



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

**Programa de simultaneidad del Grado en Derecho y el Grado en Administración
y Dirección de Empresas**

**EFICACIA DEL MATRIMONIO. PORTACIÓN
Y POSIBLE CONTAGIO VIH:
RESPONSABILIDAD CIVIL, PENAL Y
SEGURO DE VIDA. OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA FARMACÉUTICA. RIESGO
DURANTE LA LACTANCIA.**

Trabajo de Fin de Grado en Derecho realizado por:

Dña. María Magdalena Rodríguez Caridad

Dirigido por

Rafael Colina Garea

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña

A Coruña, 2020

SUMARIO

I. ABREVIATURAS	4
II. SUPUESTO DE HECHO	5
III. CONSIDERACIONES PREVIAS	7
IV. Tras descubrir que Diego le ha mentado en cuanto a sus estudios y que, además, es portador del VIH, ¿puede Raquel solicitar la nulidad matrimonial?	9
IV.1. El consentimiento viciado como causa de nulidad matrimonial.....	9
IV.2. Inexistencia del error como vicio del consentimiento por la ocultación de la carencia del título de educación infantil.....	10
IV.3. Error como vicio del consentimiento por desconocimiento de la portación de VIH de uno de los contrayentes.	11
IV.4. La acción de nulidad, convalidación del matrimonio nulo y la figura del matrimonio putativo.....	12
V. En el supuesto de que se le conceda la nulidad, ¿puede Raquel emprender acciones legales contra Diego por los gastos en los que ha incurrido para la celebración de la boda?	13
VI. ¿Puede Raquel exigirle a Diego responsabilidad civil por el sufrimiento psíquico al que se ha visto expuesta por la posibilidad de haberse contagiado con el virus?	14
VI.1. La obligación de revelar la portación de VIH y el derecho a la intimidad.....	14
VI.2. Responsabilidad civil por riesgo de contagio de VIH.....	15
VII. En el supuesto de que la hubiese contagiado, ¿incurriría Diego en un delito tipificado en el Código Penal?	18
VII.1. Contagio de VIH como delito de resultado	18
VII.2. Responsabilidad penal por contagio del VIH	19
VII.3. Responsabilidad civil derivada del delito de lesiones por contagio de VIH.....	20
VIII. ¿Está el titular de la farmacia cometiendo alguna infracción al no disponer de existencias de la píldora del día después?	22
VIII.1. Obligación del titular de la farmacia de disponer de un mínimo de existencias	22
VIII.2. Derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos	23
IX. ¿Tiene derecho Raquel a la prestación económica por riesgo durante la lactancia? ...	24
IX.1. Nacimiento, requisitos y cuantía de la prestación por riesgo durante la lactancia.....	24
IX.2. Evaluación de riesgos durante la lactancia.....	25
IX.3. Valoración del riesgo para la lactancia de un puesto de trabajo con turnos rotativos, incluyendo turnos de noche.....	27
IX.4. Extinción de la prestación por riesgo durante la lactancia: adaptación del puesto de trabajo.....	28

X. En el caso de que Diego falleciese, ¿podría la compañía de seguros negarse a abonar a su hijo los 30.000 euros?	29
X.1. La no discriminación a portadores de VIH en la contratación de seguros.	29
X.2. El deber de declaración exacta del riesgo por el tomador del seguro.....	30
X.3. La liberación del asegurador de su deber de prestación.	32
XI. CONCLUSIONES	34
XII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	36
XIII. JURISPRUDENCIA.....	38

I. ABREVIATURAS

ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
ET	Estatuto de los Trabajadores
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
PETL	Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil
RD	Real Decreto
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

II. SUPUESTO DE HECHO

Diego, de 28 años, es un joven coruñés que tras varios años tratando de obtener el grado en educación infantil por la Universidad de A Coruña desiste y comienza a trabajar como camarero.

El 22 de abril de 2018 conoce a Raquel, una gallega de 35 años residente en A Coruña. Ella sí que ha realizado sus estudios con éxito y cuenta con la carrera de educación infantil. Sin embargo, no ha encontrado trabajo como tal, por lo que lleva trabajando a jornada completa, y dada de alta en la Seguridad Social, siete años como empleada en la gasolinera “GALAICAOIL S.A”. Se trata de una estación 24 horas en la que realiza horarios a turnos, incluyendo turnos de noche. Sus funciones van rotando entre suministrar combustible y vender y reponer productos en la tienda de la estación. Trabaja equipada con guantes para el suministro y botas de seguridad.

Su propósito es poder tener, en el futuro, su propia guardería, así que, tras un rápido noviazgo, en el que Diego le afirma haber terminado la carrera y ella ve la posibilidad de, algún día, poder montar un negocio juntos, acepta casarse con él.

La celebración del matrimonio se produce el 10 de agosto de 2018. Es Raquel quien sufraga los gastos de la boda, que ascienden a 7.500 euros, ya que Diego casi no tiene ahorros.

