS, J. M. (2022), “Big Data y contrato de seguro. Alegato por la desaparición del cuestionario”, *Revista Española de Seguros*, núm. 189-190 (pp. 146-160).
- SIGNORINO BARBAT, A. M.^a (2024), “La nueva dimensión social del seguro. Seguros estandarizados, microseguros y autoexpedibles”, en MUÑOZ PAREDES (Dir.), *Digitalización y Seguro*, Comares, Granada (pp. 283-313).
- STIGLITZ, R. (2017), “Cláusulas y prácticas abusivas”, en QUINTÁNS EIRAS y RAMÍREZ OTERO (Dir.), *Estudios sobre el contrato de seguro*, Universidad de Piura, Piura (Perú) (pp. 291-316).
- STRIKER, C. y SCAPICCHIO, M. (2026), “What is generative AI?”, disponible en www.ibm.com/es-es/think/topics/generative-ai [consultado el 7 de agosto de 2026].
- TORRES GAMERO, R. J. (2025), “El Derecho de seguros y la inteligencia artificial”, *Lex*, núm. 36, año XXIII (pp. 105-118).
- ULLOA ROMERO, Y. V. (2022), “El onboarding y su relación con el desempeño laboral de los colaboradores de empresas comercializadoras de productos de consumo masivo”, *Impulso. Revista de Administración*, vol. 2, núm. 3, julio (pp. 50-65).
- VEIGA COPO, A. B. (2012), *Los principios del Derecho europeo del contrato de seguro*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (504 pp.).
- VEIGA COPO, A. B. (2018), *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (212 pp.).
- VEIGA COPO, A. B. (2020), *Seguro y tecnología. El impacto de la digitalización en el contrato de seguro*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (648 pp.).
- VEIGA COPO, A. B. (2021a), *Consumidor vulnerable*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (528 pp.).
- VEIGA COPO, A. B. (2021b), *Tratado del contrato de seguro*, t. I, vol. I, 7.^a ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (3260 pp.).
- VEIGA COPO, A. B. (2022), “Seguros de personas. De cómo la inteligencia artificial moldea y modela el seguro”, en VEIGA COPO (Dir.), *Seguro de personas e inteligencia artificial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (pp. 31-66).

- VEIGA COPO, A. B. (2024), “Contrato de seguro”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de contratos*, t. V, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 7267-7888).
- ZEGARRA MULÁNOVICH, A. (2017), “Marco y principios interpretativos de la regulación y contratación de seguros privados”, en QUINTÁNS EIRAS y RAMÍREZ OTERO (Dir.), *Estudios sobre el contrato de seguro*, Universidad de Piura, Piura (Perú) (pp. 27-111).

Anexo jurisprudencial

STJUE, de 7 de diciembre de 2023, *SCHUFA Holding* (asunto C-634/21).

LA DELIMITACIÓN PENAL DE LAS CONDUCTAS SANITARIAS LESIVAS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA DERIVADA DEL DELITO¹

The criminal definition of harmful healthcare conduct and medical civil liability arising from a criminal offense

JUAN DUEÑAS MARTÍNEZ

juan.duenasm@urjc.es

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID: 0000-0003-3296-8158

Cómo citar / Citation

Dueñas Martínez, J. (2026).

La delimitación penal de las conductas sanitarias lesivas y la responsabilidad civil médica derivada del delito

Cuadernos de Derecho Privado, núm. 15, pp. 72-116

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.97>

(Recepción: 25/05/2026; aceptación: 04/09/2026; publicación: 08/09/2026)

Resumen

En los últimos años se ha observado un incremento de las reclamaciones por presuntas negligencias médicas. La mayoría se canaliza por la vía civil; sin embargo, un número no desdeñable se refiere a actuaciones de especial gravedad susceptibles de integrar un ilícito penal, ya sea por una infracción clínicamente relevante del deber de cuidado, ya sea por conductas en las que el profesional se aprovecha de la posición de confianza propia de la relación asistencial. Este trabajo examina los criterios de delimitación entre el daño derivado de una mala praxis sanitaria y aquel que presenta trascendencia penal, con particular atención a la tipicidad de la imprudencia médica. Asimismo, se analiza la responsabilidad civil derivada del delito en este ámbito. La metodología empleada combina el análisis doctrinal con el estudio de la jurisprudencia reciente y la revisión de los principales trabajos publicados sobre la materia.

Palabras claves

Responsabilidad penal sanitaria. - Responsabilidad civil. - Imprudencia profesional. - Lex artis.

Abstract.

In recent years, there has been an increase in claims for alleged medical negligence. Most are pursued through civil proceedings; however, a significant number involve particularly serious actions that could constitute a criminal offense, either due to a clinically relevant breach of the duty of care or conduct in which the professional takes advantage of the position of trust inherent in the care relationship. This paper examines the criteria for

¹ Esta publicación es parte del Proyecto "Nuevos Retos en la Responsabilidad Médico-sanitaria", PID2022-141507NB-I00/ AEI/10.13039/501100011033/ FEDER, UE. Publicación realizada durante mi estancia de investigación en la *Università degli Studi di Trieste* (Universidad de Trieste, Italia).

distinguishing between harm resulting from medical malpractice and harm that has criminal implications, paying particular attention to the elements of medical negligence. It also analyzes civil liability arising from criminal offenses in this area. The methodology employed combines doctrinal analysis with a study of recent case law and a review of the main publications on the subject.

Keywords.

Criminal liability in healthcare. - Civil liability. - Professional negligence. - Standard of care.

SUMARIO:

I. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO SANITARIO. II. ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN LA PROFESIÓN SANITARIA: II.1. La denominada imprudencia médica. II.2. El deber de cuidado. II.3. La *Lex artis* en el sector sanitario y la tipificación penal de la conducta. - 4. La responsabilidad civil médica. III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA MATERIA. IV. LOS EFECTOS DEL PROCESO PENAL SOBRE LA ACCIÓN CIVIL. V. LA NO APROBACIÓN DEL BAREMO MÉDICO. LA APLICACIÓN ORIENTATIVA DEL BAREMO DE TRÁFICO. VI. LA DIFÍCIL VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL DE LOS PACIENTES QUE HAN SUFRIDOS DELITOS EN EL SECTOR SANITARIO. VII. LA DELIMITACIÓN PENAL DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL DERECHO ITALIANO. VIII. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS. *Bibliografía. Anexo de jurisprudencia.*

I. EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO SANITARIO.

El principio de intervención mínima del Derecho penal supone colocar a esta Rama del Derecho como la última vía sancionadora, reservándose para proteger a la sociedad de los ataques más intolerables². En el ámbito de la responsabilidad sanitaria se configura un sistema de sanciones administrativas, constituyendo la aplicación del Derecho Penal “un remedio extremo”. La medicina es una actividad de riesgo permitido y el médico, por regla general, asume una obligación de medios, no de resultado³: puede haber un desenlace letal, aunque se haya actuado correctamente. Como ha mantenido el autor, Martos Núñez, esta idea se articula sobre tres notas clásicas: 1) la fragmentariedad (no todo interés se tutela penalmente); 2) subsidiariedad/ultima ratio (solo cuando otros medios sean insuficientes) y 3) accesoriedad (relación con mecanismos extra-penales y,

² Vid. Martos Núñez (1987: 100-102).

³ Álvarez Olalla (2022: 191).

en particular, con el poder sancionador administrativo)⁴. En esta línea, el penalista Mir Puig⁵ ha señalado la aplicación del Derecho Penal como *ultima ratio*, debiendo acudir a esta rama del Derecho cuando no se hayan obtenido respuestas con otras soluciones menos lesivas.

Al trasladar este principio al sector sanitario, sólo serán penalmente típicas aquellas conductas especialmente graves; no todo “daño” equivale a “injusto penal” y donde la penalización expansiva puede estimular medicina defensiva, desincentivar la notificación de eventos adversos y distorsionar la mejora de la seguridad del paciente⁶. Si bien, como señala el magistrado Del Moral García, hubo un tiempo en el que había muchas sentencias por imprudencia sanitaria, en los últimos años, apenas encontramos sentencias abordando imprudencias sanitarias⁷. A este respecto, tiene especial importancia el análisis del tipo subjetivo; al respecto, serán reprochables penalmente conductas dolosas e imprudentes graves e imprudentes menos graves, pero serán atípicas las acciones calificadas como imprudencia leve. Al respecto, la jurisprudencia penal ha establecido la delimitación entre imprudencia grave y leve en la STS 1823/2002, de 7 de noviembre. Según el Tribunal penal, “la diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia”. Es decir, la imprudencia grave será aquella que suponga el olvido o desatención de precauciones básicas; en la práctica, suele asociarse a omisiones palmarias, protocolos ignorados o actuaciones que no sean aplicables para el estándar profesional. La determinación de una imprudencia grave con resultado de graves lesiones o muerte obligará a la iniciación del proceso penal, incluso en el caso de que por estos hechos se hubiera iniciado un proceso civil, el juzgador civil suspenderá el proceso y lo trasladará a la vía penal por prejudicialidad penal (arts. 10 LOPJ y 40 LEC)⁸. Después de la promulgación de la LO 1/2015 que modificó el Código penal, esta norma establece la imprudencia grave y menos grave⁹, permaneciendo la imprudencia leve para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual¹⁰.

⁴ Martos Núñez (1987: 101-103).

⁵ Mir Puig (2016: 127).

⁶ Rodríguez Vázquez (2012: 72); Antequera Vinagre (2013: 1-2).

⁷ Del Moral García (2022: 333).

⁸ Del Moral García (2022: 317-320).

⁹ Del Moral García (2022: 334).

¹⁰ Del Moral García (2022: 333-335).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha encargado de definir e intentar delimitar los conceptos de imprudencia grave y menos grave. De acuerdo con la STS (Sala de lo Penal) 421/2020, de 22 de julio, referida a la seguridad vial pero extrapolable a las imprudencias sanitarias. Las imprudencias menos graves tienen similitudes con las imprudencias graves de las anteriores imprudencias leves. La propia Sala Segunda ha definido la imprudencia menos grave como aquella que genera un “riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliegue el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención (...) Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar ” o no actuar¹¹ [STS (Sala de lo Penal) 632/2024, de 20 de junio].

La imprudencia grave (delito público) será típica como delito cuando se produzca la muerte o lesiones graves del paciente (arts. 142 y 152 CP). Por su parte, la imprudencia menos grave (delito semipúblico) será punible sólo en caso de fallecimiento del paciente y en caso de determinadas lesiones. En este caso, el delito sólo será perseguible a instancia del agraviado, admitiéndose la figura del perdón extintivo de la responsabilidad penal.

Entre los delitos que han sido objeto de sentencia condenatoria podemos observar los siguientes: 1) delito de aborto (arts. 144, 145, 145 bis y 146 Cp.); 2) delito de lesiones (arts. 147 y ss. Cp.); 3) delito de homicidio (art. 138 (tipo básico) y art. 142 (tipo imprudente) Cp.); 4) delito de intrusismo laboral (art. 403 Cp.); 5) delito de agresión sexual (art. 178 y ss. Cp.); 6) delito de falsedad documental (Art. 390 Cp.); el delito de denegación de asistencia (art. 196 Cp); y el delito de divulgación del secreto profesional médico (art. 199.2 CP).

Si bien, la jurisprudencia nos demuestra que hay casos dolosos, actuaciones que son realizadas en la modalidad de dolo directo (casos de agresiones sexuales, de falsedad documental o de denegación de asistencia sanitaria). En relación con los casos de lesiones hay autores que han sostenido la comisión de los delitos en la modalidad de dolo eventual¹². Si bien, como veremos en el apartado del análisis jurisprudencial la mayoría

¹¹ Del Moral García (2022: 339).

¹² Romeo Casabona (1981: 208); Gómez Rivero (2008: 413); Armaza Aranza (2008: 231).

de los delitos son realizados de forma imprudente, es por ello necesario estudiar los elementos para la determinación de la denominada imprudencia médica.

II. ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA IMPRUDENCIA EN LA PROFESIÓN SANITARIA

II.1. La denominada imprudencia médica

La tipificación penal de la conducta imprudente se proyecta, de forma particularmente intensa, sobre aquellos ámbitos en los que se desarrollan actividades generadoras de riesgo. En este marco, la actuación del personal sociosanitario se despliega directamente sobre personas —con frecuencia, además, en situaciones de especial vulnerabilidad—, lo que refuerza la exigencia de observancia del deber objetivo de cuidado¹³. En consecuencia, adquieren relevancia jurídico-penal aquellas actuaciones en las que se verifique una infracción grave de las reglas de prudencia o de la *lex artis*, por implicar una falta de precaución cualificada¹⁴.

El autor Quintano Ripollés puso un ejemplo muy gráfico de lo que supone una imprudencia médica. Según el autor, “quien sin conocimientos médicos atiende de momento a un herido y le infecta su lesión por no usar en el vendaje un pañuelo, no incurrirá normalmente en responsabilidad; sí, en cambio, ese mismo acto, objetivamente el mismo, perpetrado por un facultativo, obligado a guardar las precauciones de asepsia”¹⁵. Así el profesional sanitario, por su especial capacitación, está obligado a observar un deber objetivo de cuidado, delimitado por la *lex artis*, orientado a prevenir resultados dañosos previsibles y evitables para el paciente.

La imprudencia médica ha sido desarrollada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Según la Sala Segunda, debemos tener en cuenta que en la práctica médica confluyen siempre graves dificultades debido a la inexactitud de la ciencia médica en la que encontramos factores y variables que no pueden preverse y que ocasionan que una falta de certeza sobre el origen del daño, debiendo añadir, “la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura” (STS (Sala de lo Penal), de 29 de febrero de 1996 [Rec. 1621/1995]).

¹³ Quintano Ripollés (1958: 503). En la misma línea, Salazar Montero (2021: 46).

¹⁴ Gómez Rivero (2008: 331); Salazar Montero (2021: 46).

¹⁵ Quintano Ripollés (1958: 501).

El Alto Tribunal ha señalado que la imprudencia médica surge cuando se produce la muerte o lesiones, debido a la “impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisible de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta “imprudencia profesional”, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inercia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la “culpa profesional sin impericia” en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad” [Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 8 de junio de 1.994; y de 29 de febrero de 1996].

A finales del Siglo XX, la Sala Segunda del Tribunal Supremo estableció una doctrina jurisprudencial sobre la denominada “imprudencia médica” (STS (Sala de lo Penal), de 5 de julio de 1989). Según el Alto Tribunal: (i) con carácter general, el error diagnóstico no es constitutivo de infracción penal, salvo que, por su entidad y alcance, configure una equivocación inexcusable; (ii) queda extramuros del ámbito penal la falta de pericia cuando presente un carácter extraordinario o excepcional; y (iii) en lo atinente a la determinación de la responsabilidad médica, habida cuenta de las particularidades de la ciencia médica, la imprudencia surge cuando el tratamiento médico o quirúrgico se traduce en conductas descuidadas, de abandono o de omisión del cuidado exigible — atendidas las circunstancias de lugar, tiempo y personas, así como la naturaleza de la lesión o enfermedad— que, con desconocimiento de la “lex artis”, conduzcan a resultados lesivos para las personas [Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de julio de 1989; y de 29 de febrero de 1996].

De este modo, debe entenderse que la imprudencia médica penalmente relevante es aquella actuación en la que concurre un plus de antijuridicidad, consistente en la infracción de la *lex artis ad hoc* y de los deberes de cuidado más elementales exigibles a todo profesional sanitario.

II.2. El deber de cuidado

El deber de cuidado es inherente al ser humano, según crece va adquiriendo una serie de obligaciones de cuidado que van cambiando en función de diferentes factores, como es la edad o, como nos interesa en este artículo, la actuación profesional¹⁶. En el

¹⁶ Salazar Montero (2021: 51); Feijóo Sánchez (2001: 250).

caso, de la responsabilidad del personal sanitario, el deber de cuidado está relacionado con la protección de la vida y la integridad física y moral de los pacientes¹⁷. Al situarnos en un sector de la ciencia carente de exactitud y dotado de peculiaridades muy concretas, ello implica que en la práctica médica surjan situaciones difíciles de prever o incluso fortuitas¹⁸. La infracción del deber de cuidado por parte del profesional sanitario no implica, por sí sola, la vulneración de las normas jurídico-penales ni, en consecuencia, la comisión de un delito imprudente tipificado. Dicho incumplimiento posee únicamente valor indiciario y debe ser valorado en el marco del conjunto de los elementos del tipo¹⁹. Para la comisión del delito tendrán mayor valor, como es evidente, el incumplimiento por el profesional de las reglas jurídicas²⁰.

La doctrina penal ha mantenido que debe interpretarse el deber de cuidado en dos vertientes distintas. De un lado, un deber de cuidado externo que es “objetivo o exógeno” y, de otro lado, un deber de cuidado interno que es “subjetivo, individualizador o endógeno”²¹. Como señala el penalista Salazar Montero, el deber de cuidado externo está compuesto de elemento normativos y fácticos; es decir, por normas y reglas extrapenales escritas o no que determinan el comportamiento del profesional en su profesión (elementos normativos) y factores que influyen en la conducta humana como son el tiempo y el lugar (elementos fácticos). Mientras que el deber de cuidado interno se centra en las particularidades subjetivas del profesional que lleva a cabo la acción encomendada, tales como los conocimientos del sanitario o sus capacidades²².

Para la delimitación de la conducta como delictual será necesario evaluar el deber de cuidado que ha tenido el sanitario en su actuación. A este respecto, señala Feijóo Sánchez²³ que “el delito imprudente se basa en un reproche por no haber sido (o no haber sido suficientemente) cuidadoso, diligente o precavido”. Si la conducta fuera activa deberá existir un nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico); además será necesaria, la vinculación objetiva del resultado (vínculo normativo), esto se traduce en que “el riesgo no permitido por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado”²⁴. En el caso de la omisión será necesario que el

¹⁷ Rodríguez Vázquez (2012: 64).

¹⁸ Salazar Montero (2021: 51); Hava García (2001: 57).

¹⁹ Rodríguez Vázquez (2012: 458-459).

²⁰ Rodríguez Vázquez (2012: 459).

²¹ Luzón Peña (2016: 287); Salazar Montero (2021: 53).

²² Salazar Montero (2021: 53).

²³ Feijóo Sánchez (2001: 35). En la misma línea, Salazar Montero (2021: 46).

²⁴ Del Moral García (2022: 336).

profesional tuviera un deber específico de actuar²⁵. Véase, por ejemplo, el Caso del Doctor Viñals, pieza judicial dentro del mediático Caso Madrid Arena. El Alto Tribunal declara la comisión del delito de homicidio por imprudencia profesional, según el juez penal las víctimas “fallecieron como consecuencia de las gravísimas lesiones padecidas en el aplastamiento sufrido en el vomitorio, sin que Simón Viñals Pérez y Carlos Viñals Larruga les prestaran la asistencia médica que precisaban durante el tiempo que permanecieron en el botiquín que gestionaban antes de que llegara el Samur, aumentando así la posibilidad de que no pudieran recuperarse de las lesiones sufridas, no resultando acreditado, sin embargo, que en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta las fallecidas hubieran podido salvar su vida”[STS (Sala de lo Penal) 805/2017, de 11 de diciembre]. De acuerdo con el Alto Tribunal, la víctima “llegó viva a su servicio médico, y nada hizo el acusado por reanimarla”. Los casos de omisiones suelen generar problemas de prueba del nexo causal, en este caso, se suma que la omisión supone un comportamiento negligente que se suma a una imprudencia previa²⁶. Para la determinación de la comisión del delito, la Sala Segunda utilizó la teoría del incremento del riesgo como modelo de imputación del resultado²⁷. Así, la responsabilidad del médico se fundamenta en que la omisión negligente del deber de cuidado objetivamente exigible incrementó el riesgo permitido y condujo a la producción del fallecimiento de la joven, quedando acreditada la imputación objetiva del resultado (causalidad jurídica). Otras teorías empleadas por los tribunales penales españoles para imputar el resultado son la teoría del ámbito de protección de la norma y la teoría de la evitabilidad.²⁸ Por estos hechos, el médico fue condenado a un año y medio de cárcel, una inhabilitación de cuatro y la obligación de indemnizar a los familiares de la víctima (recurrentes) en la cantidad de 340.000€.

II.3. La *Lex artis* en el sector sanitario y la tipificación penal de la conducta

²⁵ Del Moral García (2022: 335).

²⁶ Imprudencia que provocó la avalancha y tragedia en el recinto del Madrid Arena.

²⁷ Este caso fue recurrido ante el Tribunal Constitucional [STC (Sala Segunda) 18/2021, de 15 de febrero de 2021. Recurso de amparo 3966-2018. Promovido por don Simón Viñals Pérez por una posible vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Si bien, el Tribunal Constitucional declaró que no había lugar al amparo constitucional y que el juicio penal se había realizado con las garantías constitucionales necesarias.

Parte del Recurso de amparo se centró en la idoneidad de la aplicación de la teoría del incremento del riesgo como modelo de imputación del resultado. En este punto el Tribunal Constitucional reconoce que la aplicación de esta doctrina no vulnera los derechos fundamentales del médico condenado.

²⁸ Del Moral García (2022: 343).

Según la Real Academia Española, la *Lex artis* es el “conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio”. La *lex artis ad hoc* en salud se compone por reglas jurídicas y de contenido ético y moral²⁹. A este respecto, Monés Xiol afirma que cuando en la actuación médica errónea se debe a un desconocimiento o mala aplicación de las normas profesionales y legales, la actuación es ilícita, mientras que, si el error se debe a un problema ético, la intervención se debe considerar ilegal³⁰.

En el ámbito sanitario, el Tribunal Supremo ha descrito la *lex artis ad hoc* como un criterio valorativo de la corrección del acto médico concreto, atendiendo a circunstancias del autor, del paciente, la complejidad y factores organizativos, para calificar si el acto fue conforme a la técnica normal requerida [STS (Sala de lo Civil) de 12 de marzo de 2012 (Rec. 388/2010)]³¹. La *lex artis ad hoc* del personal sanitario describe cómo debe actuar el profesional de manera diligente y competente según el saber y las prácticas aceptadas. Según el Alto Tribunal, “los colegios profesionales, al visar los proyectos o trabajos de sus colegiados, no pueden ni deben juzgar sobre la mayor o menor adecuación técnica del trabajo desarrollado por aquéllos, esto es, sobre su corrección desde el punto de vista de la *lex artis* o sobre su ajuste a las prescripciones técnicas de contenido sustantivo. Son los propios profesionales quienes responden ante los clientes y ante la sociedad en general de la corrección técnica de sus proyectos o actuaciones, sin que los eventuales errores o defectos de esta naturaleza que contengan puedan ser objeto del visado colegial”. Así, por ejemplo, se ha declarado una actuación contraria a la *lex artis*, la omisión realizada por el doctor Viñals en el Caso Madrid Arena [STS (Sala de lo Penal) 805/2017, de 11 de diciembre]; caso en la que el médico no pone “los medios mínimos adecuados para intentar salvar la vida de la paciente”.

El incumplimiento de la *lex artis* implica que el facultativo se ha apartado del estándar de diligencia exigible. Circunstancia que no implica la comisión de una infracción, teniendo el profesional médico libertad de decisión³². A efectos de delimitar la eventual relevancia penal de la conducta, resulta necesario examinar si la actuación se desarrolló sin la debida observancia del deber objetivo de cuidado y si concurre, en su caso, la infracción del tipo penal aplicable. En este análisis, la valoración conforme a la

²⁹ Monés Xiol (2012: 37).

³⁰ Según este autor, el término actividad ilícita “debe entenderse en sentido ético y no jurídico”.

³¹ Seoane Spielberg (2022: 116-121).

³² Rodríguez Vázquez (2012: 459).

lex artis ad hoc constituye un elemento central, aunque no exclusivo, pues deben ponderarse también las restantes circunstancias relevantes del caso³³. A este respecto, conviene matizar que no existe un estándar de diligencia único³⁴, sino que será preciso evaluar cada caso concreto, estudiando el nivel de especialización y conocimiento del caso concreto, dando lugar a una casuística muy diversa. En relación con este punto, el autor Solé Feliu señala que de “lo que se trata es de preguntar qué hubiese hecho el profesional medio del sector en las mismas circunstancias a las que se enfrentó el demandado”³⁵.

Habida cuenta de las peculiaridades del sector sanitario, caracterizado por la continua evolución derivada de los avances científicos, y de que la actuación asistencial recae sobre pacientes que, por diversos motivos (desconocimiento, pudor, deseo de abandonar el centro sanitario, entre otros), pueden omitir la comunicación íntegra de sus síntomas, resulta imprescindible contextualizar la valoración de la conducta profesional en atención a las circunstancias concurrentes. En este punto, hay autores que señalan las dificultades que conlleva el intento de positivizar las normas de actuación en el ámbito sanitario. Un intento de objetivación del trabajo sanitario es la aprobación de los llamados procesos de protocolización³⁶. De acuerdo con el autor De Ángel Yagüez, los protocolos médicos “constituyen un conjunto de pautas de actuación de carácter estándar o genérico para determinados episodios clínicos o asistenciales. De suerte que pudiera considerarse que los protocolos recogen el canon de diligencia y pericia exigibles en cada momento de los contemplados en ellos”³⁷. Según el penalista Salazar Montero, existen dos razones principales que lo dificultan: en primer lugar, las complicaciones inherentes a la pervivencia de normas positivas en un ámbito sometido a cambios constantes, como consecuencia de los avances científicos; y, en segundo lugar, la dificultad de sistematizar en preceptos legales la totalidad del conocimiento médico disponible, lo que exigiría la elaboración de auténticos compendios o enciclopedias que, además, quedarían rápidamente obsoletos por el propio progreso de la ciencia³⁸. Por todo ello, la delimitación de la conducta sanitaria como delito tendrá su origen en el mencionado incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, y en caso de incumplimiento, estudiar si la alternativa operada por

³³ Salazar Montero (2021: 380).

³⁴ Solé Feliu (2022: 46-47).

³⁵ Solé Feliu (2022: 47); Rodríguez Vázquez (2012: 458).

³⁶ Rodríguez Vázquez (2012: 459); Seoane Spielberg (2022: 122-124); Serrano Gil (2017: 38).

³⁷ De Ángel Yagüez (2008: 195-196). En la misma línea, Galán Cortés (2024: 307-308).

³⁸ Salazar Montero (2021: 381).

el profesional se enmarcó en un “deber de cuidado objetivo”³⁹. Para el estudio de la tipificación de la conducta como delito será necesario un estudio estricto y riguroso del caso que la simple comparación con la conducta prevista en la *lex artis*, añadiendo un parámetro objetivo de cuidado que consistirá en situarse en la posición del hombre medio y estudiar como el buen profesional sanitario hubiera actuado⁴⁰. Esto supone la realización de un estudio del curso causal hipotético estudiando la probabilidad de la producción de un resultado distinto si se hubiera actuado de otra forma o el incremento del riesgo creado, por la no actuación del médico [STS (Sala de lo Penal) 805/2017, de 11 de diciembre]. A ello, se añadirá la comisión de una infracción tipificada como delito por parte del profesional sanitario.

El examen del elemento subjetivo se efectúa desde un parámetro objetivo de referencia —el del sujeto medio—, que en el ámbito sanitario se concreta, por regla general, en el del profesional medio de la misma especialidad y en circunstancias análogas. Para ello, es necesario conocer lo que en ese sector de la medicina es correcto e incorrecto, realizando un estudio de las reglas de cuidado⁴¹. Desde esta perspectiva del observador objetivo se valora si, en la conducta del facultativo, concurrió culpa consciente o inconsciente, atendiendo a la previsibilidad del resultado y a la exigibilidad de una actuación conforme al deber objetivo de cuidado. En particular, se analiza si, por su formación, experiencia y función, el profesional debía conocer los riesgos relevantes y adoptar las cautelas necesarias para una correcta praxis, de modo que la eventual infracción del deber de cuidado pueda integrar el ilícito. A los casos, en los que el profesional debió tener los conocimientos necesarios para ejercer correctamente sus funciones, debemos añadir aquellos casos en los que el sanitario no ha obtenido los conocimientos por desinterés en la adquisición de las destrezas necesarias para haber realizado una buena actuación médica⁴².

En relación con el consentimiento informado, elemento central en el análisis contemporáneo de la responsabilidad médica, procede señalar que ni el consentimiento del paciente excluye sin más la relevancia penal de la actuación sanitaria, ni su ausencia comporta automáticamente la tipicidad de la conducta. Ahora bien, cuando una intervención médica se lleva a cabo sin el debido consentimiento y produce un resultado

³⁹ Salazar Montero (2021: 381).

⁴⁰ Rodríguez Vázquez (2012: 460).

⁴¹ Rodríguez Vázquez (2012: 458-459).

⁴² Salazar Montero (2021: 381).

lesivo, puede dar lugar a un concurso de delitos, concretamente entre un delito de lesiones y un delito contra la libertad o autodeterminación del paciente. A este respecto, señala el autor Rodríguez Vázquez, la necesidad de incluir “un delito de tratamiento médico arbitrario” en nuestro Código penal⁴³. En este punto se constata la ruptura del principio de confianza, elemento central de la relación médico-paciente. Dicha ruptura afecta a la autonomía y libertad decisoria del paciente y puede, además, generar daños personales. Por ello, la quiebra del principio de confianza no solo puede tener relevancia penal, sino también civil, al constituir un perjuicio recurrente vinculado a actuaciones profesionalmente imputables que ocasionan un daño antijurídico a quien confió legítimamente en el sanitario.

Por último, conviene añadir que la producción de un resultado dañoso derivado de una actuación médica incorrecta activa el análisis de la eventual responsabilidad civil. Esta podrá apreciarse, de un lado, en los supuestos en que los hechos sean constitutivos de delito, caso en el que resultarán aplicables las normas sobre responsabilidad civil *ex delicto* previstas en el Código Penal (arts. 109 y ss.); y, de otro, en aquellos supuestos en los que se cause un daño antijurídico que el paciente no tenga el deber jurídico de soportar, aun cuando la conducta resulte penalmente atípica, supuesto en el que procederá la aplicación del régimen general de la responsabilidad extracontractual del Código Civil (arts. 1902 y ss. CC) y, en el caso de que el daño tenga su origen en la sanidad pública, será de aplicación la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 32 a 37 LRJSP).

II.4. La responsabilidad civil médica

La obligación civil de reparar el daño nace de la negligente actuación médica que causa un daño antijurídico en el paciente. El sanitario es deudor de la obligación que mantiene con el paciente, debiendo el profesional poner todos sus esfuerzos y conocimientos en cumplir con el encargo al que se comprometió⁴⁴. Por lo general, la obligación del profesional sanitario es una obligación de medios [SSTS (Sala de lo Civil) 127/2010, de 3 de marzo; 517/2013, de 19 de julio; 230/2014, de 7 de mayo; 18/2015, de 3 de febrero; 250/2016, de 13 de abril; y 828/2021, de 30 de noviembre]⁴⁵ y

⁴³ Rodríguez Vázquez (2012: 461).

⁴⁴ Vázquez Barros (2009: 19-22).

⁴⁵ Seoane Spielberg (2022: 107-111).

extracontractual [SSTS (Sala de lo Civil, pleno) 546/2015, de 13 de octubre; y 326/2019, de 6 de junio]⁴⁶, solución clara en los casos de la sanidad pública y más difusa en los casos de la sanidad privada; si bien, incluso en los casos de la sanidad privada el daño antijurídico indemnizable excede de la esfera de la relación obligacional entre el médico y el paciente, por lo que debemos considerar que la acción civil para la reparación del daño será de responsabilidad civil extracontractual⁴⁷.

Los elementos de la responsabilidad civil sanitaria son 1) la acción u omisión del profesional, bien en el diagnóstico o en el tratamiento; 2) la existencia de un daño antijurídico, recordemos que puede existir responsabilidad penal o administrativa sin daño, pero no responsabilidad civil; 3) un nexo causal entre la acción u omisión sanitaria y el daño antijurídico; y 4) un título de imputación que en este caso será la culpa o negligencia del profesional sanitario en el caso de la sanidad privada, siendo responsabilidad objetiva en el caso de medicina pública.

En primer lugar, en relación con la acción u omisión del profesional. Debemos tener en cuenta que, en muchos casos, los perjuicios en las víctimas sanitarias surgen por una actuación omisiva del sanitario. La inexactitud de la ciencia médica y las dificultades para tener en todos los casos un mapa completo del paciente provocan que, en muchos casos, sólo se sepa cuál hubiera sido el diagnóstico o el mejor tratamiento de forma posterior. Es decir, una actuación diferente por parte del médico hubiera provocado un resultado diferente.

En segundo lugar, en relación con el daño antijurídico, en la práctica médica, los pacientes pueden sufrir daños fruto de la práctica médica, por ejemplo, es muy doloroso la colocación de un dedo o un hombro, tras una dislocación, pero siendo el tratamiento adecuado, no podremos considerarlo, como es obvio, un daño indemnizable.

En tercer lugar, debemos conectar el daño antijurídico con una acción u omisión realizada por el profesional médico. Los casos deben cumplir con las normas de la causalidad natural y jurídica⁴⁸. Para el estudio de la causalidad natural, al igual que en el plano penal, se aplicará la teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula *conditio sine qua non*, es decir, si eliminamos mentalmente la acción u omisión ¿Eliminaríamos el resultado? Debido a las múltiples causas naturales que pueden producir

⁴⁶ Marín Castán (2022: 61-62).

⁴⁷ Del Olmo García (2024: 210-223).

⁴⁸ Baena Ruiz (2022: 170-172).

el daño, se limitan a través de las mencionadas causas jurídicas. Desde el plano de la responsabilidad civil se estudia la causalidad jurídica, por lo general, a través de la aplicación de los criterios de (des)imputación objetiva⁴⁹. Esta doctrina es muy válida cuando la actuación dañosa se ha realizado de forma dolosa, pero genera más dudas en otros supuestos; en especial, en el plano de las omisiones. A este respecto, Peña López ha mantenido que “la fórmula empleada para determinar la causalidad en las omisiones lo que afirma es que debe de considerarse que una omisión es causa del daño, si existía el deber de realizar una acción; y si la hipotética acción omitida lo hubiese evitado. Combina, por consiguiente, un criterio estrictamente jurídico (la existencia de un deber), con una proposición normativa similar a las que se emplean en la teoría de la imputación objetiva (se entiende que la omisión ha creado un riesgo relativo al daño enjuiciado, debido a que la acción debida- y omitida- lo hubiese conseguido evitar). Sin embargo, debe notarse que se trata de una imputación objetiva distinta a la predicada de las acciones. Esta última, servía para limitar los efectos excesivos derivados de aplicar sólo la causalidad natural, mientras que la causalidad no empírica de las omisiones es, por sí sola, más que suficiente para satisfacer el requisito consistente en causar un daño, que exige el art. 1902 CC”⁵⁰. De acuerdo con este autor y con la autora Álvarez Moreno⁵¹, las omisiones darán lugar a casos de responsabilidad civil por imputación objetiva cuando, como en la medicina, el omitente tuviera un deber actuar y se mantuviera pasivo, produciéndose el daño o su agravamiento debido a esta “no actuación”. La omisión del profesional sanitario puede ser en la asistencia, dando lugar a una omisión pura, por ejemplo, en el caso de que se deniegue la asistencia al paciente por la falta de camas en el centro hospitalario [STS (Sala de lo Civil) de 6 de julio de 1990]; en segundo lugar, la omisión de realizar controles, por ejemplo, en el caso en el que centro hospitalario no haya realizado los controles pertinentes de esterilización, sufriendo el paciente una infección durante el transcurso de una intervención quirúrgica [STS (Sala de lo Civil) de 19 de junio de 2008]; o una omisión en el diagnóstico que ha provocado un daño o lo ha incrementado, por ejemplo, una conducta omisiva en la exploración de un bebé en una incubadora que ocasiona una ceguera en la víctima [STS (Sala de lo Civil) de 24 de marzo de 2001]. En todos estos casos, para declarar la responsabilidad civil del sanitario será

⁴⁹ Baena Ruiz (2022: 173-181); Galán Cortés (2024: 583-587).

⁵⁰ Peña López (2011: 48-49).

⁵¹ Álvarez Moreno (2022: 239 y ss.).

necesario determinar el comportamiento omisivo, así como la mencionada relación de causalidad⁵².

Por último, en relación con el título de imputación, estamos en un sector de responsabilidad subjetiva o por culpa [STS (Sala de lo Civil) 112/2018, de 6 de marzo⁵³]⁵⁴. La responsabilidad civil sanitaria como responsabilidad profesional exige un estándar superior de diligencia por parte de los sanitarios por encima del estándar clásico recogido en el art. 1.104 CC, actuar como un buen padre de familia, es decir, como actuaría una persona prudente y cuidadosa en las mismas circunstancias. En el caso, de la responsabilidad médica el estándar de diligencia es superior, tal y como ha establecido la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, “el objeto de la obligación del médico es una actividad diligente y acomodada a la *lex artis*” (STS de 16 de abril de 2007). El mayor nivel de diligencia se exige tanto en referencia al diagnóstico, como a la hora de realizar el tratamiento adecuado al paciente.

El mayor estándar de diligencia ha sido establecido por la Sala Primera del Tribunal, según el Alto Tribunal, “no solo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias” (SSTS de 18 de marzo de 2006 y de 23 de mayo de 2006).

En el caso de la responsabilidad civil *ex delicto* del sector sanitario, debemos tener en cuenta que habrá actuaciones dolosas, pero, en la mayoría de los casos el origen tendrá lugar en una actuación imprudente por parte del facultativo.

III. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA MATERIA

A. Condena por delito de aborto por la muerte de un feto en el parto. [STS (Sala de lo Penal) 817/2024, de 2 de octubre (Rec. 3535/2022)]

En este caso, la acusada intervino en calidad de comadrona durante el proceso de parto. La niña nació con vida, si bien falleció posteriormente como consecuencia de la

⁵² Álvarez Moreno (2022: 239-240).

⁵³ Según la Sala Primera del Tribunal Supremo, “en el ámbito de la responsabilidad profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva”.

⁵⁴ Seoane Spielberg (2022: 113-115); Marín Castán (2022: 45-50); Álvarez Olalla (2022: 191).

negligencia apreciada en la actuación de la referida profesional sanitaria. No obstante, en relación con las actuaciones realizadas en la fase prenatal, cuando la menor era todavía feto, se declaró que el fallecimiento tuvo su origen en una hipoxia fetal de causa extrínseca. La actuación fue considerada como imprudencia grave y típica. En cambio, en el caso de la utilización de la ventosa para favorecer el parto con el resultado de fallecimiento del feto, al enrollarse el cordón umbilical en su cuello y asfixiándole, no se ha considerado una imprudencia grave sino leve, considerándose penalmente atípica, permitiendo que los perjudicados se reserven sus acciones civiles para un posterior proceso civil [SAP Murcia (Sección 4.ª) 25/2000, de 1 de marzo (Rec. 107/1998)].

Hay que señalar que el delito de aborto, en sus diferentes modalidades, es un delito común, no siendo necesario que sea realizado por un profesional sanitario.

En materia penal, la acusada fue condenada como autora de un delito de aborto por imprudencia grave profesional, tipificado en el artículo 146 del Código Penal, en concurso ideal (art. 77.1 CP) con un delito de lesiones por imprudencia del artículo 152.1. 1.º CP. La pena impuesta consistió en cuatro meses y dieciséis días de prisión, así como en un año y nueve meses de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 152.1 CP.

En concepto de responsabilidad civil, con declaración de responsabilidad civil directa y subsidiaria de la aseguradora, la Asociación Mutual Aseguradora fue condenada a indemnizar al progenitor y a la progenitora con la suma de setenta y cinco mil euros (75.000 €) cada uno, así como a la madre con una cuantía adicional de treinta y cinco mil euros (35.000 €). Esta cifra es similar a la fijada en otros supuestos de aborto por imprudencia grave, como el resuelto por la STS (Sala de lo Penal) 552/2018, de 14 de noviembre. En dicho caso, el acusado agredió a la gestante mediante empujones y zarandeos, sin dirigir golpes al vientre, pero generando una situación de estrés que desencadenó el aborto. Por estos hechos fue declarado culpable de un delito de aborto imprudente y condenado a indemnizar a la víctima en la cantidad de 80.000 €. Ambas cifras inferiores a otro caso, en el que la víctima fue obligada a abortar por su pareja en un contexto de violencia de género [STS (Sala de lo Penal) 658/2019, de 8 de enero]; en este último caso, el Tribunal otorgó a la víctima una indemnización de 103.304,40€⁵⁵. En

⁵⁵ Por los hechos del día 30 de septiembre de 2011: 491€ + por lesiones del día 11 de agosto de 2012: 1.346€ + Por lesiones psíquicas: 14.250 + Secuela de estrés posttraumático, con grave afectación de actividades cotidianas de la vida ordinaria y pronóstico de recuperación compleja: 70.000€ + un incremento del 20% por ser daños que tienen su origen en un acto doloso: total: 103.304,40 €

cambio, no tuvo la misma indemnización, un caso en el que dos acusadas obligaban a otra mujer a ejercer la prostitución, quedando embarazada; en ese momento, las acusadas la obligaron a abortar propinándole golpes y amenazas hasta que firmó los documentos para la realización del aborto; a pesar, del relato de hechos probados, el juez penal sólo otorgó una indemnización de 4.000€ a la víctima, cantidad solicitada por el Ministerio fiscal [STS (Sala de lo Penal) 507/2019, de 25 de octubre)].

B. Absolución del delito de lesiones por la operación de la rodilla equivocada. [STS (Sala de lo Penal) 169/2023, de 9 de marzo (Rec. 1798/2021)].

La resolución establece la absolución del sanitario. Según los hechos probados, se produjo la práctica de una menisectomía parcial interna mediante artroscopia en la rodilla derecha, intervención que debería haberse realizado en la rodilla izquierda. La cirugía artroscópica en la rodilla izquierda se realizó finalmente. El motivo de la absolución es que se determinó la participación del paciente a la contribución del resultado, convirtiendo la imprudencia en leve.

Regresando al caso de la intervención de la rodilla equivocada (STS 169/2023, de 9 de marzo), en Primera Instancia, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés estableció la condena del sanitario por un delito imprudente de lesiones. El mismo juzgado declaró la responsabilidad civil del sanitario con la cantidad total de ocho mil setecientos cincuenta euros (8.750€), siendo responsables directas de dicha cantidad las compañías aseguradoras; y respondiendo subsidiariamente la Fundación Hospital de Aviles. Más tarde, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo declaró la absolución del médico por los motivos mencionados, revocando también la condena de la responsabilidad civil. A pesar, de ser admisible que este tipo de imprudencia leve podría ser objeto de la producción de un daño antijurídico civil, la absolución penal conlleva la revocación de la indemnización, debiendo el perjudicado acudir de forma posterior a un proceso civil para conseguir la reparación del daño causado⁵⁶.

⁵⁶ He realizado una búsqueda de una resolución por estos hechos en el proceso civil sin éxito. Es posible que la resolución de primera instancia del Juzgado de Aviles no se haya publicitado en las bases de datos, pero también existen otras dos posibilidades. Bien que se haya determinado un acuerdo extrajudicial que haya reparado el daño del paciente; o, que el largo proceso penal que empezó en 2017 y que terminó en 2023 haya quitado el interés al paciente de comenzar un nuevo proceso civil.

C. Absolución del médico por el fallecimiento de una mujer durante el parto, al concurrir un accidente causal no esperado [STS (Sala de lo Penal) 157/2024, de 22 de febrero (Rec. 693/2022)].

La Sala Segunda del Tribunal Supremo establece la absolución de un ginecólogo que intervino a una mujer en el parto, quien falleció unas horas después debido a una dolencia cardíaca que fue conocida por los sanitarios con posterioridad al fallecimiento de la madre, declarando el tribunal que era una causa imprevisible para el médico que acordó el tratamiento y las medidas adecuadas que ofrecía a la paciente. En el momento, el daño en la paciente se diagnosticó como una “contractura muscular tras el parto”, lesión que ocurre con relativa frecuencia después del parto, determinándose que el facultativo actuó conforme a las pautas exigibles por la «*lex artis*», observando el deber de cuidado y atención que requería el momento.

En Primera Instancia, el Juzgado de lo Penal nº 4 de Valencia condenó al ginecólogo como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave. Declarando la responsabilidad civil del médico en las siguientes indemnizaciones a D. Adolfo, la cantidad de 160.731,25€, a Alexis, la cantidad de 233.972,50€, a D. Conrado Y Da Esmeralda a cada uno de ellos la cantidad de 40.501€ y a D. Juan Luis, la cantidad de 25.463,50€. La entidad Aseguradora fue declarada la responsable civil directa de las referidas indemnizaciones, así como del pago de los intereses previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha de producción del siniestro, hasta la fecha en que se ha producido la consignación judicial. Más adelante los recursos ante la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo absolvieron penalmente al sanitario al determinar que en este caso había una ausencia de relación de causalidad. La absolución penal conllevó la absolución civil.