Dos días antes de la boda Diego dona sangre y dos semanas después de la celebración de la misma recibe una carta del Centro de Transfusión de Galicia que contiene los análisis que le realizaron a la sangre donada, donde se detecta que es portador del VIH. Diego decide no contárselo a Raquel ante la preocupación de que ella no quiera continuar con su matrimonio, confiando en que no habrá ningún problema mientras usen protección de manera adecuada en sus encuentros sexuales, como han venido haciendo hasta la fecha.

Con motivo de la celebración de la navidad pasan la noche del 24 de diciembre de 2018 en la casa de los padres de Raquel, situada en Cedeira, un pueblo en la provincia de A Coruña. Mientras mantienen relaciones sexuales se produce la ruptura del preservativo. Al comprobar la fecha de caducidad del mismo se dan cuenta de que había caducado hacía apenas un mes. En consecuencia, acuden a la farmacia de guardia con el fin de adquirir la conocida como “píldora del día después”, a lo que el titular de la farmacia se niega a proporcionársela, alegando que en su establecimiento “no se venden productos que puedan atentar contra la vida”.

Las otras dos farmacias del pueblo se encuentran cerradas y el único médico de guardia del Centro de Salud está ausente por una urgencia médica, por lo que la opción que les queda para conseguir el medicamento es conducir hasta Valdoviño, unos 18 km, donde se encuentra la farmacia más próxima.

Puesto que el medicamento es eficaz hasta que se alcancen las 72 horas después de una relación no protegida ambos deciden esperar hasta el día siguiente. Sin embargo, en el transcurso de la noche Raquel medita sobre lo sucedido y se replantea la posibilidad de ser madre, por lo que al día siguiente, cuando ya se encuentran abiertas las otras dos farmacias, abandona la idea de comprar la píldora.

Diego, asustado por poder haber contagiado el VIH a su mujer, después de que ésta se realizase el test de embarazo y diese positivo, le cuenta toda la verdad, tanto sobre ser portador del virus, como sobre sus estudios. Ante estas noticias Raquel no

desea continuar casada con él y se ve inmersa en una gran angustia e incertidumbre sobre su propia salud y la de su futuro hijo.

Después de realizarse las pruebas ni Raquel ni el hijo que esperaba habían sido contagiados con el virus. El niño nace el 26 de septiembre de 2019 y el 3 de diciembre de 2019 Raquel solicita la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

Por su parte, Diego contrata el 25 de octubre de 2019, como tomador y asegurado, un seguro de vida con la Compañía de Seguros “SALUS VITAE S.A”, poniendo como beneficiario a su hijo, por lo que en caso de que fallezca éste recibiría 30.000 euros. Sin embargo, a la hora de cubrir el boletín de adhesión redactado por la empresa en la que se pregunta si padece SIDA, Diego responde que no, pues él es portador de VIH, pero no padece SIDA, ya que la enfermedad no se ha desarrollado.

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

Para que la celebración del matrimonio sea válido nuestro ordenamiento jurídico exige que el consentimiento que se otorgue no sea defectuoso y lo será tanto si se prestó con ausencia de voluntad, sin verdadero conocimiento de lo que se estaba haciendo, como si se hizo a través de un vicio en el consentimiento (error, coacción o miedo grave). Este caso nos proporciona dos supuestos de cómo puede o no prosperar la interposición de una acción de nulidad relativa al error en las cualidades personales de uno de los contrayentes, permitiéndonos definir qué se debe de entender por cualidades personales, ya que no existe una enumeración de las mismas, lo que implica cuestionarnos si los estudios que posibilitan a la pareja tener un negocio juntos, por una parte, y la portación del VIH, por otra, afectan al proyecto de vida en común de los cónyuges.

A partir de los hechos que protagonizan Diego y Raquel se pone de manifiesto la estigmatización que sufren las personas con VIH, presente todavía en la sociedad actual, y se pone de relieve no solo los problemas jurídicos que se derivan de su posible transmisión, sino también la dificultad ante la que se encuentran las personas afectadas para la contratación de servicios privados y el acceso al mercado crediticio, intentando paliarse tal discriminación por medio de la vía legislativa.

De esta forma, la portación del VIH servirá como hilo conductor en el supuesto de hecho para tratar la responsabilidad tanto civil como penal y el ejercicio de ambas conjuntamente, lo que supondrá analizar el alcance del derecho a la intimidad en cuanto a si existe la obligación de comunicar ser portador del virus para preservar el derecho a la integridad física y psíquica de otras personas.

Por un lado, se abordarán los presupuestos necesarios de la responsabilidad civil extracontractual y *ex delicto* para que se origine la obligación de reparar el daño, comprobando si realmente se produjo dicho daño y si es patrimonial o moral, físico o psíquico e indemnizable o no, centrandó nuestra atención en distinguir la causalidad fáctica de la jurídica.

Por otro lado, se analizará la responsabilidad penal asociada al contagio del VIH, justificando por qué se trata de un delito de resultado y poniendo el foco en la importancia de la utilización de medidas de protección adecuadas para evitar la transmisión, que a la vez posibilitan determinar la existencia o no de dolo o imprudencia por parte de Diego.

Del mismo modo, se cuestiona si es posible sancionar al farmacéutico que se niega a suministrar la conocida “píldora del día después” por no disponer de tal medicamento o, si por el contrario, puede ampararse en el derecho de objeción de conciencia reconocido por nuestra Constitución expresamente para el servicio militar obligatorio.

Así pues, a partir del nacimiento del hijo de Raquel y Diego se analizan los requisitos y procedimiento necesarios para solicitar la prestación de riesgo de lactancia, siendo fundamental la evaluación del riesgo para conocer la naturaleza, grado y exposición a agentes o condiciones de trabajo perjudiciales a los que se ve sometida Raquel en su trabajo en la gasolinera GALAICAOIL S.A y que pueden afectar específicamente a la lactancia natural, haciendo especial mención a que se trate de un trabajo a turnos, algunos de ellos en horario nocturno.

Finalmente, se examinarán las consecuencias que se derivan del deber de declaración del riesgo que impone la Ley de Contrato de Seguro al tomador, siendo necesario aclarar si estamos ante una ocultación dolosa por parte de Diego al no revelar a la aseguradora en el momento en que se celebra el contrato que era portador de VIH o si, por el contrario, puede quedar exonerado de este deber al no contemplar el cuestionario que le presenta la compañía SALUS VITAE S.A todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, lo que nos ayudará a responder a la pregunta planteada acerca de la liberación de la aseguradora del pago de la prestación económica ante el fallecimiento del asegurado.

IV. Tras descubrir que Diego le ha mentido en cuanto a sus estudios y que, además, es portador del VIH, ¿puede Raquel solicitar la nulidad matrimonial?

IV.1. El consentimiento viciado como causa de nulidad matrimonial.

Una vez satisfecho por los contrayentes el cumplimiento de los requisitos de capacidad, y la inexistencia de impedimentos¹, tal y como sucede en el supuesto de hecho con Diego y Raquel, el legislador pone de relieve la importancia del consentimiento para que surja el vínculo matrimonial.

Este consentimiento ha de ser puro, no teniendo por puesta la “condición, término o modo” en virtud del artículo 45 CC, lo que implica que debe de tenerse la aptitud natural de entender y querer en el momento en que se otorga, y poseer, por lo menos, una noción elemental de lo que es la institución del matrimonio². Por lo tanto, cuando exista ausencia de voluntad o concurra un vicio en la misma, que provoque que el consentimiento no sea plenamente consciente (error) o plenamente libre (coacción o miedo grave), el matrimonio será nulo.

Dentro del error como vicio del consentimiento podemos distinguir a partir del artículo 73.4º CC dos vertientes: la tradicional, referida al error obstativo sobre la identidad física del otro contrayente, y aquel error-vicio que se produce respecto a sus cualidades personales, introducido por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Este último error es el típico del negocio matrimonial y es al que hacen alusión las dos circunstancias que se nos plantean en el supuesto como posibles causas de nulidad.

Evidentemente, no cualquier cualidad que se crea que posea el otro contrayente es suficiente para que se pueda ejercer la acción de nulidad. Es necesario, como establece nuestro ordenamiento jurídico, que “hubiera sido determinante de la prestación del consentimiento”, de forma que de haber tenido conocimiento Raquel de esta cualidad la voluntad de contraer matrimonio con Diego no habría existido.

Existe pues, cierta subjetividad al tratarse de cualidades personales relativas, no absolutas, que afectan a un matrimonio específico, ya que depende de la apreciación que hace uno de los cónyuges, en este caso Raquel, sobre el otro.

No obstante, para que la acción de nulidad de Raquel pueda prosperar, la doctrina mayoritaria considera que se debe partir de una vía objetiva que permita determinar las cualidades necesarias para el cumplimiento de los fines de su matrimonio en concreto, que a la vez han sido fundamentales para prestar el consentimiento³.

Esta idea también se confirma a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al reiterar que, a pesar de la importancia que le otorgue el contrayente, “la norma no se refiere a cualquier cualidad individual equivocada” (STS de 11 de julio

¹ Para que el matrimonio sea válido es necesario que los cónyuges reúnan un conjunto de requisitos determinados por la edad (artículos 46.1º y 75 CC) y la ausencia de vínculo matrimonial existente (artículo 46.2ºCC), parentesco (artículo 47.1º y 47.2º CC) y crimen (artículo 47.3º CC).

²ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil*, Volumen IV. Ed. Edisofer, Madrid 2013, p.53.

³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo I. Ed. Tecnos, Madrid, 2018, p.75

1987), sino que debe de ser de “entidad” de acuerdo con la valoración social que se le dé “en los tiempos actuales” (STS de 20 de febrero 1997).

Por otra parte, al contrario de lo que sucede en los contratos, en materia matrimonial, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el error no tiene porqué ser excusable, pues no existen intereses en pugna que deban de compaginarse a través del contrato, sino que únicamente influye la voluntad de cada cónyuge, por lo que no es relevante centrarse en si Raquel pudo haberlo evitado empleando una diligencia media o alargando el periodo de noviazgo, que como se nos dice ha sido “rápido”, para cerciorarse de querer casarse con Diego⁴.