D. Condena penal y civil a un médico por el fallecimiento de una mujer por el exceso de confianza del ginecólogo [Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona 239/2005, de 26 de mayo].

En el año 2002, una paciente de 29 años acudió a urgencias y fue diagnosticado un embarazo ectópico en la trompa de Falopio izquierda. Al día siguiente fue intervenida mediante la técnica denominada laparoscopia. La víctima acaba falleciendo en el postoperatorio. Al analizar el protocolo médico realizado se determina que el ginecólogo actuó de forma imprudente grave debido a un exceso de confianza, lo que supuso el

fallecimiento de la víctima. Por estos hechos, se condena al médico como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave.

En relación con la responsabilidad civil, se estima una indemnización de 150.000€ en favor del cónyuge viudo; 25.000€ a los padres; y 10.000€ a la hermana de la fallecida. En todos los casos el Tribunal penal tiene en cuenta la prematura e inesperada muerte de la víctima que con 29 años tenía una gran esperanza de vida.

E. Condena penal y civil a un médico que atendió un apuñalamiento con resultado de muerte. [STS (Sala de lo Penal) 782/2006, de 6 de julio (Rec. 1917/2005)].

En el año 2002, en la ciudad de Terrassa, hubo un caso de apuñalamiento en la calle. La víctima llegó por su propio a su casa, donde un familiar avisó a los servicios médicos que trasladaron a la víctima al Hospital mutua de Terrassa, donde fue operada y quedó en ingresada en el box de urgencias. Hechas las pruebas, el facultativo optó por un tratamiento conservador que resultó ser erróneo, empeorando la víctima y falleciendo. Por estos hechos, el facultativo fue condenado, por el entonces típico, falta de imprudencia leve con resultado de muerte⁵⁷.

En materia de responsabilidad civil, el Tribunal determinó una indemnización de 60.000€ para cada uno de los progenitores de la víctima. Señalando el Alto tribunal que el principal responsable de la muerte no fue el facultativo imprudente, sino el asesino que realizó el apuñalamiento. Nos encontramos ante un caso, en el que no se consiguió determinar el autor del apuñalamiento por falta de pruebas.

La responsabilidad penal sanitaria tenía un mayor número de sentencias condenatorias antes de la despenalización de las faltas en el año 2015, cuyo principal objetivo fue descongestionar los Juzgados de Instrucción y aligerar la carga burocrática, aplicando el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Así, puede verse en la SAP Madrid (Sección 16.ª) 117/2008, de 20 de febrero (Rec. 546/2007), en esta resolución, la Audiencia Provincial de Madrid condena al facultativo después de una operación de miopía que finalizó con lesiones para la paciente. El médico fue condenado por una falta de lesiones por imprudencia leve, precepto hoy día derogado. En materia de responsabilidad civil, se otorgará a la víctima una indemnización de 27.935,89 euros por los perjuicios causados. También podemos ver otra condena por falta de Lesiones por

⁵⁷ Recordemos que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, derogó el Libro III del Código Penal, eliminando la figura de las "faltas" en España.

imprudencia leve, en un caso de fallecimiento de un enfermo de cáncer, debido a una negligencia médica en el control del paciente que supuso un retraso en el tratamiento de radioterapia como continuación al tratamiento de quimioterapia, retraso que también se debió a factores externos a la actuación sanitaria. En este caso, se determinó una indemnización en favor de los padres (90.000€ a cada progenitor) y para resarcir a los hermanos (8.000€ a los dos hermanos del fallecido), en total: 196.000€ [SAP Badajoz (Sección 1.ª) 127/2005, de 21 de diciembre (Rec. 382/2005)].

F. Condena penal y civil por imprudencia profesional grave. Se determina que tratamiento es inadecuado, el paciente padecía un glaucoma y terminó el tratamiento médico con la pérdida total de visión. [SAP Barcelona (Sección 10.ª) 91/2006, de 19 de enero (Rec. 307/2005)]

La Audiencia Provincial de Barcelona establece la imprudencia profesional grave en un caso de una operación de glaucoma que sale de forma errónea, quedando la víctima con una pérdida total de visión por estos hechos. El tribunal establece que la actuación del médico debe calificarse como imprudencia profesional. Según el juez penal, la imprudencia profesional supone “un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la «*lex artis*» y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisculpables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional”.

En materia de responsabilidad civil, la Audiencia Provincial de Barcelona establece una indemnización en favor de la víctima de 51.363,75 euros. Cantidad superior a la que hemos visto en otro caso de mala praxis oftalmológica como vimos en la SAP Madrid (Sección 16.ª) 117/2008, de 20 de febrero. En esta resolución, el tratamiento lesionó el único ojo que la paciente tenía con visión y fue indemnizada en la cantidad de 27.935,89 euros.

G. Condena penal con reserva de acciones civiles. Protésico dental negligente e intrusista [STS (Sala de lo Penal) 324/2019, de 20 de junio].

En este caso, el delincuente realizó varias intervenciones médicas sin tener la cualificación necesaria para ello, incurriendo en los delitos de intrusismo e imprudencia profesional grave. El condenado realizó tareas odontológicas para las que no se encontraba formado y capacitado, causando daños y perjuicios en la paciente al realizar varias actuaciones médicas, incluyendo la realización de unas fundas de forma incorrecta.

Estos hechos causaron daños y perjuicios en la paciente, tanto físicos como psíquicos. Si bien, el juez penal fijó la condena penal de intrusismo penal establecido en el art. 403 Cp. También se ha reconocido la comisión de estos delitos, en aquellos casos en los que el victimario es un titulado en un país extranjero, sin haber homologado el título de odontología en España [SAP Zaragoza (Sección 1.^a), de 23 de diciembre de 1995 (Rec. 137/1995)].

El delito de intrusismo profesional tutela el interés público en el control de las profesiones tituladas y, en particular, la potestad administrativa de verificación de los requisitos habilitantes (título y, en su caso, colegiación) para el ejercicio profesional. En el ámbito sanitario, dicha tutela se proyecta además sobre la protección de la salud y la integridad de los pacientes, al garantizar que quienes prestan servicios asistenciales lo hagan con la cualificación técnica y los conocimientos exigibles para reducir los riesgos inherentes a una actividad especialmente sensible⁵⁸.

En materia de responsabilidad civil, la perjudicada optó por reservarse sus acciones civiles para un posterior proceso ante la jurisdicción civil (art. 112 LECrim.). En relación con la reserva de acciones civiles, es muy interesante la SAP Castellón (Sección 2.^a) 280/2014, de 4 de septiembre (Rec. 183/2014). En esta resolución, se resuelve un recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 30/10/2013 Juzgado de lo Penal núm. 1 de Castellón en su Juicio Oral núm. 340/10 dimanante de las Diligencias Previas nº 31/08 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Castellón. En primera instancia, el facultativo había sido condenado como autor de un delito de homicidio por imprudencia profesional, mientras que los perjudicados habían optado por reservarse las acciones civiles para su ejercicio en un posterior proceso civil. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Castellón aprecia la prescripción del delito y absuelve al acusado, manteniendo la reserva de las acciones civiles efectuada por los perjudicados.

Otro caso de condena por intrusismo profesional lo podemos encontrar en la STS (Sala de lo Penal) 167/2020, de 19 de mayo. Este caso condena a un sujeto que contaba con un título privado de Titulado Superior en Terapias Naturales y había realizado tratamientos homeopáticos en una consulta. El acusado carecía de titulación para ejercer la medicina, pero dando apariencia de que si contaba con la titulación realizó diagnósticos y tratamientos para las enfermedades de sus pacientes. Según el Alto Tribunal, ni los

⁵⁸ Villegas García y Encinar del Pozo (2022: 365); Gómez Rivero (2008: 697); Lloria García (2001: 166 y ss.).

osteópatas ni los homeópatas pueden ejercer la medicina diagnóstica⁵⁹. De acuerdo con los hechos probados, el reo realizó “extracciones de sangre, autotransfusiones y pequeñas operaciones quirúrgicas”, cobrando tanto por las consultas “médicas” como por los tratamientos. Por estos hechos se le condena por un delito de intrusismo profesional. Resulta especialmente relevante el análisis de la responsabilidad civil en este caso. El órgano penal exige a las víctimas la acreditación de los pagos realizados con el fin de proceder, en su caso, a su restitución. Si bien cada una de ellas aporta los justificantes de que dispone, no todas cuentan con documentación acreditativa suficiente. No obstante, lo más significativo es que la Sala Segunda del Tribunal Supremo fija una indemnización uniforme de 5.000 euros para cada paciente, con independencia del tratamiento al que se sometió y de la entidad del daño padecido. A mi juicio, esta solución resulta claramente desacertada, pues el Tribunal debería haber individualizado la reparación del daño moral en atención a las circunstancias concretas de cada paciente, valorando, entre otros factores, la intensidad del perjuicio sufrido, el grado de confianza depositado en el profesional y el tiempo y esfuerzo invertidos.

H. Condena penal a un médico de familia por diez delitos de abuso sexual en La Palma [STS (Sala de lo Penal) 652/2022, de 27 de junio (Rec. 3037/2020)].

En la Palma, un médico de familia fue condenado por diez delitos de abusos sexuales⁶⁰. El facultativo aprovechó su cargo como médico para abusar sexualmente de diez víctimas, quienes confiaban en su criterio médico y gracias a ello, el condenado conseguía desnudarlas y hacerles tocamientos. En materia de responsabilidad civil el acusado fue condenado a indemnizar a las víctimas en las siguientes cantidades:

1. Víctima A, la cantidad de 6.000 euros.
2. Víctima B, la cantidad de 3.000 euros.
3. Víctima C, la cantidad de 3.000 euros.
4. Víctima D, la cantidad de 6.000 euros.

⁵⁹ Villegas García y Encinar del Pozo (2022: 368).

⁶⁰ Hasta la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, contábamos con dos tipos penales diferentes: los abusos y las agresiones sexuales. La mencionada norma equipara los abusos sexuales a las agresiones sexuales y elimina el término “abuso” del Capítulo II del Título VIII del Código Penal, provocando una Reforma en el Código Penal; hasta esta reciente modificación, los casos de abusos sexuales se distinguían de los casos de agresiones sexuales en la violencia e intimidación, que son medios comisivos típicos de las agresiones y no así de los abusos. Esta resolución es previa a la reforma y, por ello, la condena es por abusos sexuales, en la actualidad, la condena hubiera sido por agresión sexual.

5. Víctima E, la cantidad de 6.000 euros.
6. Víctima F, la cantidad de 3.000 euros.
7. Víctima G, la cantidad de 3.000 euros.
8. Víctima H, la cantidad de 3.000 euros.
9. Víctima I, la cantidad de 6.000 euros.
10. Víctima J, la cantidad de 3.000 euros.

El juez penal fija dos tipos de cantidades, de un lado, aquellas víctimas que no han sufrido daños morales derivados del abuso (3.000€) y, de otro lado, la reparación de las víctimas que tuvieron secuelas psicológicas por el abuso (6.000€). Considero que las cantidades en ambos casos son bajas y no consiguen la reparación integra del daño. A este respecto, debemos entender que la relación médico-paciente es una relación de especial confianza, más en una población pequeña como son Los Llanos de Aridane, en la Palma. Por ello considero que las indemnizaciones mínimas deberían ser más altas. Además, debería haber más factores que la aparición o aumento de los problemas psicológicos de las víctimas, tales como la edad, la experiencia y las consecuencias que los abusos pudieron tener en las víctimas, consiguiendo una individualización de las indemnizaciones que no se aprecia en el caso estudiado.

No es un caso puntual y, en otro caso similar, un médico especializado en obstetricia y ginecología realizó abusos sexuales a sus pacientes en el curso de su actividad profesional, mientras prestaba sus servicios profesionales en el Centro de Asistencia Primaria (CAP) del *Institut Català de la Salut (Generalitat de Catalunya)*. Los actos ilícitos consistieron en tocamientos ajenos y contrarios a las exigencias de la *lex artis*, realizando caricias sobre los órganos sexuales de las víctimas y realizarles movimientos masturbatorios. Por sus actos el reo fue condenado a los siguientes delitos: 1) nueve delitos de abuso sexual⁶¹; 2) un delito de abuso sexual continuado; 3) tres delitos de abuso sexual⁶²; y 4) doce delitos de abuso sexual con penetración. Junto con las penas, el condenado debe indemnizar a las veinticinco víctimas en la cantidad de 6.000€ a cada una y se declara la responsabilidad civil subsidiaria del *Institut Català de la Salut*. Tal y como declaró la Audiencia Provincial de Barcelona en la SAP Barcelona (Sección 10.^a),

⁶¹ Redacción dada por la LO 11/1999, de 30 de abril.

⁶² Redacción dada por LO 15/2003.

de 9 de octubre de 2013 (Rec. 12/2010); esta resolución fue confirmada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la STS (Sala de lo Penal) 488/2014, de 11 de junio (Rec. 2431/2013), con la salvedad que el Alto Tribunal acepta la solicitud de una de las víctimas de abonársele los intereses moratorios devengados por el importe de su indemnización, desde que fueron reclamados en el escrito de acusación. También, *ex lege*, los del art. 576 de la LEC. La determinación de la cuantificación del daño moral no fue correcta en este caso, si bien, el Tribunal se limitó a aceptar la petición de la fiscalía en su escrito de calificación, desoyendo las peticiones indemnizatorias de las acusaciones particulares que solicitaban cantidades distintas. Debemos recordar la responsabilidad que tienen en la fijación de la indemnización las partes acusadoras, tanto el Ministerio Fiscal como las posibles acusaciones particulares, al deber cumplir la responsabilidad civil derivada del delito con los principios del derecho privado de rogación y principio dispositivo⁶³. En el caso enjuiciado por la STS 488/2014, de 11 de junio, el Tribunal establece la misma indemnización para todas las víctimas, sin tener en cuenta si el delito fue o no continuado o si hubo penetración, aspectos que podrían provocar un mayor daño en las víctimas. Tampoco tuvo en cuenta si las víctimas tuvieron secuelas cuyo origen se encuentre en la comisión del delito y la gravedad de estas.

Otro caso de agresión sexual a una paciente fue el enjuiciado por la SAP León (Sección 3.^a) 395/2023, de 23 de octubre (Rec. 96/2022). En este caso, el médico manoseó e introdujo sus dedos en la vagina de la paciente, valiéndose de la confianza que la víctima tenía en él, siendo un acto no justificado y realizado con prevalimiento. En materia de responsabilidad civil, tanto el Ministerio fiscal como la Acusación particular reclamaron la cantidad de 10.000€ para conseguir el resarcimiento completo; sin embargo, la Audiencia Provincial de León otorgó a la víctima una indemnización de 5.000€. El motivo que argumenta la Audiencia es que no se observan secuelas en la víctima, pero sí es notorio que de este acto se deriva que la paciente sufra un derecho moral. La jurisprudencia penal ha mantenido que en los casos de agresiones sexuales, “la situación padecida por la víctima produce, sin duda, un sentimiento de su dignidad, lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique

⁶³ Del Moral García (2020: 330). Véase en la jurisprudencia: SSTS (Sala de lo Penal) 341/2020, de 22 de junio (RJ 2020\3485); 364/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2004); y 285/2022, de 23 de marzo (JUR 2022\116149). En estas resoluciones la Sala Segunda sigue la línea marcada por la Sección 3.^a del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 11 de febrero de 2003 (Y contra Noruega) (JUR 2003\49150); y en la Sentencia de 24 de septiembre de 2013 (caso Sardón Alvira contra España) (TEDH 2013\72).

con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad, este caso, el daño moral resulta de la importancia del bien jurídico protegido -libertad e indemnidad sexual- y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente” [STS (Sala de lo Penal), de 13 de julio de 2023 (ponente: Excmo. Sr. Berdugo de la Torre)]. El art. 193 Cp. establece que junto con la comisión del delito en los casos de agresión sexual, la víctima sufre un daño. Este tipo de daños han sido estudiados por la doctrina civil, acuñando el término de “daño en sí”⁶⁴, es decir, la presunción de que esa conducta va a generar un daño, siendo una presunción absoluta⁶⁵. El “daño en sí” supone considerar la simple violación del derecho fundamental, un perjuicio para la víctima, independientemente de que la agraviada pueda probar un perjuicio sufrido (zozobra, malestar o incluso un perjuicio económico)⁶⁶.

I. Condena penal a un médico por delito de falsedad documental [SAP Toledo (Sección 2.ª) 33/2009, de 27 de octubre (Rec. 10/2009)]

Otro delito que puede cometer el personal sanitario es el de falsedad documental, especialmente en la tramitación de recetas. En el caso resuelto por la SAP Toledo 33/2009, se condenó a un médico adscrito a un centro de salud que utilizó los datos de los pacientes de su cupo para expedir recetas destinadas a pacientes de su consulta privada. El tribunal penal consideró acreditado que el condenado actuó dolosamente, pese a que la defensa alegó el desconocimiento del carácter delictivo de la conducta. Asimismo, apreció que concurrían todos los elementos del tipo penal de falsedad documental (art. 390 CP).

En cuanto a la responsabilidad civil, el facultativo fue condenado a indemnizar al SESCAM (Servicio de Salud de Castilla-La Mancha) en la cantidad de 989,29 €, cifra que el Ministerio Fiscal fijó como perjuicio económico efectivamente acreditado. No obstante, el gerente del servicio —que declaró en el procedimiento como testigo— señaló que los daños podrían ascender a 24.000 € si pudiera probarse que el médico venía falsificando recetas desde el inicio de su actividad en el centro privado (1998) hasta su detección, en junio de 2001. Con todo, los hechos enjuiciados se limitaron a un total de

⁶⁴ No es la única presunción del daño moral en España, así podemos destacar los arts. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; también el art. 27 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

⁶⁵ Peña López (2024: 600-616).

⁶⁶ Peña López (2025: 71 y ss.).

77 recetas médicas, que fueron las examinadas en una inspección realizada en junio de 2001⁶⁷.

En la STS 298/2014, de 10 de abril (Rec. 2007/2013), la Sala Segunda del Tribunal Supremo estableció una condena por falsedad documental, debido a que el médico manipuló la historia clínica de un paciente, aparentando que las pruebas se habían hecho años antes con la finalidad de aminorar la posible responsabilidad disciplinaria o patrimonial. El sanitario conocía que el cambio podía tener efectos jurídicos, declarando el Alto Tribunal la irrelevancia de que los cambios en la historia clínica no afectaron a la salud del paciente. Por estos hechos el médico ha sido condenado por la comisión un delito de falsedad en documento público (art. 390 Cp.).

J. Condena a un médico por omisión del deber de socorro [STS (Sala de lo Penal) 648/2015, de 22 de octubre].

En febrero de 2008, a la una de la madrugada, un hombre sufrió un colapso en la calle, a escasos metros del Hospital Virgen de Altagracia en Manzanares (Ciudad Real). Varios testigos acudieron al hospital a pedir ayuda, pero el médico de guardia se negó a salir alegando que estaba solo y no podía abandonar el servicio. El paciente falleció tras sufrir una parada cardiorrespiratoria. La Sala Segunda del Tribunal Supremo estableció que la negativa a prestar asistencia era injustificada y constituyó un delito de omisión de socorro. Se determinó que el médico tenía la obligación legal y deontológica de auxiliar al paciente, ya que el lugar de los hechos estaba dentro de su radio de acción inmediato y no existía una incompatibilidad absoluta con la atención de otros pacientes en el hospital en ese momento. En relación con el hecho de que la denegación de asistencia puede producirse por un tema organizativo, el autor Feijóo Sánchez ha manifestado que “desde el punto de vista normativo, las personas deben responder de las consecuencias de su organización defectuosa”⁶⁸. A este respecto, en el caso que nos ocupa, la Sala de lo Penal rechazó los argumentos del médico que alegó en su recurso que no podía salir del centro médico al estar de guardia, que tenía entre 15 y 18 pacientes en observación y que él no denegó la asistencia al paciente porque llamó al 112. El Alto Tribunal condenó al médico

⁶⁷ https://www.abc.es/espana/castilla-la-mancha/toledo/abci-medico-acusado-falsear-recetas-dice-no-sabia-fuera-delito-200910070300-103449944743_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fespana%2Fcastilla-la-mancha%2Ftoledo%2Fabci-medico-acusado-falsear-recetas-dice-no-sabia-fuera-delito-200910070300-103449944743_noticia.html

⁶⁸ Feijóo Sánchez (2001: 49).

por un delito de omisión del deber de socorro al pago de una multa de 2.880 euros e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante seis meses. En materia de responsabilidad civil, el Tribunal penal estimó una indemnización de 100.000€ en favor de la familia de la víctima. En la misma línea, puede citarse la STS (Sala de lo Penal) 56/2008. En esta resolución, un profesional sanitario se negó a asistir a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a aproximadamente 50 metros del centro sanitario. El Alto Tribunal establece que la única justificación que podría alegar un sanitario para no atender a un paciente en grave riesgo en las inmediaciones del centro sería encontrarse prestando asistencia a otro paciente, siempre que el abandono de este pudiera suponer un riesgo relevante para su salud.

En relación con el objeto de tutela de este delito, debemos tener en cuenta que los ciudadanos tenemos el deber de socorrer a las personas cuando se den situaciones que pongan en peligro la vida o la integridad de las personas⁶⁹. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que este delito protege “la mínima cooperación social exigible, la solidaridad humana, la vida o la integridad física en peligro, la protección de los bienes primarios en desamparo, junto con el escaso riesgo en prestar socorro; por tanto, la perspectiva dominante es la del interés de la persona desamparada y, secundariamente, el interés social en el recto comportamiento cooperativo entre los hombres” (STC 180/2004, de 2 de noviembre). Por tanto, el delito recogido en el art. 195 del Cp. protege la solidaridad humana.

El delito denegación o abandono de asistencia sanitaria (art. 196 Cp.) supone un tipo cualificado. Es un delito en el que lo que se realiza es una omisión pura que se consumará en el momento en el que se deniegue o abandone la asistencia sanitaria. La conducta típica se desdobra en dos 1) denegar auxilio y 2) abandonar los servicios sanitarios. El tipo señala que el peligro debe ser grave para la salud de las personas⁷⁰. El tipo penal regulado en el art. 196 Cp. se configura como un delito especial propio y de peligro abstracto⁷¹, que se consume en el momento en el que se produce la denegación de auxilio o el abandono de los servicios sanitarios⁷².

⁶⁹ Villegas García y Encinar del Pozo (2022: 362 y 365).

⁷⁰ Moreno-Torres Herrera (2013: 31); Carbonell Mateu (2023: 289-299); Gómez Rivero (2008: 623-638).

⁷¹ Moreno-Torres Herrera (2013: 39-51).

⁷² Villegas García y Encinar del Pozo (2022: 363).

Para la producción de este tipo delictivo deben producirse dos requisitos⁷³, en primer lugar, la acción u omisión del profesional sanitario debe suponer un riesgo grave para la salud; en segundo lugar, el sujeto activo debe ser un profesional sanitario que se encuentre obligado a socorrer por normas extrapenales propias de su cargo [STS (Sala de lo Penal) 2252/2001, de 29 de noviembre].

K. Condena por vulneración del deber profesional de guardar el secreto profesional. Condena por art. 199.2 CP (divulgación del secreto profesional médico), STS (Sala de lo Penal), de 4 de abril de 2001.

En este caso, una médica (neuróloga residente) que, tras revisar el historial clínico de una paciente, comunica a la madre de ésta un dato íntimo (antecedentes de dos interrupciones legales del embarazo), que luego se difunde en el entorno. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo declara que el relato probado es subsumible en el art. 199.2 CP, subrayando que el delito protege la intimidad/privacidad y que “divulgar” no exige pluralidad de destinatarios: basta comunicar el secreto a un tercero ajeno a la relación asistencial. Condena a la profesional a 1 año de prisión y 2 años de inhabilitación. En materia de responsabilidad se concedió a la paciente una indemnización de 2 millones de pesetas (12.000€).

En la misma línea, podemos ver el caso seguido por la STS 532/2015, de 23 de septiembre, en el que se produce una condena por el acceso indebido a las historias clínicas de cinco compañeros. En la misma línea puede verse la STS de 1 de febrero de 2024 (rec. 7165/2021)⁷⁴. De forma reciente, hemos conocido el caso de una administrativa que accedió sin permiso 1.329 veces al historial médico de su hija y tres nietos; por estos hechos, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra⁷⁵ ha condenado a una administrativa del Centro de Salud de Alsasua a la pena de 8 años de cárcel y 16.800 euros de multa; en materia de responsabilidad civil, indemnizará con 25.000 euros a su hija y con 10.000 a cada uno de sus tres nietos por el daño moral. En relación con la reparación del daño por la vulneración del derecho a la intimidad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha

⁷³ Villegas García y Encinar del Pozo (2022: 363).

⁷⁴ De forma reciente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha condenado a un sanitario por el acceso sin consentimiento a los datos de salud, el TS analiza un caso de acceso incontestado a datos de salud (consulta de historia clínica) y pone el acento en que, tratándose de datos sanitarios, el “perjuicio” puede considerarse implícito en el acceso por afectar al núcleo de la intimidad.

⁷⁵ “A la vista de la prueba practicada en el acto del juicio, esta Sala, al igual que la Audiencia Provincial en su sentencia, no alberga duda alguna de que la acusada difundió datos ilegalmente obtenidos con los accesos a las historias médicas de su hija y sus nietos menores de edad”, indica la Sala.

manifestado que no es necesaria la intencionalidad del infractor sino la “intromisión objetiva” [STS (Sala de lo Civil) 383/2025, de 13 de marzo]⁷⁶.

También, en el año 2025, la Audiencia Provincial de Sevilla condenó a un médico por 17 accesos indebidos al historial de su exsocio con la clave de su esposa enfermera, los hechos suponen la comisión de un delito de descubrimiento y revelación de secretos por funcionario público, siendo condenado a un año y seis meses de cárcel y tres años y tres meses de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión; en materia de responsabilidad civil, el condenado deberá indemnizar a su exsocio en la cantidad de 15.000€ [SAP Sevilla (Sección 1.ª) 7/2025, de 10 de enero]. Otro caso muy reciente ha sido el enjuiciado por la SAP A Coruña (Sección 2.ª) 71/2026, de 18 de febrero, en esta resolución la Audiencia Provincial de A Coruña condena a una profesional sanitaria que accedió sin permiso en dos ocasiones a consultar el historial médico de una compañera que se encontraba de baja. A este respecto, Marchena Gómez⁷⁷ ha señalado que la “simple curiosidad” no supone una causa de justificación, sino que la tipicidad penal se deriva del “simple acceso no autorizado”. Por estos hechos, el Tribunal penal ha condenado a la profesional a 3 años y medio de prisión⁷⁸, inhabilitación para ejercer la medicina de 6 años y la obligación de indemnizar a la víctima en la cantidad de 6.000€.

El bien jurídico protegido en este delito es la intimidad de la paciente. Bien jurídico que tiene su origen en el Derecho fundamental recogido en el art. 18 CE⁷⁹. La comisión de este delito supone un atentado contra la esfera espiritual de la víctima, lesionando su derecho a la intimidad, desde una situación en la que la paciente confiaba como es la relación de confidencialidad médico-paciente. El Tribunal Constitucional (STC 20/1992, de 14 de febrero⁸⁰) ha establecido que este tipo de divulgaciones puede afectar a la reputación de las personas (art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982⁸¹).

⁷⁶ Álvarez Olalla (2026: 585).

⁷⁷ Marchena Gómez (2022: 308-309).

⁷⁸ En la Sentencia la Audiencia indica que, debido a la gravedad de la pena, en trámite de ejecución se propondrá el indulto parcial (a dos años) de la pena de prisión. El mencionado Marchena Gómez ha reclamado la reducción de esta pena y la del art. 197.2 CP, para que no recaiga en los jueces la responsabilidad de reducir las penas promulgadas en el Código penal, para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas [Marchena Gómez (2022: 313)].

⁷⁹ Sánchez-Caro y Sánchez-Caro (2021: 92 y ss.); Gómez Rivero (2008: 650-652).

⁸⁰ En este caso, una divulgación del secreto profesional provoca que el Diario de Baleares publique que un reconocido arquitecto tiene SIDA.

⁸¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

IV. LOS EFECTOS DEL PROCESO PENAL SOBRE LA ACCIÓN CIVIL⁸²

En la mayoría de los procesos penales, por un tema de economía procesal y temporal, el juez penal en la propia sentencia penal resuelve la acción civil (art. 112 LECrim.), de acuerdo con el denominado principio de competencia adhesiva⁸³. El propio precepto reconoce la posibilidad que tiene la víctima de realizar una reserva de acciones civiles, para ejercitarlas en un posterior proceso civil. Estas serán resueltas por un juez civil, pero este tendrá que aplicar la normativa de responsabilidad civil contenida en el Código Penal (arts. 109-122 CP).

Sin embargo, hay ocasiones en las que el proceso penal finaliza sin resolver la acción civil, bien porque el perjudicado prefiere reservarse la acción civil para un posterior proceso, o bien porque el proceso penal finaliza sin sentencia condenatoria.

En relación con la reserva de acciones civiles (art. 112 LECrim), debemos señalar que la determinación de la indemnización en un proceso penal y civil por los mismos hechos debería ser idéntica. Sin embargo, la práctica jurisprudencial nos demuestra que, en muchas ocasiones, los juzgados civiles se muestran más generosos que los juzgados penales⁸⁴. Esto se debe a que el proceso penal se centra en el castigo al reo, dejando un pequeño espacio para la determinación de responsabilidad civil y, muchas veces, acaba siendo una cantidad a tanto alzado, poco motivada y que suele coincidir con la solicitada por la fiscalía en su escrito de calificación. En el caso de la sentencia condenatoria con reserva de acciones civiles, el tribunal civil que conocerá de la acción civil tendrá libertad para valorar los daños y perjuicios y todas aquellas cuestiones que no supongan contradecir los hechos probados⁸⁵.

Por otro lado, el proceso penal puede finalizar con sobreseimiento de la causa o con sentencia absolutoria. En estos casos, el juez penal no resolverá la acción civil. En estos casos, la sentencia penal no impedirá el ejercicio posterior de la acción civil, salvo en aquellos casos en los que la resolución penal ha determinado que los hechos no han tenido lugar (art. 116 LECrim.)⁸⁶. A este respecto, debemos mencionar la STS (Sala de lo

⁸² No trato el tema de la prescripción de la acción civil en estos casos. Si el lector tiene interés en esta cuestión le remito a mi estudio sobre el tema: Dueñas Martínez (2022: 1241-1261).

⁸³ Expresión acuñada en diferentes obras por el autor Yzquierdo Tolsada (2008; 2017: 512). Anteriormente el término fue acuñado por De la Oliva Santos (2003: 244) y Arnáiz Serrano (2006: 124 y ss.). La expresión también ha sido empleada por Aymerich Cano (2019: 96).

⁸⁴ Del Moral García (2022: 320-321).

⁸⁵ Blázquez Martín (2022: 90-93); Del Moral García (2022: 354).

⁸⁶ Blázquez Martín (2022: 88-90).

Civil) 84/2020, de 6 de febrero; este es un caso de responsabilidad sanitaria por negligencia en la atención del parto y fallos organizativos, el proceso judicial comenzó en sede penal y finalizó con sentencia absolutoria. Si bien, el juez penal declara que los hechos sucedieron y que tuvieron como resultado las secuelas del recién nacido, el tribunal no apreció negligencia penal. Ahora bien, reconocida la existencia de los hechos nada impide que la parte perjudicada ejerza su acción civil en un proceso civil que terminó con una sentencia que determinó su pretensión.

V. LA NO APROBACIÓN DEL BAREMO MÉDICO. LA APLICACIÓN ORIENTATIVA DEL BAREMO DE TRÁFICO

Para la valoración de los daños corporales de las víctimas de negligencia médicas, tanto la Sala Civil, como la Sala Contencioso-Administrativa, como la Sala de lo Penal asumen la aplicación de forma orientativa del sistema establecido para los accidentes de tráfico (el denominado baremo de tráfico)⁸⁷. Si bien, cuando las conductas son dolosas, los tribunales suelen aplicar factores correctores que aumentan porcentualmente la indemnización para valorar el denominado superior *pretium doloris*⁸⁸, es decir, la mayor entidad del vilipendio, que genera un daño superior a la víctima⁸⁹.

Los jueces acuden al baremo de tráfico para objetivar las indemnizaciones y facilitar con ello la cuantificación del daño en las sentencias. El hecho de acudir a un sistema de valoración del daño de un sistema específico se debe a que no existe un baremo sanitario, a pesar, de que desde el año 2013, los poderes públicos comenzaron a trabajar en un proyecto de sistema de valoración para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario⁹⁰. Posteriormente, tras la Ley 35/2015, el Ministerio de Sanidad constituyó en septiembre de 2017 un grupo de trabajo específico, y desde enero de 2018 estuvo operando un comité de expertos con participación jurídica, pericial, actuarial y aseguradora⁹¹. Aunque el denominado proyecto de baremo sanitario puede considerarse hoy, en la práctica, en una situación de abandono normativo, lo cierto es que las sucesivas reformas del sistema de valoración de daños corporales en el ámbito de la circulación —en particular, las operadas por la Ley

⁸⁷ Marín Castán (2022: 67-69).

⁸⁸ Medina Crespo (2012: 16).

⁸⁹ Medina Crespo (2017: 270). En la misma línea, puede verse a Del Moral García (2020: 333).

⁹⁰ Consejo Asesor del Ministerio de Sanidad 28 de junio de 2013.

⁹¹ Guirao García (2019: 12).

35/2015 y, más recientemente, por la Ley 5/2025— han supuesto un significativo incremento de las cuantías indemnizatorias, especialmente en los supuestos de fallecimiento y de grandes lesionados. Este reforzamiento cuantitativo y técnico del baremo de tráfico ha contribuido a consolidar su funcionalidad como instrumento de referencia en sectores ajenos a su ámbito natural de aplicación, favoreciendo su recepción como criterio orientador en la valoración del daño corporal de origen sanitario. En este contexto, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido reconociendo de manera reiterada la idoneidad de dicho sistema como pauta orientativa —que no estrictamente analógica ni vinculante— para la determinación del quantum indemnizatorio fuera del ámbito de la responsabilidad civil derivada de la circulación, tal como refleja, entre otras, la STS (Sala de lo Civil) 951/2025, de 17 de junio.

Entiendo la complejidad de la creación de un sistema de valoración propio para los daños producidos en el entorno sanitario. Si bien, es un sector muy importante y en el que se generan daños y perjuicios con peculiaridades muy concretas y gravosas para víctimas. Aplicar un baremo pensado para otro sector provoca que no siempre las soluciones vayan a tener en cuenta estas particularidades. Vuelve a trasladarse a las partes intervinientes en el proceso, en especial, al juez penal, la responsabilidad de corregir las cantidades del baremo para conseguir la reparación íntegra del daño en cada caso.

VI. LA DIFÍCIL VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL DE LOS PACIENTES QUE HAN SUFRIDOS DELITOS EN EL SECTOR SANITARIO

Aun mayor complejidad genera la valoración de los daños morales. Ofrecer un concepto de daño moral es una cuestión de suma complejidad, entre los autores que han tratado de ofrecer un concepto ha destacado Gómez Ligüerre. Según este autor, “daño moral es, así, el que no es patrimonial, aunque el sufrimiento moral pueda tener un reflejo en la capacidad económica y el pago de una cantidad de dinero sea la única forma conocida de reparar la mayor parte de perjuicios morales causados negligente o dolosamente por un tercero”⁹². En la jurisprudencia, podemos encontrar una conceptualización de daño moral, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, “el daño moral es aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados

⁹² Gómez Ligüerre (2017: 47-48).

a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como son la integridad, física y moral, la autonomía y la dignidad”. [STS (Sala de lo Civil) 429/2020, de 15 de julio (RJ 2020\2500)]. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal señala que la naturaleza del daño moral provoca que no pueda tener una determinación precisa, a través de parámetros objetivos [STSJ Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección de Apelación) 71/2022]; tal y como ocurre con la reparación de los daños materiales, en los que sí podemos encontrar referencias objetivas para su valoración [STS (Sala de lo Penal) 42/2024, de 17 de enero]. A este respecto, la Sala Segunda del Alto Tribunal ha manifestado que “los daños morales no dependen, a diferencia de los materiales, de una determinación objetiva, por ello, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y desde antiguo, ha mantenido que no tienen que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para ella y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital. Cuando no haya alteraciones objetivamente perceptibles, no requiere más parámetros para la evaluación de su alcance que la gravedad de la acción que lesionó a la persona perjudicada, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima” [STS (Sala de lo Penal) 821/2020, de 14 de abril, resolución reproducida en la STS (Sala de lo Penal) 170/2024, de 26 de febrero).

En este contexto, la cuantificación del daño moral depende en gran medida de la actividad probatoria desarrollada por quien ostenta la acción civil. No debe olvidarse que, aun cuando se ejercite en el proceso penal, la acción civil mantiene su autonomía conceptual y funcional, quedando sometida a los principios propios del derecho privado, en particular al principio de rogación y al principio dispositivo. De ello se deriva que el juez penal no puede conceder una indemnización superior a la solicitada por las partes. Precisamente por ello, resulta especialmente relevante que los perjudicados comparezcan en el proceso mediante el ejercicio de la acusación particular (arts. 109, 109 bis y 110 LECrim.), de modo que la pretensión resarcitoria no quede exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal, cuya actuación suele centrarse prioritariamente en la pretensión punitiva. La práctica judicial ofrece numerosos ejemplos de pronunciamientos que reconocen indemnizaciones exiguas por daño moral, especialmente en aquellos casos en los que la víctima no ha ejercido la acusación particular. Un ejemplo ilustrativo se encuentra en los supuestos de aborto sin consentimiento de la mujer embarazada o con

consentimiento viciado, como el resuelto en la STS (Sala de lo Penal) 507/2019, de 25 de octubre. En dicha resolución, la víctima —extranjera y sometida a explotación sexual— no ejerció la acusación particular y, pese a la gravedad de los hechos declarados probados, el Ministerio Fiscal limitó su pretensión indemnizatoria a la suma de 4.000 euros, cantidad que fue asumida por el órgano judicial penal. Sin embargo, en otros casos de aborto sin consentimiento o con consentimiento viciado, las indemnizaciones reconocidas han oscilado entre los 80.000 y los 100.000 euros. Este contraste pone de relieve las disfunciones existentes en la valoración del daño moral cuando la pretensión resarcitoria queda exclusivamente en manos del Ministerio Fiscal, cuya intervención suele centrarse prioritariamente en la respuesta penal, en detrimento de la adecuada reparación civil de la víctima.

Por ejemplo, una de las materias que han generado controversias es la valoración derivada de los daños derivados de delitos contra la libertad sexual, uno de los delitos que hemos visto que han realizado profesionales sanitarios. De forma reciente, el magistrado Marchena Gómez ha manifestado la necesidad de que la respuesta de los diferentes tribunales elimine las desigualdades existentes y unifique una respuesta ante las reclamaciones de reparación del daño moral derivado de los delitos contra la libertad sexual⁹³. La STS de 30 de enero de 2023 muestra un listado de resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia que ilustra sobre las cuantías que vienen siendo aplicadas, así la STS 929/2022, de 30 de noviembre, para supuesto de abuso sexual continuado sin penetración, se estableció una indemnización de 15.000 euros; en la STS 930/2022, de 30 de noviembre, en el caso de una agresión sexual múltiple la indemnización se fijó en 50.000 euros; en la STS 886/2022, de 10 de noviembre, en un caso de abusos sexuales continuados de padre a hija menor de 10 años sin penetración, se fijó una indemnización de 30.000 euros; en la STS 658/2022, de 30 de junio, en un caso de agresión sexual con penetración con dedos la indemnización se situó en 6.000 euros; en la STS 482/2022, de 18 de mayo, en un caso de una única agresión sexual con penetración vaginal, se estableció una indemnización de 30.000 euros; en la sentencia 336/2022, de 31 de marzo, en un caso de agresión sexual continuada mediante penetración con dedos, la indemnización se situó en 30.000 euros. En el caso estudiado, el juez penal otorga dos tipos de indemnizaciones, de un lado, aquellas víctimas que no han daños morales

⁹³ Marchena Gómez (2026: 481); Villaluenga Ahijado (2022: 324 y ss.); Álvarez Olalla (2020: 40, 41 y 136).

derivados del abuso (3.000€) y, de otro lado, la reparación de las víctimas que tuvieron secuelas psicológicas por el abuso (6.000€) [STS (Sala de lo Penal) 652/2022, de 27 de junio]. Aquí, no se articulan las reglas de responsabilidad civil de la forma idónea para reparar de forma íntegra el daño, en especial, porque no se individualiza el daño; cada víctima tiene unas circunstancias (una edad, una experiencia vital y sexual, unas creencias, un nivel de confianza con el facultativo, entre otras circunstancias a tener en cuenta). El Tribunal únicamente tiene en cuenta las víctimas que han tenido secuelas y las que no y ha determinado dos cantidades a tanto alzado sin estudio individualizado de cada caso.

El resto de los delitos suscita los problemas clásicos de la valoración del daño moral, especialmente en lo que respecta a su cuantificación y objetivación. Ante esta dificultad, en los últimos años diversos autores hemos defendido la conveniencia de promulgar un baremo específico del daño moral que proporcione criterios objetivos para su determinación. Se trataría, en esencia, de articular un sistema de horquillas indemnizatorias orientativas que permitiera fijar la reparación en atención a la entidad y gravedad del perjuicio padecido. Un instrumento de esta naturaleza contribuiría a reforzar la seguridad jurídica, reducir la disparidad judicial y garantizar una respuesta resarcitoria más homogénea ante daños de análoga entidad⁹⁴.

Una cuestión que debemos plantearnos es si la conducta dolosa o, en la mayoría de los casos, imprudente del profesional sanitario causa un perjuicio en el paciente. Me refiero a si el quebranto de la *lex artis* y el deber de cuidado supone un menoscabo a la confianza que paciente tiene con el profesional sanitario, un “daño en sí”, es decir, la presunción de que esa conducta va a generar un daño, siendo una presunción absoluta⁹⁵.

VII. LA DELIMITACIÓN PENAL DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL DERECHO ITALIANO

A diferencia del modelo español, en el que la responsabilidad penal del personal sanitario se reconduce, con carácter general, a los delitos imprudentes de resultado⁹⁶, el ordenamiento italiano ha incorporado una regla específica de delimitación de la

⁹⁴ Villaluenga Ahijado (2022: 394-397); Marchena Gómez (2026: 492-494).

⁹⁵ Peña López (2024: 600-616).

⁹⁶ Fundamentalmente el delito de homicidio imprudente y el delito de lesiones (arts. 142 y 152 del Código Penal).

responsabilidad penal sanitaria a través del art. 590-sexies del *Codice penale*⁹⁷. En este sistema, la responsabilidad penal del profesional sanitario se determina mediante la concurrencia de un resultado lesivo, una culpa profesional penalmente relevante, un nexo causal acreditado conforme a un juicio de alta probabilidad lógica, la adecuación de la conducta a las guías clínicas o, en su defecto, a las buenas prácticas clínico-asistenciales, y la valoración contextual de la prestación sanitaria.

El art. 590-sexies c.p.⁹⁸, introducido por la Ley Gelli-Bianco⁹⁹ y posteriormente interpretado por las *Sezioni Unite de la Corte di cassazione* en la sentencia Mariotti (Sentencia de las Secciones Unidas penales de la Corte de Casación n.º 8770/2018)¹⁰⁰, configura un espacio de no punibilidad limitado, principalmente, a los supuestos de impericia leve en la fase ejecutiva de guías clínicas o buenas prácticas adecuadas al caso concreto. Por el contrario, mantiene la punibilidad de la negligencia, de la imprudencia, de la impericia en la elección de guías inadecuadas y de la impericia grave en la ejecución del acto médico¹⁰¹.

Desde una perspectiva de política criminal, el modelo italiano tiende a reservar la intervención penal para las desviaciones cualificadas del estándar profesional, con el propósito de evitar la sanción del error clínico leve producido en contextos asistenciales complejos, inciertos o técnicamente difíciles¹⁰². No se trata, por tanto, de establecer un régimen de impunidad del profesional sanitario, sino de limitar la pena a aquellos supuestos en los que la conducta revele una infracción grave del deber de cuidado, causalmente determinante del resultado y no justificada por la complejidad científica, técnica u organizativa del caso. Esta orientación contrasta con el modelo español, que no contiene una cláusula equivalente al art. 590-sexies *Codice penale*, sino que delimita la responsabilidad penal sanitaria a través de las categorías generales de imprudencia grave

⁹⁷ Legge 8 marzo 2017, n. 24, art. 6.