Asimismo, “aún cuando no hay posturas unívocas (...) se entiende que la cualidad personal se predica tanto en la dimensión física de la persona como en la psíquica” (STS de 18 de septiembre de 1989), quedando excluidas aquellas cualidades económicas o patrimoniales por no entenderse de entidad suficiente para la formación del consentimiento matrimonial.

Sin embargo, estas cualidades esenciales solo pueden tener como consecuencia la nulidad cuando son anteriores o coetáneas a la celebración del matrimonio⁵, por supuesto, no son conocidas por el contrayente que yerra hasta después de haber prestado el consentimiento, por lo que es importante valorar “las relaciones mantenidas por los esposos durante el noviazgo” (STS de 11 de julio de 1987), ya que se exige que el error sea debidamente probado.

Igualmente, deben de subsistir en el momento en que se presenta la demanda de nulidad, pues si no, estaríamos únicamente ante una situación pasajera que no caracteriza a la persona y, por lo tanto, no serían auténticas cualidades personales⁶.

IV.2. Inexistencia del error como vicio del consentimiento por la ocultación de la carencia del título de educación infantil.

El primero de los hechos que se nos presentan en el caso por el que Raquel desea solicitar la nulidad matrimonial es el engaño de Diego sobre el estar en posesión del título de educador infantil.

Aunque el dolo no se encuentre entre los vicios del consentimiento, recogidos en el artículo 73. 4º y 5º CC, nada impide que el resultado del mismo pueda ocasionar un error⁷, producto en este caso del engaño intencionado de Diego.

En consecuencia, queda demostrado que se trata de una circunstancia anterior a la celebración del matrimonio y desconocida por parte de Raquel en el momento de prestar el consentimiento.

⁴ De este razonamiento difiere la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de octubre de 1977 al desestimar la acción de nulidad matrimonial por no haber empleado el cónyuge que la solicita “la diligencia media o regular, infringiéndose entonces los principios de autorresponsabilidad y de buena fe”. Basa su justificación en la STS de 18 de febrero de 1994, siendo esta relativa, no a la materia matrimonial, sino a la compraventa de un inmueble.

⁵ Así lo expresa la SAP de Cádiz de 24 de mayo de 2010: “Los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad (...), en definitiva al carácter y forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges a partir del inicio de la convivencia matrimonial no pueden ser invocados de cualidad esencial”.

⁶ ROMERO COLOMA, A. *La nulidad matrimonial: análisis jurídico*. Ed. Civitas, Madrid, 2002, p.74.

⁷ MONTERO, J., BARONA, S., ESPLUGUES, C., CALDERÓN, M. y FLORS, J. *Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial*. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p.208.

La dificultad reside entonces en enjuiciar si este error se trata de una cualidad personal de tal esencialidad y entidad para la vida en común que por su ignorancia y posterior descubrimiento pueda llevar consigo la nulidad matrimonial.⁸

Si bien es cierto que a tenor del caso de no haber tenido Diego el título Raquel no hubiese aceptado casarse con él por no poder gestionar su propia guardería junto a su esposo⁹ podríamos pensar, en un primer momento, que en este matrimonio en específico sí ha sido una cualidad determinante para la prestación del consentimiento, como se ha apuntado anteriormente, no todo error sobre las cualidades del otro contrayente pueden ocasionar la nulidad, lo que implica que es necesario no solo una apreciación únicamente subjetiva, sino también objetiva acorde con los tiempos actuales, tal y como hemos analizado.

De una manera objetiva la carencia del título universitario no puede integrarse como una cualidad configuradora de la personalidad del otro contrayente, sino como una condición profesional que, al igual que como sucede con las económicas o patrimoniales, no puede encajar dentro ni de la dimensión física ni psíquica de la persona, pues de lo contrario podría provocar el “absurdo” de que Raquel en el “futuro solo pudiese contraer nupcias con un titulado universitario, bajo pena de nulidad de no poseer su consorte estos mérito” (SAP de Madrid de 10 de marzo de 1998).

Además, la comunidad de vida que se construye a través del matrimonio no puede reducirse a la explotación de un negocio. En todo caso este puede ser un proyecto económico dentro del mismo, pero tan solo ha de considerarse como un componente accidental que no afecta al surgimiento del vínculo matrimonial¹⁰.

La finalidad perseguida por Raquel podría lograrse a partir de cualquiera de las formas de contrato asociativo encontradas en los artículos 1665 y siguientes del Código Civil, sin tener que contraer matrimonio o con independencia de este.

Por lo tanto, no es posible conceptuarlo como requisito para la validez del matrimonio, no siendo posible recurrir a la vía de la nulidad, con lo que el divorcio sería la forma oportuna, en este supuesto, de obtener la disolución de su matrimonio.

IV.3. Error como vicio del consentimiento por desconocimiento de la portación de VIH de uno de los contrayentes.

Al contrario de lo que sucede en la cuestión anteriormente analizada este error no es intencionado por uno de los contrayentes, no surge como consecuencia del dolo. Es producto de la ignorancia de ambos cónyuges que desconocían el estado de salud de Diego.