⁹⁸ La promulgación de este precepto no ha estado exenta de críticas por la doctrina italiana. A este respecto, hay autores que han considerado que el nuevo estatuto penal de la culpa médica supone un avance discutible, porque mantiene la ambigüedad de las guías clínicas, genera problemas en torno a la impericia y no elimina la incertidumbre sobre la medicina defensiva [Risicato (2017: 6-11)].

⁹⁹ Cupelli (2017: 200 y ss.).

¹⁰⁰ La sentencia Mariotti precisó que el sanitario responde por culpa, incluso leve, cuando el hecho derive de negligencia o imprudencia, mientras que la no punibilidad queda circunscrita, en esencia, a la impericia leve en la fase ejecutiva de guías o buenas prácticas adecuadas al caso concreto (Corte di cassazione, Sez. Unite, 2018) [Cupelli (2018: 246 y ss.)]. La solución restrictiva que limita la no punibilidad al error ejecutivo por impericia leve pretende hacer aplicable el art. 590-sexies sin privarlo completamente de sentido, aunque deja abierta la dificultad de diferenciar entre selección, adecuación y ejecución de las guías clínicas [Merli (2020: 15-18)].

¹⁰¹ Caletti y Mattheudakis (2017: 84-85); Di Landro (2018: 1-3).

¹⁰² Caletti y Mattheudakis (2017: 90-92).

o menos grave, la infracción de la *lex artis ad hoc*, la previsibilidad del resultado y la existencia de una relación causal entre la conducta del sanitario y el daño producido.

VIII. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

Desde la despenalización de las faltas, tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, han disminuido las causas penales contra el personal sanitario. En una búsqueda actual, en las bases de datos de jurisprudencia encontraremos pocas sentencias, más aún, si nos centramos en lo que es la obligación sanitaria. Sí encontramos sentencias de conductas reprochables penalmente como son las agresiones sexuales o el descubrimiento de secretos.

El motivo es que, en la práctica médica, los fallos que cometen los profesionales con resultados graves no son intencionados, sino imprudentes. En la actualidad, sólo las imprudencias graves tienen la consideración de delito público y, por tanto, se inicia un proceso penal de oficio. En el caso de las imprudencias menos graves, más habituales, será el agraviado quien deberá iniciar el proceso penal. Mientras que, si la imprudencia se considera leve, la conducta será penalmente atípica.

La frontera entre la mera responsabilidad sanitaria y la responsabilidad penal se sitúa en la concurrencia de una infracción del deber objetivo de cuidado, manifestada en la separación de la *lex artis*, y en la producción de un resultado lesivo de especial gravedad, como la muerte del paciente o la causación de lesiones graves. Es una línea que no siempre es fácil de trazar, en especial, cuando se trata de las denominadas imprudencias menos graves.

Es razonable que, en una parte significativa de los supuestos de negligencia médica, la víctima sitúe en primer término el interés en obtener la reparación del daño antijurídico padecido. Cuando los hechos revisten caracteres de imprudencia grave, dicha pretensión podrá articularse en el seno del proceso penal incoado de oficio. No obstante, en aquellos casos en los que no se active esta vía por no apreciarse una imprudencia de esa intensidad, será el propio perjudicado quien deba decidir el orden jurisdiccional al que acudir. Desde esta perspectiva, cuando la víctima persigue esencialmente el resarcimiento y no alberga una pretensión punitiva intensa frente al profesional sanitario, puede inclinarse por acudir directamente a la jurisdicción civil. Esta opción puede obedecer, entre otros factores, al temor de que el proceso penal concluya sin

pronunciamiento condenatorio y le obligue, en un momento posterior, a promover un nuevo procedimiento ante la jurisdicción civil para reclamar la correspondiente indemnización. En este campo también será interesante ver como inciden los MASC (Métodos Adecuados de Resolución de Conflictos) introducidos por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia¹⁰³. La introducción de estos métodos alternativos como es la mediación puede agilizar el proceso de reparación del daño de la víctima que, tal y como parece es el principal objetivo del agraviado.

Por último, desde la perspectiva de la valoración del daño, resulta llamativo que este sector siga careciendo de un sistema propio y continúe dependiendo de la aplicación analógica de un baremo concebido para la circulación de vehículos a motor, ámbito que responde a una lógica y a unas necesidades distintas. La ausencia de un baremo sanitario específico no parece, hoy en día, una cuestión prioritaria para el legislador, de modo que la práctica judicial seguirá apoyándose en el baremo de tráfico para cuantificar las lesiones corporales. Aunque las sucesivas reformas de este último —particularmente en lo relativo al aumento de las indemnizaciones por daños más graves— han mitigado en parte la necesidad inmediata de un sistema ad hoc, lo cierto es que el principal obstáculo para su aprobación reside en la complejidad inherente al daño sanitario, mucho más diverso en sus manifestaciones, más difícil en su reconstrucción causal y más fragmentado desde el punto de vista jurídico. En consecuencia, por útil que sea como punto de referencia, el baremo de tráfico no alcanza a dar respuesta satisfactoria a la singularidad del daño sanitario. Especialmente preocupante sigue siendo la valoración del daño moral, respecto de la cual continúan dictándose resoluciones que no garantizan una reparación íntegra de los perjuicios sufridos por las víctimas. La disparidad de criterios entre supuestos similares y la insuficiente estimación del daño moral por parte del Ministerio Fiscal o de los órganos jurisdiccionales penales evidencian las dificultades que aún presenta su adecuada cuantificación. No obstante, frente a este panorama, gana fuerza en la doctrina la propuesta de articular un baremo del daño moral que ofrezca parámetros orientativos para la fijación de las indemnizaciones favorezca una mayor seguridad jurídica y, al mismo tiempo, preserve la imprescindible atención a las circunstancias

¹⁰³ Para el estudio de la influencia de los MASC en el proceso de reparación del daño, remito al lector a mi monografía: Dueñas Martínez (2025).

singulares de cada víctima, evitando soluciones uniformadoras incompatibles con la naturaleza individual del perjuicio moral.

Bibliografía

- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. (2022), “El caso de las omisiones puras”, en ÁLVAREZ OLALLA, P. (Dir.), *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2020), *Violencia de género y responsabilidad civil*, Reus, Las Rozas (Madrid).
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2022), *Manual de Derecho de daños*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2026), “El espacio europeo de datos de salud”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Fundamentos, pruebas y justicia del daño*, Sepin, Madrid.
- ANTEQUERA VINAGRE, J. M.^a (2013), “Responsabilidad penal en el ámbito de la asistencia sanitaria. Casos clínicos-jurídicos”, *Casos clínicos jurídicos*, tema 6.6, Escuela Nacional de Sanidad, Madrid [consultado el 11 de mayo de 2026]. Disponible en: <https://oai.e-spacio.uned.es/server/api/core/bitstreams/976fb8aa-63d1-41dc-8558-33a16991b9e5/content>.
- ARMAZA ARANZA, E. (2008), “Consideraciones generales en torno a la responsabilidad penal del médico”, en ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (Dirs.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Aranzadi, Navarra.
- ARNÁIZ SERRANO (2006), *La acción civil en el proceso penal: elementos subjetivos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- AYMERICH CANO, C. (2019), “Sobre la nulidad y el decomiso de los contratos públicos viciados por corrupción. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Segunda) de 8 de junio de 2018 (caso Nóos)”, en FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. y DEL GUAYO CASTIELLA, I. (Dirs.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, INAP.
- BAENA RUIZ, E. (2022), “Cuestiones relativas a la relación de causalidad”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, R. (2022), “La interrelación entre jurisdicciones en la responsabilidad médico-sanitaria. Pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- CALETTI, G. M. y MATTHEUDAKIS, M. L. (2017), “Una prima lettura della legge «Gelli-Bianco» nella prospettiva del diritto penale”, *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 2-2017.

- CARBONELL MATEU, J. C. (2023), “Omisión del deber de socorro”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUPELLI, C. (2017), “Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco”, *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, núm. 4.
- CUPELLI, C. (2018), “L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione «costituzionalmente conforme» dell’imperizia medica ancora punibile”, *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 3.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2008), “El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria”, en ADROHER BIOSCA, S. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. (Dirs.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Cizur Menor.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros (2003), *Derecho procesal penal*, Madrid.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2020), “Responsabilidad civil en el proceso penal: algunos puntos controvertidos (tratamiento jurisprudencial)”, en LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (Dir.), *XX Congreso Nacional sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*, Sepin, Madrid.
- DEL MORAL GARCÍA, A. (2022), “Sanitarios y Derecho penal (Panorámica general. El profesional de la salud como víctima y como responsable)”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2024), “Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: una propuesta teórica”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Daño y resarcimiento*, Sepin, Madrid.
- DI LANDRO, A. (2018), “La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell’operatore sanitario dal decreto «Balduzzi» alla l. «Gelli-Bianco»”, *La Legislazione Penale*.
- DUEÑAS MARTÍNEZ, J. (2022), “La declaración de imprescriptibilidad de la responsabilidad civil derivada de una condena penal firme”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 98, núm. 790 (pp. 1241-1261).
- DUEÑAS MARTÍNEZ, J. (2025), *La responsabilidad civil derivada del delito y la justicia restaurativa. Cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia*, Sepin, Madrid.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. (2001), *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, J. M. Bosch, Barcelona.
- GALÁN CORTÉS, J. C. (2024), *Responsabilidad civil médica*, 9.^a ed., Civitas, Navarra.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C. (2017), “Concepto de daño moral”, en GÓMEZ POMAR, F. y MARTÍN GARCÍA, I. (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, 2.^a ed., Wolters Kluwer Bosch, Barcelona.
- GÓMEZ RIVERO, M.^a C. (2008), *La responsabilidad penal del médico*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- GUIRAO GARCÍA, A. L. (2019), “Baremo de daños sanitarios. Situación actual”, en *XXVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. III Reunión Iberoamericana*, Madrid.
- HAVA GARCÍA, E. (2001), *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LLORIA GARCÍA, P. (2001), *El delito de intrusismo profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LUZÓN PEÑA, D. (2016), *Lecciones de Derecho Penal*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (2022), “La protección penal de la confidencialidad de la historia clínica a la luz de los últimos pronunciamientos de la Sala Penal del Tribunal Supremo”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (2026), “Indemnización por el daño moral derivado del delito doloso: la necesidad de superar el actual estado de las cosas”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Fundamentos, pruebas y justicia del daño*, Sepin, Madrid.
- MARÍN CASTÁN, F. (2022), “Aspectos generales y evolución de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad médico-sanitaria”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- MARTOS NÚÑEZ, J. A. (1987), “El principio de intervención penal mínima”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 40, fasc. 1.
- MEDINA CRESPO, M. (2012), “Reflexiones críticas sobre la aplicación del sistema fuera del tránsito motorizado (II)”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, núm. 5.
- MEDINA CRESPO, M. (2017), *El nuevo Baremo de Tráfico. Comentario crítico a las disposiciones generales (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Bosch, Madrid.
- MERLI, A. (2020), “Il quadro della responsabilità penale colposa in campo medico dopo la legge Gelli-Bianco. Qualche certezza e tanti dubbi irrisolti”, *La Legislazione Penale*.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho Penal. Parte general*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona.
- MONÉS XIOL, J. (Coord.) (2012), *Manual de Ética y Deontología Médica*, Organización Médica Colegial de España.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R. (2013), *El delito de desatención sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2011), *Dogma y realidad del Derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2024), “Nuevos tipos y cuestiones controvertidas en materia de determinación y valoración del daño no personal”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Daño y resarcimiento*, Sepin, Madrid.

- PEÑA LÓPEZ, F. (2025), “Responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho a la igualdad y no discriminación: el ilícito generador de responsabilidad, el problema de la discriminación perpetrada por la inteligencia artificial y el daño moral derivado del acto”, *CDP*, núm. 11.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1958), *Derecho penal de la culpa*, Bosch, Barcelona.
- RISICATO, L. (2017), “Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario”, *La Legislazione Penale*.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V. (2012), *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Marcial Pons, Madrid.
- ROMEO CASABONA, C. (1981), *El médico y el Derecho Penal*, t. I, Bosch, Barcelona.
- SALAZAR MONTERO, J. P. (2021), *Delimitación de la responsabilidad penal médico-sanitaria en el trabajo de equipo*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.
- SÁNCHEZ-CARO, J. y SÁNCHEZ-CARO, J. (2021), *El médico y la intimidad*, Díaz de Santos.
- SEOANE SPIELBERG, J. L. (2022), “Cuestiones relacionadas con la culpa en la actividad médica. El daño desproporcionado”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- SERRANO GIL, A. (2017), *La responsabilidad civil del médico anestesista*, Marcial Pons, Madrid.
- SOLÉ FELIU, J. (2022), “Estándar de diligencia médica y guía de protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3, julio-septiembre.
- VÁZQUEZ BARROS, S. (2009), *Responsabilidad civil de los médicos. Doctrina, legislación básica, jurisprudencia, formularios y bibliografía*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VILLALUENGA AHIJADO, A. (2022), *El daño moral derivado del delito*, Reus, Madrid.
- VILLEGAS GARCÍA, M.^a A. y ENCINAR DEL POZO, M. A. (2022), “Posición del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, en procedimientos derivados de responsabilidad médico-sanitaria: otros delitos cometidos por médicos y sanitarios”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Responsabilidad Médico-Sanitaria*, Sepin, Madrid.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2008), “Un apunte a la sentencia del Caso Gallardón vs. Jiménez Losantos”, *Boletín de Propiedad Intelectual, Industrial, Nuevas Tecnologías y Medios de Comunicación*, núm. 6, septiembre.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2017), *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3.^a ed., Dykinson, Madrid.

Anexo de jurisprudencia

Tribunal Constitucional

STC (Sala Segunda) 18/2021, de 15 de febrero (rec. de amparo 3966-2018).

STC 180/2004, de 2 de noviembre.

STC 20/1992, de 14 de febrero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

STS 951/2025, de 17 de junio.

STS 383/2025, de 13 de marzo.

STS 828/2021, de 30 de noviembre.

STS 429/2020, de 15 de julio (RJ 2020\2500).

STS 84/2020, de 6 de febrero.

STS 326/2019, de 6 de junio.

STS 112/2018, de 6 de marzo.

STS 250/2016, de 13 de abril.

STS (pleno) 546/2015, de 13 de octubre.

STS 18/2015, de 3 de febrero.

STS 230/2014, de 7 de mayo.

STS 517/2013, de 19 de julio.

STS, de 12 de marzo de 2012 (Rec. 388/2010).

STS 127/2010, de 3 de marzo.

STS, de 19 de junio de 2008.

STS, de 16 de abril de 2007.

STS, de 23 de mayo de 2006.

STS, de 18 de marzo de 2006.

STS, de 24 de marzo de 2001.

STS, de 6 de julio de 1990.

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal)

STS 817/2024, de 2 de octubre (Rec. 3535/2022).

STS 632/2024, de 20 de junio.

STS 170/2024, de 26 de febrero.

STS 157/2024, de 22 de febrero (Rec. 693/2022).

STS, de 1 de febrero de 2024 (Rec. 7165/2021).

STS 42/2024, de 17 de enero.

STS, de 13 de julio de 2023.

STS 169/2023, de 9 de marzo (Rec. 1798/2021).

STS, de 30 de enero de 2023.

STS 929/2022, de 30 de noviembre.

STS 930/2022, de 30 de noviembre.

STS 886/2022, de 10 de noviembre.

STS 658/2022, de 30 de junio.

STS 652/2022, de 27 de junio (Rec. 3037/2020).

STS 482/2022, de 18 de mayo.

STS 336/2022, de 31 de marzo.

STS 285/2022, de 23 de marzo (JUR 2022\116149).

STS 364/2021, de 29 de abril (RJ 2021\2004).

STS 421/2020, de 22 de julio.

STS 341/2020, de 22 de junio (RJ 2020\3485).

STS 167/2020, de 19 de mayo.

STS 821/2020, de 14 de abril.

STS 507/2019, de 25 de octubre.

STS 324/2019, de 20 de junio.

STS 658/2019, de 8 de enero.

STS 552/2018, de 14 de noviembre.

STS 805/2017, de 11 de diciembre.

STS 648/2015, de 22 de octubre.

STS 532/2015, de 23 de septiembre.

STS 488/2014, de 11 de junio (Rec. 2431/2013).

STS 298/2014, de 10 de abril (Rec. 2007/2013).

STS 56/2008.

STS 782/2006, de 6 de julio (Rec. 1917/2005).

STS 1823/2002, de 7 de noviembre.

STS 2252/2001, de 29 de noviembre.

STS, de 4 de abril de 2001.

STS, de 29 de febrero de 1996 (Rec. 1621/1995).

STS, de 5 de julio de 1989.

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Civil y Penal, Sección de Apelación) 71/2022.

Audiencias Provinciales

SAP A Coruña (Sección 2.ª) 71/2026, de 18 de febrero.

SAP Sevilla (Sección 1.ª) 7/2025, de 10 de enero.

SAP León (Sección 3.ª) 395/2023, de 23 de octubre (Rec. 96/2022).

SAP Castellón (Sección 2.ª) 280/2014, de 4 de septiembre (Rec. 183/2014).

SAP Barcelona (Sección 10.ª), de 9 de octubre de 2013 (Rec. 12/2010).

SAP Toledo (Sección 2.ª) 33/2009, de 27 de octubre (Rec. 10/2009).

SAP Madrid (Sección 16.ª) 117/2008, de 20 de febrero (Rec. 546/2007).

SAP Barcelona (Sección 10.ª) 91/2006, de 19 de enero (Rec. 307/2005).

SAP Badajoz (Sección 1.ª) 127/2005, de 21 de diciembre (Rec. 382/2005).

SAP Murcia (Sección 4.ª) 25/2000, de 1 de marzo (Rec. 107/1998).

SAP Zaragoza (Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 1995 (Rec. 137/1995).

Juzgados de lo Penal

Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Castellón, de 30 de octubre de 2013 (Juicio Oral 340/2010).

Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona 239/2005, de 26 de mayo.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos y tribunales extranjeros

STEDH, de 24 de septiembre de 2013, caso Sardón Alvira contra España (TEDH 2013\72).

STEDH (Sección 3.ª), de 11 de febrero de 2003, Y contra Noruega (JUR 2003\49150).

Corte di cassazione (Sezioni Unite penali), sentencia n.º 8770/2018 (caso Mariotti).

¿DOBLE DELIMITACIÓN DEL DAÑO RESARCIBLE POR INCUMPLIMIENTO? PREVISIBILIDAD Y FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO EN LA REVISIÓN DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE 2023

Double Delimitation of Recoverable Damages for Breach of Contract? Foreseeability and the Scope of Protection of the Contract in the 2023 Revision of the Proposal for the Modernization of the Civil Code

JULIO ESPLUGUES GARCÍA

julio.esplugues@uv.es

Personal Investigador en Formación en Período de Orientación Postdoctoral (Derecho Civil)
Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia y de Bolonia
Universidad de Valencia

Cómo citar / Citation

Esplugues García, J. (2026).

¿Doble delimitación del daño resarcible por incumplimiento?

Previsibilidad y fin de protección del contrato

Cuadernos de Derecho Privado, núm. 15, pp. 117-154

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.98>

(Recepción: 29/06/2026; aceptación: 04/09/2026; publicación: 08/09/2026)

Resumen

La Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 introduce el criterio de fin de protección del contrato como elemento delimitador del perjuicio resarcible por incumplimiento. Se trata de una adición novedosa al ordenamiento español que hasta el momento solamente acogía el criterio de la previsibilidad. Este trabajo analiza de qué manera afecta esta modificación a la delimitación del daño resarcible y qué consecuencias tiene para el acreedor.

Palabras clave

Incumplimiento, indemnización, previsibilidad, fin de protección del contrato

Abstract

The Revision of the Proposal for the Modernization of the Civil Code of 2023 introduces the scope of protection of the contract as an element to delimitate the recoverable damages for breach of contract. It is a novel addition to the Spanish system, which until this moment recognized only foreseeability. This paper analyses how this modification affects when assessing damages and which consequences it will carry for the creditor.

Keywords

Breach of contract, damages, foreseeability, scope of protection

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DEL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL AL 1190 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DE 2023: DIFERENTES IDEAS PARA REGULAR. III. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO COMO LÍMITE RESARCITORIO: ALCANCE Y FUNDAMENTO. IV. EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA. IV.1. El fin de protección del contrato en Alemania. IV.2. Las tres explicaciones doctrinales en España al criterio de fin de protección del contrato. IV.2.1. El fin de protección del contrato para Pantaleón Prieto. IV.2.2. El fin de protección del contrato para Soler Presas. IV.2.3. El fin de protección del contrato para Morales Moreno. IV.3. El limitado reconocimiento jurisprudencial al fin de protección del contrato. IV.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011: el primer antecedente. IV.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014: ¿la consolidación del criterio? V. LA ARTICULACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO: UN PROBLEMA SISTEMÁTICO. V.1. Previo: ¿un problema de coordinación en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023? V.2. La coordinación entre la previsibilidad y el fin de protección del contrato. V.2.1. La interpretación basada en el fin de protección del contrato como equivalente de la previsibilidad. V.2.2. La interpretación basada en el contenido atribuido por el Tribunal Supremo: la reintroducción de la consecuencia necesaria en la Propuesta de Modernización de 2023. V.2.3. El fin de protección del contrato a la alemana: el absurdo de la suma. V.2.4. La interpretación basada en Soler Presas: un intento de dotar de contenido a la suma de los criterios. VI. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Anexo jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

La Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos realiza una alteración de la regulación actual de la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Concretamente, establece dos tipos de criterios para delimitar el perjuicio indemnizable: uno con base en la perspectiva del deudor –previsibilidad y fin de protección del contrato– y otro con base en la perspectiva del acreedor –la contribución al incumplimiento y el deber de mitigar el daño–.

La finalidad es recoger en un texto diversos criterios ya seguidos. Algunos como el de la previsibilidad que ya se encuentra vigente en el Código Civil de 1.889 –artículo 1107– y otros que se aplican sin estar codificados como el deber de mitigar. Especialmente novedosa resulta la introducción del fin de protección del contrato como

criterio delimitador, puesto que su tratamiento ha sido principalmente doctrinal al no estar codificado y ser muy escasa su aplicación jurisprudencial.

La Comisión General de Codificación expresa que la propuesta realizada en materia de incumplimiento y remedios pretende crear un texto *de los más innovadores con relación al decimonónico texto actualmente vigente*. Ahora bien, para lograr este fin se mantienen la tradición jurídica española, las líneas jurisprudenciales existente y las aportaciones realizadas al revisar los Códigos Civiles de los ordenamientos vecinos como Francia, Bélgica o Alemania.

El objetivo de este trabajo es analizar qué aportaciones presenta el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 respecto a la regulación existente en materia de previsibilidad del artículo 1107 del Código Civil. Uno de los elementos más relevantes que introduce el nuevo texto es el criterio de fin de protección del contrato como elemento de delimitación del daño resarcible. En este sentido, se pasa de un régimen para el deudor no doloso en el que su responsabilidad se limita a los *daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento* a otro en el que la indemnización comprende *los daños que razonablemente se hubieran previsto o podido prever como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato, y estén comprendidos dentro de su fin de protección*.

Debe tenerse en cuenta que la Propuesta de Modernización de 2023 no explica ni qué se entiende por previsibilidad ni por fin de protección del contrato, sino que simplemente sostiene que se está ante un seguimiento de *las pautas marcadas por el moderno Derecho de contratos y por la PM 2009*. Por lo tanto, no proporciona una definición de los elementos que incluye en estas limitaciones resarcitorias.

Con esta finalidad, se desarrollan los diversos criterios del artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 tanto en la vertiente doctrinal como en la jurisprudencial. Una vez realizado este análisis, se presta atención a la forma en la que se coordinan entre sí los diversos criterios recogidos en la Propuesta de Modernización de 2023. En este sentido, se estará a la forma que tienen de relacionarse en los distintos regímenes que establece el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 – deudor doloso y no doloso– y en qué medida la introducción del criterio de fin de

protección del contrato supone una transformación del sistema delimitador del perjuicio respecto al actual.

II. DEL ARTÍCULO 1107 DEL CÓDIGO CIVIL AL 1190 DE LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DE 2023: DIFERENTES IDEAS PARA REGULAR

La Comisión General de Codificación ha elaborado dos textos para adaptar el artículo 1107 del actual Código Civil español en materia de determinar el alcance de los daños resarcibles por incumplimiento.

Actualmente, el artículo 1107 del Código Civil español establece un doble régimen de delimitación del perjuicio por incumplimiento según sea el deudor. Su texto restringe la indemnización del deudor no doloso —«de buena fe»— a los daños *previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento*; mientras que el deudor doloso responderá de *todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009, se cambia la redacción y se dota de mayor claridad. El artículo 1208 del texto sigue con una regulación con doble régimen según el tipo de deudor. El doloso responde *de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento*; y el no doloso disfruta de este criterio y se añade otro adicional por el que se limita su responsabilidad a *los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato*.

En la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023, se mantiene la distinción entre tipos de deudores y se dota a cada uno de un régimen¹: el deudor doloso responde de *todos los daños que sean objetivamente imputables a su conducta dolosa*;

¹ Resulta muy llamativo el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023, puesto que distingue a efectos de delimitar el daño entre deudores dolosos y no dolosos y, al mismo tiempo, crea una tercera categoría —deudor intencional—, que puede ser doloso o no. Este tercer género resulta relevante a otros efectos como la validez de las limitaciones a la responsabilidad, pero no propiamente a efectos de restringir la indemnización.

mientras que el deudor no doloso, limita su indemnización a *los daños que razonablemente se hubieran previsto o podido prever como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato, y estén comprendidos dentro de su fin de protección*.

Los tres textos expuestos comparten tanto la distinción entre tipos de deudor como el establecimiento de diversos regímenes indemnizatorios para cada uno. El deudor no doloso siempre se beneficia de la restricción basada en la regla de la previsibilidad, si bien en la Propuesta de Modernización de 2023, se le añade el criterio de fin de protección del contrato como límite adicional. El deudor doloso es el que más ve variar su regulación, dado que responde bien por todos los daños que conocidamente se deriven –art. 1107 del CC²– o de los daños objetivamente imputables –Propuestas de Modernización de 2009 y 2023–.

III. LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO COMO LÍMITE RESARCITORIO: ALCANCE Y FUNDAMENTO

La previsibilidad del daño es una restricción al daño contractual resarcible vigente en numerosos ordenamientos jurídicos y de gran tradición desde su adopción en el siglo xix.

Su formulación tuvo lugar en el siglo xvi por Dumoulin³, si bien los autores que más influyeron en su adopción fueron Domat⁴ y Pothier⁵, cuya aportación tuvo un rol decisivo a la hora de elaborar el *Code Civil* francés de 1805.

Este texto legal sirvió como referente a la hora de formular otros como el *Codice Civile* italiano de 1865 o el Código Civil español de 1889, que recogen la regla de la previsibilidad. Asimismo, en el ámbito del *common law* es conocida desde su formulación

² También ocurre así en el artículo 518-23 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil de 2016.

³ Así lo sostienen: LÓPEZ MAS (2021: 89); LUPOI (1969: 47-48); SCHERMAIER (2007: §53); ZIMMERMANN (1990: 829).

⁴ DOMAT (1844: 159-187).

⁵ POTHIER (1858: 94-104).

en el siglo xix en el caso *Hadley v. Baxendale*⁶. Finalmente, es un criterio adoptado en la normativa uniforme en materia de compraventa –artículo 74 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980– y en las propuestas de *soft law* a nivel internacional como los Principios Europeos de Derecho de los contratos desde su primera formulación en 2002–artículo 9:503–, los Principios Unidroit en todas sus versiones –artículo 7.4.4– o el Borrador de Marco Común de Referencia de 2009 –artículo III.–3-703–.

La naturaleza jurídica de este criterio de delimitación del daño es discutida y existen tres grupos doctrinales al respecto. No se trata de una cuestión meramente teórica, sino que incide, como posteriormente se explica, en la interpretación que se da al artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023.

El primero de ellos y mayoritario lo considera un criterio de imputación objetiva⁷. De este modo, serviría como un criterio que guarda relación con la determinación de qué consecuencias es responsable el deudor.

El segundo de ellos y minoritario califica la regla de la previsibilidad como un criterio de imputación subjetiva en atención a que su aplicación depende del tipo de

⁶ **Hadley v. Baxendale** (1854) 9 Exch. 341. En este caso, Hadley era propietaria de un molino de trigo y contrató a Baxendale para que llevara el cigüeñal del molino a replicar a la manufactura original, dado que estaba estropeado. Al celebrar el contrato, pactaron el precio –2 libras– y que la recogida de la copia sería al día siguiente. Sin embargo, Baxendale se demoró más de cinco días en el cumplimiento. Hadley sostenía haber sufrido daños por no poder operar el molino durante los días de retraso en la entrega y ascendían a 300 libras.

La Corte, al resolver el caso, consideró que existían dos tipos de daño derivados del incumplimiento: uno que surge directamente por el incumplimiento y otro que es resultado probable de esta situación y que las partes lo contemplan como posible al contratar. Esta clasificación sirvió de base para denegar la indemnización solicitada por Hadley, puesto que la Corte sostuvo que el perjuicio derivado de no operar el molino era de la segunda clase –resultado probable del incumplimiento– y que Baxendale no lo pudo prever al celebrar el contrato. Esta afirmación se basaba en el hecho de que Hadley no le había comunicado la importancia de la pieza para operar el molino.

⁷ En esta categoría se integran ASÚA GONZÁLEZ (2013: 8121-8122); MONTÉS PENADÉS (2007: 725); MORALES MORENO (2010: 157); PANTALEÓN PRIETO (1991: 1026 Y 1080); SERRA RODRÍGUEZ (2011: 2502); SOLER PRESAS (1998: 56).

deudor⁸ –doloso o no doloso⁹–. De este modo, no es un criterio de delimitación del daño en atención a una causalidad jurídica, sino que se aplicaría en relación al tipo de incumplimiento. El principal problema que plantea este enfoque es cómo calificarlo en los sistemas que lo aplican con independencia del tipo de incumplimiento. Es decir, qué naturaleza jurídica le atribuyen en los sistemas en los que siempre resulta de aplicación como ocurre en el artículo 74 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

En último lugar, León González opta por una interpretación completamente distinta. Este autor parte de la idea de que se está ante una restricción legalmente impuesta al resarcimiento y, por lo tanto, no entra a calificar su naturaleza jurídica en relación a la imputación ni objetiva ni subjetiva¹⁰. Se trataría, por tanto, de un criterio ulterior de delimitación del daño resarcible, en línea con la definición que se realiza por parte de un sector doctrinal respecto al deber de mitigar el daño¹¹.

El funcionamiento de la regla de la previsibilidad es muy sencillo. Concretamente, debe determinarse si un daño era previsible al momento de contratar o no. En el caso de que lo fuera, será siempre resarcible; en cambio, si no lo fue, no se indemnizará.

Un aspecto de gran importancia a tener en cuenta es que la distinción no se realiza entre daños previstos e imprevistos, sino entre previsibles e imprevisibles. Un daño imprevisto podía ser previsible y ello implica su resarcimiento. En cambio, un perjuicio imprevisible ni fue previsto ni podía serlo, por lo que no se indemnizará.

El aspecto temporal es sumamente importante, puesto que el momento relevante es el de la celebración del contrato, como se desprende del texto. La información que

8

Los daños indemnizables pueden depender de los conocimientos del deudor, lo que aumenta su previsibilidad; la imputación ya no es objetiva, sino subjetiva. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008: 148). *Y si no hay dolo, la razón por la que no se puede imputar la responsabilidad al concesionario no es «objetiva», sino subjetiva.* GARCÍA AMADO (2022: 269).

⁹ En la terminología del Código Civil sería *de buena fe* o *doloso*.

¹⁰ LEÓN GONZÁLEZ (2002: 146).

¹¹ Este tipo de calificación respecto al tipo de daño que se resarce la realizan, entre otros, Carrasco Perera (1991, I; 2024: Cap. 24, §26); Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2008, Cap. XXIII, 15); JARAMILLO JARAMILLO (2013: 894); LANA ARCEIZ (2025: 148-150); MORALES MORENO (2010: 181); PÉREZ VELÁZQUEZ (2015: 24; 2016: 493); SOLER PRESAS (1995: 960-961; 1998: 63-64); ZURITA MARTÍN (2016: 17).

vuelva un daño previsible después de contratar no alterará su naturaleza y seguirá siendo imprevisible.

El análisis de la previsibilidad puede recaer desde un punto de vista teórico en tres aspectos diferentes: el tipo de daño, su cuantía o una combinación de ambos. En España, ni el Código Civil, ni las propuestas de modernización del texto en materia de obligaciones y contratos se pronuncian sobre cuál es la opción que se aplica.

En la jurisprudencia existen muy pocos casos en los que el Tribunal Supremo aplique la regla de la previsibilidad¹². La consecuencia de ello es que no resulta sencillo conocer por cuál de las opciones se decanta. Sin embargo, en aquellos casos en los que analiza un daño patrimonial parece que lo hace por el tipo de perjuicio¹³.

Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2005¹⁴. En ella, la demandante solicita una indemnización de aproximadamente 65 millones de pesetas por el incumplimiento del contrato de obra que había celebrado con la demandada, que formula reconvención y exige el pago del material aportado a la obra.

El Juzgado de Instancia estima parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación de la demandada, lo estima parcialmente.

Recorre en casación la demandante y sostiene que se ha vulnerado el artículo 1107 del Código Civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que lo que pretende el recurrente que sea revisado es la cuantía de la indemnización y que, por tanto,

¹² Este hecho resulta muy llamativo, puesto que se está ante un tema que ha sido analizado abundantemente por la doctrina tanto en los comentarios al artículo 1107 del Código Civil como en obras monográficas como las de GÓMEZ POMAR (2002) o FUENTES GUÍÑEZ (2009).

Además, desde hace largo tiempo ha presentado un carácter polémico. A modo de ejemplo, GARCÍA GOYENA (1852: 51) lo rechazaba al sostener que no era claro, puesto que *[c]ada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera*. FULLER y PERDUE (1957: 56-57) tampoco estaban de acuerdo con esta regla, puesto que sostenían que *el test de la previsibilidad contiene una defectuosa referencia circular y que se presta a cualquier manipulación con el simple recurso de definir las características del hombre hipotética al que incumbe la previsión*.

¹³ Desde el cambio de milenio, el Tribunal Supremo ha considerado en muy pocas ocasiones que un daño era imprevisible al momento de contratar y la aplicación del régimen del deudor doloso ha servido para el resarcimiento de perjuicios no patrimoniales. Ejemplo de ello son las sentencias de 15 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4384; Pte. Xiol Ríos) y de 23 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068; Pte. Sarazá Jimena). En ellas se califica el daño moral sufrido por el acreedor como imprevisible al momento de contratar, resulta de aplicación el artículo 1107.II del Código Civil y se indemnizan los perjuicios no patrimoniales.

¹⁴ ECLI:ES:TS:2005:5804, Pte. González Poveda.

no procede realizar el análisis de la previsibilidad del daño. Por ello, desestima el motivo de recurso¹⁵.

Doctrinalmente, la mayoría de autores entiende que la previsibilidad es sobre el tipo de daño¹⁶. De este modo, la cuantía del perjuicio sufrido no incide a la hora de determinar su previsibilidad.

Esta afirmación no significa que se analice la naturaleza o tipo de perjuicio, sino si ese daño en concreto era previsible. Ejemplo de ello es que no se debe contemplar si fue previsible la aparición de un daño emergente o de un lucro cesante, sino la de ese daño emergente o ese lucro cesante en concreto.

Minoritariamente, algunos autores como Asúa González, Gómez Pomar o León González sí entienden que la cuantía juega un papel a la hora de determinar la previsibilidad del daño¹⁷. En este sentido, un daño de naturaleza previsible, pero cuya cuantía es desproporcionada respecto a lo esperado no será resarcible o podrá indemnizarse en la cuantía máxima prevista.

Dentro del enfoque mayoritario, se intenta buscar una vía de escape para los supuestos en los que el daño resulta previsible en su tipo, pero la cuantía es muy elevada. Concretamente, se propone, con base en el artículo 1103 del Código Civil la moderación de la responsabilidad¹⁸. De esta manera, cuando un daño sea previsible en su naturaleza, pero de cuantía muy elevada, el deudor negligente –ámbito de aplicación del artículo 1103– podrá ver moderado el alcance de la responsabilidad, puesto que se moderará el alcance de la responsabilidad.

¹⁵ *Presupuesto de la extensión de la obligación indemnizatoria que establece el párrafo segundo del art. 1707 de Código Civil es la de que la falta de cumplimiento de sus obligaciones por el deudor sea debida a dolo que así haya sido declarado por la sentencia, actuación dolosa del demandado- recurrido que no ha sido declarada por la sentencia de instancia, lo que impide aplicar al caso el art. 1107, párrafo segundo, invocación que en todo caso sería innecesaria declarado como está el incumplimiento por aquél de sus obligaciones de terminar la obra y habida cuenta que lo que en el motivo se plantea no es cuáles son los daños indemnizables sino la cuantía de los mismos.*

¹⁶ CARRASCO PERERA (2024: Cap. 24, §3); LACRUZ BERDEJO (2011: 207); MONTÉS PENADÉS (1995: 2445-2446); PANTALEÓN PRIETO (1991: 1037-1038); SÁNCHEZ ARISTI (2021: 1429); SERRA RODRÍGUEZ (2011: 2505-2506); SOLER PRESAS (1998: 57).

¹⁷ ASÚA GONZÁLEZ (2013: 8122); GÓMEZ POMAR (2002: 147, n. 152 y 276); LEÓN GONZÁLEZ (2002: 146).

¹⁸ DÍAZ ALABART (1989: XIV); LACRUZ BERDEJO (2011: 207); PANTALEÓN PRIETO (1991: 1037-1038); SERRA RODRÍGUEZ (2011: 2505-2506); SOLER PRESAS (1998: 58).

Existen otras opciones para limitar la responsabilidad del deudor. La primera de ellas sería pactar una cláusula de limitación cuantitativa del daño como límite del daño previsible, es decir, acordar un tope indemnizatorio para el daño previsible¹⁹.

El intento de encontrar una vía de escape para el deudor es una cuestión común en los diversos ordenamientos que adoptan la regla de la previsibilidad. En ellos, se encuentran diversas opciones para ello.

La primera de ellas consiste en establecer que la previsibilidad se aplica sobre la cuantía del perjuicio. De este modo, la cantidad indemnizatoria prevista como máxima es la que determina qué era previsible. Ejemplo de ello es el ordenamiento inglés, en el que no podrá resarcirse más allá de la cantidad prevista al contratar, si bien debe analizarse si un daño fue previsible cuando se celebró el contrato para que resulte indemnizable²⁰.

La segunda de ellas consiste en hacer recaer la previsibilidad sobre el tipo de daño y sobre su cuantía. Ejemplo de ello es el ordenamiento italiano, en el que diversos autores sostienen que ambos elementos son los que se tienen en cuenta para decidir si un perjuicio era o no previsible²¹. Asimismo, el Borrador de Marco Común de Referencia no opta expresamente por este modelo, pero del Ejemplo C al artículo III.-3:703, se deduce que ambos elementos son relevantes.

La tercera de ellas no tiene en cuenta la cuantía del daño para determinar su previsibilidad, pero la extensión sí afecta al propio perjuicio. De este modo, un daño previsible, pero de cuantía extraordinaria se transforma en imprevisible. Se trata de la opción que se señala doctrinalmente para la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías²² y en los Principios Unidroit²³.

¹⁹ SALELLES CLIMENT (2007: 240).

²⁰ BEALE (2021: 29-133); MCGREGOR (2009: 6-185).

Se señala que no puede recibir el mismo tratamiento un daño que es ordinario que uno extraordinario y se pone como ejemplo que el beneficio que se obtiene por unas operaciones normales sí es siempre indemnizable, mientras que si se pierde un negocio concreto que proporciona un lucro inusual por su magnitud, debe ser manifestado. BEATSON, BURROWS y CARTWRIGHT (2020: 550).

²¹ BIANCA (2021: 173); DI MAJO (2009: 189); ROSSI (2014: 71); VILLA (2022: 1219-1220).

²² DJORDJEVIĆ (2018: §33); SCHWENZER (2010: §50; 2019: §50).

En esta línea, pero sin formularlo expresamente, al afirmar que lo relevante es conocer una cuantía aproximada. SAENGAR (2018: §9).

²³ Comentario Artículo 7.4.4.

En el ejemplo 2 que se incluye con el precepto se menciona un contrato de transporte para destrucción de moneda que lo ha contratado una entidad bancaria para que llegue a sus sucursales. Sin avisar el banco, la

La cuarta de ellas es la más similar a la propuesta en España. En ella, la previsibilidad recae solamente sobre el tipo de daño, pero se establece una vía de escape – moderación de la cuantía – cuando resulte que el daño es manifiestamente más elevado que el causado. Ejemplo de ello es el sistema estadounidense, en el que se establece la moderación de la indemnización cuando el daño sea desproporcionado²⁴.

La regla de la previsibilidad puede construirse en torno a dos grandes modelos. En el primero de ellos, se considera que es una restricción que solo aplica a los deudores no dolosos. De este modo, el deudor doloso responderá de todos los daños causados: los previsibles y los imprevisibles.

Ejemplo de ello son el *Code Civil* francés, el *Codice Civile* italiano, el Código Civil español, los Principios Europeos de Derecho de Contratos o el Borrador de Marco Común de Referencia. En todos estos textos se establece la aplicación de la regla de la previsibilidad para algunos deudores y su inaplicación para los dolosos.

En el segundo grupo, la restricción de la previsibilidad se aplica a todos los tipos de deudor, con independencia de si su incumplimiento fue doloso, negligente o sin culpa.

Ejemplo de ello son los ordenamientos del *common law*, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías o los Principios Unidroit. En todos estos textos se aplica la regla de la previsibilidad con independencia del tipo de incumplimiento.

La Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos parece optar, aparentemente, por la primera opción –aplicación a los deudores no dolosos–. Ello supone que la restricción de la previsibilidad no se aplicará en todos los casos y mantiene la configuración que se ha realizado en el artículo

cambia por moneda de coleccionista que vale cincuenta veces más que la ordinaria y es robada. El límite de la indemnización sostiene el ejemplo que es el de la moneda ordinaria y no el de la moneda de coleccionista.

²⁴ §351 *Second Restatement*.

(3) *A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.*

(3) *El Tribunal puede limitar la indemnización de los daños previsible mediante la exclusión del lucro cesante, permitiendo exclusivamente recuperar la pérdida incurrida en la confianza o si concluye por circunstancias de justicia se requiere para evitar una compensación desproporcionada.*

1107 del Código Civil de 1889, el que se establecen dos regímenes diversos —el del *deudor de buena fe*²⁵ y el del deudor doloso—. De este modo, el deudor no doloso indemnizará solamente el daño previsible al momento de contratar y que recaiga dentro del fin de protección del contrato —criterio que se explica a continuación— y el deudor doloso, todo el daño que sea objetivamente imputable a su incumplimiento.

IV. EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

El fin de protección del contrato es la segunda restricción aplicable al deudor no doloso en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023. Su formulación tuvo lugar en Alemania y diversos autores españoles lo han propuesto en España. Su aplicación por parte de la jurisprudencia es muy escasa y tan solo se encuentran dos sentencias que se refieran a este criterio.

Para la exposición de esta limitación, se divide la explicación en diversos apartados. Se inicia con la formulación en Alemania —lugar de origen— y se continúa con el significado que le han dado los diversos autores españoles, que ni coinciden en el mismo periodo ni lo entienden de la misma manera. Por último, se desarrollan las dos sentencias en las que se recoge y se analiza en qué medida incide en la resolución.

IV.1. El fin de protección del contrato en Alemania

La doctrina del fin de protección del contrato nace en Alemania a principios del siglo xx gracias a la obra de Rabel. En ese momento, el Código Civil alemán no contaba con reglas que delimitaran de qué daños respondía el deudor, más allá de enunciar las consecuencias en los casos de *Mitverschulden*²⁶ —casos de contribución del acreedor al incumplimiento y de falta de mitigación del perjuicio—. Ello se debe a que en el proceso

²⁵ No es objeto de este artículo entrar en la definición de qué es el *deudor de buena fe* del Código Civil. La interpretación más común es entender que se refiere a los deudores no dolosos. El origen de la expresión se encuentra en el artículo 1154 del Anteproyecto de Código Civil belga de LAURENT y se adopta en el Anteproyecto de Código Civil español de 1882-1888. Al respecto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1965: 347-348).

²⁶ §284 *Bürgerliches Gesetzbuch*.

de elaboración del Código Civil alemán se rechazó expresamente una enmienda en la que se introducía la regla de la previsibilidad²⁷, lo que determinaba que todos los daños fueran resarcibles con independencia de si fueron o no previsibles al momento de contratar o el tipo de incumplimiento.