No obstante, se trata también de una circunstancia anterior y existente tanto en el momento de contraer matrimonio como después, ya que, como se nos muestra en el

⁸ Así lo refleja la SAP de Sevilla de 21 de julio de 2000: “Ha de tratarse de circunstancias personales existentes antes de contraer matrimonio, que se ocultan o no se manifiestan a la otra parte y de una esencialidad, entidad y relevancia para la vida en común, que el desconocimiento del contrayente en el momento de prestar su consentimiento matrimonial conlleva un vicio esencial pues de haberlo conocido no lo hubiese prestado”.

⁹ De acuerdo con el artículo 92.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación la educación infantil del primer ciclo será prestada por profesionales que estén en posesión del título de Maestro con la especialización en educación infantil o aquellos que cuenten con un título de Grado equivalente.

¹⁰ *Vid.* SAP de Alicante de 30 de junio de 2000.

caso, los análisis que reflejan que Diego es positivo en VIH son previos a la boda, siendo irrelevante que no lo sea en sí su resultado.

Por lo tanto, al igual que en la pregunta anterior, estaríamos ante un error previo a la prestación del consentimiento y desconocido por la actora, presupuestos base para tenerlo en consideración, pero que ahora además afecta a la dimensión física del contrayente, en concreto a su salud, por lo que se encuadraría como una cualidad personal del mismo.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el italiano, el nuestro no establece una enumeración *números clausus* de las cualidades del contrayente¹¹ que puedan provocar un error tal que invalide el matrimonio. Sin embargo, acertadamente, las Audiencias han calificado, a título ejemplificativo, como cualidades personales con entidad suficiente para poner en riesgo el proyecto de vida en común de los cónyuges la “enfermedad mental grave, la enfermedad física contagiosa o que impida la procreación, la impotencia, la homosexualidad, el padecimiento de una enfermedad degenerativa irreversible” (SAP de Sevilla de 21 de julio 2000 y SAP de Zamora de 25 de mayo de 2018).

De esta forma, la portación de VIH, al ser una enfermedad física contagiosa, podemos calificarlo, más allá de la visión subjetiva de Raquel, como una cualidad personal esencial en la prestación del consentimiento. Debemos de ser conscientes de que se trata además de una circunstancia que distorsiona la vida en común, pues puede afectar tanto al cónyuge sano como a su descendencia.

Sería diferente y no podría tenerse en cuenta si Raquel también estuviese infectada por el virus antes de contraer matrimonio y, como señala DE VERDA Y BEAMONTE, es una cualidad de entidad por no ser de carácter transitorio susceptible a día de hoy de cura mediante tratamiento médico u operación.

I.V.4. La acción de nulidad, convalidación del matrimonio nulo y la figura del matrimonio putativo.

En virtud del artículo 74 CC se establece una amplia legitimación para interponer la acción de nulidad, pudiendo solicitarla los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona con un interés directo, lo que le concede un carácter público o semipúblico y supone una dificultad para delimitar quien puede tener tal condición¹².

Sin embargo, al tratarse en este supuesto de una acción de nulidad derivada de un vicio en el consentimiento esta legitimación activa se reduce, siendo únicamente Raquel quien pueda ejercerla, por ser el cónyuge que ha sufrido el vicio (artículo 76 CC), aunque el Ministerio Fiscal siempre será parte en los procesos de nulidad matrimonial (artículo 749.1 LEC.)

Pese a que el Código Civil no lo diga de forma expresa la acción de nulidad no está sometida a ningún plazo, es imprescriptible. No obstante, no podrá interponerse si convive con Diego durante un año o más después de que se desvanezca el error, pues bajo esta situación, transcurrido este periodo la acción caduca y se convalida el matrimonio.

¹¹ PONS GONZÁLEZ Y DEL ARCO TORRES. *Separación, Divorcio, Nulidad Matrimonial: Régimen Jurídico. (Teoría y Práxis)*. Ed. Comares, Granada, 2002, p.233.

¹² LÓPEZ Y LÓPEZ, AM. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Coord). *Derecho de Familia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 72-74

La declaración de nulidad solo puede realizarse por medio de sentencia judicial y como regla general, tiene efectos *ex tunc*, con lo que se priva de eficacia al matrimonio desde el momento de su celebración, como si este nunca se hubiese producido.

Ahora bien, no se puede dejar sin validez los efectos respecto al hijo que han tenido juntos durante el matrimonio ni se exime a los padres de sus obligaciones, ya que nacen de la filiación, con independencia de la existencia del matrimonio.

Además, en este supuesto en concreto se satisfacen los presupuestos del matrimonio putativo: la apariencia de matrimonio, la declaración de nulidad y la buena fe. Sería suficiente que la buena fe se encontrase en la actuación de uno de los cónyuges para que desplegase sus efectos sobre el mismo, pero en el caso que se nos presenta los dos son contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume, pero en los hechos queda demostrado que tanto Diego como Raquel contraen matrimonio de buena fe por no ser consciente ninguno de la causa que da lugar a la nulidad en el momento en el que se presta el consentimiento, ya que el resultado de los análisis que revelan la portación de VIH no se conoce hasta pasadas dos semana después de la boda.