La formulación de la doctrina de fin de protección del contrato la lleva a cabo Rabel en su obra *Das Recht des Warenkaufs* en la que analiza diversos puntos sobre la normativa de compraventa en diferentes estados e intenta formular una propuesta armonizada para ellos. Esta obra es de gran importancia, puesto que influye en los textos de la *Uniform Law on the International Sale of Goods* de 1964, que constituye un antecedente de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980.

Para la elaboración del criterio de fin de protección del contrato, Rabel toma en consideración qué criterios de delimitación del perjuicio se adoptan en diversos ordenamientos –Alemania, Austria, Francia y los de *Common Law*– y concluye (i) que varios de estos países adoptan la previsibilidad del perjuicio como criterio de delimitación del daño resarcible y (ii) que existe una necesidad de establecer criterios que limiten la indemnización según los tipos de daño²⁸. Así, propone un criterio de imputación

²⁷ JANSEN (2007: §43); SCHERMAIER (2007: §60).

Debe tenerse en cuenta que el principal defensor de la teoría de la diferencia –MOMMSEN (1855: 165-169)– rechazaba expresamente la regla de la previsibilidad. De este modo, la doctrina alemana de la época no aceptaba este tipo de criterio de delimitación del daño. Esta idea era compartida por otros autores como WINDSCHEID (1865: 30-31) o DERNBURG (1894: 123-126). Todos ellos tienen en común que rechazan la división de los daños en categorías y propugnan el resarcimiento de cualquier perjuicio.

²⁸ RABEL (1964: 491-494).

La primera publicación del libro es en 1936.

objetiva²⁹ –el fin de protección del contrato– y lo basa en una extensión del de fin de protección de la norma –*Schutzzweck der verletzten Norm*–³⁰.

Un ejemplo de aplicación temprana del criterio de fin de protección de la norma es el caso conocido como *Kegeljunge* –chico de la bolera–³¹. En él se analizaba la responsabilidad de una bolera por emplear a un menor de 16 años en horario nocturno pese a una prohibición de este tipo de trabajo para esa edad. Sufrió un accidente de trabajo ordinario y se planteaba la responsabilidad de la bolera por haberlo empleado en un horario prohibido. Se decidió que no podía imputarse responsabilidad, puesto que la finalidad de la normativa violada no era proteger frente a ese tipo de accidente de trabajo, sino garantizar un reposo nocturno al menor³².

De este modo, el contrato actúa como límite del daño, al no deberse indemnizar el perjuicio que no esté protegido por el contrato³³. Esto significa que, una vez

²⁹ Las teorías de la imputación objetiva son una formulación muy reciente en ese momento. Concretamente, las desarrolla LARENZ (1927) como un criterio de separación entre qué se hace y si resulta imputable a un sujeto. Posteriormente, LARENZ (1958) explica que son criterios que permiten delimitar de qué daños responde un sujeto y de cuáles no, por tanto, el ámbito o perímetro de responsabilidad. En este juicio no hay, en su opinión, un reproche sobre la actuación –dolo o culpa–, puesto que lo único analizado es la conexión causal entre una consecuencia y un hecho. Sin embargo, su mayor desarrollo tiene lugar en la doctrina penalista alemana como criterio para determinar si alguien debe responder –en el sentido de si hay relación de causalidad o hasta dónde llega la intervención del Derecho penal–. Sobre el origen y desarrollo de las doctrinas de la imputación objetiva, *vid.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008: 1-20) y PEÑA LÓPEZ (2011: 13-25).

³⁰ JANSSEN (2007: §70).

³¹ Sentencia del *Landgericht* de Hannover de 1910 (LG Hannover Recht 1910, 36).

³² Es una aplicación muy similar a la realizada en la Sentencia del Tribunal Supremo español de 22 de febrero de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:413; Pte. López Peces). En ese caso se analizaba si el titular de una fábrica debía responder por los daños sufridos por sus empleados al trabajar un domingo –prohibido por la normativa– y explotar un obús.

³³ En palabras de RABEL (1964: 496):

Von da ist es kein großer Schritt zu der Auffassung: Der Vertrag gibt die Pflichten an, er zeigt, welche Interessen des Gläubigers befriedigt werden sollen und verdeutlicht dadurch, welche Folgen der Nichterfüllung im Vermögen des Gläubigers der Schuldner gutzumachen hat. Der Schuldner, der das Recht des Gläubigers verletzt hat, haftet ihm nicht für alle denkbaren Folgen seines vertragswidrigen Tuns schlechthin, sondern nur für die Einbußen, die den durch den Vertrag geschützten Interessen des Gläubigers zustoßen.

A partir de ahí, no hay más que dar un pequeño paso para llegar a la siguiente conclusión: el contrato establece las obligaciones, indica qué intereses del acreedor deben satisfacerse y, de este modo, deja claro qué consecuencias del incumplimiento debe compensar el deudor en el patrimonio del acreedor. El deudor que ha vulnerado el derecho del acreedor no responde ante este por todas y cada una de las consecuencias imaginables de su actuación contraria al contrato, sino únicamente por los

manifestado un daño y la existencia del incumplimiento de un deber, deberá analizarse si la norma infringida – deber contractual – tenía como finalidad proteger al acreedor de ese perjuicio³⁴. El principio que late detrás es que el contrato actúa como instrumento de reparto de riesgo y solo se tutela el interés que se protege³⁵.

Un ejemplo de aplicación de este criterio se encuentra en la Sentencia de la Octava Sala Civil del *Bundesgerichtshof* de 9 de diciembre de 2020³⁶. El demandante era arrendatario de una vivienda propiedad del demandado y puso fin al contrato el 2 de agosto de 2013, cuando el arrendador o una persona mandada por él entró en su balcón sin avisarle para realizar obras. Sin embargo, no se marchó hasta el 30 de septiembre de 2013. El arrendatario y su familia contrataron una agencia inmobiliaria el 24 de agosto de 2013 para que les buscara una vivienda en propiedad y encontró una a 250 km, a la que se trasladaron el 18 de septiembre de 2013. Reclama como indemnización 35.205,45€, en los que se incluyen gastos como el agente inmobiliario que encontró la nueva vivienda, la mudanza o la renta adicional abonada hasta que se mudó a su nueva vivienda. Se concede la indemnización del daño por mudanza o renta adicional, puesto que se considera que la protección que se da al arrendatario en la privacidad de su vivienda y la posibilidad de marcharse cuando es vulnerada le permite compensar esa necesidad de vivienda. En cambio, se niega la indemnización por los costes de agencia inmobiliaria al establecer el tribunal que no quedan protegidos por el contrato ni por la prohibición de acceso a la vivienda que tiene el arrendador, puesto que es una adquisición en propiedad, a 250 km de la vivienda arrendada y que no guarda relación con el contrato de arrendamiento. Por tanto, desestima la demanda en este punto.

Este criterio de imputación objetiva tiene como finalidad evitar que el deudor responda por un daño que no pudiera prever que fuera a derivar de su incumplimiento – similar, por tanto, a la regla de la previsibilidad –³⁷.

| *perjuicios que se produzcan en los intereses del
acreedor protegidos por el contrato.*

En el mismo sentido VON CAEMMERER (1956: 13).

³⁴ LANGE (1976: 262); OETKER (2022: §124).

³⁵ RABEL (1964: 496).

³⁶ BGH, Sentencia de 9 de diciembre de 2020 (VIII ZR 371/18; ECLI:DE:BGH:2020:091220UVIII:ZR371.18.0)

³⁷ SAENGAR (2018: §19); ZIMMERMANN (1990: 830; 2018: §8).

Sin embargo, existen ciertas diferencias entre ambos criterios. La primera de ellas se refiere al momento de determinar la previsibilidad del daño: el fin de protección del contrato toma como referencia el momento del incumplimiento³⁸ y la regla de la previsibilidad, el de celebración del contrato³⁹.

La segunda de ellas guarda relación con la función de los criterios. La regla de la previsibilidad persigue restringir el resarcimiento de ciertos perjuicios, concretamente, los imprevisibles al momento de contratar. En cambio, el criterio de fin de protección del contrato no tiene este fin, sino que sirve como criterio complementario al de adecuación⁴⁰. Ello significa que puede (i) evitar la imputación de un daño que debería resarcirse de acuerdo con la adecuación o (ii) incrementar la imputación⁴¹ y obligar a responder de un perjuicio no indemnizable de acuerdo con la adecuación⁴².

Por su nombre, parece conectar con las afirmaciones de DOMAT y POTHIER respecto a los límites de indemnización del daño. En este sentido, ambos autores sostienen que solo debe indemnizarse el daño previsible cuando el deudor no sea doloso y que el daño debe recaer dentro del fin de protección. Ahora bien, ellos plantean que no se compense el daño remoto o más alejado del incumplimiento – conexión causal –, mientras que el criterio en Alemania tiene como finalidad señalar qué daño se compensa según una expectativa de que fuera a ocurrir antes de incumplir.

³⁸ LANGE (1976: 262).

³⁹ Así, RAISER (1963: 465) destaca que una de las ventajas de la norma es evitar que el acreedor deba proporcionar información al deudor sobre cuáles son las circunstancias de la celebración del contrato, como la finalidad que tiene o el beneficio que espera hacer.

⁴⁰ LANGE (1976: 262); RAISER (1963: 465).

⁴¹ JANSEN (2007: §69).

⁴² A modo de ejemplo, en la sentencia de la Tercera Sala Civil del *Bundesgerichtshof*, de 21 de noviembre de 2019 (III ZR 244/18; ECLI:DE:BGH:2019:211119UIIIZR244.18.0), se revisa una sentencia que desestimaba una pretensión indemnizatoria por incorrecto asesoramiento en materia de inversiones. El demandante acudió a un financiero –con el que negociaba en materia de seguros– para que le recomendara una inversión para su jubilación. El asesoramiento fue realizar una inversión que no cumplía con los requisitos necesarios al no ajustarse a las expectativas que tiene una inversión con finalidad de obtener un ahorro para la jubilación. El cliente realizó una primera inversión de 10.000€ y continuó ahorrando de ese modo otros 200.000€. El producto adquirido fue un fracaso y perdió su dinero. Reclama una indemnización y el *Bundesgerichtshof* entiende que el incorrecto asesoramiento de la primera vez es base suficiente para compensar la pérdida de 200.000€, que no es fruto del asesoramiento en sí, pero que tendría que haber tenido en cuenta el asesor al realizar su recomendación.

La cuestión sobre las consecuencias que tiene la falta de asesoramiento en las adquisiciones posteriores no ha sido planteada en España. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1917, Pte. Sancho Gargallo), no se hace mención al hecho de que los adquirentes de títulos de deuda subordinada los suscribieran entre 1999 y 2010 y los efectos que tiene la falta de asesoramiento inicial en la pérdida de los títulos posteriores. Así, los padres de los demandantes –ejercitan la acción los hijos en condición de herederos– suscribieron entre 1999 y 2010 títulos de deuda subordinada de Caixa Catalunya por un importe total de 97.500€. En 2013, se produjo la intervención de la entidad y recibieron 43.750,23€ en total. Durante el período que tuvieron los títulos, cobraron intereses por valor de

IV.2. Las tres explicaciones doctrinales en España al criterio de fin de protección del contrato

IV.2.1. El fin de protección del contrato para Pantaleón Prieto

Pantaleón Prieto es el primer autor en España en introducir el fin de protección del contrato como criterio de imputación de responsabilidad⁴³ y le atribuye diversas funciones.

En primer lugar, es una manifestación de la regla de la previsibilidad recogida en el artículo 1107.I del Código Civil, de manera que permite realizar un cálculo de los costes de incumplir la obligación al momento de contraerla⁴⁴. De este modo, serían dos conceptos equivalentes y el fin de protección del contrato serviría como sinónimo de la previsibilidad.

En segundo lugar, se está ante un criterio de imputación objetiva para excluir el resarcimiento de ciertos daños. En este sentido, deberá analizarse si el deber incumplido guarda relación con el daño producido, de modo que se excluye la imputación cuando el cumplimiento del deber no hubiera evitado el resultado dañoso⁴⁵. Por lo tanto, permite delimitar la causalidad y determinar si un daño es o no resarcible.

31.237,74€. Los demandantes solicitan una indemnización por la diferencia entre lo invertido y lo recuperado, pero el Tribunal Supremo obliga a descontar lo recibido por intereses, por lo que la indemnización es de 22.512,03€. En ningún momento se cuestiona la importancia que tiene la falta de asesoramiento inicial –debido legalmente– en las ulteriores suscripciones de títulos de deuda subordinada, sino que se da por supuesto que la falta de asesoramiento inicial es suficiente para imputar a la entidad financiera toda la pérdida sufrida por los adquirentes.

Un caso muy similar, aunque sin que exista una suscripción periódica, sino dos adquisiciones independientes, es el resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:38; Pte. Sancho Gargallo). En ella, los demandantes suscribieron en 1992 títulos de deuda subordinada de Caixa Catalunya por valor de 31.252,52€ y en 2001, 2002 y 2011, participaciones preferentes por un total de 73.000€. Tras el canje forzoso de los títulos por la intervención de la entidad, recibieron 41.075,19€ y habían cobrado como intereses 33.500,22€. No se cuestiona la trascendencia que tiene el hecho de que los demandantes hubieran suscrito títulos de productos financieros complejos en 1992 sobre el alcance del deber de información, ni tampoco qué implicación puede tener la falta de asesoramiento inicial en las posteriores adquisiciones. El Tribunal Supremo concede una indemnización por la diferencia entre el valor invertido y la suma de lo recuperado tras el canje y lo cobrado como intereses.

⁴³ PANTALEÓN PRIETO (1991).

⁴⁴ PANTALEÓN PRIETO (1991: 1027).

⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO (1991: 1026, NP. 18 y 1037, NP. 34).

Para comprender adecuadamente la finalidad asignada a este criterio, debe tenerse en cuenta que la imputación objetiva es para el autor un conjunto de criterios que permite a los tribunales determinar qué conductas deben ser puestas a cargo del agente que causa el daño y que corrigen los resultados de las teorías de la imputación basada en la causalidad⁴⁶. Sin embargo, no deja de formar parte de un aspecto basado en la determinación de la relación causal entre conducta y daño.

En definitiva, se entiende que el fin de protección del contrato equivale tanto a la previsibilidad del daño, por lo que no aportaría ningún elemento de valoración adicional, como a la necesidad de aplicar un criterio de imputación objetiva similar al de fin de protección de la norma y, por lo tanto, no imputar los daños que no deriven del incumplimiento de un deber.

IV.2.2. El fin de protección del contrato para Soler Presas

Soler Presas sigue la adopción del criterio por Pantaleón Prieto y explica que el fin de protección del contrato es un criterio de delimitación del daño resarcible que se basa en el *contenido y la función del contrato incumplido a la hora de determinar la extensión del resarcimiento*⁴⁷. Esta autora considera que este criterio se encuentra recogido en el Código Civil español en el artículo 1107 al establecer la regla de la previsibilidad para los deudores no dolosos⁴⁸.

Ahora bien, no interpreta esta restricción en un sentido estricto, sino que la matiza en ciertos aspectos.

En primer lugar, considera que es un criterio de imputación específico en materia contractual y que no deriva del criterio de fin de protección de la norma⁴⁹. En este punto, se diferencia de la doctrina alemana que da origen a esta restricción.

⁴⁶ PANTALEÓN PRIETO (1990: 1562-1563).

La obra de este autor supone la primera exposición sistemática que se realiza en España de los criterios de imputación objetiva en el ámbito civil. Previamente, habían sido tratados por la doctrina penal.

⁴⁷ SOLER PRESAS (1998: 43).

⁴⁸ SOLER PRESAS (1998: 44).

⁴⁹ SOLER PRESAS (1998: 54-55).

En segundo lugar, debe incluirse su apreciación según los tipos de incumplimiento⁵⁰. En este sentido, ante un incumplimiento doloso no será de aplicación el criterio de fin de protección del contrato, sino que el deudor deberá responder de todos los daños causados.

En tercer lugar, debe complementarse con otros como la previsibilidad⁵¹. Así, ciertos perjuicios —como las pérdidas que sufre un empresario por no poder insertar el producto adquirido en su cadena de producción— no serán resarcibles en virtud del fin de protección del contrato, aunque fueran previsibles⁵².

Finalmente, protegería frente a daños previsibles en su tipo, pero no en la cuantía —lo que en opinión de la autora no da la regla de la previsibilidad— y debe entenderse en el sentido de establecer un deber de mitigar el daño⁵³.

IV.2.3. El fin de protección del contrato para Morales Moreno

Morales Moreno introduce el criterio de fin de protección del contrato como aspecto delimitador de la responsabilidad por incumplimiento en su obra sobre el resarcimiento del lucro cesante. Este autor toma la expresión y la emplea en diversos sentidos.

En primer lugar, explica que el fin de protección del contrato es un criterio alemán de imputación objetiva para la delimitación del daño resarcible⁵⁴. De este modo, se tiene en cuenta si un daño resultaba previsible para el deudor al momento de incumplir.

En segundo lugar, se trata de un criterio de delimitación del daño basado en la interpretación del contrato⁵⁵. En este sentido, deben analizarse diversos aspectos para

⁵⁰ SOLER PRESAS (1998: 55-56).

⁵¹ SOLER PRESAS (1998: 55-56).

⁵² Esta autora se hace eco de los problemas que presenta la aplicación de la regla de la previsibilidad en el *common law*, en el sentido de que no permiten delimitar las pérdidas de gran cuantía que se califiquen como *consequential loss*. Principalmente, se refiere a casos en los que el transportista incumple y el bien que llevaba iba a ser inserto en una industria —en el sentido de negocio—. En esos casos, el transportista respondería no solo del problema vinculado a la mercancía, sino también de las pérdidas sufridas por el negocio.

⁵³ SOLER PRESAS (1998: 57-61).

⁵⁴ MORALES MORENO (2010: 150-153).

⁵⁵ MORALES MORENO (2010: 168-172).

determinar si un perjuicio es resarcible o no. Ejemplo de ello son la previsibilidad del daño, el tipo contractual utilizado, el precio abonado y los usos del tráfico. Todos estos aspectos llevan a determinar si el daño alegado está dentro del fin de protección del contrato y puede ser indemnizado o, por el contrario, recae fuera de este ámbito y no es resarcible.

Esta segunda interpretación parece inspirarse en el caso *The Achilles*⁵⁶, resuelto por la *House of Lords* británica.

Los hechos del caso son los siguientes: *The Achilles* es un carguero que fue arrendado el 22 de enero de 2003 por un período de cinco a siete meses a un precio diario de 13.500\$ de Estados Unidos. El 12 de septiembre de 2003, pactaron arrendadores y arrendatarios extender el periodo de arrendamiento por un plazo de cinco a siete meses a un precio de 16.750\$ estadounidenses y la fecha de devolución sería como muy tarde el 2 de mayo de 2004. En abril de 2004, las tarifas de flete habían subido significativamente, los arrendatarios manifestaron el 20 de abril de 2004 que devolverían el barco entre el 30 de abril de 2004 y el 2 de mayo de 2004. El 21 de abril de 2004, los propietarios arrendaron la embarcación a un tercero por un período de cuatro a seis meses a otra compañía por 39.500\$ estadounidenses y entregarían la embarcación como muy tarde al tercero el 8 de mayo de 2004. Con posterioridad, se puso de manifiesto que los arrendatarios no podrían retornar el barco hasta el 11 de mayo de 2004, por lo que los nuevos arrendatarios negociaron una modificación del contrato debido al retraso en la entrega y consiguieron una rebaja del precio de 8.000\$ estadounidenses por día y aceptaron una recepción posterior. La menor tarifa de arrendamiento se debía a una caída de las tarifas de mercado.

La propietaria del barco reclama una indemnización consistente en la diferencia de tarifa diaria en el nuevo arrendamiento por el número de días que duraría ese contrato, mientras que los arrendatarios que se retrasaron en la devolución de la embarcación

⁵⁶ *Transfield Shipping Inc V Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48.

El comentario en español al caso se encuentra en GREGORACI FERNÁNDEZ (2011).

La autora recoge cómo la doctrina inglesa había manifestado ciertos reparos respecto a la regla de la previsibilidad y en qué sentido cambia la interpretación hasta entonces vigente en Inglaterra por esta sentencia. Finalmente, explica qué posibles pasos podían darse.

sostienen que la indemnización debe consistir en la tarifa diaria que abonaban por el número de días de retraso.

La *House of Lords* sostiene que la forma de decidir si un daño es indemnizable o no es determinar qué parte ha asumido el riesgo de que se manifieste, de modo que a través de una interpretación objetiva del contrato se decida si debe indemnizarlo el deudor o debe soportarlo el acreedor.

Así, debe contemplarse qué riesgo ha asumido cada una de las partes, lo que supone decidir qué tipo de pérdida debe soportar cada una. De este modo, la *House of Lords* sostiene que, conforme a los usos del comercio, el arrendatario de una embarcación que se retrasa en su devolución debe abonar el precio que pagaba por el tiempo de retraso, pero no asume el riesgo de pérdida que surge del hecho de que el propietario del buque lo arriende posteriormente a un tercero. Por ello, condena a indemnizar por la tarifa que abonaba el arrendador que se retrasa en la entrega por el número de días de retraso.

De todos modos, el desarrollo que realiza Morales Moreno de la doctrina de fin de protección del contrato no deja entrever (i) si opta por la interpretación alemana, por lo que sería un criterio de imputación objetiva con la finalidad de sustituir o reemplazar a la regla de la previsibilidad, o (ii) si introduce un criterio complementario al de la previsibilidad en el sentido de intentar trasladar a España la doctrina establecida en la sentencia *The Achilleas*. Dicho de otro modo, no se sabe claramente a qué hace referencia.

IV.3. El limitado reconocimiento jurisprudencial al fin de protección del contrato

En este epígrafe se exponen las dos resoluciones del Tribunal Supremo en las que se reconoce el fin de protección del contrato como criterio de delimitación del daño. Cada una de ellas se explica por separado y se resalta cómo la segunda toma la primera como referencia. Asimismo, se incide en la manera en la que este criterio sirve para resolver el litigio en cuestión.

IV.3.1. La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011: el primer antecedente

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011 es la única resolución en la que el Alto Tribunal ha recogido expresamente el fin de protección del contrato como criterio de delimitación de la responsabilidad⁵⁷. La resolución tiene una elevada complejidad puesto que no se observa con claridad qué significado le atribuye el Tribunal Supremo ni para qué formula este criterio. Más bien parece que se deja llevar por corrientes doctrinales recientes en ese momento y lo incluye.

Los hechos que dan lugar al caso son los siguientes: tres sociedades son titulares en distintas proporciones de unos solares en Valencia y dos de ellas –que tienen exactamente los mismos socios– adquieren de la tercera su cuota. La finalidad de la operación es tener la titularidad de todos y poder edificar previa realización de las obras y adaptaciones urbanísticas correspondientes. Una de las sociedades adquirentes impaga el precio y la vendedora resuelve por incumplimiento. Además, acumula una pretensión resarcitoria por la cuantía del precio con base en que iba a invertir el dinero recibido con la compraventa en unos productos financieros y no ha podido hacerlo al no recibirlo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión indemnizatoria; recurre la demandada en apelación y la Audiencia Provincial reduce la cuantía. La demandada interpone recurso de casación en el que alega la vulneración de los artículos 1106 y 1107.I del Código Civil. El Tribunal Supremo estima el recurso al explicar que se está ante un daño imprevisible al momento de contratar⁵⁸. Sin embargo, añade que la indemnización se ve limitada por el criterio de fin de protección del contrato que está formado por la conjunción entre la regla de la previsibilidad y la *consecuencia necesaria*⁵⁹.

⁵⁷ En la otra sentencia que se explica, la alusión al fin de protección del contrato no es expresa, sino que cambia mínimamente la terminología.

⁵⁸ *En el caso ahora enjuiciado la consecuencia perjudicial para el acreedor no sólo estaba ausente del fin de protección del contrato, sino que además no cabe encuadrarla en el concepto de daños y perjuicios previsibles y necesariamente vinculados al incumplimiento en los términos a que se refiere el artículo 1107 del Código Civil, pues se sitúa en un ámbito que resulta absolutamente extraño al propio contrato, como es el destino que el vendedor iba a dar al precio recibido, por lo que el motivo debe ser estimado y, en consecuencia, debe ser acogido en parte el recurso de casación.*

⁵⁹ *En consecuencia, los daños y perjuicios de los que había de responder el deudor eran, en este caso, los previstos o los que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que fueran consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (artículo 1106 y 1107, párrafo primero, del Código Civil); en suma, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo.*

Explica que este criterio se incluye en virtud de la dogmática que expresa que la indemnización supone un resarcimiento por aquellos daños de los que el contrato protegía o tutelaba⁶⁰.

Esta sentencia parece aplicar el criterio de fin de protección del contrato, puesto que define qué es y en qué consiste. Ahora bien, a la hora de resolver la cuestión planteada acude a la regla de la previsibilidad –expresamente recogida en el Código Civil– y hace referencia expresa a que es la verdadera *ratio decidendi*. Dicho de otro modo, en la sentencia se desarrolla qué es este criterio, pero no se aplica.

IV.3.2. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014: ¿la consolidación del criterio?

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2014 adopta también la terminología del fin de protección del contrato y parece aplicarla a un caso para determinar el resarcimiento de un perjuicio. Si bien no explicita exactamente el *fin de protección del contrato*, sí se refiere a la *órbita del contrato* o el *fin de protección de intereses amparados por el mismo* y cita la resolución de 2011.

Los hechos que dan lugar al caso son los siguientes: la demandante⁶¹ vende a la demandada unos solares a cambio de un precio aplazado y pactan que ante el impago de las cantidades podrá resolverse el contrato – pacto comisorio –. Dado que la demandada entra en concurso de acreedores, no puede hacer frente a los pagos y la actora solicita la resolución del contrato por incumplimiento y una indemnización por el menor valor de los solares, puesto que a raíz de la crisis inmobiliaria habían bajado sustancialmente⁶². De

⁶⁰ A la hora de delimitar el daño indemnizable en la responsabilidad contractual, la dogmática actual acude a la doctrina del fin de protección del contrato que supuso, en sus orígenes en el Derecho alemán, aplicar al ámbito de la responsabilidad contractual la doctrina del fin de protección de la norma utilizada para la determinación de la responsabilidad extracontractual. Su formulación partía de la afirmación de que el contrato indica las obligaciones, señala qué intereses del acreedor han de ser satisfechos y explica qué consecuencias, de las producidas por el incumplimiento sobre el patrimonio del acreedor, debe reparar el deudor. El deudor no doloso que ha lesionado el interés del acreedor responde frente a él no, sin más, por todas las consecuencias imaginables de su conducta contraria al contrato, sino sólo por las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor protegidos por medio del propio contrato, que son las que, además de previsibles, sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento.

⁶¹ El caso se resuelve dentro de un procedimiento concursal, concretamente, a través de un incidente.

⁶² En la sentencia se afirma que la bajada es de más de un 300%, pero esta cifra es matemáticamente incorrecta.

este modo pretende que se le resarza la diferencia de valor entre el precio por el que vendió los solares y el valor en el momento de resolver.

Existe conformidad en acordar la resolución, por lo que no es objeto de debate. Sin embargo, la indemnización sí resulta controvertida y el Juzgado de Instancia desestima la pretensión resarcitoria. Recurre en apelación la actora y solicita que se le reconozca la indemnización, y es estimada parcialmente su pretensión. Se considera que la compradora es deudora de buena fe, por lo que debe compensar el daño previsible al momento de contratar y puede aplicarse la moderación de la indemnización. Por todo ello, se concede un 25% de la cantidad solicitada.

Recurre en casación la demandada y solicita que se desestime la pretensión indemnizatoria por vulneración del artículo 1107 del Código Civil. El Tribunal Supremo estima el recurso al considerar que el deudor de buena fe no tiene que soportar los cambios de circunstancias del acreedor y, por ello, considera que el daño no es indemnizable por un deudor de buena fe⁶³. Ello se basa en que no parecía evidente que el ciclo alcista en el mercado inmobiliario fuera a acabar de esa manera ni que el número tan elevado de operadores en él fuera a concurso de acreedores⁶⁴. Además, complementa que las partes podrían haber pactado una cláusula penal para el caso de incumplimiento y no lo hicieron. Para la adopción de esta decisión considera que no es previsible que el mercado cambie

⁶³ Nada de ello se contempló en el contrato. Si se hubiera considerado por los actores que la restitución recíproca de las prestaciones a que se refiere el art. 1123.I Cc podía tener el efecto perverso de que su prestación (devolución del precio) iba a ser superior a la que recibía del deudor (los suelos), podían haber exigido su cumplimiento, pues los contratos de compraventa no contemplaban estipulaciones de compensación por daños y perjuicios, bien en forma de cláusula penal (ex art. 1152 Cc) o meramente indemnizatorias, moderables o no (art. 1124 Cc).

Razones de mercado, pero ajenas al contrato, han provocado la ruina del sector inmobiliario. Puede existir, por ello, una alteración de circunstancias que modifica la proporción o el equilibrio de las prestaciones, frustrando el fin económico del contrato. Lo que no debe soportar el deudor de buena fe son los daños y perjuicios que esta alteración de circunstancias provoca al acreedor.

No puede graduarse hasta el punto de fijar un nivel de responsabilidad con fórmulas equitativas, cuando las causas que motivaron los daños son ajenas al contrato, y sobre las que el deudor, incumplidor de buena fe, no ejerce ningún control (STS de 24 de febrero de 1993).

⁶⁴ Y parece evidente que en 2005, año en el que se contrató la compraventa de suelos, el ciclo alcista del sector inmobiliario que le precedió durante la última década (1997-2006), no podía hacer prever la magnitud de lo que ha venido en llamarse comúnmente como "burbuja inmobiliaria", con un alcance que, todavía hoy, no se puede afirmar que haya terminado. Buena prueba de ello es que desde finales de 2007 y durante los dos años siguientes, inmobiliarias, promotoras, y constructoras relacionadas con el sector, se vieron obligadas a presentar concurso -es el caso de MARTINSA-FADESA, entre las más importantes-, refinanciar su deuda financiera, enajenar activos, convenir daciones en pago, etc...

de manera tan brusca y, por tanto, no se le puede atribuir el riesgo al deudor, pero tampoco proporciona elementos decisivos en los que basarse.

La inclusión del fin de protección del contrato en esta resolución no es relevante, puesto que simplemente sirve para introducir que el deudor de buena fe no tiene que soportar todos los daños derivados de su incumplimiento, pero ni se proporciona una explicación de qué es este fin ni de su régimen jurídico. Simplemente, se enuncia esa frase y procede a aplicarse la regla de la previsibilidad como se formula en el artículo 1107 del Código Civil.

V. LA ARTICULACIÓN ENTRE PREVISIBILIDAD Y FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO: UN PROBLEMA SISTEMÁTICO

En este apartado, se exponen diversas maneras que existen de coordinar los criterios establecidos en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023. En primer lugar, se explica el problema que existe según la naturaleza jurídica que se atribuya a la regla de la previsibilidad y al fin de protección del contrato a la creación del régimen aplicable al deudor doloso. Es decir, en qué manera existe un régimen propio para el deudor doloso según se califiquen los criterios restrictivos para el deudor no doloso. En segundo lugar, se desarrollan las diversas maneras de comprender el régimen del deudor no doloso dependiendo de cómo se comprendan los criterios establecidos para él.

V.1. Previo: ¿un problema de coordinación en el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023?

El artículo 1190 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 establece, en apariencia, un doble régimen según el tipo de incumplimiento –no doloso o doloso–. Sin embargo, un análisis más profundo de su redacción pone en cuestión el doble régimen y permite cuestionarse si en realidad hay uno solo.

Ello se debe a que el régimen del deudor no doloso incluye dos criterios de delimitación del daño: la previsibilidad y el fin de protección del contrato. El deudor doloso no gozaría, en apariencia, de estas restricciones y respondería de todos los daños causados, siempre que le sean objetivamente imputables.

La principal dificultad que encuentra esta interpretación se da por el carácter de criterio de imputación objetiva que se otorga al fin de protección del contrato en la doctrina española. Coincide con la caracterización que se le otorga en Alemania –donde fue formulado–. Todo esto supone que, en principio, también debiera resultar de aplicación en el caso del deudor doloso.

Asimismo, el criterio de la previsibilidad es calificado mayoritariamente como de imputación objetiva. Especialmente relevantes son aquí las opiniones de Morales Moreno, Pantaleón Prieto o Soler Presas. Estos tres autores otorgan esta caracterización a la regla de la previsibilidad. Todo ello supone que, en principio, también deba aplicarse al caso del deudor doloso de conformidad con el artículo 1190.2 de la Propuesta de Modernización de 2023.

En suma, si el fin de protección del contrato y la regla de la previsibilidad son criterios de imputación objetiva, aparentemente, deben ser también de aplicación al deudor doloso, puesto que responde por el daño que le sea objetivamente imputable.

Las únicas opciones que permiten dotar de contenido propio el régimen del deudor doloso pasan por (i) negar la calificación de criterio de imputación objetiva a la previsibilidad y al fin de protección del contrato o (ii) entender que son criterios de imputación objetiva que no pueden aplicarse al régimen del deudor doloso.

Mediante la primera opción –no calificar la previsibilidad y el fin de protección del contrato como criterios de imputación objetiva– se consigue dotar de contenido a los dos regímenes. En relación con la previsibilidad es una cuestión más asumida por la doctrina, en tanto que se ha calificado tanto como criterio de imputación subjetiva como de delimitación del daño resarcible impuesto por la ley. El principal problema que presenta esta alternativa es para el fin de protección del contrato, puesto que siempre se ha calificado como criterio de imputación objetiva y es esta naturaleza la que ha tenido desde su formulación por Rabel.

Mediante la segunda opción –no aplicarlos al deudor doloso– se puede crear un doble régimen jurídico. Sin embargo, esta opción obliga a crear clases de criterios de imputación objetiva –los que siempre se aplican y los que no–. Además, la introducción de este tipo de sistema pervierte lo que es en sí la imputación objetiva y deja de ser en teoría un conjunto de criterios para determinar qué se imputa y que no guarda relación

con la conducta subjetiva del deudor a ser un puro criterio de imputación basado en el comportamiento del deudor⁶⁵.

V.2. La coordinación entre la previsibilidad y el fin de protección del contrato

Como se ha expuesto, el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización del Código Civil de 2023 contiene dos criterios de delimitación del daño para el caso de incumplimiento no doloso: la previsibilidad y el fin de protección del contrato.

Respecto a la regla de la previsibilidad no hay divergencias sobre su contenido o funcionamiento: el deudor no resarcirá los daños que no pudo prever –imprevisibles– cuando celebró el contrato.

En cambio, las diversas interpretaciones que se dan en la doctrina española al fin de protección del contrato auguran una mayor dificultad. Ello se debe tanto a la falta de definición sobre qué son como a la coordinación entre los dos criterios.

V.2.1. La interpretación basada en el fin de protección del contrato como equivalente de la previsibilidad

Las interpretaciones que entienden el criterio de fin de protección del contrato como equivalente a la previsibilidad no suponen problema alguno a la hora de aplicar el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023⁶⁶. Simplemente, se establece dos veces la previsibilidad del perjuicio como restricción indemnizatoria. Dicho de otro modo, el artículo 1190.1 debería leerse como una restricción basada en la previsibilidad al momento de contratar.

Fin de protección del contrato = Previsibilidad
Fin de protección del contrato + Previsibilidad = Previsibilidad + Previsibilidad

⁶⁵ Se trata de la crítica que GARCÍA AMADO (2013) realiza de este tipo de criterios y le lleva a considerar que son criterios subjetivos y sin relación con la determinación del nexo de causalidad.

⁶⁶ Por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO (1991: 1027).

Se estaría, por lo tanto, ante una interpretación similar a la que realizan algunos autores del artículo 1107.I del Código Civil vigente. Este grupo entiende que *consecuencia necesaria* significa que el daño fuera previsto o previsible al momento de contratar⁶⁷. Por lo tanto, se reforzaría la necesidad de realizar el análisis de la previsibilidad.

En suma, mediante esta interpretación no se introduciría ninguna novedad en el artículo 1190 de la Propuesta, sino que se mantendría el criterio del artículo 1107 del Código Civil vigente, si bien con otra terminología.

V.2.2. La interpretación basada en el contenido atribuido por el Tribunal Supremo: la reintroducción de la consecuencia necesaria en la Propuesta de Modernización de 2023

El Tribunal Supremo explica en las dos sentencias en las que hace referencia al fin de protección del contrato que esta expresión significa la suma de la regla de la previsibilidad y la restricción basada en la *consecuencia necesaria* del artículo 1107.I del Código Civil vigente. Es cierto que las dos resoluciones en las que se hace referencia al criterio no se aplica el contenido atribuido a la expresión, sino que se resuelve con base en el criterio de la previsibilidad.

La interpretación basada en la suma de la *consecuencia necesaria* y la regla de la previsibilidad supondría que el artículo 1190 de la Propuesta de Modernización de 2023 incluyera una doble referencia a la previsibilidad y una adicional al criterio de consecuencia necesaria.

⁶⁷ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (2008: 147); LACRUZ BERDEJO (2011: 207); LEÓN GONZÁLEZ (2002: 147); MORALES MORENO (2010: 159).

Expresamente en contra de este criterio se muestra CRISTÓBAL MONTÉS (1989: 292-293; 1990: 570) al considerar que el Código Civil impone dos criterios: uno primero de necesidad y uno segundo de previsibilidad. De esta manera, el daño resarcible ha de ser siempre *consecuencia necesaria* y, dentro del daño *consecuencia necesaria*, debe distinguirse entre el previsible y el imprevisible.

Fin de protección del contrato = Previsibilidad + Consecuencia necesaria
Fin de protección del contrato + Previsibilidad = Previsibilidad + Previsibilidad + Consecuencia necesaria

Supone mantener parte de la complejidad del actual artículo 1107 del Código Civil que mezcla dos criterios de origen diverso: uno inspirado en ordenamientos extranjeros – regla de la previsibilidad– y otro creado por García Goyena –la consecuencia necesaria– en el marco del rechazo a la regla de la previsibilidad⁶⁸. Asimismo, esta interpretación se basaría en unas afirmaciones realizadas por el Tribunal Supremo que luego no llegan a ser aplicadas. De las dos resoluciones en las que hace referencia al fin de protección del contrato no se extrae ninguna consecuencia, puesto que acaba resolviendo los casos con base en la regla de la previsibilidad.

En conclusión, esta opción interpretativa tampoco alteraría el régimen vigente, sino que lo reforzaría al volver a introducir la expresión *consecuencia necesaria* en el texto, si bien de forma implícita.

V.2.3. El fin de protección del contrato a la alemana: el absurdo de la suma

La interpretación del criterio de fin de protección del contrato en el sentido alemán y su coordinación con la regla de la previsibilidad implica que este criterio no se aplique⁶⁹. Ello se debe al hecho de que la regla de la previsibilidad fija el daño resarcible al momento de contratar⁷⁰, de modo que ningún perjuicio imprevisible en ese momento y que posteriormente se pueda prever será indemnizable. En cambio, el fin de protección del contrato toma como referencia temporal el momento del incumplimiento para determinar

⁶⁸ Así lo explica el autor en los comentarios al artículo 1.016 del Proyecto de Código Civil de 1851.

⁶⁹ Como puso de manifiesto RUIZ ARRANZ (2016).

⁷⁰ No se está ni ante una liquidación de los tipos de perjuicio ni de su cuantía. Es decir, no se fija una estimación de cuál será la indemnización. Simplemente, se determina qué daño era imprevisible o previsible y son los que podrán resarcirse. Ahora bien, la imputación de la característica sobre la previsibilidad se realiza en el momento de reclamar la indemnización, pero se toma como referencia temporal el momento de la celebración del contrato.

el perjuicio resarcible. Es decir, no se fija el daño indemnizable al contratar, sino al incumplir.

La combinación de ambos criterios supone que no llegue a aplicarse nunca el de fin de protección del contrato. Ello se debe a que la regla de la previsibilidad actúa como una restricción más severa al no permitir que daños que son resarcibles en virtud del criterio de fin de protección del contrato –aquellos que con posterioridad a la celebración del contrato se descubre que ocurrirán y eran imprevisibles al contratar– no pueden ser resarcidos porque la regla de la previsibilidad lo impide.

Esto se observa muy claramente en el siguiente ejemplo⁷¹: la demandante es la vendedora de un solar en Valencia y pacta con la demandada –compradora– el pago del precio aplazado. En el momento de celebrar el contrato no le indica nada sobre qué va a hacer con el dinero obtenido, si reinvertirlo, gastarlo o depositarlo en una entidad financiera. Pero después de celebrado, le expresa su voluntad de invertirlo en un producto derivado que replica la evolución de la bolsa española, concretamente, del índice Íbex 35.

Llegado el momento de pago del precio, la compradora impaga y, tras los trámites correspondientes, la vendedora consigue resolver por incumplimiento. Reclama una indemnización por el beneficio no obtenido hasta ese momento si hubiera invertido el precio de la compraventa en el producto financiero⁷².

El daño sufrido por la vendedora es imprevisible al momento de contratar, puesto que nada se dice cuando se celebra el contrato sobre qué se quería hacer con el precio⁷³. Sin embargo, el daño sí era previsible al momento de incumplir, puesto que la vendedora conocía la voluntad de invertir el dinero. En este caso, sí resulta resarcible de acuerdo con el criterio de fin de protección del contrato.

Al combinar ambos, el resarcimiento del daño sufrido por la vendedora no procede, puesto que el criterio de previsibilidad lo impide. Ello supone que la regla de la

⁷¹ Se trata de una adaptación de los hechos de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011.

⁷² Debe tenerse en cuenta que no es un beneficio especulativo. Ello se debe a que la comparación entre aquello que se habría invertido y el valor que tendría en ese momento configura la ganancia dejada de obtener.

⁷³ Es justo lo que afirma el Tribunal Supremo en la sentencia en la que se inspira este ejemplo.

previsibilidad actúe como una restricción más severa a la hora de determinar el daño indemnizable.

El único caso en el que el criterio de fin de protección del contrato puede implicar una restricción al resarcimiento distinta a las que impone la regla de la previsibilidad sería el supuesto de un daño previsible al momento de contratar y que, al incumplir, fuera imprevisible. Ahora bien, es un supuesto de laboratorio y cuya manifestación práctica parece inexistente.

En definitiva, se introduciría un criterio nuevo de delimitación del daño cuya función sería meramente decorativa. El hecho de que no pueda ser aplicado por ser más laxo que los ya vigentes supone que carezca de operatividad.

V.2.4. La interpretación basada en Soler Presas: un intento de dotar de contenido a la suma de los criterios

La única interpretación en la que ambos criterios se coordinan y cada uno tiene su lugar es la que realiza Soler Presas. Para esta autora, el criterio de previsibilidad presenta como gran inconveniente que la cuantía del daño no es tomada en cuenta⁷⁴. Además, rechaza la posibilidad de moderar con base en el artículo 1103 del Código Civil vigente la responsabilidad por daños previsible en su naturaleza, pero no en su cuantía. Ello supone que no hay una vía de escape para estos supuestos.

Sin embargo, la autora soluciona el asunto con el fin de protección del contrato, que tendría como misión evitar la responsabilidad por perjuicios de cuantía extraordinaria, si bien previsible.

A modo de ejemplo de cómo se aplicaría esta solución se presenta el siguiente caso: A compra a B una caja fuerte para instalarla en el domicilio. B desconoce que A es dueño de una tiara de elevado valor que perteneció a un miembro de la familia real de Prusia con un valor de 10 millones de euros. A sufre un robo en su casa y pierde la tiara, puesto que la caja fuerte no cumplía con los requisitos mínimos de seguridad. Era

⁷⁴ Téngase en cuenta lo explicado en el punto IV.3 de este artículo.

previsible para B al momento de contratar que A guardaría joyas en ella, pero no que tengan un valor tan elevado como el de la tiara.

En este supuesto, el criterio de previsibilidad no descartaría el resarcimiento del daño por la tiara, pero el de fin de protección del contrato, sí, puesto que el valor de la joya era extraordinario y desconocido para B.

Los problemas que plantea esta alternativa son (i) la desvinculación de la doctrina del fin de protección del contrato de su contenido original, (ii) la falta de claridad en su manifestación al no ser explícito que el fin de protección del contrato pretenda limitar la responsabilidad frente a daños de gran cuantía y (iii) que su formulación no es expresa, sino implícita al manifestar los problemas de la regla de la previsibilidad en Inglaterra cuando se aplica a los *consequential damages*.

Esta interpretación puede obviarse de maneras diversas. Por ejemplo, entendiendo que la regla de la previsibilidad se refiere también a la cuantía del perjuicio o mediante la introducción de vías de escape para ciertos supuestos.

VI. CONCLUSIONES

El artículo 1190 de la Revisión de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos modifica el régimen vigente en el actual artículo 1107 del Código Civil, al introducir el criterio de fin de protección del contrato como restricción adicional al resarcimiento por el deudor no doloso.