Quedan exentos pues de la eficacia retroactiva los efectos ya producidos respecto a ambos (artículo 79 CC). En consecuencia, pierden el *status* de cónyuge con sus correspondientes efectos, pero para el futuro, como el derecho de alimentos o derechos sucesorios.

V. En el supuesto de que se le conceda la nulidad, ¿puede Raquel emprender acciones legales contra Diego por los gastos en los que ha incurrido para la celebración de la boda?

Raquel pretende obtener un resarcimiento por los 7.500 euros en los que ha incurrido ella exclusivamente para la celebración de un matrimonio que finalmente ha devenido nulo, considerando, por lo tanto, que ha sufrido una pérdida.

Podemos entender que las acciones legales que desea emprender están vinculadas, desde su perspectiva, con la responsabilidad civil extracontractual y si no ha transcurrido un año desde que conoció la circunstancia que ocasionó la nulidad de su matrimonio no ha prescrito la acción para poder reclamar la cantidad abonada (1968 CC).

Trata entonces de obtener una indemnización por el valor del daño emergente producido en virtud del artículo 1106 CC, entendida como la cantidad necesaria para devolver a su patrimonio al estado anterior al momento de la boda.

Para que surja la obligación de devolver dicha cantidad es necesario, por una parte, que la pérdida sea real y efectiva y por otra, conforme al artículo 1902 CC, que sea Diego el que la haya producido mediante culpa o negligencia. De esta forma, debe de existir una relación de causalidad entre la acción u omisión que origina el daño, en este supuesto nos encontramos ante una omisión por no haber comunicado su condición de salud, y la culpabilidad de quien la realiza.

Es posible observar esta relación de causalidad fáctica entre los gastos de la boda ocasionados y el error de entidad en una cualidad personal de Diego que provoca un

vicio en el consentimiento, pues de haberlo conocido Raquel no hubiese consentido casarse con él, como señalamos anteriormente.

No obstante, para determinar la causalidad desde una perspectiva jurídica es preciso realizar un juicio de probabilidad objetiva por el que Diego solo responderá atendiendo a la previsibilidad de que hubiesen sucedido los hechos. Podemos deducir fácilmente que no es posible que se hubieran previsto las consecuencias de casarse siendo portador de VIH pues, en ese momento, este no era un dato conocido por ninguno de los contrayentes. Tal y como establece el artículo 1105 CC “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse”.

Asimismo, podemos enlazar esta circunstancia con el criterio de imputabilidad subjetiva, no pudiendo apreciarse culpa o negligencia por parte Diego, habiendo contraído matrimonio de buena fe.

Del mismo modo, a diferencia de lo que sucede con los gastos en los que se incurre para la celebración de una boda objeto de resarcimiento si se efectúan como consecuencia de la promesa de matrimonio, en este caso no se podemos apreciar realmente que se haya ocasionado un perjuicio indemnizable que conlleve consigo un menoscabo en el patrimonio.

En la promesa de matrimonio se origina una expectativa razonable y objetiva de que se produzca la celebración del mismo, y en consecuencia, puede ser causa de que se desprenda una serie de gastos, por lo que su incumplimiento es fuente de una obligación específica de resarcimiento, tal y como indica el artículo 43 CC.

En este supuesto de hecho en concreto, sin embargo, no solo ha existido una expectativa, sino que verdaderamente se ha producido la celebración de la boda.

Si bien es cierto que la nulidad conlleva la invalidez del matrimonio desde el momento mismo en que se produce, salvo como hemos visto en el supuesto anterior, no significa que esta celebración en sí no haya tenido lugar.

Por lo tanto, aunque se hayan acreditado debidamente la existencia de los gastos en los que se ha incurrido para la celebración del matrimonio, como estima la SAP de Madrid 653/2007, “no pueden conceptualizarse como daños y perjuicios, sino que se trata de cantidades abonadas para una celebración, que en definitiva se llevó a efecto”.

VI. ¿Puede Raquel exigirle a Diego responsabilidad civil por el sufrimiento psíquico al que se ha visto expuesta por la posibilidad de haberse contagiado con el virus?

VI.1. La obligación de revelar la portación de VIH y el derecho a la intimidad.

De forma general podemos afirmar que en garantía del derecho a la intimidad personal reconocido constitucionalmente en el artículo 18.1 CE las personas portadoras de VIH no tienen la obligación de revelar su condición de salud a sus parejas sexuales.

Así también lo declarada de manera reiterada el Tribunal Constitucional en su sentencia 70/2009 “al afirmar que en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de la vida privada” y por tanto, deben de preservarse de acuerdo al derecho a la intimidad, siendo el carácter confidencial de la salud un principio fundamental conforme al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que protege el respeto a la vida privada y familiar.

Asimismo, en su sentencia 115/2000 el Tribunal Constitucional afirma que corresponde “a cada individuo reservar un espacio más o menos amplio según su voluntad, que quede resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”, y de igual manera vuelve a manifestarse en su sentencia 196/2004 al reconocer el derecho a “acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”, por lo que Diego, o cualquier persona con VIH, puede decidir a quién revelar o no su estado de salud.