Esta alteración tiene un alcance muy reducido, puesto que su aplicación práctica será escasa o nula. Ello se debe a las interpretaciones que se han dado hasta el momento del criterio de fin de protección del contrato. Las que lo equiparan con el criterio de la previsibilidad no añaden nada respecto a la regla ya existente al reiterar la restricción que ya se encuentra vigente. Las que lo entienden en el sentido alemán –lugar de origen de este criterio– lo dejan sin aplicación, puesto que la restricción que impone coincide en su contenido con el de la previsibilidad, si bien de manera menos estricta.

La única forma posible de dotar de contenido a esta nueva restricción supone entender que se refiere a la previsibilidad respecto a la cuantía del daño. El principal problema que surge es que no guarda relación con el significado original alemán de fin

de protección del contrato. Además, resulta una interpretación fácilmente prescindible mediante la concepción de la previsibilidad como una restricción basada tanto en el tipo de daño como en la cuantía del perjuicio.

Dicho de otro modo, la introducción del fin de protección del contrato como criterio adicional no aporta nada. En la interpretación alemana, todos los daños que limita el fin de protección del contrato caen bajo el paraguas de la previsibilidad. En la interpretación que lo equipara con la previsibilidad, se reitera el contenido.

Todo ello lleva a pensar que seguramente sería mejor eliminar este criterio de la Propuesta de Modernización de 2023 con el fin de simplificar la regulación del alcance de la indemnización y mantener los criterios tradicionales, que la exposición de motivos del texto propuesto dice querer respetar.

Bibliografía

- ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013), “Artículo 1107”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (arts. 1043 a 1264)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BEALE, H. G. (2021), “Damages”, en BEALE, H. G. (Ed.), *Chitty on Contracts*, vol. 1, 34.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres.
- BEATSON, J., BURROWS, A. y CARTWRIGHT, J. (2020), *Anson’s Law of Contract*, 31.ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- BIANCA, C. M. (2021), *Diritto Civile*, vol. 5, 3.ª ed., Giuffrè, Milán.
- BUSTO LAGO, J. M. (2014), “Sentencia de 10 de febrero de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96 (pp. 241-256).
- CARRASCO PERERA, Á. (1991), “Artículo 1107”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, vol. XV, Edersa, Madrid.
- CARRASCO PERERA, Á. (2024), *Derecho de contratos*, 4.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- CRISTÓBAL MONTÉS, Á. (1989), *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid.
- CRISTÓBAL MONTÉS, Á. (1990), “El enigmático artículo 1107 del Código Civil español”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- DERNBURG, H. (1894), *Pandekten*, vol. 2, 4.ª ed., G. W. Müller, Berlín.
- DI MAJO, A. (2009), *Le tutele contrattuali*, G. Giappichelli Editore, Turín.

- DÍAZ ALABART, S. (1989), “Artículo 1103”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S. (Coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, vol. XV, Edersa, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo II. Las relaciones obligatorias*, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- DJORDJEVIĆ, M. (2018), “CISG Art. 74”, en KRÖLL, S., MISTELIS, L. y PERALES VISCASILLAS, M. P. (Eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2.^a ed., Nomos Verlag, Múnich.
- DOMAT, J. (1844), *Las Leyes Civiles en su orden natural*, t. II, trad. de VILARRUELAS, F. y SARDA, J., Imprenta de José Tauro, Barcelona.
- FUENTES GUÍÑEZ, R. (2009), *La extensión del daño contractual en los derechos español y chileno*, tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca.
- FULLER, L. y PERDUE, W. (1957), *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, trad. de PUIG BRUTAU, J., Bosch, Barcelona.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2013), “Sobre algunos mitos del derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2022), “Imputación objetiva y responsabilidad civil por daño derivado de conducta dolosa”, en ÁLVAREZ OLALLA, P. (Dir.), *Nuevas perspectivas en la responsabilidad civil. Revisión crítica de la imputación objetiva*, Aranzadi, Cizur Menor.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852), *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2011), “Sentencia de 17 de marzo de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87 (pp. 1775-1794).
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (2008), *Imputación objetiva, causa próxima, alcance de los daños indemnizables*, Comares, Granada.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2011), “Daños indemnizables en el Derecho contractual inglés: hacia una revisión de la «remoteness rule»”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 1 (pp. 125-156).
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I. (2013), “Los deberes de evitación y mitigación del daño en el derecho privado contemporáneo”, en HERRADOR GUARDIA, M. J. (Dir.), *Derecho de daños*, Aranzadi, Cizur Menor.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2011), *Elementos de derecho civil: derecho de obligaciones*, t. II, vol. I, Dykinson, Madrid.
- LANA ARCEIZ, V. J. (2025), *El deber de mitigar el daño. Un análisis desde la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi, Cizur Menor.

- LANGE, H. (1976), “Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständiger Zurechnungsmomente”, *JuristenZeitung*, vol. 31, núm. 7 (pp. 198-207).
- LARENZ, K. (1927), *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig.
- LARENZ, K. (1958), *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 3.^a ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich y Berlín.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. M. (2002), “Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil”, en GARCÍA SÁNCHEZ, J., DE LA ROSA DÍAZ, P. y TORRENT RUIZ, A. (Coords.), *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, vol. II, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Salamanca.
- LÓPEZ MAS, P. J. (2021), *El lucro cesante. Configuración actual y criterios para su determinación judicial*, Dykinson, Madrid.
- LUPOI, M. (1969), *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Giuffrè, Milán.
- MCGREGOR, H. (2009), *McGregor on Damages*, 18.^a ed., Sweet & Maxwell, Londres.
- MOMMSEN, F. (1855), *Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, C. A. Schwerschke, Braunschweig.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (1995), “Sobre la responsabilidad del deudor de buena fe en el art. 1107 CC”, en DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL (UNIVERSITAT DE VALÈNCIA) (Coord.), *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTÉS PENADÉS, V. L. (2007), “La responsabilidad por dolo”, en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid.
- MORALES MORENO, A. M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid.
- OETKER, H. (2022), “§ 249 Art und Umfang des Schadenersatzes”, en KRÜGER, W. (Ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 2, vol. 1, 9.^a ed., Beck Verlag, Múnich.
- PANTALEÓN PRIETO, Á. F. (1990), “Causalidad e imputación objetiva: criterio de imputación”, en ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- PANTALEÓN PRIETO, Á. F. (1991), “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 3 (pp. 1019-1092).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965), *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Gráficas Cóndor, Madrid.

- PEÑA LÓPEZ, F. (2011), *Dogma y realidad del Derecho de daños: imputación objetiva, causalidad y culpa en el sistema español y en los PETL*, Aranzadi, Cizur Menor.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015), “La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del contrato”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2016), *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PUIG BRUTAU, J. (1957), *Comentario a la traducción de Fuller y Perdue*, Bosch, Barcelona.
- RABEL, E. (1964), *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, vol. 1, reedición, Walter de Gruyter, Berlín.
- RAISER, T. (1963), “Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm”, *JuristenZeitung*, vol. 15, núm. 18 (pp. 462-466).
- ROSSI, F. (2014), “Capitolo III. Prevedibilità del danno”, en COSTANZA, M. (Dir.), *Il danno contrattuale*, Zanichelli Editore, Turín.
- RUIZ ARRANZ, A. I. (2016), “La doctrina de fin de protección del contrato como vía de delimitación del daño indemnizable en derecho alemán y español. Un análisis comparado”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 34 (pp. 409-440).
- SAENGAR, I. (2018), “Art. 74 [Umfang des Schadenersatzes]”, en FERRARI, F. (Coord.), *Internationales Vertragsrecht*, 3.^a ed., Beck, Múnich.
- SALELLES CLIMENT, J. R. (2007), *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2021), “Artículo 1107”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor.
- SCHERMAIER, M. J. (2007), “§§ 280-285”, en SCHMOECKEL, M., RÜCKERT, J. y ZIMMERMANN, R. (Coords.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, t. II, vol. 1, Mohr Siebeck, Tübinga.
- SCHWENZER, I. (2010), “Article 74”, en SCHWENZER, I. (Ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., Oxford University Press, Oxford.
- SCHWENZER, I. (2019), “Art. 74 [Umfang des Schadenersatzes]”, en SCHWENZER, I. y SCHROETER, U. G. (Coords.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7.^a ed., Beck, Múnich.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2011), “La extensión de la obligación de indemnizar: algunas reflexiones en torno al art. 1107 CC”, en BLASCO GASCÓ, F., CLEMENTE

- MEORO, M., ORDUÑA MORENO, F. J., PRATS ALBENTOSA, L. y VERDERA SERVER, R. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SOLER PRESAS, A. (1995), “El deber de mitigar el daño (a propósito de la STS 1.ª de 15-11-94)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 2 (pp. 951-970).
- SOLER PRESAS, A. (1998), *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Madrid.
- VILLA, G. (2022), “Inadempimento contrattuale e risarcimento”, en ROPPO, V. (Dir.), *Trattato del contratto*, vol. V, 2.ª ed., Giuffrè, Milán.
- VIVAS TESÓN, I. (2014), “Sentencia de 10 de febrero de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96 (pp. 281-306).
- VON CAEMMERER, E. (1956), *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Hans Ferdinand Schulz Verlag, Friburgo.
- WIELING, H. J. (1970), *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Böhlau Verlag, Colonia y Viena.
- WINDSCHEID, B. (1865), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. II, vol. 1, Verlagshandlung von Julius Buddeus, Düsseldorf.
- ZIMMERMANN, R. (1996), *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford.
- ZURITA MARTÍN, I. (2016), “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, *InDret*, núm. 4.

Anexo jurisprudencial

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

- STS de 23 de julio de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3068).
- STS de 16 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:38).
- STS de 3 de junio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1917).
- STS de 10 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:980).
- STS de 17 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2025).
- STS de 15 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4384).
- STS de 30 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5804).
- STS de 22 de febrero de 1946 (ECLI:ES:TS:1946:413).

Alemania

BGH, sentencia de 9 de diciembre de 2020 (VIII ZR 371/18; ECLI:DE:BGH:2020:091220UVIIIZR371.18.0).

BGH, sentencia de 21 de noviembre de 2019 (III ZR 244/18; ECLI:DE:BGH:2019:211119UIIIZR244.18.0).

LG Hannover, sentencia de 1910 (Recht 1910, 36).

Reino Unido

Transfield Shipping Inc v. Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48.

Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch. 341.

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS MEDIOS ADECUADOS DE
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS (MASC): DELIMITACIÓN ENTRE
RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES Y RESPONSABILIDAD
PROFESIONAL DE LOS PRESTADORES¹**

*Civil Liability in Alternative Dispute Resolution (ADR): Distinguishing Between the
Liability of the Parties and the Professional Liability of ADR Practitioners*

ESTHER MONTERROSO CASADO

esther.monterroso@udima.es

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid

Cómo citar / Citation

Monterroso Casado, E. (2026).

La responsabilidad civil en los medios adecuados
de solución de controversias (MASC)

Cuadernos de Derecho Privado, núm. 15, pp. 155-207

DOI : <https://doi.org/10.62158/cdp.99>

(Recepción: 07/03/2026; aceptación: 04/09/2026; publicación: 08/09/2026)

Resumen

La Ley Orgánica 1/2025 ha situado los medios adecuados de solución de controversias (MASC) en el centro del sistema de resolución de conflictos en materia civil y mercantil, configurándolos, con determinadas excepciones, como paso previo al proceso judicial. La reforma refuerza la idea de que las partes deben intentar negociar de buena fe antes de acudir a los tribunales.

Este trabajo analiza el régimen de responsabilidad civil que puede derivarse del desarrollo de estos mecanismos cuando, en ese contexto, se producen daños. Por un lado, distingue entre las consecuencias procesales asociadas a la conducta preprocesal de las partes y la responsabilidad civil propiamente dicha, que solo surge cuando existe un daño real causado por una actuación incorrecta. Por otro, examina la responsabilidad de los profesionales que intervienen en estos procedimientos, cuyo enjuiciamiento no depende del éxito o fracaso del acuerdo, sino del cumplimiento de los deberes profesionales inherentes a su intervención.

El estudio pone de manifiesto un cierto desequilibrio normativo entre la intensa regulación del comportamiento de las partes y la ausencia de un marco común igualmente claro para la responsabilidad de los profesionales que gestionan los MASC. Desde esta perspectiva, se propone avanzar hacia un régimen más sistemático de deberes

¹ Esta investigación se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación», (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00 y en la Red de investigación: «Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad» (RED2024-153961-T), coordinada por Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027.

profesionales, responsabilidad civil y mecanismos de aseguramiento, con el fin de reforzar la seguridad jurídica y la confianza en el modelo de justicia colaborativa.

Palabras clave

responsabilidad civil, MASC, Ley Orgánica 1/2025, justicia colaborativa, estándar profesional de diligencia, seguro de responsabilidad civil.

Abstract

Organic Law 1/2025 has placed appropriate dispute resolution mechanisms (ADR) at the centre of the system for resolving civil and commercial disputes, establishing them, with certain exceptions, as a prior step before judicial proceedings. The reform reinforces the idea that parties should attempt to negotiate in good faith before resorting to the courts.

This article examines the civil liability issues that may arise in this context when harm occurs during the use of ADR mechanisms. On the one hand, it distinguishes between the procedural consequences attached to the parties' pre-litigation conduct and civil liability properly so called, which arises only where actual damage results from wrongful conduct. On the other hand, it analyses the liability of the professionals involved in these procedures, which does not depend on whether an agreement is ultimately reached but on compliance with the professional duties and the applicable standard of care.

The study identifies a regulatory imbalance between the detailed regulation of the parties' conduct and the absence of an equally clear framework governing the liability of professionals managing ADR processes. From this perspective, it argues for the development of a more coherent framework of professional duties, civil liability and insurance mechanisms in order to strengthen legal certainty and reinforce confidence in the system of cooperative justice.

Keywords

Civil liability, ADR, Organic Law 1/2025, cooperative justice, professional standard of care, civil liability insurance.

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. I.1. La expansión normativa de los MASC tras la LO 1/2025. I.2. Justificación de la necesidad de un tratamiento autónomo entre dos planos de responsabilidad. II. Responsabilidad civil derivada del uso de los MASC POR LAS PARTES. II.1. Fundamento y delimitación de la responsabilidad civil en el uso de los MASC. II.2. Posibles supuestos de responsabilidad civil derivados del uso de los MASC. II.2.1. La vulneración del deber de confidencialidad. II.2.2. Sobre la instrumentalización abusiva del procedimiento negociador y la negociación dilatoria. III. Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de MASC. III.1. Prestación profesional y naturaleza jurídica de la relación. III.2. Régimen normativo de los prestadores de MASC. III.3. Deberes profesionales y estándar de diligencia. III.4. Responsabilidad de las instituciones. III.5. Seguro, garantía y distribución del riesgo. IV. Hacia un estatuto común del prestador de MASC. V. CONCLUSIONES. VI. PROPUESTA DE LEGE FERENDA. *Bibliografía. Anexo jurisprudencial.*

I. INTRODUCCIÓN

I.1. La expansión normativa de los MASC tras la LO 1/2025

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LO 1/2025), marca un punto de inflexión en la configuración del acceso a la justicia civil. No se trata de una simple reforma organizativa, sino de un cambio profundo del enfoque del sistema, que deja de centrarse únicamente en la intervención judicial ante los conflictos para priorizar una resolución responsable, negociada y colaborativa, en definitiva, más cooperativa².

La Exposición de Motivos formula con claridad este cambio de paradigma. En ella se afirma que «se introducen en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, otros medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, como medida imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible». Y añade, en un pasaje especialmente significativo desde un enfoque tan simbólico como práctico, que, sin cuestionar «la indiscutible importancia constitucional del ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y tribunales», la incorporación de estos mecanismos, ya consolidados en el Derecho comparado, responde a la idea de que *antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia*. Con ello se pretende potenciar la negociación entre las partes, directamente o con la intervención de un tercero neutral, sobre la base de que estos medios pueden reducir el conflicto, evitar la sobrecarga de los tribunales y ofrecer soluciones adecuadas para la mayoría de las controversias civiles y mercantiles, como sucede en numerosos conflictos contractuales o derivados de obligaciones patrimoniales.

La eficiencia ya no depende solo de la organización y los recursos de los tribunales, sino también del comportamiento de quienes acuden a ellos. Como consecuencia de este planteamiento, los medios adecuados de solución de controversias (MASC) se configuran como requisito previo de procedibilidad³ para acceder a la vía

² Este enfoque ha sido ampliamente destacado por la doctrina, entre otros: Broto Cartagena (2025); Calaza López y Ordeñana Gezuraga (2025: 25-28); Calaza López (2022; 2025a: 1-27); Quintana García (2025: 25); Barona Vilar (2025); Jerez Delgado (2025: 191-226); Valderas (2025: 341-346); Molt y Barona Vilar (2024: 15-48); Planchadell Gargallo (2024: 49-74); Luaces Gutiérrez (2023: 195-228); Vázquez de Castro (2022: 17-33).

³ Según el Informe 2025 del Observatorio de la Actividad de la Justicia (Fundación Aranzadi La Ley), al cierre de 2024 había más de 4,5 millones de asuntos en tramitación, con una tasa media de congestión de 1,80, lo que evidencia la presión estructural persistente sobre los órganos jurisdiccionales.

jurisdiccional en los asuntos civiles y mercantiles⁴, en los términos previstos en el artículo 5 de la LO 1/2025 y con las excepciones que el propio precepto contempla⁵.

Esta exigencia no solo busca aliviar la carga de los tribunales, sino también orientar los conflictos hacia un modelo de justicia más equilibrado en la utilización de los recursos públicos, basado en la responsabilidad compartida de quienes litigan y en un uso más racional del sistema. La presión sobre los tribunales, reflejada en el aumento de los casos y en los altos índices de congestión, muestra que, en muchos casos, estos mecanismos permiten resolver los conflictos de forma más rápida y eficaz. Con la LO 1/2025, los MASC se consolidan como herramientas para reducir la judicialización de los conflictos y mejorar su gestión. Su valor no está solo en ahorrar tiempo y dinero, sino también en ofrecer soluciones adaptadas a la complejidad del problema y, en muchos casos, en preservar las relaciones personales o comerciales implicadas⁶.

En este contexto, la doctrina ya ha venido señalando que los MASC no solo benefician directamente a las partes implicadas, sino que también alivian la carga del sistema judicial en su conjunto. Como ha destacado Pastor Prieto, estos mecanismos permiten resolver los conflictos de manera más ágil, económica y flexible que la vía judicial ordinaria, reduciendo la exposición al riesgo y la incertidumbre de los litigantes, al tiempo que mejoran la eficiencia y la previsibilidad del proceso en aspectos clave donde tradicionalmente la justicia ha sido criticada por lentitud, costes elevados e imprevisibilidad⁷.

Este cambio de enfoque tiene efectos prácticos y jurídicos concretos. La reforma vincula la actitud que las partes adoptan antes de iniciar un proceso con el régimen de costas, introduce la necesidad de intentar la negociación como requisito previo en ciertos casos y reconoce la figura del abuso del servicio público de Justicia para corregir un uso

⁴ La doctrina ha analizado extensamente la configuración de los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad para acceder a la tutela judicial efectiva; al respecto, véase: Hinojosa Segovia (2025a: 827-851); Belhadj Gómez (2025); Moreno García (2024: 137-148); Cueto Santa Eugenia (2025: 131-138); y Pérez Daudí (2024: 157-182; 2025: 179-210).

⁵ Véase el artículo 5 de la LO 1/2025, que regula el requisito de procedibilidad en tales asuntos, exceptuando de esta exigencia la tutela de derechos fundamentales, medidas de apoyo a personas con discapacidad, asuntos de filiación, paternidad o maternidad, tutela sumaria de la tenencia o posesión, resolución sumaria de demolición de obras en ruina, determinados procedimientos de protección de menores, la interposición de demandas ejecutivas, solicitudes de medidas cautelares, expedientes de jurisdicción voluntaria y procedimientos regulados por reglamentos europeos.

⁶ Monterroso Casado (2016: 5-32).

⁷ Pastor Prieto (2007: 56).

indebido del derecho de acción⁸. En este contexto, la buena fe deja de ser una fórmula retórica y pasa a convertirse en un criterio efectivo de valoración judicial, con repercusiones tanto procesales como económicas.

Desde un punto de vista constitucional, la expansión de los MASC no supone, en principio, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), sino una forma distinta de entender cómo se protege ese derecho, manteniéndose la jurisdicción como garantía última de los derechos. No obstante, este modelo plantea interrogantes relevantes sobre su alcance y sus límites constitucionales⁹.

En este marco, surgen también consecuencias inéditas para nuestro proceso civil porque el acceso a la jurisdicción puede depender de que las partes hayan desarrollado previamente una conducta negociadora, y la forma en que actúan antes y durante el proceso puede tener efectos económicos importantes, vinculados, por ejemplo, al régimen de costas o a la valoración de la buena fe¹⁰. Sin embargo, la Ley no articula un régimen general y sistemático de responsabilidad civil vinculado al uso de los MASC. Su intervención en este ámbito es fragmentaria y se concentra, de manera principal, en aspectos como el deber de confidencialidad¹¹. Esta asimetría normativa obliga a distinguir con cuidado entre las consecuencias procesales derivadas del comportamiento de las partes, en términos de procedibilidad o costas, y la eventual responsabilidad civil por

⁸ Para un análisis detallado del recurso a los MASC como instrumento para prevenir el uso abusivo del servicio público de justicia y favorecer una racionalización del sistema procesal, véase Ferreiro Baamonde (2023: 35-80) y Ruiz Risueño (2025: 271-288).

⁹ De hecho, se ha planteado recientemente un recurso de inconstitucionalidad, lo que exige cautela respecto de sus límites y de los ámbitos en los que pueden exigirse estos intentos previos. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia de Alcántara (Cáceres), ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por la posible vulneración de la tutela judicial efectiva al exigir la aportación previa a MASC en una demanda de modificación de medidas paterno-filiales, lo que, dada la indisponibilidad de los derechos de los menores, plantea dudas de proporcionalidad y coherencia con las garantías previstas en la LO 1/2025. Con la admisión a trámite de 12 de febrero de 2026, el alto tribunal ha apreciado que la cuestión suscitada presenta relevancia y entidad suficientes como para ser examinada en sede constitucional, siendo preciso, por lo tanto, examinar si la configuración legal del acceso a la jurisdicción, cuando afecta a derechos fundamentales de terceros como los menores, respeta adecuadamente el contenido constitucionalmente garantizado del derecho de acceso a la justicia.

¹⁰ Monterroso Casado (2026: 1-27), donde se examina, desde una perspectiva complementaria, la incidencia de la LO 1/2025 sobre el régimen de costas procesales, la buena fe negociadora y la función preventiva del proceso civil.

¹¹ Sobre la regulación de las diferentes modalidades de negociación previa introducida por la LO 1/2025, véanse los arts. 14 a 19, que contemplan, entre otras, la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión de persona experta independiente y el proceso de Derecho colaborativo.

daños, ya sea en el plano del uso del mecanismo o en el de la actuación profesional de quienes lo gestionan.

En este contexto, el presente trabajo parte de la premisa de que la LO 1/2025 ha reforzado de manera significativa las exigencias de conducta de las partes en la fase preprocesal, al situar la negociación previa y la buena fe como elementos relevantes del acceso a la jurisdicción. Sin embargo, esta intensificación normativa no se ha acompañado de la construcción de un estatuto homogéneo de responsabilidad para los profesionales que intervienen en los MASC. Esta disparidad constituye uno de los principales problemas sistemáticos del nuevo modelo y es el eje central del análisis que se desarrolla en este estudio.

Desde esta perspectiva, más que constatar el creciente protagonismo de los MASC, interesa determinar cómo debe articularse la responsabilidad civil cuando su utilización o su gestión profesional generan daños efectivos.

1.2. Justificación de la necesidad de un tratamiento autónomo entre dos planos de responsabilidad

Con la LO 1/2025 los MASC se integran en el sistema procesal: la negociación previa pasa a formar parte del sistema procesal, la buena fe influye en cómo se comportan las partes antes de iniciar un proceso, y el uso responsable del procedimiento puede tener consecuencias económicas concretas. Este nuevo encaje normativo exige delimitar con mayor precisión los distintos planos de responsabilidad que pueden generarse.

Mientras que la mediación cuenta con una regulación específica que contempla expresamente la responsabilidad del mediador y la obligación de aseguramiento articuladas en la Ley 5/2012¹², el resto de los MASC se rige por la LO 1/2025, que no establece un régimen propio de responsabilidad civil, por lo que debe acudir a las normas generales del Código Civil. Al mismo tiempo, el marco profesional y

¹² El artículo 14 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que la aceptación de la mediación obliga al mediador a cumplir fielmente el encargo, respondiendo por los daños y perjuicios que cause en caso de incumplimiento. Reconoce, además, la acción directa del perjudicado frente al mediador y, en su caso, frente a la institución de mediación, cuya responsabilidad puede derivar tanto de la designación del mediador como del incumplimiento de las obligaciones que le correspondan, sin perjuicio de las acciones de reembolso procedentes. Por su parte, el artículo 11.3 establece la obligación del mediador de suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

deontológico de quienes intervienen en estos mecanismos resulta relevante, en la medida en que la propia LO 1/2025 subraya el creciente protagonismo de las profesiones jurídicas en la gestión negociada de los conflictos¹³.

Esta regulación fragmentada crea diferencias difíciles de justificar entre mecanismos que cumplen funciones muy similares y, además, dificulta distinguir con claridad entre los distintos tipos de responsabilidad:

Por un lado, la responsabilidad civil derivada del uso del MASC por las partes, derivada de los daños ocasionados por conductas indebidas dentro del procedimiento, como vulneraciones del deber de confidencialidad, instrumentalización del mecanismo con fines lesivos o incumplimiento de la buena fe negociadora. Esta responsabilidad no debe confundirse con las consecuencias procesales establecidas por la LO 1/2025, como la imposición o moderación de costas, la inadmisión de pruebas o multas por abuso del procedimiento.

Por otro lado, la responsabilidad civil de los prestadores del servicio, como son mediadores, conciliadores, terceros neutrales e instituciones, que asumen un plano distinto de responsabilidad, de naturaleza profesional, derivada del incumplimiento de deberes como diligencia, imparcialidad o confidencialidad. Dependiendo del contexto, esta responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. En la mediación, la Ley 5/2012 regula explícitamente esta responsabilidad y obliga a suscribir un seguro o garantía equivalente; otros MASC carecen de un régimen específico homogéneo.

La diferencia entre ambos planos no es solo teórica. Si se confunden o no se regulan de forma clara, puede acabarse considerando como indemnización lo que en realidad son simples efectos del procedimiento, o mezclando la responsabilidad profesional con otras cuestiones distintas. Esto puede generar confusión, afectar a la coherencia del sistema y debilitar la confianza en estos mecanismos.

En este contexto, la LO 1/2025 refuerza aún más la necesidad de una delimitación precisa, al conectar de forma más directa la conducta de las partes antes del proceso con

¹³ La Exposición de Motivos de la LO 1/2025 destaca que la expansión de los MASC incrementa el protagonismo de profesiones jurídicas como la abogacía, procuradores y procuradoras, graduados y graduadas sociales, notarios, registradores y mediadores. En el ámbito específico de la abogacía, el Código Deontológico de la Abogacía Española prioriza la función de fomentar la concordia y procurar el arreglo entre las partes, mientras que el Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 135/2021) articula la actividad profesional en torno a la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

las consecuencias económicas que puede generar. Por ello, resulta imprescindible abordar de manera específica y ordenada la responsabilidad civil en los MASC. No basta con fomentar la negociación o establecer incentivos procesales: es necesario definir con claridad cuáles son las consecuencias civiles de un uso indebido de estos mecanismos y cuál es el alcance de la responsabilidad de quienes los gestionan. Solo así se aporta mayor seguridad jurídica a las partes y se refuerza la confianza en el sistema.

Por todo ello, el presente trabajo se organiza en dos grandes bloques. El primero se centra en el análisis de los daños que pueden derivarse del comportamiento de las partes en el marco de los MASC, examinando su fundamento, los supuestos en que pueden surgir, los deberes específicos como la confidencialidad, los riesgos de instrumentalización abusiva o dilatoria de la negociación, y los daños indemnizables, incluyendo su alcance y límites.

El segundo bloque aborda la responsabilidad de quienes intervienen profesionalmente en estos mecanismos, examinando la naturaleza jurídica de su relación con las partes, el marco normativo aplicable, los deberes profesionales y el estándar de diligencia, así como la responsabilidad de las instituciones y los mecanismos de seguro, garantía y distribución del riesgo.

Con esta estructura se busca mostrar la responsabilidad civil como un elemento clave para consolidar el modelo de justicia cooperativa introducido por la LO 1/2025, ofreciendo una visión completa tanto del comportamiento de las partes como de la actuación de quienes gestionan los mecanismos.

II. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL USO DE LOS MASC POR LAS PARTES

II.1. Fundamento y delimitación de la responsabilidad civil en el uso de los MASC

La responsabilidad civil en el ámbito de los MASC no constituye un elemento accesorio del sistema, sino una garantía estructural de su correcto funcionamiento¹⁴. Si la

¹⁴ Sobre esta idea ya señalamos que la LO 1/2025 proyecta un modelo de justicia cooperativa en el que la responsabilidad civil no actúa como una sanción por el fracaso de la negociación, sino como el mecanismo resarcitorio previsto para reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes que disciplinan la actuación de las partes en los MASC. Vid. Monterroso Casado (2026: 15).

buena fe actúa como principio rector y el abuso como mecanismo corrector procesal, la responsabilidad civil debería operar como consecuencia patrimonial cuando la infracción de esos deberes genera un daño efectivo. No como sanción disciplinaria ni como simple recordatorio ético, sino como el mecanismo previsto para indemnizar los daños que una actuación incorrecta en la negociación haya causado por culpa o negligencia.

Sin embargo, la LO 1/2025 no contiene una regulación general y homogénea de la responsabilidad civil aplicable a todos los MASC. Su artículo 9 contempla expresamente la eventual responsabilidad derivada de la vulneración del deber de confidencialidad, proyectando esta exigencia más allá de la mediación, pero no articula un régimen completo de responsabilidad ni impone una obligación general de aseguramiento para todos los operadores. Ello obliga a que, más allá de los supuestos de mediación, que cuenta con una regulación específica en la Ley 5/2012, por lo que las pretensiones resarcitorias por los daños causados por el uso de los MASC por las partes se deben reconducir a las reglas generales del Código Civil.

Esta situación muestra una cierta falta de claridad en la regulación aplicable a la responsabilidad entre las propias partes que utilizan los MASC. Si el legislador ha atribuido a estos mecanismos un papel relevante para fomentar la buena fe y una gestión más cooperativa del conflicto, resulta coherente que también exista un encuadre claro de las consecuencias civiles cuando una de las partes actúa de forma desleal o negligente y causa un daño a la otra. En este ámbito, la cuestión no se refiere a la actuación de los profesionales que intervienen en el procedimiento, sino a los efectos patrimoniales que pueden derivarse del comportamiento de los propios sujetos del conflicto durante el proceso negociador.

Por lo tanto, si atendemos al Código Civil, el fundamento general de esta responsabilidad se encuentra en los artículos 1101, 1902 y 1903. El artículo 1101 resulta aplicable cuando el daño se produce en el marco de una relación obligacional previa, por ejemplo, cuando el recurso al MASC deriva de una cláusula contractual o de un acuerdo específico entre las partes, y existe incumplimiento de los deberes asumidos. Por su parte, los artículos 1902 y 1903 permiten articular la responsabilidad extracontractual cuando la conducta lesiva excede del marco obligacional y causa un daño autónomo, como podría ocurrir en supuestos de revelación indebida de información obtenida en la negociación,

difusión de manifestaciones lesivas para el honor de la otra parte o perjuicios ocasionados a terceros ajenos al procedimiento.

En este contexto, pueden identificarse determinadas conductas especialmente problemáticas. Negarse sin justificación a negociar, utilizar el procedimiento con fines meramente dilatorios o convertir la negociación en un trámite formal vacío contradice el deber de cooperación que inspira el sistema.

Ante este tipo de conductas, la reacción jurídica puede operar en distintos planos. En el ámbito procesal, puede traducirse en la imposición de costas o en la aplicación de las medidas previstas frente al abuso conforme al artículo 247 LEC. Se trata de consecuencias vinculadas al correcto desarrollo del proceso judicial y al respeto de la buena fe procesal.

Distinta es la situación cuando esa conducta trasciende el plano procesal y provoca un perjuicio real a la otra parte. En ese caso, ya no estamos únicamente ante un problema de disciplina del proceso, sino ante la posible exigencia de responsabilidad civil por los daños causados, por ejemplo, cuando se vulneran deberes asumidos como el de confidencialidad.

Conviene, por ello, diferenciar claramente ambos planos. Las consecuencias previstas por la LO 1/2025, especialmente en materia de costas y abuso procesal, cumplen una función disuasoria y de ordenación del comportamiento procesal, orientada a incentivar conductas diligentes y prevenir el abuso del servicio público de justicia¹⁵, pero no tienen carácter resarcitorio. La responsabilidad civil, en cambio, entra en juego cuando la actuación de una de las partes en el uso del MASC genera un daño efectivo que debe ser reparado conforme a los requisitos de imputación de la responsabilidad civil. No se trata ya de valorar la conducta a efectos procesales, sino de determinar si existe un deber de indemnizar el perjuicio ocasionado.

En definitiva, la responsabilidad civil en el uso de los MASC se configura como un mecanismo de reparación del daño efectivamente causado. Desde esta perspectiva, conviene precisar en qué supuestos puede afirmarse que surge verdaderamente un deber

¹⁵ Sobre esta cuestión, vid. Ruiz Risueño quien analiza el papel de los MASC como instrumento de racionalización del sistema y mecanismo idóneo para prevenir conductas procesales abusivas (2025: 271-288)

de indemnizar. La responsabilidad civil derivada del uso de los MASC no nace por la mera frustración del acuerdo ni por la simple tensión propia de toda negociación. Como se ha señalado, la responsabilidad resarcitoria exige una conducta antijurídica y un daño efectivamente causado, de modo que la delimitación de supuestos típicos, no solo ofrece un marco de previsibilidad para los operadores, sino que evita que los MASC se conviertan en un espacio de responsabilidad difusa que desincentive su utilización. Por ello, como se analizará a continuación, resulta especialmente relevante identificar cuándo el comportamiento en sede negociadora trasciende el plano ético o procesal y podría convertirse en fuente de obligación de reparar cuando concurren los presupuestos generales para ello.

II.2. Posibles supuestos de responsabilidad civil derivados del uso de los MASC

II.2.1. La vulneración del deber de confidencialidad

La infracción del deber de confidencialidad constituye el único supuesto de responsabilidad civil en el ámbito de los MASC expresamente contemplado en la LO 1/2025. Su artículo 9 establece un régimen general aplicable a estos procedimientos, que alcanza no solo a las partes, sino también a sus abogados, mediadores y terceros neutrales, e impide la aportación o utilización procesal de la información obtenida en ese marco, salvo en los supuestos expresamente previstos.

Este deber no responde a una exigencia meramente formal, sino que constituye la base que hace posible una negociación auténtica. Si las partes no tuvieran la garantía de que sus manifestaciones no podrán ser utilizadas posteriormente en su contra, difícilmente se abrirían al diálogo. De este modo, la confidencialidad protege ese espacio de confianza y permite que el intercambio sea real y no meramente estratégico.

Desde la perspectiva del derecho de daños, la vulneración de este deber puede generar perjuicios de distinta naturaleza. Cabe apreciar daños patrimoniales (por ejemplo, la frustración de una oportunidad negocial o contractual), así como daños morales (derivados de la afectación de la reputación, la intimidad o la esfera profesional). No obstante, la responsabilidad no surge por la mera infracción formal del deber, sino únicamente cuando concurren los presupuestos generales de imputación de la responsabilidad civil: conducta antijurídica, daño efectivo y relación causal entre la

revelación indebida y el perjuicio alegado. La prueba del daño y del nexo causal adquiere aquí especial relevancia.

En este punto surge una dificultad evidente. Parte de la información necesaria para demostrar el daño puede haberse generado en un procedimiento que precisamente se caracteriza por su confidencialidad. Esto puede complicar la prueba, pero no es algo casual, sino que responde a la decisión del legislador de proteger el espacio de negociación para que funcione con libertad y confianza. Por ello, la confidencialidad no puede quedar sin efecto convirtiendo el proceso judicial en una vía automática para acceder a todo lo que se dijo o intercambió durante la negociación.

La principal excepción viene dada por el artículo 245.5 LEC, que permite el acceso parcial a información procedente del MASC cuando resulte estrictamente necesario para acreditar la conducta negociadora a efectos de costas¹⁶. Esta previsión introduce un punto de equilibrio entre confidencialidad y necesidad probatoria. Sin embargo, debe interpretarse de forma restrictiva: el acceso ha de limitarse a lo imprescindible para valorar la razonabilidad de la conducta, sin extenderse al contenido íntegro del proceso negociador ni a extremos ajenos a la cuestión debatida. No se trata de una cláusula general de levantamiento de la confidencialidad, sino de una excepción concreta vinculada exclusivamente a esa finalidad. En consecuencia, compatibilizar el derecho a la prueba con el deber de confidencialidad exige actuar con cautela. La información solo debería revelarse cuando sea realmente útil para acreditar el punto discutido, cuando no exista otra forma menos intrusiva de hacerlo y siempre con un alcance proporcional al fin perseguido. Este criterio resulta especialmente relevante cuando la prueba afecta al cumplimiento del requisito de procedibilidad o a las consecuencias derivadas de la conducta seguida antes del proceso¹⁷. Una interpretación excesivamente amplia de las excepciones podría producir un efecto contrario al buscado

¹⁶ El art. 245.5 LEC dispone que la parte condenada en costas podrá solicitar su exoneración o moderación cuando hubiera formulado una propuesta en el marco de un MASC y la resolución judicial sea sustancialmente coincidente con su contenido. Asimismo, establece que «a la solicitud de exoneración o modificación deberá acompañar la documentación íntegra referida a la propuesta formulada, que en este momento procesal y a estos efectos, estará dispensada de confidencialidad».

¹⁷ En estos casos, el acceso a la información negociadora debe manejarse con especial prudencia, para evitar que la exigencia de acreditar la actuación previa vacíe de contenido la confidencialidad que caracteriza a los MASC. Sobre la necesidad de interpretar el requisito de procedibilidad de forma proporcionada y conforme al artículo 24 CE, evitando que se convierta en un obstáculo desproporcionado al derecho de acceso a la jurisdicción, vid. Hinojosa Segovia (2025a: 827-851; 2025b: 439-445).

por el legislador: desincentivar una negociación abierta y convertir la fase previa en un trámite defensivo y rígido.

La confidencialidad se conecta además con la protección de datos personales, especialmente relevante en procedimientos telemáticos, lo que refuerza la exigencia de un tratamiento cuidadoso de la información. No obstante, el hecho de que pueda verse afectada la confianza en el sistema no implica que existan sanciones automáticas. Solo habrá responsabilidad cuando se demuestre que se ha producido un daño real que deba ser indemnizado.

En definitiva, el deber de confidencialidad protege la esencia misma de los MASC y establece límites claros a la utilización de la información generada en ellos. Cuando se vulnera y produce un perjuicio efectivo, puede surgir un deber de indemnizar; cuando no, las consecuencias quedarán en el plano procesal. Desde esta base, procede analizar otros supuestos en los que el uso indebido del procedimiento negociador puede generar responsabilidad, en particular los casos de instrumentalización abusiva o dilatoria.

II.2.2. Sobre la instrumentalización abusiva del procedimiento negociador y la negociación dilatoria

Un supuesto especialmente relevante desde la perspectiva de la responsabilidad civil es el uso del MASC con fines distintos a la resolución real del conflicto. Estas conductas pueden adoptar formas diversas: obtener información estratégica para utilizarla posteriormente en perjuicio de la otra parte; ejercer presiones indebidas mediante exigencias desproporcionadas; prolongar artificialmente la negociación para desgastar la posición contraria; aparentar el cumplimiento del requisito de procedibilidad sin verdadera voluntad de negociar; o, de forma más habitual, utilizar el mecanismo con una finalidad meramente dilatoria.

La línea divisoria es delicada y, en ocasiones, difícil de acreditar. El sistema respeta la libertad de las partes para no alcanzar un acuerdo e incluso para abandonar la negociación. El simple fracaso del diálogo no genera consecuencias jurídicas, ni es reprochable mantener posiciones firmes. Lo que resulta problemático es la utilización del

procedimiento con una finalidad distinta a la que le es propia y con el objetivo de causar un perjuicio a la contraparte¹⁸.

La negociación dilatoria constituye una manifestación clara de este abuso. Se produce cuando el procedimiento se emplea para ganar tiempo, impedir determinadas actuaciones, empeorar la posición de la otra parte o retrasar el cumplimiento de obligaciones. La LO 1/2025 no establece una sanción civil específica para estos supuestos, situando sus efectos principalmente en el plano procesal, en particular en materia de costas.

Por ello, cualquier eventual reclamación indemnizatoria debe apoyarse en las reglas generales del Código Civil. En consecuencia, no basta con acreditar que la negociación fue prolongada o infructuosa, ni siquiera con la mera producción de un daño: es necesario que este sea imputable a una conducta culposa o negligente¹⁹. La responsabilidad civil no surge automáticamente del resultado lesivo, sino de una actuación reprochable que exceda el ejercicio legítimo de la libertad negocial²⁰.

Es necesario, por lo tanto, demostrar la existencia de un comportamiento abusivo, un daño real y cuantificable, y un nexo causal entre ambos. Solo en supuestos concretos -como la pérdida acreditada de una oportunidad económica, el agravamiento efectivo de un perjuicio o la generación de costes adicionales derivados de la demora-, podría prosperar una pretensión resarcitoria.

Desde el punto de vista probatorio, corresponde a quien reclama la indemnización acreditar la conducta antijurídica, el daño y la relación causal. Esta carga no se altera por el hecho de que el perjuicio se haya producido en el marco de un procedimiento negociador. Es cierto que se trata de un contexto en el que muchas actuaciones no quedan

¹⁸ La delimitación entre una negociación desarrollada de buena fe y una actuación meramente estratégica no siempre resulta sencilla. Entre las voces doctrinales que han analizado críticamente la reforma, Calaza López describe la implantación de los MASC como una obligatoria entrada a ese templo de la concordia seguida de la «(amenazante) imposición como requisito de procedibilidad», poniendo igualmente de relieve las dificultades que plantea verificar y acreditar la auténtica buena fe negociadora y distinguirla del mero «puro teatro» [Calaza López (2025a: 17; 2025b: 3)].

¹⁹ Como señaló Díez-Picazo el artículo 1902 CC no exige únicamente la producción de un daño, sino que este sea consecuencia de una acción u omisión en la que concurra culpa o negligencia, lo que configura la imputación subjetiva como regla general del sistema de responsabilidad civil (2001: 101-120).

²⁰ Sobre la configuración de la obligación como de actividad cuando el deudor solo se compromete a desplegar una conducta diligente conforme a la *lex artis*, sin garantizar el resultado que satisface el interés primario del acreedor, vid. Crespo Mora (2013: 9-12).

documentadas y, además, están protegidas por la confidencialidad. Lo que sí exige el sistema es una mínima trazabilidad del procedimiento que permita, en su caso, acreditar conductas claramente lesivas sin comprometer ese deber de reserva.

La responsabilidad civil no actúa aquí como sanción por la falta de acuerdo ni como castigo por acudir posteriormente a la vía judicial. Su función es exclusivamente reparadora. Solo cuando el uso del MASC se convierte en un instrumento de perjuicio efectivo y probado puede surgir un deber de indemnizar. Cuestión distinta es que tanto la conducta antijurídica como el daño y su relación causal puedan acreditarse con la suficiente claridad y entidad, especialmente en un contexto caracterizado por la menor formalización del procedimiento y por los límites derivados del deber de confidencialidad.

En definitiva, la responsabilidad derivada de la instrumentalización abusiva del procedimiento no constituye un régimen autónomo, sino una proyección de los artículos 1101, 1902 y 1903 del Código Civil sobre el ámbito negociador. La LO 1/2025 no crea una categoría resarcitoria nueva, pero sí refuerza la relevancia jurídica de la conducta preprocesal, cuya deslealtad podemos entender que podría generar consecuencias patrimoniales cuando concurren los requisitos generales del daño indemnizable. Esta delimitación permite mantener el equilibrio entre el impulso de una cultura negociadora responsable y la garantía del derecho de acceso a la jurisdicción. Solo si se distinguen con claridad las consecuencias procesales de las verdaderas reclamaciones por daños se evita desvirtuar el sistema.