Sin embargo, no estamos ante un derecho absoluto ni ilimitado, por lo que no toda revelación sobre su condición de salud supone una ruptura de su privacidad, ya que pueden existir otros derechos en pugna por los que deba ceder el derecho a la intimidad. Así pues, este derecho queda delimitado por el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 al establecer que no será una intromisión ilegítima no solo aquella que sea autorizada por el titular del derecho, sino también por la ley.

No obstante, esta limitación ha de ser idónea, necesaria y proporcionada ¹³para que se establezca una ponderación adecuada entre los intereses constitucionalmente protegidos, que en este caso sería la protección de la salud pública o de terceras personas (art 43 CE), y el derecho a la intimidad.

Por lo tanto, debemos de atender a la realidad actual en la que se encuentra el VIH, teniendo en cuenta la efectividad del tratamiento como prevención, por la que, incluso en una situación de riesgo de contagio, una persona en tratamiento y con la carga viral suprimida no transmitiría el virus, lo que nos permite deducir que estas personas no tienen obligación de comunicar a sus parejas sexuales que son portadoras del VIH, al igual que aquellas que empleen medidas de prevención de transmisión, siempre y cuando estas no fallen ocasionando una situación de riesgo. De no utilizarse o fallar estas medidas consideramos que sí existe la obligación de revelar el estado de salud para que se puedan tomar a tiempo las medidas de prevención secundarias¹⁴.

Ya que en el supuesto no se nos confirma que Diego esté en tratamiento y ante la ruptura del preservativo teme contagiar a su esposa entendemos que, una vez que la medida de protección empleada falla, sí existe riesgo de transmisión por lo que sí se genera el deber de comunicarle a Raquel que es portador de VIH.

VI.2. Responsabilidad civil por riesgo de contagio de VIH

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una legislación específica sobre la transmisión del VIH por lo que se emplea la normativa general respecto a los daños a terceros¹⁵. Basándose en el principio de *neminem non laedere* por el que no es lícito dañar a otro se conceptualiza la responsabilidad civil extracontractual, que en virtud del artículo 1089 CC surge por la comisión de “actos u omisiones ilícitos” (responsabilidad

¹³ Como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad se satisface a través de la idoneidad de la medida para lograr interés constitucionalmente perseguido, que a la vez ha de necesario, es decir, que no exista otra medida menos gravosa y que se desprendan más beneficios para el interés general que perjuicios al derecho fundamental sacrificado, en este caso la intimidad (STC 206/2007).

¹⁴RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P. *Informe sobre VIH y Privacidad*. Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. CESIDA, 2015.

¹⁵ La inexistencia de esta regulación específica se debe a las recomendaciones que hace Naciones Unidas al respecto en cuanto que dichas normas pueden provocar una mayor estigmatización de las personas infectadas.

civil *ex delicto*, que se abordará en otra cuestión más adelante) o “en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” (pura responsabilidad civil).

Los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual para que se origine la obligación de reparar un daño se pueden extraer a partir del artículo 1902 CC: acción u omisión, la existencia de un daño, relación causal entre ambos presupuestos y culpabilidad o negligencia por parte de quien cause el daño. Puede añadirse también, aunque el artículo no lo contemple, el elemento de antijuricidad.

La conducta de Diego ha de calificarse como una omisión al no haberle comunicado a Raquel ser portador de VIH con lo que la pone en riesgo de poder contagiarse.

Como hemos examinado en el apartado previo existe obligación de comunicar cuando fallan los medios interpuestos para que no se produzca la transmisión, con la finalidad de que la otra persona pueda adoptar medidas preventivas. En el supuesto Diego comunica a Raquel que es portador una vez que se ha realizado el test de embarazo, no en el momento en el que efectivamente se ha producido el contacto, imposibilitando así que se tomen debidamente las medidas de prevención necesarias.

De acuerdo con el artículo 4:103 PETL podemos apreciar que en este supuesto existe el deber de “actuar positivamente para proteger a los demás” pues se crea una situación de peligro. Además, las partes son cónyuges, con lo que existe un “especial relación” entre ellas y, sin duda, es apreciable la “gravedad del daño” para Raquel y la “facilidad de evitarlo” para Diego, bien comunicándoselo antes o inmediatamente después de que se genere el daño, bien asegurándose de emplear medidas de protección que no sean defectuosas.

Por lo tanto, al no haber actuado con la diligencia debida para que no se produzca el contagio podemos apreciar el elemento de culpabilidad necesario por parte de Diego, aunque realmente no se haya producido la transmisión.

Acudiendo al artículo 1104 CC la gravedad de la culpa ha de tenerse en cuenta respecto a las circunstancias de las personas, no al resultado que provoca (STS 10 de mayo de 2000). Estas circunstancias deben de poder ser previstas por Diego como consecuencia de su conducta omisiva.

En cuanto al daño se exige que sea ser cierto y probado. Efectivamente, no se llega a producir el contagio, pero existe un riesgo real y probable de que esto suceda, lo que en consecuencia provoca en Raquel una situación de “angustia” e “incertidumbre” hasta que las pruebas muestran un resultado negativo, tanto por su propia salud como por la del hijo que espera. Estar expuesta a esta situación de riesgo le ha generado un daño psíquico.