En esta misma línea, puede plantearse la responsabilidad derivada del incumplimiento de un compromiso previo de acudir a un MASC, cuando dicho sometimiento haya sido pactado contractualmente entre las partes. Si una de ellas frustra injustificadamente ese compromiso, provocando un daño a la otra (por ejemplo, generando costes innecesarios o la pérdida de una oportunidad de acuerdo), la cuestión ya no se sitúa en el plano meramente procesal, sino en el ámbito del incumplimiento contractual²¹. En tales supuestos, la eventual responsabilidad deberá analizarse conforme al artículo 1101 CC, sin que baste la simple decisión de no alcanzar un acuerdo, sino

²¹ Sobre la eficacia obligacional de la cláusula de sometimiento a mediación y las consecuencias de su incumplimiento, vid. Valiño Ces (2021: 157-169).

exigiéndose la acreditación de un perjuicio efectivo y causalmente vinculado al incumplimiento del pacto.

Precisamente esta distinción conduce al siguiente plano de análisis: la eventual responsabilidad civil de los prestadores del servicio, que no deriva del comportamiento negocial de las partes, sino del incumplimiento de deberes profesionales específicos.

III. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE MASC

III.1. Prestación profesional y naturaleza jurídica de la relación

El impulso normativo de los MASC no solo transforma la forma en que actúan las partes, sino que sitúa en un primer plano a los profesionales que intervienen en su desarrollo. La Exposición de Motivos de la LO 1/2025 afirma expresamente que «con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas», destacando el papel negociador de la abogacía -que «se garantiza en todo caso»- junto con la intervención de procuradores, profesionales de la mediación, graduados sociales, notarios y registradores, entre otros. El propio legislador recuerda que el Código Deontológico de la Abogacía Española considera prioritaria la función de fomentar la concordia y procurar el arreglo entre las partes, y que el Estatuto General de la Abogacía Española define la profesión en torno a dos objetivos situados «en pie de igualdad»: la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales. Se añade, además, la conveniencia de que esta actividad negociadora sea debidamente reconocida y remunerada, incluso en los supuestos de designación por turno de oficio.

Este reconocimiento no es meramente formal. Significa que estos profesionales no solo actúan en el ejercicio tradicional de sus funciones como operadores jurídicos (abogados, procuradores, notarios u otros), sino que asumen también la prestación de un servicio específico en el marco de los MASC, lo que obliga a precisar la responsabilidad civil que puede generarse por su actuación. La propia LO 1/2025 contempla expresamente esta intervención profesional en diversos mecanismos, como la negociación entre abogados, el proceso de Derecho colaborativo o la conciliación privada, lo que evidencia

que la participación de profesionales jurídicos forma parte de la estructura del modelo de justicia cooperativa que introduce la reforma.

El prestador de un MASC, al igual que cualquier otro profesional, se encuentra sometido al imperio de la ley, de modo que su actuación negligente puede generar responsabilidad cuando cause un daño. Sin embargo, no existe una regulación unitaria de la responsabilidad civil aplicable a todos los prestadores de servicios de MASC. En la práctica, su responsabilidad debe reconducirse a las reglas generales del Derecho civil, sin perjuicio de las particularidades que puedan derivarse de la normativa sectorial aplicable a cada profesional, y de las previsiones específicas que la propia LO 1/2025 introduce en determinados mecanismos.

En la mayoría de los casos, la relación que se establece entre el prestador del MASC (mediador, conciliador, abogado, tercero neutral o entidad organizadora) y las partes tiene naturaleza contractual y puede reconducirse al contrato de prestación de servicios del artículo 1544 CC. En tales supuestos, la eventual responsabilidad será, con carácter general, contractual, al derivar del incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del encargo profesional, conforme al artículo 1101 CC. Téngase en cuenta, además, que la relación jurídica no se agota en lo expresamente pactado, sino que se extiende a todas las consecuencias que, según su naturaleza, resulten conformes a la buena fe, al uso y a la ley, en los términos del artículo 1258 CC.

En este contexto, la culpa contractual consiste en la omisión de la diligencia exigible que impide el cumplimiento normal de la obligación asumida. El artículo 1104 CC define la negligencia como la falta de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En el ámbito profesional, la intensidad de dicha diligencia viene determinada por la cualificación técnica del prestador, lo que comporta la exigencia de una actuación acorde con su ámbito de especialización y con los estándares normativos y deontológicos aplicables.

No obstante, la prestación propia de los MASC presenta algunos rasgos específicos.

En primer lugar, nos hallamos ante una obligación de medios y no de resultado²². Desde esta perspectiva, la mera ausencia de acuerdo no constituye incumplimiento. El profesional no garantiza la consecución de un acuerdo ni el éxito de la negociación, sino la conducción diligente del procedimiento conforme a sus principios rectores, entre los que podríamos incluir: facilitar la comunicación, ordenar el intercambio de información, preservar la imparcialidad, asegurar la confidencialidad y mantener un entorno equilibrado. Por ello, se trata de una obligación de medios cualificada. No obstante, determinados instrumentos introducidos por la LO 1/2025 presentan matices específicos. Así sucede con la oferta vinculante confidencial, cuya formulación (que exige asistencia letrada en los términos del art. 6) puede generar responsabilidad si no se formula o se elabora con la adecuada corrección técnica. Algo similar ocurre con la opinión de persona experta independiente (art. 18), donde el experto asume la obligación de emitir y entregar un dictamen, lo que constituye una prestación de resultado en cuanto a su elaboración, sin que ello garantice la aceptación de sus conclusiones por las partes. Con todo, el contenido del dictamen queda sujeto a un estándar profesional de diligencia, objetividad y rigor técnico propio de la actividad encomendada.

En segundo lugar, la imputación de responsabilidad exige dolo o negligencia apreciable conforme a la *lex artis* profesional. No existe una regulación unitaria aplicable a todos los MASC, por lo que el estándar de diligencia se integra a partir de las normas civiles generales y de la regulación sectorial propia del perfil profesional del prestador, sin que en todos los casos estos mecanismos estén expresamente incorporados a la normativa o a los códigos deontológicos de la profesión correspondiente. La valoración no debe centrarse en el resultado obtenido, sino en la conformidad de la actuación con el

²² Aun cuando esta doctrina se haya elaborado en el ámbito de la responsabilidad profesional del abogado, resulta ilustrativa para afirmar, con carácter general, que la responsabilidad civil no deriva automáticamente del resultado desfavorable de una actuación, sino de la concurrencia de una conducta culpable o negligente causalmente vinculada al daño. En este sentido, la STS 50/2020, de 22 de enero, recuerda que «la declaración de dicha responsabilidad exige la producción de un daño causalmente ligado a una conducta negligente del abogado demandado», mientras que la STS 375/2021, de 1 de junio, insiste en que la responsabilidad tiene carácter contractual y subjetivo, exigiéndose acreditar la falta de diligencia profesional, la existencia del daño y el correspondiente nexo causal. En el mismo sentido, la doctrina jurisprudencial había venido señalando que la relación entre abogado y cliente se desarrolla, con carácter general, en el marco de un arrendamiento de servicios, imponiendo al profesional el deber de actuar conforme a las reglas técnicas comúnmente admitidas en el ejercicio de la profesión (SSTS de 14 de julio de 2005, 30 de marzo de 2006, 27 de septiembre de 2011 y 10 de junio de 2019).

estándar exigible en el caso concreto²³. En este sentido, el profesional responde cuando no actúa conforme a las buenas prácticas exigibles en el desempeño de su función, debiendo apreciarse la negligencia a la luz de los estándares propios de la actividad desarrollada²⁴.

En tercer lugar, la vulneración de los deberes de conducta integrados en esa *lex artis* solo generará responsabilidad civil cuando concurran los presupuestos generales del derecho de daños: conducta antijurídica, daño efectivo y nexo causal²⁵. La responsabilidad podrá articularse por la vía contractual o extracontractual, sin perjuicio de la eventual responsabilidad disciplinaria o, en su caso, penal que pudiera derivarse²⁶. Si bien en estos últimos casos resultaría difícil articular tanto el presupuesto de responsabilidad como su prueba.

Cuando la prestación del servicio es realizada por un abogado, el estándar de diligencia se integra además por las reglas propias de su profesión²⁷. La jurisprudencia ha señalado que, en el ámbito de la defensa judicial, los deberes del abogado «se ciñen al respeto de la *lex artis*, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso», comprendiendo, entre otros aspectos, el deber de informar adecuadamente, cumplir las normas procesales y aplicar

²³ Para un análisis de la obligación profesional como obligación de medios y la delimitación del deber de diligencia conforme a la *lex artis*, vid. Monterroso Casado (2019: 77-110) donde se pone de relieve que la responsabilidad civil profesional no puede fundarse en el mero fracaso del resultado pretendido por el cliente, sino en la infracción del estándar técnico y deontológico exigible en el caso concreto. Estas consideraciones resultan igualmente aplicables, con las necesarias adaptaciones, a la actuación de los prestadores de MASC, en cuanto desarrollan una actividad profesional sujeta a parámetros técnicos específicos y no a la garantía de un resultado.

²⁴ En relación con la eventual responsabilidad extracontractual del mediador por actuación culposa o negligente contraria a las buenas prácticas profesionales, vid. Quintana García (2014: 2-7).

²⁵ En este sentido, la STS 50/2020, de 22 de enero, declara que «la jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil: falta de diligencia en la prestación profesional, nexo de causalidad con el daño producido, así como la existencia y alcance de éste, corresponde a la parte que reclama la correspondiente indemnización por el incumplimiento contractual del letrado». En el mismo sentido, la STS 282/2013, de 22 de abril, con cita, entre otras, de las SSTS de 14 de julio de 2005 y 21 de junio de 2007, afirma que «la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual».

²⁶ Esta problemática ha sido objeto de análisis específico en relación con la responsabilidad civil del abogado. Vid. Monterroso Casado (2018a: 134-142).

²⁷ Sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil, el incumplimiento de los deberes deontológicos y profesionales previstos en el Estatuto General de la Abogacía Española y en el Código Deontológico puede generar responsabilidad disciplinaria. El régimen disciplinario se regula en los artículos 119 a 127 del EGAE, que contemplan, según la gravedad de la infracción, sanciones de apercibimiento por escrito, multa, suspensión del ejercicio profesional y expulsión del colegio profesional.

los conocimientos jurídicos indispensables (SSTS de 14 de julio de 2010 y 14 de julio de 2005). Sobre esta base, la jurisprudencia más reciente ha precisado que la responsabilidad civil profesional del abogado tiene naturaleza contractual y requiere la concurrencia de un daño efectivo y de un nexo causal entre este y una actuación negligente contraria a la *lex artis*. En este sentido, la STS 50/2020, de 22 de enero, recuerda que «la declaración de dicha responsabilidad exige la producción de un daño causalmente ligado a una conducta negligente del abogado demandado», mientras que la STS 375/2021, de 1 de junio, insiste en el carácter subjetivo de esta responsabilidad, fundada en el dolo o la culpa, y en la necesidad de acreditar la falta de diligencia profesional conforme a las reglas generales de la carga de la prueba del artículo 217 LEC.

La doctrina viene igualmente destacando que la responsabilidad del abogado no puede identificarse con la obtención de un resultado favorable para el cliente, sino con el incumplimiento de los estándares de diligencia propios de la profesión. Como señala De Ángel Yágüez, las reclamaciones actuales frente a abogados ya no responden únicamente a las tradicionales «culpas de agenda», sino que cada vez se fundamentan con mayor frecuencia en deficiencias técnicas derivadas del incorrecto conocimiento o aplicación del Derecho, de errores en la estrategia jurídica o de una insuficiente fundamentación de las pretensiones²⁸.

Estas consideraciones resultan trasladables, con las debidas adaptaciones, a su intervención en un MASC, en particular en lo que respecta al deber de asesorar al cliente sobre las consecuencias jurídicas de la negociación, la adecuación del mecanismo elegido y los efectos de los acuerdos que puedan alcanzarse. En consecuencia, el abogado que interviene en un MASC no responde porque la negociación concluya sin acuerdo, sino cuando la frustración de los intereses del cliente sea consecuencia de una información insuficiente o errónea, de un asesoramiento negligente sobre la procedencia, conveniencia o alcance del MASC utilizado o, en general, de una actuación profesional contraria a la *lex artis* que resulte causalmente determinante del daño producido.

²⁸ De Ángel Yágüez (2008: 3-4). En la misma línea, Cornet (2000: 68) recuerda que el abogado no garantiza el éxito del procedimiento, sino la utilización de los medios técnicos adecuados, poniendo al servicio del cliente toda la diligencia, prudencia y conocimientos exigibles conforme a la *lex artis*.

Entre los deberes que adquieren especial relevancia en este contexto destaca el deber de información. En la mayoría de los MASC existe una fase inicial en la que el profesional debe explicar a las partes la naturaleza del procedimiento, sus efectos jurídicos y sus límites. Este deber no implica, como se ha señalado, garantizar un resultado, pero sí exige que la información proporcionada sea suficiente, comprensible y adecuada. Su incumplimiento puede tener relevancia jurídica cuando afecte a la formación del consentimiento de las partes o conduzca a decisiones perjudiciales. En tales casos, y siempre que concurren los requisitos generales de la responsabilidad civil, podría plantearse la existencia de responsabilidad.

En suma, la responsabilidad del prestador de un MASC no depende del éxito o fracaso del procedimiento, sino del respeto a los deberes profesionales que rigen su actuación. La cuestión principal consiste en determinar si el profesional actuó con la diligencia exigible en el caso concreto y si el daño alegado puede vincularse a un incumplimiento relevante de esos deberes, lo que obliga a examinar a continuación su régimen normativo y dichas consideraciones.

III.2. Régimen normativo de los prestadores de MASC

La intervención de profesionales en los medios adecuados de solución de controversias se rige por un marco normativo plural, integrado tanto por las disposiciones de la LO 1/2025, que en esta materia resultan de alcance muy limitado, como por las normas sectoriales que regulan determinados mecanismos y por las reglas profesionales propias de quienes participan en ellos.

En primer lugar, la propia LO 1/2025 reconoce expresamente la participación de profesionales jurídicos en el desarrollo de la actividad negociadora previa al proceso. El artículo 5 prevé que el requisito de procedibilidad pueda cumplirse mediante distintas modalidades de negociación, incluyendo la negociación directa entre las partes o entre sus abogados bajo sus directrices y con su conformidad, así como mediante procesos de Derecho colaborativo. De este modo, el legislador admite que la actuación de los profesionales de la abogacía pueda constituir en sí misma una modalidad de actividad negociadora relevante a efectos del acceso a la jurisdicción.

Esta dimensión profesional se aprecia con especial claridad en el proceso de Derecho colaborativo regulado en el artículo 19 de la ley, en el que cada parte debe actuar acompañada por un profesional de la abogacía acreditado en esta materia, pudiendo intervenir además terceras personas neutrales expertas en las materias objeto de la controversia o facilitadoras de la comunicación. El precepto establece principios como la buena fe, la transparencia o la confidencialidad, configurando un modelo de negociación estructurada en el que la intervención de los profesionales adquiere un papel central.

Junto a estos supuestos, el artículo 14 de la LO 1/2025 integra dentro del sistema de MASC otros mecanismos con regulación específica en normas sectoriales, como la mediación regulada en la Ley 5/2012, la conciliación ante notario o registrador o la conciliación ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia. En estos casos, el régimen jurídico de la actuación profesional viene determinado tanto por las disposiciones de la propia ley como por las normas específicas de cada procedimiento.

Especial interés presenta la conciliación privada regulada en el artículo 15 de la LO 1/2025. Este precepto exige que la persona conciliadora cuente con cualificación profesional y actúe con imparcialidad, respetando los deberes de confidencialidad y secreto profesional. Asimismo, establece que la persona conciliadora debe aceptar expresamente la responsabilidad derivada de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido, lo que pone de manifiesto que el legislador concibe esta intervención como una auténtica prestación profesional sometida a un régimen jurídico propio, si bien hasta la fecha no se ha establecido una regulación específica para esta actividad.

Finalmente, la ley contempla también modalidades de negociación que pueden desarrollarse sin la intervención necesaria de terceros profesionales, como la oferta vinculante confidencial regulada en el artículo 17.

Esta diversidad de instrumentos evidencia que la presencia de prestadores profesionales no constituye un elemento imprescindible en todos los MASC, lo que refuerza la necesidad de delimitar con precisión el ámbito en el que puede plantearse la responsabilidad derivada de su actuación.

Desde esta perspectiva, el régimen normativo aplicable a los prestadores de servicios de MASC no es homogéneo. Mientras que la mediación cuenta con una

regulación legal específica que contempla expresamente la responsabilidad civil y el aseguramiento obligatorio, otros mecanismos carecen de un estatuto profesional unitario. En estos casos, la responsabilidad habrá de reconducirse a las reglas generales del Código Civil y a la normativa sectorial correspondiente al profesional interviniente. En este contexto, junto a la responsabilidad contractual frente a las partes derivada del incumplimiento del encargo asumido (art. 1101 CC), puede surgir responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) cuando el daño afecte a terceros ajenos al vínculo o cuando la conducta cause un perjuicio fuera del marco de la relación contractual²⁹. Asimismo, puede establecerse la responsabilidad por hecho ajeno (art. 1903 CC) cuando el profesional actúe en el marco organizativo de una institución que lo designa o supervisa, cuya delimitación dependerá del grado de dependencia existente entre ambos. Por último, cuando la actividad se ejerza a través de una sociedad profesional, podrá resultar de aplicación la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, que establece la responsabilidad solidaria de la sociedad y del profesional que actúe en su seno.

Dentro de este panorama, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, constituye el modelo normativo más desarrollado. Su artículo 14 establece la responsabilidad del mediador por los daños y perjuicios que pueda causar en el ejercicio de su desarrollo, vinculando la aceptación del encargo al deber de cumplirlo fielmente³⁰. La norma reconoce, además, acción directa frente al mediador y, en su caso, frente a la institución de mediación, lo que refuerza la posición del perjudicado³¹. A ello se añade la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente (art. 11.3), desarrollada reglamentariamente. Este diseño revela que el

²⁹ En este sentido, la delimitación de si nos encontramos ante una responsabilidad contractual o extracontractual tiene una clara relevancia práctica en materia de prescripción. El plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales, es de cinco años. Por su parte, la acción de responsabilidad extracontractual prescribe al año, conforme al artículo 1968 del mismo texto legal. La diferencia entre ambos plazos no es menor, por lo que resulta esencial determinar adecuadamente la naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad que se pretende exigir. De ello dependerá no solo el régimen jurídico aplicable, sino también la viabilidad temporal de la reclamación.

³⁰ Sobre el régimen de responsabilidad civil del mediador establecido en la Ley 5/2012 y la acción para exigir dicha responsabilidad, vid. Mesa Marrero (2013: 83-104) y Quintana García (2014: 1-7).

³¹ En este sentido, cuando la mediación se articule a través de una institución, el perjudicado podrá dirigir acción directa tanto contra el mediador como contra la institución correspondiente, cuya responsabilidad puede derivar de la designación del profesional o del incumplimiento de las obligaciones que le incumban, sin perjuicio de las acciones de reembolso que procedan. Vid. Monterroso Casado (2023: 88-90).

legislador no concibe la responsabilidad profesional únicamente como un mecanismo de reparación individual, sino también como un instrumento de garantía para el correcto funcionamiento del sistema.

Sin embargo, esta previsión no se reproduce en el resto de los MASC. En mecanismos como la negociación asistida, la conciliación privada o el derecho colaborativo, la delimitación de la responsabilidad se reconduce, por lo general, a las reglas generales del Código Civil, así como a la normativa profesional aplicable al sujeto interviniente que, como se ha visto, puede pertenecer a distintos ámbitos profesionales. Esta asimetría regulatoria incide en la previsibilidad del régimen aplicable y genera cierta dispersión en la identificación de los deberes exigibles y de las garantías patrimoniales disponibles en caso de daños.

III.3. Deberes profesionales y estándar de diligencia

La responsabilidad civil del prestador de un MASC no se determina por el éxito o fracaso del procedimiento, sino de si ha actuado respetando los deberes profesionales propios de su función. La valoración de su actuación debe realizarse atendiendo a la *lex artis* aplicable a su actividad, integrada por las reglas que rigen su función, sin que en esta materia se hayan formulado aún unas reglas técnicas comúnmente admitidas ni la jurisprudencia una enumeración cerrada de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional. Como ya se ha señalado, la intervención del prestador de un MASC constituye, con carácter general, una obligación de medios y no de resultado. El profesional no garantiza la obtención de un acuerdo, sino el desarrollo diligente del procedimiento conforme a sus principios rectores³².

La diligencia exigible no puede medirse con el parámetro abstracto del «buen padre de familia», sino conforme al estándar propio del profesional cualificado. Ello

³² En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado, en relación con la responsabilidad profesional del abogado, que el enjuiciamiento de su actuación debe realizarse conforme a la *lex artis*, entendida como el conjunto de reglas técnicas propias de la profesión adaptadas a las circunstancias del caso, sin que la responsabilidad pueda fundamentarse en el mero fracaso del objetivo perseguido o en la obtención de un resultado desfavorable. Así, la STS 283/2014, de 20 de mayo, recuerda, con cita de la STS 282/2013, de 22 de abril, que el deber profesional ha de ajustarse al respeto de la *lex artis* y que el incumplimiento de las obligaciones asumidas o inherentes al ejercicio profesional puede generar responsabilidad contractual.

implica valorar su actuación atendiendo a las reglas técnicas comúnmente admitidas, a la normativa deontológica aplicable y a las circunstancias específicas del caso. No se exige infalibilidad, sino competencia adecuada, información suficiente y conducta profesional leal y prudente³³.

La delimitación concreta del estándar exige atender a los deberes de actuación del prestador del MASC. Entre ellos ocupa un lugar central el deber de imparcialidad. En efecto, tratándose de la intervención de un tercero neutral, su función solo puede cumplirse si se desarrolla con plena independencia respecto de las partes y sin conflicto de intereses. La imparcialidad no constituye una mera exigencia ética, sino un auténtico deber jurídico cuya infracción puede generar responsabilidad civil cuando cause un daño efectivo. Implica, entre otros aspectos, la ausencia de vínculos relevantes con las partes, la obligación de abstenerse en caso de conflicto y el mantenimiento de un equilibrio en la conducción del procedimiento.

En la mediación, la Ley 5/2012 consagra este deber (arts. 7 y 13). Del mismo modo, la propia LO 1/2025 recoge esta exigencia en la regulación de la conciliación privada, al exigir que la persona conciliadora actúe con imparcialidad (art. 15.2) y acepte la responsabilidad derivada de la gestión leal, objetiva, neutral e imparcial del encargo recibido (art. 15.4). Ahora bien, al establecer que «estará sujeta a las responsabilidades que procedan por el ejercicio inadecuado de su función», el precepto no crea un régimen específico de responsabilidad, sino que se limita a remitir a las responsabilidades jurídicas ya existentes (civil, penal o disciplinaria).

En los restantes MASC, aunque no exista una regulación detallada, este deber se integra en la obligación contractual de actuar conforme a la buena fe (arts. 7 y 1258 CC) y en el estándar profesional exigible. No obstante, esta exigencia debe matizarse en aquellos mecanismos en los que no interviene un tercero neutral, como sucede en la negociación directa entre las partes o en la negociación desarrollada entre sus abogados bajo sus directrices (art. 5 LO 1/2025) o en instrumentos como la oferta vinculante confidencial, donde cada profesional actúa en defensa de los intereses de su cliente. Algo distinto sucede en el Derecho colaborativo, donde, aunque las partes están asistidas por

³³ Sobre la delimitación del estándar profesional medio como criterio de imputación y la función de la *lex artis* como parámetro de control de la actuación técnica, vid. Monterroso Casado (2018a: 120-133).

sus respectivos abogados, el propio modelo admite la participación de terceras personas expertas neutrales. En relación con estas últimas, sí resulta plenamente aplicable el deber de imparcialidad.

Junto a la imparcialidad, el deber de confidencialidad constituye otro pilar esencial. El prestador no solo participa en un espacio de negociación protegido, sino que asume un deber reforzado de reserva y custodia de la información obtenida durante el procedimiento. Este deber comprende la discreción sobre el contenido de las sesiones, la protección de los datos personales, la conservación diligente de la documentación y la prohibición de utilizar posteriormente la información en beneficio propio o de terceros. La LO 1/2025 ha generalizado este deber para los distintos MASC, configurándolo como uno de los principios estructurales del sistema (art. 9), al igual que lo recogía la Ley 5/2012 (art. 9) en el ámbito de la mediación. La vulneración de la confidencialidad puede proyectarse tanto en el plano patrimonial como en el moral, siendo susceptible de indemnización cuando concurren los requisitos generales de la responsabilidad.

Especial relevancia adquiere asimismo el deber de información y transparencia. El prestador debe explicar de forma clara la naturaleza del mecanismo elegido, el alcance jurídico del eventual acuerdo, sus efectos procesales, los límites de la confidencialidad y los costes previsibles. Este deber aparece expresamente reflejado en la regulación de la conciliación privada introducida por la LO 1/2025, que impone a la persona conciliadora la obligación de realizar una sesión inicial informativa sobre las características del procedimiento, su coste, su organización y las consecuencias jurídicas del eventual acuerdo (art. 16). Una exigencia similar, aunque desarrollada en sus distintas fases, se encontraba ya en la Ley 5/2012 reguladora de la mediación, donde el mediador debe velar por que las partes dispongan de información suficiente sobre el procedimiento y sus efectos jurídicos³⁴.

Este deber resulta particularmente sensible cuando el intento de MASC opera como requisito de procedibilidad, pues una información insuficiente o incorrecta puede

³⁴ Vid. arts. 13, 17, 19 y 23 de la Ley 5/2012, que configuran un verdadero deber de información del mediador respecto de las características del procedimiento, su coste, la organización de las sesiones y las consecuencias jurídicas del acuerdo alcanzado, incluida su eventual eficacia ejecutiva mediante elevación a escritura pública. En particular, el art. 13 establece que el mediador debe velar por que las partes dispongan de la información y el asesoramiento suficientes, mientras que el art. 17 exige que en la sesión inicial se informe sobre las características del procedimiento, su coste y las consecuencias jurídicas del eventual acuerdo.

provocar decisiones erróneas, pérdida de oportunidades procesales o perjuicios económicos derivados de una comprensión inadecuada del procedimiento.

A partir de estos deberes puede afirmarse que existe un estándar profesional propio de la gestión de conflictos, aunque el ordenamiento no haya configurado una «lex artis mediadora» unitaria aplicable a todos los MASC. La exigencia de formación específica, la existencia de códigos de conducta, los estándares internacionales y la práctica consolidada permiten identificar criterios objetivos de actuación. Este estándar responde a la diligencia propia del profesional especializado en gestión de conflictos.

Comparativamente, el abogado defiende intereses de parte; el árbitro decide el conflicto con fuerza vinculante; el perito emite un dictamen técnico; el mediador o tercero neutral dirige un proceso estructurado de diálogo sin imponer una solución. Esta posición intermedia explica que su responsabilidad no derive de la inexistencia de acuerdo, sino de la conducción negligente del procedimiento o del incumplimiento de deberes básicos propios de su función, como la información adecuada a las partes o el respeto a la imparcialidad y la confidencialidad.

Estos deberes permiten concretar cuándo una actuación puede considerarse contraria al estándar profesional exigible. Entre ellos pueden mencionarse el deber de información suficiente y comprensible, la garantía de la voluntariedad, la competencia técnica, la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad, así como la obligación de abstenerse de asesoramientos incompatibles con el rol asumido o de retirarse cuando el procedimiento se utilice con fines ilícitos³⁵.

Cuando el prestador del MASC es abogado, el estándar de diligencia se integra además por las reglas propias de la profesión. La Exposición de Motivos recuerda que «con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas», destacando el papel negociador de la abogacía y la función de concordia que inspira su actuación. La LO 1/2025 no parte, en este punto, de una tradición inexistente, sino que refuerza obligaciones ya presentes en el plano deontológico. El Código Deontológico de la Abogacía Española configura como deber

³⁵ En el ámbito de la mediación, Quintana García ha sistematizado los principales deberes profesionales cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad civil, destacando, entre otros, el deber de información, la protección de la voluntariedad, la competencia técnica, la confidencialidad y la imparcialidad (2014: 4-6).

esencial asesorar al cliente sobre la posibilidad y las consecuencias de alcanzar un acuerdo o de acudir a medios adecuados de solución de controversias, en la búsqueda de la solución más adecuada al encargo recibido. No se trata de una mera recomendación ética, sino de una exigencia integrada en el estándar profesional de actuación³⁶.

Desde esta perspectiva, el deber de informar y asesorar sobre la idoneidad de los MASC forma parte del estándar de diligencia exigible al abogado. La omisión de este asesoramiento, cuando genere un perjuicio efectivo (por ejemplo, la pérdida de una oportunidad razonable de acuerdo o la asunción de costes procesales evitables) podría integrar un supuesto de responsabilidad profesional, siempre que concurran daño y relación causal conforme a los criterios generales de imputación.

Este deber de asesoramiento también se aprecia en la obligación profesional cuya omisión puede generar responsabilidad cuando produzca un perjuicio efectivo y jurídicamente imputable. En este sentido, la asistencia letrada en los MASC puede ser voluntaria o preceptiva según el mecanismo empleado; únicamente será obligatoria cuando se utilice la formulación de una oferta vinculante, salvo que la cuantía no supere los dos mil euros o una ley sectorial dispense la intervención letrada³⁷. Esta configuración normativa refuerza la relevancia del asesoramiento en la fase preprocesal y exige valorar la actuación del abogado conforme al estándar técnico y deontológico que le es propio, aun cuando su intervención no sea siempre obligatoria.

La doctrina ha puesto de relieve, además, ciertas incoherencias en la configuración normativa de los distintos MASC. Como señala Calaza López, si todos responden al mismo patrón de eficiencia y pacificación, resulta difícil justificar que en algunos de ellos el abogado pueda intervenir tanto en la fase negociadora como en la contenciosa sin riesgo de «contaminación procesal», mientras que en el proceso colaborativo se impone una

³⁶ En coherencia con ello, el Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo) define la profesión como una actividad orientada simultáneamente a la concordia y a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales, situando ambos objetivos en un plano de igualdad. Asimismo, atribuye a los colegios profesionales funciones de impulso y participación en mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje, lo que evidencia la integración estructural de estos instrumentos en el ejercicio profesional.

³⁷ Como ha señalado Calaza López, nos encontramos en un «estrecho cruce de caminos», en la medida en que, por un lado, el intento de MASC opera como requisito de procedibilidad obligatorio en los procesos civiles y mercantiles dispositivos -lo que presupone una adecuada calidad técnica en la formulación de las pretensiones- y, por otro, el único mecanismo susceptible de generar costas por asistencia letrada es la oferta vinculante cuando la controversia supera dicha cuantía [Calaza López (2025a: 10)].

incompatibilidad absoluta entre ambas funciones³⁸. Esta disparidad no es indiferente desde el punto de vista de la responsabilidad civil pues el papel que el profesional puede desempeñar en cada MASC condiciona los deberes que asume y el grado de independencia que se le exige, y debe tenerse en cuenta al valorar su diligencia.

No obstante, la apreciación de responsabilidad deberá realizarse con cautela. No toda falta de recomendación específica generará automáticamente un deber de indemnizar; será necesario acreditar la existencia de un daño cierto y la conexión causal entre la omisión informativa y el perjuicio sufrido.

Otra cuestión relevante es la de la fase anterior a la formalización del encargo. En muchos MASC existe, como primer contacto, una sesión inicial o informativa en el que el profesional debe explicar adecuadamente la naturaleza del procedimiento, sus efectos y sus límites. En este estadio pueden surgir deberes jurídicamente relevantes cuya infracción genere responsabilidad. Una información incompleta o incorrecta, la aceptación del encargo pese a la existencia de conflictos de interés o la falta de competencia técnica para el asunto concreto pueden dar lugar a responsabilidad, cuya calificación dependerá de si ya existe vínculo contractual o si nos situamos en el ámbito de la responsabilidad precontractual. La importancia de esta fase radica en que el deber de información y el deber de imparcialidad no nacen exclusivamente con la firma del contrato, sino desde el momento en que el profesional asume una posición de confianza frente a las partes.

De este modo, la infracción de los principios o deberes básicos (imparcialidad, confidencialidad, neutralidad, diligencia técnica, información) puede dar lugar a responsabilidad cuando genere un daño efectivo. Obviamente, no todo error o irregularidad formal genera automáticamente un incumplimiento resarcible, sino que será necesario acreditar una actuación contraria al estándar profesional exigible, la existencia de un daño real y la relación causal entre ambos.

En los supuestos en que el profesional omita la realización del intento de MASC exigido como requisito de procedibilidad, conforme al art. 5 de la LO 1/2025, o lo lleve

³⁸ Calaza López (2025a: 16).

a cabo de forma manifiestamente inadecuada, el eventual perjuicio no radica necesariamente en el resultado del litigio posterior, sino en la frustración o disminución de las posibilidades reales de defensa. Debe tenerse en cuenta, además, que la propia ley admite la posibilidad de alcanzar acuerdos totales o parciales en el marco de estos mecanismos, permitiendo acudir posteriormente al proceso respecto de los extremos de la controversia que permanezcan sin resolver (art. 4). Asimismo, la ausencia del intento de MASC puede generar dificultades adicionales cuando se aproxima el vencimiento de plazos de prescripción o caducidad, al comprometer el ejercicio oportuno de la acción judicial.

En estos casos puede configurarse un daño por pérdida de oportunidad, siempre que se acredite que el cliente se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para ejercer eficazmente su pretensión y que la actuación negligente determinó una reducción cierta y relevante de las posibilidades de éxito de la pretensión del perjudicado. No basta la mera hipótesis de un resultado más favorable, sino la constatación de una relación objetiva entre la omisión profesional y la privación o debilitamiento del acceso efectivo a la tutela judicial. La jurisprudencia ha precisado, además, que la pérdida de oportunidad únicamente genera un daño indemnizable cuando exista una razonable probabilidad de que la acción o recurso frustrado hubiera podido prosperar, lo que exige realizar un juicio prospectivo sobre las posibilidades reales de éxito de la pretensión (SSTS 50/2020, de 22 de enero, y 456/2021, de 28 de junio).

En cuanto a la prueba, corresponde a quien reclama la indemnización acreditar el daño, la conducta contraria al estándar profesional y el nexo causal. En el ámbito de la abogacía –cuyo criterio puede aplicarse por analogía– la jurisprudencia ha afirmado que el profesional goza de una presunción inicial de diligencia, de modo que corresponde al reclamante acreditar la negligencia³⁹. No obstante, esta regla admite matices en supuestos

³⁹ Así lo declara la STS 50/2020, de 22 de enero, al establecer que corresponde al demandante acreditar todos los presupuestos de la responsabilidad civil del abogado, en particular la falta de diligencia en el desempeño profesional, la existencia y alcance del daño y la relación de causalidad entre la conducta del letrado y el perjuicio sufrido. En el mismo sentido se pronuncia la STS 282/2013, de 22 de abril, siguiendo una consolidada línea jurisprudencial integrada, entre otras, por las SSTS de 21 de junio de 2007, 14 de julio de 2005 y 30 de diciembre de 2002, al señalar que «será el actor o reclamante del daño [...] quien deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado», esto es, la falta de diligencia en la prestación profesional, el nexo de causalidad con el daño producido y la existencia y alcance de este. En definitiva, como viene sosteniendo de forma constante la jurisprudencia (SSTS de 24 de mayo de 1990, 23 de diciembre de 1992 y 3 de octubre de 1998, entre otras), en los litigios de responsabilidad civil de abogados no opera, con carácter general, la inversión de la carga de la prueba, de manera que «el hecho de

de omisión de deberes profesionales claros. Cuando el profesional no realiza actuación alguna pese al encargo recibido, o incumple obligaciones formales inequívocas, como no promover en plazo el intento de MASC exigido como requisito de procedibilidad, puede exigírsele que justifique su actuación en atención a su mayor facilidad probatoria.

Por último, la apreciación del nexo causal exige descartar explicaciones meramente hipotéticas. Cuando el resultado desfavorable pueda considerarse razonablemente aceptable dentro del margen de incertidumbre propio del conflicto, o concurren factores ajenos que permitan cuestionar la influencia decisiva de la actuación profesional, no cabe imputar responsabilidad. La relación causal debe establecerse a partir de circunstancias objetivas y no sobre la base de hipótesis retrospectivas, siendo necesario valorar si la conducta imputada fue objetivamente apta para producir el perjuicio cuya reparación se pretende⁴⁰.

En suma, la responsabilidad del prestador de un MASC no depende del resultado alcanzado, sino de la eventual infracción relevante del estándar profesional exigible y de su conexión con un daño efectivo. No obstante, el análisis del régimen de responsabilidad en estos mecanismos no se agota en la actuación del profesional individual, como veremos a continuación.

III.4. Responsabilidad de las instituciones

El análisis de la responsabilidad civil en los MASC no puede limitarse al profesional individual. Las instituciones o centros que organizan, administran o canalizan estos procedimientos desempeñan un papel estructural en el sistema y, en consecuencia, deben ser objeto de un análisis específico. Ahora bien, conviene distinguir las instituciones de mediación de las sociedades profesionales. Mientras las primeras

no haber tenido éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad». En consecuencia, la mera desestimación de la pretensión o el fracaso procesal no permiten, por sí solos, presumir la negligencia profesional del abogado, correspondiendo al demandante acreditar que el perjuicio cuya reparación reclama trae causa de una actuación contraria a la diligencia profesional exigible.

⁴⁰ Sobre la exigencia de una relación de causalidad jurídicamente imputable y la exclusión de construcciones hipotéticas en la responsabilidad profesional, vid. Monterroso Casado (2018a: 143-150). En este sentido, la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas y que debe apreciarse una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa suficiente para ser configurada como daño resarcible conforme al artículo 1101 CC [Monterroso Casado (2018a: 153)].

constituyen entidades destinadas a organizar, promover o administrar determinados MASC, las segundas representan una forma de ejercicio colectivo de actividades profesionales regulada por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, a través de la cual pueden prestarse algunos de estos servicios cuando así lo permita la normativa aplicable. Se trata, por tanto, de figuras con distinta naturaleza y régimen jurídico, aunque en determinados supuestos puedan converger funcionalmente en la prestación de un mismo servicio⁴¹.

En el ámbito de la mediación, la institución no actúa como un mero intermediario administrativo. La normativa la concibe como una entidad que impulsa y facilita el acceso al procedimiento, incluyendo la designación del mediador y la gestión organizativa del servicio. De ello se derivan deberes propios como la transparencia en los criterios de selección y designación de mediadores, la información adecuada a las partes, la definición clara de sus fines y funcionamiento, la existencia de mecanismos de reclamación, así como garantías mínimas de calidad en la prestación del servicio⁴². Estos requisitos no son meramente formales, sino que condicionan su inscripción en el Registro de Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia⁴³.

Aunque la LO 1/2025 no establece un régimen institucional tan desarrollado para el resto de los MASC, sí introduce ciertos elementos organizativos en la regulación de la conciliación privada. En particular, el artículo 15 exige que la persona conciliadora esté integrada en determinados colectivos profesionales o inscrita como mediadora en los registros correspondientes, o bien que pertenezca a instituciones de mediación debidamente homologadas. Asimismo, admite que la conciliación pueda prestarse a través de sociedades profesionales, siempre que cumplan los requisitos previstos en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. Estas previsiones ponen de

⁴¹ Respecto al régimen de responsabilidad de las sociedades profesionales y la diferenciación entre la responsabilidad de la sociedad y la de los profesionales que actúan en su seno, vid. Yzquierdo Tolsada (2009: 7-34).

⁴² Vid. arts. 20 a 23 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, sobre inscripción de las instituciones de mediación en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, que exige, entre otros extremos, información sobre sus estatutos o reglamentos, criterios de designación de mediadores, sistemas de garantía de calidad y la existencia de seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

⁴³ Ministerio de Justicia, Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación: <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/registros/mediadores-instituciones>

manifiesto que, incluso fuera del ámbito estricto de la mediación, el legislador reconoce la relevancia de las estructuras organizativas desde las que se prestan estos servicios.

Desde la perspectiva civil, la responsabilidad puede proyectarse en dos planos. Por un lado, cabe una responsabilidad por hecho propio cuando el daño tenga su origen en deficiencias organizativas directamente imputables a la entidad, como fallos en los criterios de selección, en los sistemas de control o en la información ofrecida a las partes. En estos supuestos, el fundamento se encuentra en el artículo 1902 CC. Esta imputación encuentra también apoyo en la idea de que quien organiza una actividad profesional debe asumir los riesgos derivados de su propia organización y adoptar las medidas necesarias para prevenirlos⁴⁴. De este modo, cuando el daño se origina en un fallo organizativo, por ejemplo, la designación de un mediador que no reunía los requisitos legales o formativos exigidos, o la ausencia de controles básicos en la verificación de tales requisitos, la responsabilidad puede imputarse directamente a la institución por incumplimiento de sus propias obligaciones. No se trata aquí de responsabilizar a la institución por el resultado de la actuación profesional del mediador o del conciliador, sino por las deficiencias en el proceso de selección, designación o supervisión que le son propias y que forman parte de la organización del servicio. La imputación encuentra así su fundamento en las facultades de dirección, organización y control que corresponden a la entidad respecto de la prestación del servicio.

Por otro lado, puede plantearse la responsabilidad por hecho ajeno conforme al artículo 1903 CC cuando el profesional que interviene (mediador, conciliador o tercero neutral) actúe en el marco de la estructura organizativa de la institución o centro y cause un daño en el ejercicio de sus funciones⁴⁵. La jurisprudencia exige, para apreciar esta responsabilidad, la existencia de una relación de dependencia (no necesariamente laboral, sino también funcional) entre el autor del daño y la entidad a la que se pretende imputar, así como que el daño se produzca en el ámbito de dicha relación y que no se acredite

⁴⁴ Sobre la distribución del riesgo derivado de actividades organizadas y su incidencia en la imputación de responsabilidad civil, vid. Álvarez Lata (2015). En cuanto al fundamento de la responsabilidad por hecho ajeno en el ámbito organizativo, vid. Yzquierdo Tolsada (2001: 263-273); Peña López (2013: 2153-2171); Atienza Navarro (2021: 531-563).

⁴⁵ Sobre la responsabilidad por hecho ajeno y la imputación indirecta de daños en el ámbito empresarial y organizativo, vid. Medina Alcoz (2015: 73-106); Sainz-Cantero Caparrós (2008: 6-20) o Monterroso Casado (2018b: 11-43).

haber empleado toda la diligencia exigible en la selección, organización y vigilancia del profesional. Asimismo, el Tribunal Supremo distingue entre la responsabilidad indirecta de la institución por la actuación de quienes actúan en su esfera organizativa (art. 1903 CC) y la responsabilidad directa por sus propias deficiencias organizativas, cuando el daño derive de un funcionamiento irregular del servicio o del incumplimiento de los deberes de organización, vigilancia o control (art. 1902 CC)⁴⁶.

No obstante, esta responsabilidad puede quedar excluida si la entidad acredita haber actuado con la diligencia exigible en la selección y supervisión del profesional, esto es, si demuestra haber empleado la diligencia propia de una organización prudente y correctamente estructurada en la elección y vigilancia de quienes actúan en su ámbito. Esta imputación responde a la idea general de que quien organiza un servicio y se beneficia de su prestación debe asumir también los riesgos derivados de su funcionamiento. Esta consecuencia no se limita exclusivamente al ámbito extracontractual ya que podría en el plano contractual cuando un centro asume frente a las partes la prestación del servicio de un MASC y recurre a profesionales integrados en su estructura para su ejecución. Si la actuación de estos ocasiona el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del encargo, la entidad podrá responder frente al perjudicado por la actuación de quienes empleó para el desarrollo del servicio, sin perjuicio de las acciones internas de repetición que procedan. Ahora bien, en el ámbito de las instituciones de mediación suele diferenciarse claramente ambas esferas: por un lado, el mediador responde directamente de su intervención en la gestión del procedimiento entre las partes; por otro, la institución puede responder por los aspectos organizativos del servicio, como la selección o designación del profesional que interviene.

Esta imputación no excluye la posibilidad de que, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, la entidad ejercite la acción de repetición prevista en el

⁴⁶ En este sentido, la STS 269/2010, de 14 de mayo, recuerda que la responsabilidad del artículo 1903 CC exige una relación de dependencia (entendida en sentido amplio, comprensiva de facultades de dirección, vigilancia y control), que el daño se produzca en el ámbito de dicha relación y que no se pruebe haber empleado toda la diligencia para evitarlo, con cita de las SSTs de 3 de abril de 2006, 10 de octubre de 2007 y 6 de mayo de 2009. En la misma línea, la STS 1581/2025, de 5 de noviembre, reiterando la doctrina de la STS 580/2009, de 29 de julio, distingue entre la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 CC y la responsabilidad directa del centro conforme al artículo 1902 CC cuando el daño sea imputable a deficiencias en la organización, vigilancia o control del servicio.

artículo 1904 CC⁴⁷. Dicho precepto autoriza a quien paga el daño causado por sus dependientes a reclamar de estos lo que hubiera satisfecho. Así, cuando el centro responda por los perjuicios causados por quienes actúan en su ámbito organizativo, «en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones» (art. 1903 CC), podrá repetir frente al profesional cuya actuación haya generado el daño⁴⁸. Ahora bien, si el perjuicio fuera consecuencia tanto de la actuación negligente del profesional como de deficiencias organizativas imputables a la propia entidad, por ejemplo, una designación inadecuada o la ausencia de supervisión mínima, la acción de repetición debería operar de forma parcial, en proporción a la respectiva contribución causal al daño. En tales supuestos, la responsabilidad no se desplaza íntegramente al profesional, sino que debe distribuirse conforme al grado de intervención de cada uno en la producción del resultado dañoso⁴⁹.

Además de la responsabilidad extracontractual por hecho propio o ajeno, no puede olvidarse que, en la mayoría de los supuestos, la intervención del profesional de un MASC se articula a través de una relación contractual⁵⁰. Cuando las partes acuden a un mediador o a un tercero neutral para la gestión de su conflicto celebran un contrato en virtud del cual este se obliga a prestar un servicio profesional a cambio de una retribución, en los términos del artículo 1544 del Código Civil. Si el daño se produce dentro del ámbito del encargo asumido, la responsabilidad podrá calificarse como contractual y fundamentarse en el artículo 1101 CC. Esta concurrencia de acciones no altera la distinta naturaleza de los fundamentos jurídicos, pero sí refuerza la protección del perjudicado.

⁴⁷ A este respecto, Roca i Trias (1998: 36) sostiene que la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes debe entenderse como una responsabilidad vicaria, lo que permite compatibilizar la responsabilidad frente al perjudicado con el posterior ejercicio de la acción de repetición prevista en el artículo 1904 CC. Sobre el fundamento y la función económica de la responsabilidad vicaria y del derecho de repetición, vid. Fernández Márquez (2021).

⁴⁸ Solé Feliú (2012: 150); Medina Alcoz (2015: 83).

⁴⁹ En esta línea, se ha sostenido que, siendo subjetiva la responsabilidad del empresario, no cabe repetir la totalidad de lo abonado cuando exista también culpa propia en la organización, sino únicamente la parte correspondiente a la negligencia del dependiente. Vid., entre otros, Solé Feliú (2012: 150-152).

⁵⁰ Aunque referida a la relación entre abogado y cliente, la STS 283/2014, de 20 de mayo, ofrece una construcción contractual extrapolable, con las debidas adaptaciones, a la prestación de servicios profesionales en el ámbito de los MASC, al recordar, con cita de otras resoluciones, que «la relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato». Añade que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato «debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias» y que, cuando el profesional incumple las obligaciones asumidas o las inherentes a su actividad, «estamos en presencia de una responsabilidad contractual».

La dimensión institucional no puede desligarse, además, del marco ético o deontológico que disciplina la actividad. En el ámbito europeo se han elaborado distintos instrumentos orientados a establecer estándares de conducta y calidad en la prestación de estos servicios, aunque hasta el momento se han desarrollado principalmente en el ámbito de la mediación. Este marco pone de relieve que las instituciones no solo cumplen una función administrativa, sino también una función de garantía organizativa del sistema⁵¹. Asimismo, muchas instituciones han aprobado códigos de conducta internos para los profesionales inscritos en sus registros, con el fin de asegurar el respeto a principios como la competencia, independencia, neutralidad e imparcialidad⁵². Ahora bien, el incumplimiento de estos estándares solo generará responsabilidad civil cuando concurren daño efectivo y relación causal. Desde el plano disciplinario, la respuesta dependerá de la estructura institucional o corporativa correspondiente. En algunos casos, determinadas corporaciones profesionales -como colegios de abogados- han asumido además funciones propias de instituciones o centros de mediación. Esta circunstancia refuerza la dimensión organizativa de estos mecanismos y puede proyectar efectos jurídicos relevantes, en la medida en que la entidad no actúa únicamente como órgano corporativo, sino también como estructura institucional desde la que se organiza y canaliza la prestación del servicio⁵³.

En definitiva, la responsabilidad de las instituciones o centros desde los que se prestan los servicios de los MASC no es meramente accesorio. Deriva de su función organizativa, de su posición en la prestación del servicio y del riesgo que asumen al estructurarlo. Sin embargo, al igual que ocurre respecto del profesional individual, la exigencia de responsabilidad requiere acreditar la existencia de un daño efectivo y su relación con la actuación desarrollada. Sin prueba suficiente del perjuicio y de esa

⁵¹ En el ámbito de la mediación, *vid.* el Código Europeo de Conducta para Mediadores (2004), de adhesión voluntaria, que establece normas mínimas en materia de competencia, imparcialidad y confidencialidad. Posteriormente, el Código Europeo de Conducta para Proveedores de Servicios de Mediación (2018) ha reforzado esta dimensión organizativa al introducir estándares relativos a la formación y supervisión de mediadores, la transparencia en la gestión de casos y la implementación de sistemas de control de calidad. Disponibles en: https://e-justice.europa.eu/topics/taking-legal-action/mediation/eu-rules-meditation_es

⁵² *Vid.* a título ilustrativo, Instituto Nexum de Resolución de Controversias (<https://institutonexum.com/mediacion/>).

⁵³ *Vid.* el Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia (CMICAV) (<https://mediacion.icav.es/>), el ADR-ICAB del Colegio de la Abogacía de Barcelona (<https://www.icab.es/es/adr-masc/ADR-General/>), o el Centro de Mediación del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid (mediaICAM) (<https://www.icam.es/servicios/mediacion/>), entre otros.

conexión, la pretensión resarcitoria carecerá de fundamento, aun cuando la conducta pueda resultar reprochable desde una perspectiva ética o disciplinaria. Además, en este ámbito suele diferenciarse la responsabilidad de la institución y la del profesional que interviene, como sucede en las instituciones de mediación respecto de los mediadores o, en su caso, de los conciliadores privados.

De este modo, resulta necesario examinar cómo se cubre ese riesgo y qué mecanismos de garantía económica existen para proteger a las partes cuando se produce un daño. Desde esta perspectiva, el estudio del seguro, las garantías y la distribución del riesgo constituye el siguiente aspecto a analizar.

III.5. Seguro, garantía y distribución del riesgo

La responsabilidad civil en los MASC no puede analizarse al margen de la cuestión del aseguramiento. La existencia, o ausencia, de mecanismos de cobertura patrimonial influye directamente en que los daños puedan ser realmente reparados y en la confianza que las partes depositan en estos mecanismos de resolución de conflictos.

El crecimiento del sector asegurador y la elevada litigiosidad asociada a este ámbito refuerzan esta conexión. Como se ha señalado, el sector de los seguros presenta una especial sensibilidad hacia la implantación de los MASC, tanto por su tradicional nivel de conflictividad como por la constante preocupación por la protección del asegurado⁵⁴.

Antes incluso de la LO 1/2025, el ordenamiento ya contemplaba distintos mecanismos preprocesales de resolución de conflictos (como las reclamaciones previas en determinados ámbitos, los sistemas de reclamación ante autoridades supervisoras o ciertos procedimientos técnicos para resolver discrepancias) que, en la práctica, han funcionado como vías alternativas para intentar resolver la controversia antes de acudir al proceso. La nueva regulación, al reconocer la relevancia de la actividad negociadora

⁵⁴ En este sentido, García González (2025: 395) ha destacado que: «Si bien es cierto que la implantación de los MASC en el ámbito de los seguros es una más de cualesquiera cuestiones a dirimir en la Jurisdicción Civil, no es menos cierto que en este sector desde antiguo ha habido inquietud por proteger al asegurado, así como es destacable que el ámbito de los litigios con componente asegurador cobra especial relevancia por su volumen».

previa en el ámbito civil y mercantil, con determinadas excepciones, como requisito de procedibilidad, refuerza indirectamente el papel de estos mecanismos.

El seguro de responsabilidad civil constituye un mecanismo de protección que permite cubrir los riesgos derivados de la obligación legal de reparar los daños causados a terceros. No elimina la responsabilidad ni evita el conflicto, pero garantiza que el perjuicio pueda ser efectivamente resarcido sin que el profesional o la institución queden expuestos a una pérdida económica potencialmente ruinosa. En este sentido, el aseguramiento no solo protege al perjudicado, sino que contribuye a la estabilidad del sistema, al facilitar la efectividad de la reparación y distribuir económicamente los riesgos inherentes al ejercicio de determinadas actividades⁵⁵.

En el ámbito de la mediación, el legislador ha optado por un modelo reforzado de garantía. El artículo 11.3 de la Ley 5/2012, desarrollado por el Real Decreto 980/2013, impone a los mediadores la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil profesional o garantía equivalente que cubra los daños y perjuicios derivados del ejercicio de su función. De forma paralela, se prevé también el aseguramiento de las instituciones de mediación respecto de la responsabilidad que pueda corresponderles, en particular la vinculada a la designación del mediador o al incumplimiento de sus deberes organizativos. El régimen reglamentario permite que esta cobertura se articule mediante póliza individual del mediador o a través de pólizas colectivas, pudiendo la institución asumir la cobertura de los profesionales que actúan en su ámbito, sin perjuicio del seguro que deba mantener para cubrir su propia responsabilidad⁵⁶.

De este modo, la previsión legal cumple varias funciones complementarias: garantiza la reparación efectiva del daño; refuerza la confianza de las partes al asegurar una cobertura patrimonial suficiente; favorece la profesionalización de la actividad; y distribuye el riesgo económico entre el conjunto del mercado asegurador, integrándolo en el coste ordinario del servicio.

⁵⁵ Sobre la función social del seguro de responsabilidad civil como instrumento de garantía de la reparación del daño y de protección de las víctimas, vid. Alonso Soto (2000: 193-204).

⁵⁶ *Vid.* arts. 26 a 29 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012. En particular, el art. 26 establece la obligación del mediador de contar con seguro o garantía equivalente, permitiendo su contratación individual o mediante pólizas colectivas, mientras que el art. 29 impone a las instituciones de mediación la obligación de disponer de cobertura propia respecto de la responsabilidad que pueda derivarse de su actuación, especialmente la vinculada a la designación del mediador.

Ahora bien, esta obligación específica de aseguramiento no se reproduce en el resto de los MASC. En mecanismos como la negociación asistida, la conciliación privada o el derecho colaborativo no existe una exigencia general vinculada al instrumento en sí, sino únicamente la que pueda derivarse de la profesión de origen del interviniente. Esta asimetría genera una fragmentación difícilmente justificable. Si todos los MASC cumplen una función institucional relevante dentro del modelo de justicia colaborativa, no parece coherente que la garantía patrimonial dependa del cauce elegido.

Por ello, cabe plantear, de *lege ferenda*, la conveniencia de extender el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil del prestador, hoy previsto en la mediación, al resto de los MASC. Ahora bien, esta extensión no debería entenderse necesariamente como la imposición uniforme de un seguro específico cuando el profesional que interviene ya disponga de una cobertura adecuada en el ejercicio de su actividad profesional. En tales casos, la exigencia podría satisfacerse mediante los mecanismos de aseguramiento propios de la profesión de origen, siempre que ofrezcan una protección suficiente frente a los daños que puedan derivarse.

En este contexto, el seguro cumple funciones complementarias. El seguro de responsabilidad civil protege frente al riesgo de daño derivado de la actuación profesional. De este modo, el riesgo no recae íntegramente sobre una sola persona, sino que se distribuye de forma más equilibrada⁵⁷.

Por otro lado, debe considerarse el papel del seguro de protección jurídica como una garantía para las partes, pues permite afrontar los costes del conflicto y facilita el acceso al sistema. Como ha señalado García González, el riesgo asegurado por este ramo no es menor que la propia garantía del artículo 24 CE⁵⁸. Si el intento de MASC se erige en presupuesto procesal obligatorio, el seguro de protección jurídica contribuye a evitar que el coste económico del acceso al sistema se convierta en un obstáculo material para el ejercicio efectivo de los derechos.

⁵⁷ Sobre la función del seguro de responsabilidad civil profesional como mecanismo de cobertura del riesgo derivado de la actividad profesional y garantía de reparación de los daños causados a terceros, vid. Busto Lago (2022).

⁵⁸ De modo que: «Y no podemos perder de vista que, si a día de hoy ya es importante este ramo por el riesgo que se asegura, nada más ni nada menos que la garantía del artículo 24 CE, en los albores de la privatización de la justicia donde se primen mecanismos alternativos de resolución de conflictos, cobre más importancia aún» [García González (2025: 422)].

Si los MASC forman parte del sistema de justicia y, en muchos casos, se configuran como un paso previo necesario antes de acudir al juez, no pueden entenderse únicamente como acuerdos privados, sino como mecanismos que cumplen una función dentro del propio sistema de resolución de conflictos. Su funcionamiento incide directamente en la protección de los derechos. Por ello, la existencia de garantías económicas no es un elemento accesorio, sino una pieza necesaria para que el modelo funcione de forma adecuada.

Desde esta perspectiva, la justicia colaborativa no puede descansar exclusivamente en la autonomía privada. Necesita contar con garantías que permitan repartir los riesgos que pueden surgir en un conflicto. El aseguramiento cumple aquí una función importante. El posible daño derivado de la actuación profesional puede cubrirse mediante el seguro de responsabilidad civil, mientras que los costes económicos del conflicto pueden afrontarse a través del seguro de protección jurídica. Incluso desde planteamientos cercanos al análisis económico del Derecho se reconoce que los sistemas de aseguramiento permiten repartir mejor los riesgos. Aplicado a los MASC, ello significa que el acceso a estos mecanismos no debería depender exclusivamente de la capacidad económica de las partes. Cuando existen mecanismos claros de cobertura y reparación también se refuerza la confianza en estos sistemas. No se trata solo de una cuestión económica, sino de un elemento necesario para el buen funcionamiento del sistema.

Todo ello permite afirmar que el aseguramiento no constituye un elemento accesorio en el funcionamiento de los MASC, sino una garantía que contribuye a la efectividad del derecho a la reparación y a la distribución del riesgo económico del conflicto. La experiencia del modelo previsto para la mediación muestra que la existencia de cobertura obligatoria no solo protege al perjudicado, sino que también refuerza la confianza en estos mecanismos. Desde esta perspectiva, no parece injustificado plantear, de *lege ferenda*, la conveniencia de extender exigencias similares a otros MASC cuando la intervención profesional pueda generar riesgos para las partes, con el fin de dotar al sistema de mayor coherencia y seguridad.

IV. HACIA UN ESTATUTO COMÚN DEL PRESTADOR DE MASC

La LO 1/2025 ha situado a los MASC en el centro del sistema de justicia civil, atribuyéndoles efectos procesales relevantes (procedibilidad, incidencia en costas y valoración de la conducta preprocesal) y reforzando la dimensión cooperativa para el acceso a la jurisdicción. Sin embargo, no ha venido acompañado en paralelo de un estatuto homogéneo del profesional que los gestiona.

Mientras que la mediación cuenta con una regulación expresa en materia de deberes, responsabilidad y aseguramiento, prevista en la Ley 5/2012 y desarrollada reglamentariamente, el resto de mecanismos, como la negociación asistida la conciliación privada, el derecho colaborativo u otras fórmulas de intervención de terceros neutrales, carece de una legislación equivalente. Esta asimetría produce consecuencias relevantes. Si el modelo de justicia cooperativa exige a las partes una conducta leal y responsable antes de acudir a la jurisdicción, resulta coherente exigir también estándares claros, previsibles y garantizados a quienes administran profesionalmente esos procedimientos.

En la actualidad, la responsabilidad del prestador en los MASC no específicamente regulados debe reconducirse a las reglas generales del Código Civil. La responsabilidad contractual del artículo 1101 CC operará cuando exista un vínculo obligacional previo; la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC resultará aplicable cuando el daño exceda el marco contractual o afecte a terceros; sin perjuicio de los supuestos en los que, como hemos visto, puede operar la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1903 CC. Esta solución fragmentada genera incertidumbre y obliga a reconstruir caso por caso el estándar de diligencia exigible, la naturaleza de la obligación (generalmente de medios), la carga probatoria y el alcance del daño indemnizable. Además, produce una disparidad de tratamiento respecto de la mediación, donde buena parte de estos elementos cuentan con una regulación expresa.

La consecuencia es una menor previsibilidad. La protección del usuario depende en gran medida del mecanismo elegido, aunque todos los MASC cumplen una función similar dentro del sistema. En un modelo todavía reciente, en el que muchas personas ni siquiera conocen bien estos medios extrajudiciales, las partes (y, lo que es más grave, incluso algunos profesionales) no siempre tienen claro qué deberes profesionales rigen la actuación del prestador, qué nivel de diligencia se le exige, cuándo puede surgir su responsabilidad, frente a quién puede reclamarse o si existe una garantía económica

efectiva para reparar el daño. Esta falta de claridad puede debilitar la confianza en unos mecanismos que la propia ley ha querido situar en el centro del modelo.

La paradoja es evidente. Se refuerza la exigencia de un comportamiento responsable de las partes antes de acudir a la jurisdicción, basado en la buena fe, la corresponsabilidad y la negociación previa, pero no se refuerza de la misma manera el marco jurídico aplicable a quienes gestionan profesionalmente estos mecanismos de resolución dialogada del conflicto. El buen funcionamiento del sistema no depende solo de la actitud responsable de las partes, sino también de la calidad y fiabilidad del servicio que se presta. Por ello, la corresponsabilidad no puede recaer únicamente en los litigantes, sino también en los profesionales que intervienen para encauzar el conflicto.

Desde esta perspectiva, el desigual tratamiento regulatorio resulta difícil de justificar. No parece razonable que la existencia de un seguro obligatorio, la delimitación expresa de deberes profesionales o la configuración de un régimen claro de responsabilidad dependan del concreto MASC utilizado, cuando todos ellos comparten una finalidad común y, en determinados casos, actúan como presupuesto de acceso a la jurisdicción.

Ahora bien, el déficit detectado no implica necesariamente que la LO 1/2025 debiera haber incorporado en su articulado un estatuto completo del prestador. Su naturaleza orgánica se justifica por su incidencia directa en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y en las condiciones de acceso a la jurisdicción, no por la regulación detallada de la responsabilidad civil profesional. Precisamente por ello, lo más razonable habría sido que la propia ley previera, mediante una disposición específica, su desarrollo posterior en una ley ordinaria que completara el modelo. El problema no está tanto en que esa regulación no aparezca en la ley orgánica, sino en que no se haya previsto de forma clara cómo debía desarrollarse después. De este modo se produce una cierta descompensación con una intensa regulación procesal del comportamiento de los litigantes y, sin embargo, una ausencia de un marco igualmente claro para los profesionales que intervienen en estos mecanismos dentro del nuevo modelo de justicia colaborativa.

Por todo ello, parece necesario avanzar hacia la articulación de un estatuto profesional mínimo, aplicable con carácter transversal a todos los prestadores de MASC.

Dicho estatuto debería delimitar con claridad el estándar de diligencia exigible, la naturaleza de la obligación, los deberes esenciales de actuación (imparcialidad, independencia, confidencialidad, información suficiente y adecuada gestión del procedimiento), y el régimen de responsabilidad, previendo la obligación de aseguramiento, fijando reglas coherentes sobre la responsabilidad de las entidades que organizan estos mecanismos y la posible concurrencia de responsabilidades.

Una regulación de este tipo no supondría sobreregular la justicia colaborativa, sino aportar mayor claridad a un ámbito que ya ha empezado a tener un papel relevante dentro del sistema de justicia. Contribuiría a dar más coherencia al modelo, reforzaría la seguridad jurídica y ayudaría a consolidar la confianza en los MASC. Solo así podrá evitarse que la protección del ciudadano dependa del mecanismo concreto utilizado o de la aplicación dispersa de las normas generales del Código Civil. En definitiva, si los MASC se sitúan hoy en el centro del acceso a la justicia, también necesitan un marco claro que ordene la responsabilidad de quienes intervienen en ellos.

V. CONCLUSIONES

El modelo instaurado por la LO 1/2025 ha cambiado de forma importante el acceso a la jurisdicción civil al situar los MASC en una posición central dentro del sistema. La negociación previa deja de ser una opción meramente estratégica para convertirse en un paso relevante antes de acudir al proceso judicial. Con ello se refuerza una forma más cooperativa de entender la justicia y se proyectan sobre las partes deberes de buena fe y corresponsabilidad.

Sin embargo, el análisis realizado muestra que el diseño normativo presenta algunas carencias. La reforma ha reforzado las reglas sobre el comportamiento de las partes y ha dado consecuencias procesales relevantes a su actuación antes del proceso, pero no ha establecido al mismo tiempo un marco común de responsabilidad profesional para quienes gestionan estos mecanismos. Se produce así un desequilibrio entre las exigencias que se imponen a los litigantes y la falta de un régimen claro para los profesionales que intervienen en los MASC. Esta falta de claridad resulta especialmente relevante en un modelo todavía reciente, en el que el conocimiento práctico de estos

mecanismos sigue siendo limitado tanto para los ciudadanos como para muchos operadores jurídicos.

Resulta importante distinguir tres planos diferentes para mantener la claridad del modelo. Por un lado, las consecuencias procesales (como las previstas en el artículo 247 LEC) buscan corregir comportamientos inadecuados dentro del proceso. Por otro, la responsabilidad disciplinaria protege el cumplimiento de las normas deontológicas que rigen la actuación de los profesionales que intervienen. Y, finalmente, la responsabilidad civil tiene una función distinta, ya que se dirige a reparar los daños que puedan haberse causado. Confundir estos planos puede generar inseguridad jurídica y distorsionar el papel que corresponde a cada uno de estos mecanismos.

En cuanto a los prestadores de MASC, su responsabilidad no se vincula al resultado del procedimiento, sino al respeto de un estándar profesional configurado como obligación de medios cualificada, integrada por deberes de imparcialidad, confidencialidad, información suficiente y competencia técnica. Ello no excluye que determinadas prestaciones concretas puedan implicar la emisión de un resultado específico (como la formulación de una oferta vinculante o la emisión de un dictamen experto), aunque la eventual ausencia de acuerdo entre las partes no pueda considerarse por sí misma incumplimiento del prestador. La mediación ofrece en este punto un modelo más desarrollado, al incorporar deberes expresos y un sistema de aseguramiento obligatorio previsto en una ley específica y en su desarrollo reglamentario. En cambio, el resto de los mecanismos permanece sometido a una regulación dispersa, lo que reduce la previsibilidad del régimen aplicable.

Si los MASC forman parte del sistema de acceso a la jurisdicción, con evidente relación con el artículo 24 CE, resulta razonable contar con un marco común que defina con claridad los deberes profesionales, las reglas de responsabilidad y las garantías económicas adecuadas para asegurar la reparación de los daños que puedan causarse, sin que ello implique necesariamente la imposición de un seguro obligatorio cuando dicha cobertura ya exista en el marco de la actividad profesional de quienes intervienen en estos procedimientos.

La justicia colaborativa no puede apoyarse únicamente en incentivos procesales; también necesita un marco claro de deberes profesionales, más allá de las breves

referencias que realiza la propia LO 1/2025 para algunos MASC, así como reglas de responsabilidad para quienes intervienen en estos mecanismos, hoy prácticamente ausentes de una regulación específica y reconducidas, en gran medida, a las reglas generales del Código Civil. Solo así podrá reforzarse la confianza en su funcionamiento.

VI. PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

A la vista de lo expuesto, resulta conveniente plantear una propuesta normativa que permita dotar al sistema de un estatuto común para quienes prestan servicios de MASC. Este desarrollo podría realizarse mediante una ley ordinaria que complete el modelo actual y establezca reglas claras sobre responsabilidad profesional y aseguramiento.

No se trata de ampliar el contenido de la reforma procesal, sino de completar el modelo mediante la regulación de los deberes profesionales, la responsabilidad civil y las garantías económicas vinculadas a estos servicios.

Con este objetivo, una futura ley ordinaria podría incorporar un título específico en el que se regulasen, entre otros aspectos, cuestiones como las siguientes:

TÍTULO. Del estatuto profesional y régimen de responsabilidad civil de los prestadores de medios adecuados de solución de controversias

Artículo 1. Ámbito de aplicación

Las disposiciones del presente Título serán aplicables a toda persona física o jurídica que, en el marco de un medio adecuado de solución de controversias (MASC), intervenga como tercero neutral, mediador, conciliador, persona experta independiente u otro profesional que desempeñe funciones de facilitación, asistencia o gestión del proceso negociador.

Igualmente serán aplicables a las instituciones que organicen, administren o designen a los prestadores de tales servicios.

Cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente entre las partes o entre sus abogados o abogadas, las reglas del presente Título serán aplicables en la medida en que exista una prestación profesional de servicios vinculada al MASC.

Artículo 2. Naturaleza de la relación jurídica

La relación entre el prestador del servicio de MASC y las partes tendrá, por regla general, naturaleza contractual y se configurará, salvo pacto en contrario, como contrato de prestación de servicios.

Las obligaciones asumidas por el prestador tendrán, con carácter general, naturaleza de obligación de medios y no de resultado, conforme a la diligencia profesional exigible según la naturaleza del mecanismo utilizado. No obstante, determinadas prestaciones concretas, como la formulación de una oferta vinculante confidencial o la emisión de la opinión de una persona experta independiente, podrán implicar la obligación de emitir o formular una prestación específica conforme a los estándares profesionales aplicables. En todo caso, la falta de acuerdo entre las partes no generará por sí misma responsabilidad.

Artículo 3. Deberes profesionales esenciales

El prestador del servicio deberá actuar con diligencia profesional, imparcialidad, independencia y respeto a los principios de buena fe y confidencialidad.

Constituyen deberes esenciales del prestador:

- a) Informar de manera clara y suficiente a las partes sobre la naturaleza del procedimiento, su alcance y sus efectos jurídicos.
- b) Abstenerse de intervenir cuando concurra conflicto de intereses.
- c) Garantizar la igualdad de trato y el equilibrio entre las partes.
- d) Preservar la confidencialidad del procedimiento en los términos legalmente establecidos.
- e) Documentar adecuadamente los extremos necesarios para acreditar la existencia y desarrollo del procedimiento, sin menoscabo del deber de confidencialidad.

El incumplimiento de estos deberes podrá generar responsabilidad civil cuando cause un daño efectivo y evaluable económicamente.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sin perjuicio de los deberes específicos que puedan establecer las normas legales o reglamentarias reguladoras de los distintos medios adecuados de solución de controversias.

Artículo 4. Régimen de responsabilidad civil

El prestador responderá directamente de los daños causados por dolo o culpa en el ejercicio de su función de acuerdo con los deberes profesionales inherentes a su intervención en el procedimiento.

La simple falta de acuerdo o el rechazo de propuestas formuladas en el procedimiento no generarán por sí mismos responsabilidad, salvo que se acredite una actuación desleal o negligente y un daño derivado.

La indemnización podrá comprender daños patrimoniales y daños morales cuando se lesionen derechos de la personalidad o se cause un perjuicio en la esfera profesional de las partes.

Artículo 5. Responsabilidad de las instituciones

Las instituciones o centros que administren o gestionen MASC responderán en los siguientes supuestos, sin perjuicio de los casos que puedan establecerse en la normativa sectorial aplicable:

a) Por el incumplimiento de sus deberes propios de organización, designación, supervisión e información.

b) Por los daños derivados de la designación o funcionamiento del servicio cuando resulten imputables a deficiencias organizativas.

La actuación del prestador designado no generará por sí sola responsabilidad de la institución, salvo que el daño derive de los supuestos previstos en este artículo.

La responsabilidad del prestador que intervenga en el procedimiento será personal y directa, sin perjuicio de la posible concurrencia de responsabilidad de la institución cuando exista incumplimiento de sus deberes propios.

El perjudicado podrá dirigir su acción contra el prestador, contra la institución o contra ambos cuando concurran los presupuestos de responsabilidad previstos en este artículo, sin perjuicio del derecho de repetición que proceda entre ellos.

Artículo 6. Obligación de aseguramiento

Todo prestador profesional de servicios de MASC deberá suscribir un seguro de responsabilidad civil o contar con una garantía financiera equivalente que cubra los daños

derivados de su actuación. Esta obligación se entenderá cumplida cuando el profesional disponga de un seguro de responsabilidad civil propio en el ejercicio de su actividad profesional que incluya su intervención en el correspondiente MASC.

Las instituciones que organicen o administren MASC deberán contar igualmente con un seguro de responsabilidad civil o con una garantía financiera equivalente que cubra su responsabilidad propia y, en su caso, la derivada de los prestadores designados.

Artículo 7. Compatibilidad con otras responsabilidades

La responsabilidad civil prevista en este Título será compatible con:

- a) Las consecuencias procesales derivadas de la conducta preprocesal de las partes.
- b) Las responsabilidades disciplinarias o deontológicas que pudieran corresponder.
- c) Las responsabilidades administrativas o penales que, en su caso, procedan.

La exigencia de responsabilidad prevista en este Título no debe interpretarse de forma que suponga una limitación indebida del derecho de acceso a la jurisdicción.

Bibliografía

- ALONSO SOTO, R. (2000), “Responsabilidad civil y seguro”, *AFDUAM*, núm. 4 (pp. 193-204).
- ÁLVAREZ LATA, N. (2015), *Riesgo empresarial y responsabilidad civil*, Reus, Madrid.
- ATIENZA NAVARRO, M. L. (2021), “La responsabilidad civil por hecho ajeno”, en CLEMENTE MEORO, M. E. y COBIELLA, M. E. (Dir.), *Derecho de daños*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 531-563).
- BARONA VILAR, S. (Dir.) (2024), *MASC, to be or not to be? Medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BARONA VILAR, S. (2025), “Los ¿nuevos? MASC para una Justicia sostenible, entre el entusiasmo y la cautela”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, núm. 22.
- BELHADJ GÓMEZ, C. (2025), “Los MASC, requisito de procedibilidad y carga procesal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5.
- BROTO CARTAGENA, J. A. (2025), “Los MASC y el cambio de paradigma”, *Diario La Ley*, núm. 10803.

- BUSTO LAGO, J. M. (2022), *La responsabilidad civil profesional y su seguro*, Fundación Inade, A Coruña.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2022), “Ya llegan los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: cuanta más desjudicialización, mejor”, *Actualidad Civil*, núm. 6.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2025a), “La sombra de la justicia es alargada: la mística de los MASC”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 22 (pp. 1-27).
- CALAZA LÓPEZ, S. (2025b), “Llegó la hora de la verdad con los MASC: ¿Tienes buena fe negocial o «lo tuyo es puro teatro»?”, *Diario La Ley*, núm. 10682 (pp. 1-6).
- CALAZA LÓPEZ, S. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2025), “Introducción: no hay MASC que por bien no venga”, en CALAZA LÓPEZ, S. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Coords.), *Guía práctica de los MASC*, Aranzadi La Ley (pp. 25-28).
- CORNET, M. (2000), “Responsabilidad civil del abogado”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 5 (p. 68).
- CRESPO MORA, M.^a C. (2013), “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, núm. 2 (pp. 1-45).
- CUETO SANTA EUGENIA, E. (2025), “Los MASC como requisito de procedibilidad: reflexiones acerca de su obligatoriedad”, en ALONSO SALGADO, C., VALIÑO CES, A. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (Dirs.), *Reflexiones acerca de la Ley de eficiencia (LO 1/2025)*, Colex, A Coruña (pp. 131-138).
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2008), “La responsabilidad civil del abogado”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2001), “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Dykinson, Madrid (pp. 101-120).
- FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Ó. (2021), *Derecho de daños y responsabilidad vicaria del empleador (una aproximación desde el análisis económico del derecho)*, Dykinson, Madrid.
- FERREIRO BAAMONDE, X. (2023), “El abuso del servicio público de justicia y el recurso a los MASC como requisito de procedibilidad”, en CALAZA LÓPEZ, S., ORDEÑANA GEZURAGA, I. y SIGÜENZA LÓPEZ, J. (Dirs.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil* (pp. 35-80).
- FUNDACIÓN ARANZADI LA LEY (2025), *Informe 2025 del Observatorio de la Actividad de la Justicia*.
- GARCÍA GONZÁLEZ, C. (2025), “Los MASC en Seguros. El Seguro de protección jurídica en los MASC”, *Revista Española de Seguros. Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 202 (pp. 383-426).

- HINOJOSA SEGOVIA, R. (2025a), “Requisito de procedibilidad”, en RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (Coords.), *Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: Comentarios a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, Wolters Kluwer–La Ley, Madrid (pp. 827-851).
- HINOJOSA SEGOVIA, R. (2025b), “Los medios adecuados de solución de controversias como requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil”, *La Ley: Mediación y Arbitraje*, núm. 22 (pp. 439-445).
- JEREZ DELGADO, C. (2025), “Los MASC, tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 807 (pp. 191-226).
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I. (2023), “Análisis crítico de los MASC en tiempo de eficiencia”, en CALAZA LÓPEZ, S., LÓPEZ YAGÜES, V. y ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dirs.), *Medios adecuados de solución de controversias: eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas* (pp. 195-228).
- MEDINA ALCOZ, M. (2015), “La responsabilidad civil del empresario por el hecho dañoso de su dependiente: Derecho español y textos doctrinales europeos”, en MONTERROSO CASADO, E. (Dir.), *Responsabilidad empresarial*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 73-106).
- MESA MARRERO, C. (2013), “Incumplimiento y responsabilidad civil de los mediadores en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4 (pp. 83-104).
- MONTERROSO CASADO, E. (2016), “Ventajas de la mediación frente a los procedimientos judiciales civiles y mercantiles”, *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, núm. 185 (pp. 5-32).
- MONTERROSO CASADO, E. (2018a), “Negligencia profesional del abogado: delimitación de cuándo la revictimización de los clientes es indemnizada”, en MONTERROSO CASADO, E. (Dir.), *Responsabilidad profesional*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 113-172).
- MONTERROSO CASADO, E. (2018b), “La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes”, en MONTERROSO CASADO, E. (Coord.), *La responsabilidad civil derivada de la práctica empresarial*, CEF, Madrid (pp. 11-43).
- MONTERROSO CASADO, E. (2019), “El deber de diligencia exigible en la responsabilidad civil del abogado: la ausencia de ejercicio de la acción en el plazo legal”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777 (pp. 77-110).
- MONTERROSO CASADO, E. (2023), “Derechos y deberes de los mediadores e instituciones de mediación”, en MONTERROSO CASADO, E. y ESCUDERO, C. (Coords.), *Mediación Civil y Mercantil*, 4.ª ed., CEF (pp. 83-104).

- MONTERROSO CASADO, E. (2026), “Análisis del impacto de la Ley Orgánica 1/2025 en el régimen de costas procesales y su proyección sobre el principio de buena fe y la responsabilidad civil”, *Actualidad Civil*, núm. 5 (pp. 1-27).
- MORENO GARCÍA, L. (2024), “Los MASC como requisito de procedibilidad en el proceso civil: ¿una futura medida de eficiencia procesal?”, en JIMÉNEZ CONDE, F. y LÓPEZ SIMÓ, F. (Dirs.), *La eficiencia de la justicia a debate*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 137-148).
- MULT, H. C. y BARONA VILAR, S. (2024), “¿Los MASC existen! Son medios de acceso a la justicia”, en BARONA VILAR, S. (Dir.), *MASC, to be or not to be? Medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 15-48).
- PASTOR PRIETO, S. (2007), “Eficiencia y medios alternativos”, en HEREDIA, I. (Coord.), *Medios alternativos de solución de controversias*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 11 (pp. 49-78).
- PEÑA LÓPEZ, F. (2013), “Comentario a los arts. 1902 a 1910 CC”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters (pp. 2153-2171).
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2024), “Los ADR como requisito de procedibilidad”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *MASC, to be or not to be? Medios adecuados de solución de conflictos en la justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 157-182).
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2025), “Los MASC como requisito de procedibilidad: naturaleza jurídica y su posible subsanación”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 (pp. 179-210).
- PLANCHADELL GARGALLO, A. (2024), “Acceso a una justicia próxima y MASC: binomio necesario”, en BARONA VILAR, S. (Ed.), *MASC, to be or not to be? Medios adecuados de solución de conflictos en la justicia* (pp. 49-74).
- QUINTANA GARCÍA, A. (2014), “La responsabilidad civil de los mediadores”, *Diario La Ley*, núm. 8431.
- QUINTANA GARCÍA, A. (2025), “MASC, eficiencia y viceversa”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*, núm. 25.
- ROCA I TRIAS, E. (1998), “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. LI, fasc. 1 (pp. 7-40).
- RUIZ RISUEÑO, F. (2025), “Refuerzo del uso de MASC como una herramienta clave para combatir el abuso del servicio público de justicia”, en RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (Coords.), *Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: Comentarios a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, La Ley (pp. 271-288).

- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. (2008), “Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario”, *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65 (pp. 6-20).
- SOLÉ FELIÚ, J. (2012), *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Reus, Madrid.
- TUCHO MORILLO, M. (2024), “Confidencialidad de los MASC, derecho a la prueba y proceso civil: apuntes para una pacífica coexistencia”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1 (pp. 389-440).
- VALDERAS, J. J. (2025), “El impulso de los MASC es una oportunidad para nuestra sociedad civil de tomar la iniciativa para mejorar la gestión de litigios y el sistema de justicia en España”, en RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (Coords.), *Medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional: Comentarios a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia* (pp. 341-346).
- VALIÑO CES, A. (2021), “Reflexiones en torno al pacto de sometimiento a mediación en el marco de la Ley 5/2012”, en NICOLÁS GARCÍA, J. N. y SIGÜENZA LÓPEZ, J. (Dirs.), *Proceso, Métodos Complementarios o Alternativos para la Solución de Conflictos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista*, Aranzadi (pp. 157-169).
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2022), “Aspectos prácticos sobre los MASC: contextualización de la situación de los MASC y la mediación”, en ESTANCONA PÉREZ, A., VÁZQUEZ DE CASTRO, E. y GARCÍA VILLALUENGA, L. (Dirs.), *Habilidades y procedimientos en la mediación: de la teoría a la práctica de los MASC* (pp. 17-33).
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001), *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2009), “La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros”, *Práctica Derecho de Daños*, núm. 71 (pp. 7-34).

Anexo jurisprudencial (SSTS)

- STS 1581/2025, de 5 de noviembre.
- STS 456/2021, de 28 de junio.
- STS 375/2021, de 1 de junio.
- STS 50/2020, de 22 de enero.
- STS, de 10 de junio de 2019.
- STS 283/2014, de 20 de mayo.
- STS 282/2013, de 22 de abril.
- STS, de 27 de septiembre de 2011.
- STS, de 14 de julio de 2010.
- STS 269/2010, de 14 de mayo.
- STS 580/2009, de 29 de julio.
- STS, de 6 de mayo de 2009.

STS, de 10 de octubre de 2007.
STS, de 21 de junio de 2007.
STS, de 3 de abril de 2006.
STS, de 30 de marzo de 2006.
STS, de 14 de julio de 2005.
STS, de 30 de diciembre de 2002.
STS, de 3 de octubre de 1998.
STS, de 23 de diciembre de 1992.
STS, de 24 de mayo de 1990.

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (XV): MAYO-AGOSTO 2026

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE
Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, Sala Primera
Catedrático de Universidad

Cómo citar / Citation

García Vicente, J.-R. (2026).
Crónica jurisprudencial (XV): mayo-agosto 2026
Cuadernos de Derecho Privado, núm. 15, pp. 208-224
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.100>

(Recepción: 23/07/2026; aceptación: 04/09/2026; publicación: 08/09/2026)

Resumen

En esta crónica se da cuenta de la doctrina del Tribunal Supremo en el periodo que se considera. En particular de las sentencias de pleno sobre el derecho sucesorio de transmisión -o *ius transmissionis*-, los estándares probatorios en un caso de hundimiento de un buque pesquero y sobre la responsabilidad del tutor por el hecho del discapaz y la libertad y responsabilidad del propio incapaz. También se relacionan algunas otras sentencias de interés del propio Tribunal Supremo y se hacen diversas observaciones sobre dos reivindicaciones de naturaleza bien distinta con el mismo protagonista: el Estado es el propietario de un cuadro de Goya y es el que reivindica la propiedad del Pazo de Meirás.

Palabras clave

Estándares probatorios; Ius transmissionis; reivindicatoria de bienes inmuebles; reivindicatoria de bienes muebles; responsabilidad civil del tutor; seguro marítimo.

Abstract

This chronicle reports on the case law of the Supreme Court during the period under review. It focuses in particular on the judgments of the Full Chamber concerning the right of transmission in the law of succession —*ius transmissionis*—, the standards of proof applied in a case arising from the sinking of a fishing vessel, and the liability of the guardian for the acts of the person under guardianship, together with the freedom and liability of that person. It also lists a number of further judgments of the Supreme Court of particular interest and offers several observations on two claims for recovery of ownership of a markedly different nature involving the same party: the State is the owner of a painting by Goya and is likewise the party asserting title to the Pazo de Meirás.

Keywords

Standards of proof; ius transmissionis; action for recovery of immovable property; action for recovery of movable property; civil liability of the guardian; marine insurance.

1.- Allá van, como pórtico de esta *Crónica*, las palabras certeras del gaditano P. Sainz de Andino: *Elementos de elocuencia forense*. Imprenta de los Operarios del mismo Arte, Madrid, 1847, 4.^a edición, p. 122. Quizá pudieran conformar un lema de jueces y legisladores. Son estas:

“la calidad esencial y comun á todo estilo, sea epistolar, sea narrativo, sea académico, sea épico ú de otra clase, es la *claridad*, porque esta es la que hace visibles nuestras ideas, la que da á nuestras palabras limpieza, despejo y luz y la que cumple el fin del que habla, y satisface los deseos de los oyentes. Por tanto debemos poner nuestra primera solicitud en espresarnos clara y distintamente, sin dejar oscuridad, confusion ni ambigüedad en los que nos oyen.”

2.- En esta ocasión las sentencias de pleno han sido las siguientes: en primer lugar, la sentencia [560/2026, de 13 de abril](#) (M^aÁ. Parra Lucán) que resuelve un asunto relativo a la responsabilidad del tutor de personas con la capacidad modificada conforme al artículo 1903 CC en su redacción anterior a la Ley 8/2021 (*infra* 3). En segundo lugar, la sentencia [849/2026, de 3 de junio](#) (con ponencia, de nuevo, de M^aÁ. Parra Lucán) que revisa la doctrina de la sala sobre la interpretación del artículo 1006 CC (“Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”) y que concierne a la RDGRN de [11 de abril de 2019](#) (BOE de 30 de abril de 2019), que es la se impugna en el litigio. El Tribunal hace suya la solución de la Dirección General, solución que contradice la doctrina que sentara la sentencia, pleno, [539/2013, de 11 de septiembre](#) (F.J. Orduña) (*infra* 4).

En tercer lugar, la sentencia [985/2026, de 23 de junio](#) (N. Orellana Cano) se pronuncia por el modo en que se “acredita” el ejercicio del derecho de acceso a los datos personales (*infra* 5).

En último lugar, la sentencia [1130/2026, de 13 de julio](#) (F. Cerdá Alberó) que resuelve sobre qué hacer cuando no hay prueba directa sobre la causa del hundimiento de un buque y tal prueba no puede practicarse porque lo imposibilita la situación del pecio (*infra* 6). El interés de la sentencia radica en cómo aborda el estándar probatorio: qué hacer si solo podemos decidir conforme a una probabilidad y no existe -o no se ha acreditado- una hipótesis alternativa razonable.

3.- La sentencia [560/2026, de 13 de abril](#) (M^aÁ. Parra Lucán) resuelve un supuesto relativo a la responsabilidad del tutor conforme al párrafo tercero artículo 1903 CC -en su redacción anterior a la Ley 8/2021 [“Los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su

compañía.” En la redacción vigente el nuevo párrafo cuarto reza: “Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”].

En el caso una persona con capacidad judicialmente modificada -el pupilo- lanza un televisor por la ventana de la vivienda tutelada en la que reside y causa daños psíquicos al recurrente -un jardinero al que, mientras segaba, el televisor cayó a su lado-. El litigio gira en torno a qué vigilancia o control debe ser sometido el pupilo y si el daño se produce justamente porque no se adoptaron las medidas de control adecuadas por el tutor -en el caso un ente público, distinto a la fundación que presta el servicio de vivienda tutelada, que es la que se encarga efectivamente del cuidado del incapaz-. La cuestión de si la fundación que prestaba el servicio podía considerarse guardador “de hecho” -en el sentido anterior a la Ley 8/2021- determinó la estimación del recurso de apelación con la consiguiente desestimación de la demanda puesto que la responsable -la guardadora de hecho- no había sido demandada.

La solución final es clara: el daño debe ser soportado, si acaso, por el propio incapaz (ahora, art. 299 CC) como un efecto natural de su libertad y autonomía, esto es, su autonomía supone que debe pechar con las consecuencias dañosas de su conducta (la libertad, en suma, nos hace dueños de nuestros errores). La libertad del incapaz supone, ineludiblemente, la reducción de los medios de control y vigilancia. En este sentido, como dice la sentencia, es muy expresivo el preámbulo de la Ley 8/2021:

“La comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, en la doble dimensión de titularidad y ejercicio de sus derechos, ha de repercutir también de modo ineluctable en la idea de responsabilidad, lo que ha de conllevar el correlativo cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno”.

Así señala el apartado 3 del FD 3.º:

“Es decir, que la persona con discapacidad que causa un daño responde con arreglo a las reglas generales de responsabilidad (arts. 1902 a 1910 CC), sin que la discapacidad sea por sí una causa para exonerarse de responsabilidad. Responde en las mismas condiciones que las personas sin discapacidad. La afirmación de esta responsabilidad está en consonancia con el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad, con todas sus consecuencias.”

En el FD 3.º el Tribunal hace una muy interesante exposición del régimen de la responsabilidad del artículo 1903 CC y su razón de ser, distingue entre incapacidad e inimputabilidad, y, por último, refiere los efectos de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. Así afirma:

“1. El art. 1903 CC establece una serie de supuestos de la denominada “responsabilidad por hecho ajeno” en los que se prevé que algunas personas respondan por actuaciones que han sido realizadas por otros (responsabilidad de los padres, los tutores, los curadores, los directores de establecimientos o empresas o los titulares de centros docentes). El fundamento de esta “responsabilidad por otros” se encuentra en la relación que media entre la persona que debe responder y la persona que materialmente causa el daño. En unos casos porque la primera amplía su ámbito de actuación a través de la segunda, a quien puede escoger y dirigir, y se beneficia de su actuación (en la denominada responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes y auxiliares). En otros casos, porque a la persona que debe responder le incumben unos deberes de cuidado y protección respecto de la persona que causa el daño, de modo que es el incumplimiento de esos deberes lo que explica que acabe produciéndose un daño a terceros (en los supuestos de responsabilidad de los padres, tutores, curadores y centros docentes por los daños causados por menores o personas con discapacidad).

2. En la redacción originaria del art. 1903 CC (vigente cuando sucedieron los hechos de este caso), el párrafo tercero establecía que los tutores son responsables “de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”. Además, el art. 1903 CC terminaba con un párrafo (que se mantiene en la actualidad) en el que se dice que todas las personas que responden por otro “cesarán en su responsabilidad cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia”. Esta previsión permite afirmar que la responsabilidad por hecho ajeno que regula el Código Civil es una responsabilidad por culpa presunta que admite prueba en contrario. No se trata de una responsabilidad objetiva, sino de una responsabilidad por culpa, y cabe la exoneración de responsabilidad mediante la prueba de la diligencia debida según el ámbito de que se trate. Pero, a diferencia de lo que sucede en el art. 1902 CC, es la persona a la que se le exige la responsabilidad quien debe acreditar que su actuación no fue negligente.”

En el FD 4.º, apartado 1, además de negar que haya una vinculación entre discapacidad y peligrosidad, fija los términos del debate en sus justos límites:

“En un régimen de responsabilidad por culpa se responde si existe un modelo alternativo de conducta de modo que, de haber actuado conforme al mismo, el daño no se hubiera causado. En particular, para apreciar la conducta exigible al tutor es preciso partir de las funciones que hubiera asumido, de acuerdo con el contenido legal de la tutela y lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, en atención a las circunstancias de cada caso.

Además, la valoración de si la conducta alternativa era exigible al tutor, debe tomar en consideración la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, y que estaba ya en vigor cuando sucedieron los hechos que ahora juzgamos.

La Convención recoge una nueva realidad social de la discapacidad a la que debe estarse como criterio interpretativo a la hora de delimitar tanto las funciones de los antiguos tutores como las que, tras la reforma legal del sistema de discapacidad, asumen los curadores al aceptar el cargo para el que son designados judicialmente.

En este sentido, la Convención recoge expresamente en su preámbulo el reconocimiento de los Estados Parte de “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”. Además, en su art. 3, proclama como principio general “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

En este contexto de reconocimiento de la autonomía personal, hay que descartar que el control del antiguo tutor o del actual curador sobre la persona con discapacidad pueda alcanzar el nivel que hubiera resultado admisible con arreglo al derecho anterior a la Convención. Por ello, el canon de la diligencia exigible debe valorarse en un nuevo marco en el que se conjugan, de un lado, la autonomía de la persona con discapacidad y, de otro, las concretas funciones que hubieran sido encomendadas por la resolución judicial y asumidas por el tutor y, con arreglo al actual régimen legal, por el curador.

Por lo que se refiere a la convivencia con el tutor, requerida como presupuesto de responsabilidad en el art. 1903 CC (también ahora para el curador representativo), debemos advertir que no era una obligación que se impusiera al tutor con carácter general en el régimen derogado (antiguo art. 269 CC), ni lo es tampoco ahora para el curador (vigente art. 282 CC). La curatela, aun siendo representativa, no comporta necesariamente la obligación de convivencia (aunque sean preferidas para asumir la curatela las personas que convivan con la persona con discapacidad, art. 276 CC). En cualquier caso, el cuidado y la asistencia personal que necesite la persona pueden ser prestados por cuidadores. También cuando no haya curatela sino una guarda de hecho, sin que ello deba llevar a la confusión de que sea el cuidador quien ejerce la representación que se requiera.

Aunque el presupuesto de la convivencia apunta a la posibilidad de una vigilancia directa de la persona con discapacidad que permita adoptar medidas de prevención para evitar que produzca daños, ello tampoco permite prescindir en cada caso de las particulares circunstancias concurrentes. No tomar en consideración, de una parte, el nivel de autonomía de la persona con discapacidad y, de otro, las concretas funciones asumidas por el antiguo tutor o por el actual curador daría lugar a un automatismo contrario a la ley, que exige atender a las particulares circunstancias de cada persona con discapacidad. Es en ese marco en el que debe valorarse la diligencia debida.”

Esas circunstancias para valorar qué debe hacer el tutor y qué debe quedar en el margen de la regla general de la autonomía del incapaz son las que desarrolla la sentencia en el apartado 3 del mismo fundamento de Derecho. La conclusión es esta: las conductas imprevisibles -como la que produjo el daño- forman parte de un riesgo que no es exigible que prevea el tutor (o curador con facultades representativas plenas).

4.- La sentencia [985/2026, de 23 de junio](#) (N. Orellana Cano) se pronuncia por el modo en que se “acredita” el ejercicio del derecho de acceso a los datos personales -en particular, sobre el alcance del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*, reglamento que sigue en vigor en los límites de la DD única de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*, véase también su DA 23.^a así como el FD 2.º, apartado 3 de la propia sentencia y, en fin, la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la Agencia de protección de datos, *relativa a los derechos de acceso, rectificación y cancelación*. En el caso la pretensión se desestima en todas las instancias. La respuesta final es la siguiente respecto a la acreditación del ejercicio:

“La discrepancia entre las partes y el recurrente con la sentencia recurrida se refiere al inciso del art. 24.5 del Real Decreto 1720/2007 “siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud”. Por una parte, la sentencia recurrida ha entendido que es aplicable tanto si el interesado utiliza el canal oficial puesto a disposición por el responsable de los datos, como si utiliza un canal alternativo, mientras que el recurrente entiende que solo se aplica cuando se utiliza un canal alternativo.” (FD 2.º, apartado 4)

La sentencia concluye sobre la acreditación del envío y recepción por el responsable del fichero o tratamiento:

“De tal manera que la interpretación sistemática de los tres incisos que componen el art. 24.5 -separados por comas- es la siguiente: para que el responsable del fichero o tratamiento atienda el derecho de acceso es necesario que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud-aunque no hubiese seguido el procedimiento establecido- y que ésta contenga los elementos referidos en el párrafo 1 del artículo siguiente (art. 25), que regula el procedimiento, entre otros, del derecho de acceso.

Por otra parte, no podemos obviar que se está ejercitando una acción ante los tribunales relativa al derecho de acceso a los datos personales, por lo que conforme al art. 217.2 LEC corresponde al demandante “probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”.

La acreditación de la recepción o la utilización de un medio que no deje constancia carecerá de relevancia si el responsable del tratamiento no niega haber recibido la solicitud. Pero en un caso como este, en que la parte demandada ha aportado dos certificados conforme a los cuales no hay trazabilidad de la recepción del correo electrónico que la parte actora sostiene haber remitido, las dudas sobre la correcta recepción de la solicitud han de perjudicar a quien acciona (art. 217.1 LEC).” (FD 2.º, apartado 5).”

5.- La sentencia [849/2026, de 3 de junio](#) (M^aA. Parra Lucán, que comentan, entre otros, M. Espejo en la *Revista Jurídica del Notariado* 122 [2026], pp. 157 ss. y el notario Carlos Pérez Ramos, [aquí](#)) revisa la doctrina de la sala sobre la interpretación del artículo 1006 CC, precepto que reza: “Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”. Esto es, se pronuncia sobre el llamado derecho de transmisión. El caso está resumido con claridad en el FD 1.º de la RDGRN de [11 de abril de 2019](#) (BOE de 30 de abril de 2019), resolución que finalmente se convalida:

“Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia respecto de la cual son relevantes los hechos siguientes:

- La causante falleció el día 30 de junio de 1990, dejando viudo y tres hijos. Por no haber otorgado testamento fueron declarados herederos abintestato sus tres hijos, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su esposo.
- Uno de los hijos falleció, intestado, el día 27 de octubre de 2012, casado y sin descendencia. Fue declarado heredero abintestato su padre, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a la viuda. No había aceptado ni repudiado la herencia de su madre fallecida anteriormente.
- En la escritura calificada se expresa que, al operar el derecho de transmisión, no se hace precisa la intervención de la viuda del hijo fallecido por no proceder el reconocimiento a su favor de usufructo viudal alguno en los bienes y derechos que son inventariados y adjudicados.

La registradora suspende la inscripción solicitada porque considera que será necesario que la viuda y legitimaria del hijo que falleció después que su madre, la causante, intervenga en la herencia de ésta.”

La sala considera que concurre interés casacional “notorio” (cfr. art. 477.4 LEC, aunque no desarrolle con detalle su contenido y lo vincule al carácter controvertido de una cuestión que afecta a la seguridad jurídica) y revisa, como afirma explícitamente la doctrina que sentara en la sentencia, pleno, [539/2013, de 11 de septiembre](#) [F.J. Orduña] aunque tampoco explique las razones del cambio, más allá de que con la sentencia se

tercia en las “distorsiones que se aprecian en el tráfico” y constata la vuelta a la llamada “teoría clásica o de la doble transmisión” que reputa como doctrina dominante. Así dice en el FD 3.º, apartados 1 a 5 (la importancia del apartado 2 es insoslayable):

“1. La sala aprecia que concurre un interés casacional notorio, porque la cuestión jurídica que plantea el recurso está generando debate y dudas en la práctica, lo que afecta a la seguridad jurídica.

De ahí la conveniencia de que la sala, reunida en pleno, se pronuncie acerca de si en el caso de que determinados herederos suceden por derecho de transmisión, el valor de la herencia del primer causante debe computarse para determinar la legítima respecto del transmitente-segundo causante, y si es necesaria la intervención de los legitimarios del transmitente, y en particular de su cónyuge viudo, en la partición de la herencia del primer causante.

2. Los escritos presentados por las partes en este recurso se hacen eco de buena parte de los argumentos que se vienen manejando por la doctrina y los operadores jurídicos para defender las principales tesis que se mantienen acerca de la forma en la que el transmisario sucede en la primera herencia. Somos conocedores de que, además, existen autorizadas opiniones que ofrecen respuestas diferentes, incluso entre quienes parten de los mismos presupuestos dogmáticos, frente a otros problemas prácticos que se suscitan en torno a esta cuestión (así, entre otros, por lo que se refiere a la capacidad sucesoria del transmisario, la colación de las donaciones recibidas, la adquisición de los legados, la responsabilidad por las deudas, las relaciones con las reservas, la situación de los legatarios de parte alícuota, o las facultades de los contadores partidores).

3. Hasta el dictado de la sentencia del pleno [539/2013, de 11 de septiembre](#) [F.J. Orduña], con alguna excepción doctrinal, se venía entendiendo con normalidad que los herederos del transmitente (segundo causante) no heredaban los bienes del primer causante de manera directa de él, sino a través de la herencia del transmitente.

La sentencia [539/2013, de 11 de septiembre](#) (F.J. Orduña), se apartó de esta doctrina. La sentencia se ocupaba de un caso en el que se discutía si el contador-partidor de la herencia de la primera causante, al hacer las correspondientes adjudicaciones, debía individualizar las cuotas correspondientes a cada uno de los transmisarios, o si, por el contrario era suficiente formar un único lote correspondiente al transmitente. La sentencia declaró que el cuaderno particional debía individualizar la cuota que correspondía a cada uno de los herederos del segundo causante y su respectiva concreción en los bienes y derechos que les resulte adjudicados participar. Pero además, al entender que la solución del problema concreto que debía resolver dependía de esta cuestión, también fijó como doctrina jurisprudencial que “aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente”.

El problema ha sido que, a partir de la mencionada sentencia, se han venido manteniendo diferentes interpretaciones acerca de las conclusiones que deben extraerse de la doctrina de que los transmisarios que aceptan la herencia de transmitente y ejercen el *ius delationis* que forma parte de esa herencia, en lugar de heredar a través de la herencia del transmitente, heredan directamente al primer causante.

Ello ha dado lugar a distorsiones en la práctica notarial y registral, lo que genera inseguridad jurídica. Se ha advertido que en distintas resoluciones administrativas, entre las que se encuentra la que da lugar a este recurso de casación, aunque el órgano administrativo insiste en que respeta la doctrina jurisprudencial, alcanza soluciones que se apartan de los efectos que, a juicio de la mayoría de la doctrina y de los operadores jurídicos, produciría la aplicación estricta de la doctrina que declara sentar la sentencia [539/2013, de 11 de septiembre](#).

4. En atención a lo anterior, y mientras el legislador no acometa una reforma del derecho de sucesiones que clarifique la cuestión, la sala, reunida en pleno, considera que debe precisar su interpretación del art. 1006 CC para ajustarla a la que venía siendo doctrina dominante hasta la sentencia [539/2013, de 11 de septiembre](#), es decir, la conocida como teoría clásica o de la doble transmisión.

A juicio de la sala, tal interpretación no solo es coherente con la regulación positiva del denominado “ius transmissionis” y con los principios que inspiran la regulación del derecho sucesorio en el Código civil en otras instituciones, sino que, además, y sobre todo, más allá de rígidos dogmatismos, permite alcanzar soluciones socialmente más adecuadas y justas para los problemas que con más frecuencia se suscitan en la práctica. En particular en la determinación de los derechos de terceros en relación con la herencia del transmitente y, más concretamente, como sucede en este caso, para el cálculo de la cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo del transmitente.

El art. 1006 CC prevé que “por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”. La sala considera que si la ley ordena que perviva la delación a la herencia del primer causante pese al fallecimiento del llamado como heredero, y que “pase” a los suyos, es decir, a sus herederos, “el mismo derecho” que él tenía, es precisamente porque son herederos del transmitente, de modo que necesariamente sucederán al primer causante por mediación del transmitente. De tal manera que los transmisarios suceden al primer causante a través de la herencia del transmitente (segundo causante), en la que se integra la masa hereditaria que le correspondía al transmitente en la herencia del primer causante.

5. La consecuencia que deriva de lo anterior es que, en este caso, para el cálculo de la legítima de la viuda del transmitente, hay que computar los bienes que le correspondían a su difunto esposo en la herencia de su madre y, por tanto, y a estos efectos, es precisa la intervención de la viuda en la partición de la herencia de la primera causante.”

La interpretación que se sostiene ahora del artículo 1006 CC es la que expresa el último párrafo del apartado 4 con concisa sencillez:

“La sala considera que si la ley ordena que perviva la delación a la herencia del primer causante pese al fallecimiento del llamado como heredero, y que “pase” a los suyos, es decir, a sus herederos, “el mismo derecho” que él tenía, es precisamente porque son herederos del transmitente, de modo que necesariamente sucederán al primer causante por mediación del transmitente. De tal manera que los transmisarios suceden al primer causante a través de la herencia del transmitente (segundo causante), en la que se integra la masa hereditaria que le correspondía al transmitente en la herencia del primer causante.”

Y la razón del cambio es que esta interpretación “más allá de rígidos dogmatismos” “permite alcanzar soluciones socialmente más adecuadas y justas para los problemas que con más frecuencia se suscitan en la práctica”, en particular para proteger los derechos de los terceros en la herencia del transmitente.

6.- La sentencia [1130/2026, de 13 de julio](#) (F. Cerdá Albero; un supuesto prácticamente igual con un distinto modo de argumentar: *Rhesa Shipping Company S.A. v. Edmunds* (Popi M) [1985], United Kingdom House of Lords, 16 mayo 1985) resuelve un caso muy interesante sobre seguro marítimo y causa del hundimiento de un buque pesquero. La respuesta principal se encuentra en el FD 2.º, apartado 2.3, rubricado “La probabilidad prevalente como estándar de prueba en el proceso civil”. Se trata de un caso en que solo resulta dudoso si el hundimiento se produjo por “la colisión del buque con un objeto flotante a la deriva o con cualquier bien derelicto” (*rectius*, debió decir “[derrelicto](#)”). Y así afirma:

“Pero la “probabilidad”, cuando alcanza el umbral de la “probabilidad prevalente”, sí supera dicho estándar probatorio. Por tanto, se ha de realizar un análisis lógico, que la sentencia recurrida ha omitido.

La sala entiende que, desde una perspectiva epistemológica, la racionalidad exige un grado de probabilidad mínimo, del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar. Lo contrario significaría admitir que la decisión probatoria fuera irracional. Y esto pugnaría con la exigencia del art. 348 LEC, que ordena realizar la valoración probatoria de los dictámenes periciales conforme a los postulados de la sana crítica.

En el presente caso, el hecho sobre cuya existencia o inexistencia existe duda es la colisión del buque pesquero con un objeto flotante a la deriva. Los estándares probatorios condicionan cuál es el grado de convicción o persuasión que el tribunal ha de exigir para considerar la existencia (o inexistencia) de un determinado hecho o el acaecimiento (o no) de un determinado suceso. Es la conocida «carga de la persuasión» (*«burden of persuasion»*) o «carga de convencer» de los sistemas anglosajones.

En el proceso civil, con carácter general, este grado mínimo de probabilidad lo constituye la «probabilidad prevalente» o «test de la preponderancia de la prueba» (*«preponderance of evidence»*), que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en este orden jurisdiccional.

Conforme al referido estándar de la probabilidad prevalente (o test de la preponderancia de la prueba), una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada, cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho, que hayan sido manejadas o consideradas en el proceso, y siempre que aquella hipótesis resulte «más probable que no». En otras palabras: que aquella hipótesis resulte más probable que su correlativa hipótesis negativa; o que es más probable la existencia (o la inexistencia) de un hecho o el acaecimiento (o no acaecimiento) de un suceso que la situación contraria; o que es la hipótesis que, no desvirtuada por ninguna otra, ofrece una explicación mejor.

Por tanto, este estándar de prueba no es la certeza absoluta o plena, como en cambio parece considerar la sentencia de apelación, al despreciar o desvincularse de los dictámenes periciales aportados por las aseguradoras, por basarse en «meras probabilidades que no pueden considerarse demostradas».

En consecuencia, si sólo existe una hipótesis sobre el hecho en cuestión, el criterio de la probabilidad prevalente se resume en la regla «más probable que no».

Sobre el estándar de prueba en el proceso civil, con referencias expresas a las «perspectiva de verosimilitud o una mayor probabilidad cualificada» o «grado de probabilidad cualificada suficiente» o «alta probabilidad», sin haberse ofrecido una hipótesis alternativa de similar intensidad, se ha pronunciado la sala en la sentencia [9/2026, de 13 de enero](#) (J.L. Seoane Spiegelberg). Esta sentencia, referida a un caso sobre la acreditación del nexo causal, en el que tampoco existía una hipótesis alternativa sobre el origen del daño sufrido y los criterios de probabilidad cualificada se habían visto más que satisfechos, indica:

«En efecto, esta Sala ha declarado que se puede dar por acreditada la relación causal con base en la apreciación de perspectivas de verosimilitud o una mayor probabilidad cualificada (sentencia [606/2000, de 19 de junio](#) [José E. Corbal]), grado de probabilidad cualificada suficiente (sentencias de [5 de enero de 2007](#) [sentencia 1377/2006, Juan A. Xiol], en recurso 161/2000; [1242/2007, de 4 de diciembre](#) [Juan A. Xiol]) o alta probabilidad (sentencia [772/2008, de 21 de julio](#) [A. Gullón]), o como dice la sentencia [944/2004, de 7 de octubre](#) [José E. Corbal], aunque no haya certeza absoluta, difícilmente predicable de los juicios humanos con sus consustanciales limitaciones cognitivas, la relación causal aparece como probable en un juicio de probabilidad cualificada, sin que se proporcione una hipótesis alternativa de similar intensidad. En el mismo sentido, más recientemente SSTs [141/2021, de 15 de marzo](#) [pleno, J.L. Seoane Spiegelberg], y [870/2024, de 18 de junio](#) [P.J. Vela Torres].»

En conclusión: la racionalidad de la valoración de la prueba de dictámenes periciales en el proceso civil está vinculada a un criterio de probabilidad prevalente. El elemento clave es que, a la vista del conjunto de la prueba, la hipótesis resulte racionalmente corroborada y, en su caso, prevalezca sobre las hipótesis alternativas relevantes que hayan sido consideradas en el proceso. En este caso,

se advierte claramente que la audiencia provincial no analizó con la mínima atención exigible por las circunstancias concurrentes las únicas pruebas periciales aportadas, bajo un entendimiento equivocado del estándar de la prueba normalmente exigido en el proceso civil, como ya hemos explicado. Si estos dictámenes periciales no alcanzaban el estándar de probabilidad prevalente, la audiencia debió desarrollar los motivos.”

7.- Las sentencias dictadas en este periodo son muchas y resulta muy difícil hacer una selección, alguna de las cuales exige una exposición separada (*infra* 8). Entre ellas elijo estas:

(i) La sentencia [831/2026, de 2 de junio](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) expone el régimen de la valoración probatoria, un asunto determinante, en el que se deciden la mayoría de los litigios. Tiene un excelente FD 2.º del que extraigo un pasaje:

“Una antagónica valoración probatoria, que constituya una alternativa decisoria razonable frente a la tomada por la sentencia impugnada, que se funda en una conclusión fáctica diferente, no convierte a dicha resolución judicial, por tal circunstancia, en atentatoria contra el canon de racionalidad, que impone el art. 24.1 CE, en la valoración de la prueba bajo el postulado de la sana crítica (arts. 316.2, 326.2 II, 334.1, 348, 376, 382.3 y 384.3 LEC).

O dicho de otra manera, discrepar en el marco de la incertidumbre fáctica, salvo que se incurra en un error patente y objetivamente verificable, no implica arbitrariedad valorativa, ni ausencia de coherencia lógica deductiva, que requiera su corrección jurídica mediante el instrumento del recurso extraordinario por infracción procesal o actualmente recurso de casación por vulneración de una norma de tal clase. La valoración razonable también ofrece alternativas igualmente lógicas, optar necesariamente por una de ellas en virtud de las exigencias del principio del *non liquet* (no dejar de resolver) no abre las puertas al excepcional control fáctico. El ámbito de lo correcto es lo suficientemente elástico para que quepan opciones diferentes. Por otra parte, las tesis valorativas son flexibles, vulnerables a la crítica racional, y han de ser contextualizadas.”

Recuérdese: “el ámbito de lo correcto es lo suficientemente elástico para que quepan opciones racionales diferentes”.

(ii) La sentencia [835/2026, de 2 de junio](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) explica la función de la motivación -justificación causal del fallo- y su enlace con exigencias constitucionales y de legitimidad de la actividad judicial (véase su FD 2.º, apartado 2) y es un caso -de los pocos- en que se decreta la nulidad de la sentencia y se retrotraen las actuaciones para que la Audiencia explique o justifique el fallo.

(iii) Sobre el caso del consejero delegado del desaparecido Banco Popular, su pensión de jubilación -si podía considerarse o no retribución variable- y aplicación de las denominadas cláusulas *malus* (que ordenan los casos en que no se devenga o se minora la retribución variable acordada) y *clawback* (que refiere los casos en que cabe la restitución de las retribuciones variables satisfechas): sentencias [800/2026, de 27 de mayo](#) (I. Sancho Garallo) y [801/2026, de 27 de mayo](#) (R. Sarazá Jimena).

(iv) Sobre la prescripción de las compraventas celebradas entre comerciantes de distinto tráfico y la interpretación del art. 1967.4.º CC ha habido un número inusitado de sentencias en este periodo: así las sentencias [756/2026, de 19 de mayo](#) (N. Orellana Cano, comentada por A. Díaz Moreno en *almacén de derecho*, [aquí](#)), [973/2026, de 22 de junio](#) (F. Cerdá Albero) y [1075/2026, de 2 de julio](#) (F. Cerdá Albero).

(v) La sentencia [666/2026, de 4 de mayo](#) (A. García Martínez) declara que una comunidad de propietarios, pese a no ser los originarios compradores, está legitimada para el ejercicio de las acciones de incumplimiento contractual del contrato de obra y, por tanto, el promotor responde frente a los adquirientes sucesivos “contractualmente” (FD 5.º iii, con cita de la sentencia [494/2022, de 22 de junio](#) [F.J. Arroyo Fiestas] sentencia esta que después de referir otras concluyó con esta regla de justicia con débil veste jurídica: “De esta doctrina jurisprudencial se deduce con claridad en interpretación del art. 1257 del C. Civil, que los recurrentes (como segundos adquirentes de la viviendas) están legitimados para reclamar en este procedimiento, en defensa de sus derechos, adquiridos derivativamente en base a la compraventa de los anteriores titulares, que nunca renunciaron a sus derechos”).

(vi) Conforme a la sentencia [632/2026, de 24 de abril](#) (P.J. Vela Torres) las aseguradoras no pueden ser condenadas a satisfacer obligaciones de hacer sino solo obligaciones dinerarias, que traducen las consecuencias económicas del incumplimiento de la obligación de hacer, en su caso. Así dice:

“lo que cubre el seguro de responsabilidad civil no es en sí la obligación de hacer a la que resultan condenados los agentes de la edificación asegurados, sino su coste económico, con el límite cuantitativo constituido por la suma asegurada.”

(vii) Sobre los límites del usufructo de acciones constituido testamentariamente, testamento que señala que el usufructo no alcanza al incremento de valor porque se circunscribe exclusivamente a los dividendos, la sentencia [749/2026, de 13 de mayo](#) (F. Cerdá Albero) dicta una regla sencilla: si no hay infracción de norma imperativa debe ser salvaguardada la libertad de cada cual, en el caso, del testador (o como dicen los artículos 127.2 y 128 LSC prevalece “el título constitutivo del usufructo”).

(viii) Los varios casos de desheredación por maltrato psicológico conduce a una exposición de circunstancias con la que resulta muy difícil predecir el resultado. Son borrosos los perfiles de la doctrina sobre el particular “para que podamos elevar a causa legítima de desheredación una situación de abandono afectivo que genere en el causante un malestar psicológico identificado como maltrato, es preciso que sea imputable a un

comportamiento reprobable e injustificado de los hijos, al que sea ajeno el testador”). Un botón, la sentencia [624/2026, de 21 de abril](#) (M^aÁ. Parra Lucán).

(ix) La sentencia [635/2026, de 27 de abril](#) (A. García Martínez) establece un singular estándar de diligencia cuando tengamos un ático en el décimo piso y una amiga próxima al coma etílico se encuentre en la terraza y caiga a la calle. Un caso para discutir sobre el incremento del riesgo, el fin de protección de la norma y la posición de garante.

(x) La sentencia [628/2026, de 22 de abril](#) (F. Cerdá Albero) señala el carácter imperativo -en el sentido de excluyente- del alcance de la indemnización por clientela. La pregunta es ¿por qué no se pueden minorar las sumas en la indemnización por clientela?

(xi) Sobre las cláusulas de exoneración o limitación cuantitativa de la responsabilidad es interesante la sentencia [949/2026, de 18 de junio](#) (M. Almenar Belenguer).

(xii) Sobre el artículo 1107 I CC -que, por lo demás, no se invoca como infringido en el motivo de casación- afirma la sentencia [492/2026, de 6 de abril](#) (J.L. Seoane Spiegelberg) en en FD 7.º:

“El art. 1107 del CC establece dos criterios de exclusión de los daños resarcibles, con carácter acumulativo, para el caso del deudor de buena fe, al establecer que solo se responderá de los “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de la obligación” y que además sean “consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento”; es decir, un criterio de resarcimiento fundado en un juicio de previsibilidad conjuntamente con otro basado en la regla de la adecuación causal.

La previsibilidad a la que se refiere el art. 1107 del CC, como estándar empírico y normativo, no es la que funda la responsabilidad por culpa, en cuanto a la falta de previsión de la causa determinante del incumplimiento contractual por haber actuado al margen de la diligencia debida, sino la de sus consecuencias lesivas, o lo que es lo mismo de los daños y perjuicios que se derivan de tal incumplimiento en el patrimonio del acreedor.

En el momento de constituirse la obligación nace una previsibilidad del daño que constituye el riesgo del incumplimiento normal o natural, o si se quiere la realización típica del riesgo que frustra los intereses del acreedor. En este sentido, el art. 1107 del CC se construye sobre la base normativa de no hacer responsable al deudor de aquellos daños que no fueran previsibles al tiempo de celebración del contrato, de manera que sólo responderá de los daños generados por aquellos riesgos que otras terceras personas, con el conocimiento de las partes contratantes y en las concretas circunstancias concurrentes, hubiesen considerado razonablemente susceptibles de generarse dentro de la casuística que ofrece cada supuesto sometido a consideración judicial.”

8.- Merece destacarse la sentencia [881/2026, de 9 de junio](#) (R. Sarazá Jimena y sobre ella en *almacéndederecho*, S. Álvarez Royo-Vilanova y Jaime Sánchez Santiago, [aquí](#)) relativa a si los negocios celebrados por el administrador social sobre activos esenciales sin contar con la autorización de la junta general son válidos o no y si tal invalidez -de producirse- es oponible a los terceros de buena fe, asunto respecto al que el legislador

societario no se ha pronunciado expresamente. Como dice la propia sentencia (FD 2.º, apartado 2):

“La controversia se centra, en primer lugar, en la eficacia del acto de disposición sobre “activos esenciales” que ha sido realizado por el administrador sin el acuerdo de la junta general y si, por tanto, en tal caso la sociedad quedaría o no vinculada respecto de terceros de buena fe; esto es, si ante la acción de anulación de un contrato sobre activos esenciales (no se ha cuestionado ante esta sala que el objeto de la compraventa fueran activos esenciales) concluido por el administrador social sin el preceptivo acuerdo de la junta, los terceros resultan protegidos cuando obran de buena fe y sin culpa grave. En definitiva, sobre si procede aplicar el artículo 234.2 LSC en caso de infracción del artículo 160 f) LSC.”

La solución que adopta la sala -y que resuelve un interesante debate en la jurisprudencia de audiencias- es la que recoge en el apartado 4 del mismo fundamento de derecho y que sustancialmente consiste en aplicar analógicamente lo previsto en el artículo 234.2 LSC [“La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”]:

“4.-Encontramos una significativa similitud entre la actuación del administrador que realiza actos de disposición sobre activos esenciales sin el acuerdo de la junta general de la sociedad y la del administrador que, sin acuerdo de la junta, realiza actos no comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, pues la aprobación de actos ajenos al objeto social también es una competencia de la junta.

Los actos de disposición sobre activos esenciales suponen con carácter general una sustitución o una modificación *de facto* del objeto social de la sociedad, en su contenido o en su forma de ejercicio, ya que la sociedad, después de la enajenación, no dispone del activo que le permitiría desarrollar el objeto social tal como lo venía realizando. Y si la enajenación del activo esencial supone la liquidación *de facto* de la sociedad, como ha ocurrido en este caso, ya no podrá seguir desarrollando la actividad constitutiva de su objeto social.

Asimismo, la necesidad de un acuerdo de la junta para las operaciones de disposición sobre activos esenciales y para los actos del administrador social que excedan del objeto social constituyen límites legales y externos a las facultades representativas de los administradores.

El objeto social constituye un límite legal al poder de representación de los administradores porque viene impuesto por la ley, sin que pueda ser derogado por un pacto estatutario. Pero se trata de un límite que solo cabe concretar por relación al objeto social determinado en los estatutos de cada sociedad. Es además un límite externo, porque el administrador carece de poder para llevar a cabo actos ajenos al objeto social sin el acuerdo de la junta. Pese a lo cual, el art. 234.2 LSC prevé:

«La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún (*sic*) cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social».

Algo similar sucede con las operaciones sobre activos esenciales. La competencia de la junta al respecto supone un límite legal al poder de representación de los administradores, porque tampoco puede ser derogado estatutariamente. Pero es un límite que solo puede precisarse por referencia a cada sociedad en particular. Es asimismo un límite externo, porque los administradores carecen de poder para llevar a cabo tales operaciones sin acuerdo de junta.

Por esta identidad de razón, y por la existencia de una laguna legal sobre esta cuestión (la LSC no contiene una previsión expresa sobre los efectos frente a terceros de los actos de disposición de activos esenciales realizados por el administrador sin el acuerdo de la junta general) consideramos

aplicable analógicamente en este caso el art. 234.2 LSC: la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave.”

9.- Como dije en la *Crónica* anterior (*sub 2*) hay un par de sentencias resuelven casos hermosos, aunque no sé si este adjetivo es apropiado para explicar lo que suscita un litigio.

(i) La primera es la sentencia [480/2026, de 25 de marzo](#) (I. Sancho Gargallo) y se refiere a los cuadros que Francisco de Goya pintara del rey Carlos IV y su esposa María Luisa de Parma para decorar la sede de la entonces Real Fábrica de Tabacos de Sevilla (sucesivamente: la Compañía Arrendataria de Tabacos, Tabacalera, S.A., y finalmente, Altadis S.A.). Esta sentencia desvela una conducta inesperadamente impropia en el Ministerio de Cultura respecto al cumplimiento del contrato de comodato que promovió celebrar y sucesivamente incumple.

La discusión gira en torno a quién es el titular del bien y si se ha producido una inversión del concepto posesorio en cabeza de la Tabacalera que le procure la adquisición por usucapión. Y todo debe suceder antes de la calificación de los cuadros como pertenecientes al patrimonio histórico artístico español (del Tesoro Artístico Nacional) puesto que, a partir de entonces, tenían la calificación de bienes imprescriptibles. Y así en el FD 3.º, apartado 4:

“Existe una inercia posesoria, de tal forma que se presume el mantenimiento de la posesión en el mismo estado de manera indefinida, de no existir una causa externa que la altere. En concreto, en lo que ahora interesa que es la posesión en concepto de dueño, ha de haber una interversión del concepto posesorio que, como advierte la doctrina, puede operar bien mediante la intervención de un tercero, o bien por la determinación inmediata y directa del mismo poseedor mediante actos inequívocos y concluyentes. Y, en cualquier caso, el cambio del concepto posesorio se ha de haber revelado socialmente, de manera precisa e indudable, mediante un comportamiento como propietario.”

(ii) La segunda es la relativa a la controversia entre la familia Franco (en el caso, los nietos del dictador) y el Estado sobre la titularidad del Pazo de Meirás, sentencia [386/2026, de 11 de marzo](#) (P.J. Vela Torres). Se recurre una excelente sentencia de apelación: la SAP A Coruña, sección 3.ª, [60/2021, de 12 de febrero](#) (R. Fernández-Porto). Tal vez sea una de las sentencias con más recursos resueltos simultáneamente, puesto que además de los Franco y el Estado, recurren la Xunta de Galicia, la Diputación de A Coruña, el Ayuntamiento de A Coruña y el Concello de Sada.

La titularidad estatal se despeja desde el primer momento y, en rigor, el interés del asunto descansa, por un lado, en el periplo histórico de la adquisición por Francisco

Franco (un fascinante fragmento de nuestra historia) y, por otro lado, en la liquidación del estado posesorio, en el que en la demanda el Estado no pidió la calificación de los últimos poseedores como de mala fe con el efecto que tiene en sede de liquidación del estado posesorio.

Hay dos decisiones extrañas: (i) por arrastre, nada se argumenta de modo separado respecto a las fincas que fueron adquiridas por títulos discutibles -pero no discutidos expresamente- y que acrecieron de modo sobresaliente la extensión del Pazo (FD 1.º, apartados 9, 12, 13 y 14); y (ii) se fija como *dies a quo* de la restitución de gastos necesarios y útiles el fallecimiento de Francisco Franco sin que hayan reclamado tales créditos ni la viuda primero ni la hija única de aquel después, aunque de ambas pudiera decirse que fueron poseedoras de buena fe (FD 28.ª, apartado 2). Los demandados fueron exclusivamente los poseedores actuales: los nietos del dictador y no parece haber razón para que se les reconozca derechos de otros.

La sentencia es sobresaliente en dos aspectos: por un lado, en el examen de las alegaciones complementarias en la audiencia previa (FD 9.º) y, por otro, en cómo asume la explicación de que la doble faz con la que poseía Francisco Franco el Pazo (como tal y como Jefe del Estado) es el sustento principal de la posesión en concepto de dueño del Estado (FD 18.º) y es trasunto de aquel dicho famoso de que no puede estarse en misa y repicando (o más delicadamente una versión de la regla *nemo auditur*).

10.- También en la *Crónica* anterior me referí a las sentencias sobre la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso; materia sobre la que a buen seguro la sala seguirá pronunciándose y que tiene ya suscitada otra cuestión prejudicial sobre los artículos 487.1 2.º y 489.1 5.º TRLC ([Auto 477/2025, de 30 de junio, Juzgado Mercantil n.º 1 de Córdoba](#)). Una síntesis de las últimas sentencias pudiera ser esta (las sentencias dictadas después, sean de marzo, abril o mayo reiteran la doctrina anterior y no las menciono expresamente):

10.1.- Sobre las causas de denegación (o exclusión) de la exoneración la sala ha establecido:

(i) Si se trata de una deuda nacida de un acuerdo de derivación de responsabilidad la denegación de la exoneración “solo cabe si se ha acreditado que trae causa de una conducta fraudulenta equiparable a aquellas merecedoras de sanción por infracción muy

grave” (sentencias [261/2026, de 18 de febrero](#) [F. Cerdá Albero], [263/2026, de 18 de febrero](#) [P.J. Vela Torres] y [264/2026, de 18 de febrero](#) [I. Sancho Gargallo]).

(ii) El deudor soporta la carga de informar detalladamente de las circunstancias y elementos precisos para que no entre en juego la causa de denegación del artículo 487.1 6.º TRLC. Así la sentencia [262/2026, de 18 de febrero](#) (I. Sancho Gargallo); FD 2.º, apartado 3 señala:

“Al tratarse de un presupuesto subjetivo, el deudor que pretenda la exoneración ha de aportar la información necesaria para que pueda ser examinada y el tribunal debe verificar que no concurre ninguna de las reseñadas causas de exclusión. Eso supone que, por ejemplo, en el caso del ordinal 6º, el deudor ha de informar al tribunal no sólo del activo con el que cuenta y del pasivo, sino también mostrar el origen de las deudas y su justificación cuando pudieran resultar desproporcionadas respecto de los ingresos y rentas que el deudor tenía al tiempo de contraer aquellas deudas. La carga de aportar la información corresponde al deudor instante de la exoneración, sin perjuicio de la facultad del juez de requerir explicaciones o una ampliación de información y documentación cuando aprecie que es insuficiente.”

(iii) La denegación de la exoneración cuando hay una infracción tributaria “muy grave” - art. 487.1 2.º TRLC- es correcta, puesto que está justificada y persigue un interés público legítimo (sentencia [259/2026, de 18 de febrero](#), P.J. Vela Torres).

10.2.- Por otra parte, respecto a qué créditos son exonerables (art. 489 TRLC) la cuestión se centra en los créditos “públicos” en sus distintas variantes.

(i) Son exonerables los créditos públicos calificados como subordinados. Así la sentencia [260/2026, de 18 de febrero](#) (N. Orellana Cano, FD 2.º, apartados 7 y 8) o la sentencia [264/2026, de 18 de febrero](#) (I. Sancho Gargallo):

“De este modo, si bien no hay duda de que para el propio TJUE excluir de la exoneración parte de los créditos de Derecho público tiene sentido y puede ser acorde con la Directiva, al mismo tiempo el principio de proporcionalidad nos lleva a apreciar un límite: estimamos debidamente justificado ese “tratamiento privilegiado” respecto de los créditos concursales ordinarios y privilegiados, pero no respecto de los créditos subordinados que en nuestro derecho concursal interno merecen una desconsideración y son postergados”.

(ii) Los límites del art. 489.1 5.º TRLC se aplican a “todo crédito público” “y para cada crédito” y no solo a los que recaude la AEAT ni al conjunto de créditos de esta naturaleza. Así las sentencias [260/2026, de 18 de febrero](#) (N. Orellana Cano, FD 2.º, apartados 7 y 8) o sentencia [264/2026, de 18 de febrero](#) (I. Sancho Gargallo), FD 3.º, apartado 7:

“Aunque la dicción de la ley aplica estos límites únicamente a los créditos cuya recaudación se encomiende a la AEAT, además de los créditos de Seguridad Social, esta sala entiende que bajo la lógica de la ley y la justificación de la exclusión parcial de deudas, no es acorde con la exigencia de debida justificación de la exclusión de exoneración que impone la Directiva distinguir según los créditos de derecho público sean objeto de recaudación por la AEAT o por cualquier otra administración autonómica, provincial o local. De ahí que haya que interpretar que la exclusión de

la exoneración es parcial y para toda clase de crédito de Derecho público, al margen de a quién se encomiende su recaudación, con tal de que merezca la consideración de crédito de Derecho público. Y, además, la *ratio* de la norma permite aplicar las limitaciones legales a la exoneración a cada uno de los acreedores titulares de créditos de Derecho público. Esto es: respecto de cada uno de ellos se aplica una exoneración íntegra para los primeros 5.000 euros de su crédito, y a partir de esta cifra la exoneración alcanzará el 50% hasta el máximo de 10.000 euros”.

10.3.- Adicionalmente la sala se ha pronunciado sobre otros asuntos, que son los siguientes:

(i) La resolución judicial que apruebe la exoneración tiene que identificar cuáles son los créditos exonerados y, por ende, el deudor concursado deberá especificar con detalle cuáles son sus deudas. Así la sentencia [264/2026, de 18 de febrero](#) (I. Sancho Gargallo); FD 3.º, apartado 8:

“En correlación con la carga que tiene el deudor concursado de reseñar todos los créditos que pretende sean exonerados, ordinariamente los que hubiera incorporado a la relación de acreedores aportada con la solicitud y, en su caso, los que hubieran sido fijados en la lista de acreedores aprobada con los textos definitivos, la exoneración alcanzará sólo a esos créditos. De tal forma que la resolución judicial que aprueba la exoneración tiene que identificar los créditos exonerados. Esta exigencia, además de lograr mayor seguridad jurídica, pues queda claro cuáles son los créditos objeto de exoneración, preserva la competencia del juez del concurso para resolver sobre el alcance efectivo y real de la exoneración, sin que su resolución pueda ser un cheque en blanco a rellenar con posterioridad a la aprobación de la exoneración. Ello obliga a que el deudor de buena fe que pretenda la exoneración, acorde con la honestidad que presupone esta consideración, especifique todas las deudas existentes, lo que a su vez permitirá controlar las causas de exclusión de la exoneración del art. 487.1.6º TRLC.”

(ii) El juez debe examinar de oficio la “conurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley” (arts. 498.2 y 501 TRLC) y no sólo cuándo haya habido oposición de la administración concursal o de algún acreedor, sino incluso aunque estos hayan mostrado su conformidad. La sentencia [259/2026, de 18 de febrero](#) (P.J. Vela Torres), FD 2.º, apartado 3 fija los límites al examen de oficio:

“Lógicamente, esta verificación de oficio del cumplimiento de los requisitos legales del art. 487.1 TRLC corresponde al juez del concurso competente para conocer de la pretensión de exoneración, quien en primera instancia debía haberlo apreciado. Por su parte, el tribunal de apelación estará afectado, en cuanto al ámbito de apreciación, a la limitación derivada del art. 465.5 LEC, de modo que si nadie impugna este extremo en apelación, no podrá apreciarlo de oficio”.