En consecuencia, estaríamos ante un daño moral que se podría definir como un “sufrimiento o padecimiento psíquico entre los que se encuentran el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente”, etc (STS de 14 de julio de 2006).

Respecto al elemento de la antijuricidad provoca discusión en la doctrina sobre si es necesario que el acto en sí mismo sea ilícito, o si basta con que lo sea el daño provocado. Si partimos de la base de que causar un daño a otro es contrario a Derecho y

el que lo produce ha de responder de las consecuencias que se deriven del mismo se puede deducir que no es preciso que el acto vulnere un deber legal concreto para que una conducta pueda ser entendida como antijurídica. Se parte pues de la antijuricidad del daño, entendida como daño que la víctima no tiene que soportar, con lo que se explicaría que la responsabilidad pueda nacer a partir de conductas lícitas.

En este caso veríamos satisfecho el elemento de antijuricidad, por una parte, por no tener que soportar Raquel un sufrimiento psíquico por la posibilidad de estar contagiada, ya que en el momento en el que se expuso al riesgo no conocía la causa que lo provocaba y, por otra la conducta omisiva que aunque no tiene un origen ilícito es antijurídica por vulnerar el principio *alterum non laedere*.

El nexa causal queda demostrada entre la omisión de Diego de comunicar que es portador y el daño moral ocasionado, pues con un juicio de probabilidad se podía prever que tras fallar la medida de protección y ante el riesgo de contagio Raquel se vea sometida a un sufrimiento psíquico.

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucedía en la pregunta anterior, se dan todos los presupuestos necesarios para que se genere responsabilidad civil extracontractual y Diego ha de responder del daño, siempre que Raquel interponga la acción en el plazo de un año.

En cuanto a la cuantificación del daño, ciertamente los daños morales de por sí no tienen valor económico, pero esto no significa que no se pueda establecer una indemnización como compensación del sufrimiento psíquico padecido atendiendo a las circunstancias y gravedad de la lesión producida (STS de 24 de septiembre de 1999).

Podemos diferenciar, independientemente de que se trate de daños patrimoniales o morales, entre daños indemnizables y no indemnizables. La solución española se alinea con la prevista en el artículo 10:301 de los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (PTLE), que establece que el daño moral será indemnizable atendiendo al alcance de su protección, la gravedad, duración y consecuencias del daño.

Como dispone el artículo 2:102 PTLE la integridad psíquica, junto con la física, la vida, la dignidad humana y la libertad goza de la protección más amplia y de acuerdo al artículo 3.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE “toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica” que encuentra protección constitucional en los artículos 15 y 43 CE. Entendemos además que se trata de un daño de gravedad al ser consecuencia de un miedo a la transmisión de una enfermedad que ataca al sistema inmunitario y que actualmente no tiene cura.

La valoración del daño moral es problemática en cuanto que sus consecuencias afectan exclusivamente a la dimensión moral o espiritual de la víctima y sin embargo es un daño real que necesita ser cuantificado. La falta de un elemento objetivo, como puede ser el valor del mercado o la sustitución de los bienes para los daños patrimoniales, provoca que para los daños morales la cuantificación dependa de valoraciones personales¹⁶. La concreción de la cuantía de la indemnización corresponde al Tribunal de instancia, con el límite máximo de las peticiones realizadas por la acusación y el principio de la razonabilidad.

¹⁶ GÓMEZ POMAR, F y MARÍN GARCÍA, I. *El daño moral y su cuantificación*. Ed. Bosch. Barcelona, 2015, p.56

El *quantum* de la indemnización que se establezca está vedado de casación. Solo se pueden poner en discusión las bases o conceptos de la indemnización cuando exista error notorio, arbitrariedad o gran desproporción (SSTS de 14 de febrero de 1983 y de 15 de octubre de 2012). Es necesario que la sentencia contenga una estimación razonada de la cuantía del daño (STS de 9 de octubre de 2007). No obstante, el órgano judicial no tiene que describir ni que profundizar en el contenido de cada base, considerándose suficientemente motivada independientemente de su brevedad o concisión (STC 150/93 de 3 de mayo).

VII. En el supuesto de que la hubiese contagiado, ¿incurriría Diego en un delito tipificado en el Código Penal?

VII. 1. Contagio de VIH como delito de resultado

Al considerar el VIH una enfermedad somática grave su transmisión se encuadra dentro del delito de lesiones en el que se produce una conducta, la puesta en peligro, separada espacio-temporalmente de los efectos sobre la salud que se originan a partir de la misma, la seroconversión .

A diferencia de lo que sucede en los delitos de mera actividad que se agotan en la realización de la conducta sin que sea necesario que exista un resultado posterior, la grave enfermedad somática que se produce en este supuesto supone la consumación formal del tipo.

Estamos pues, ante un delito de resultado, lo que supone que solo se puede denunciar o interponer querrela si efectivamente se ha producido la seroconversión, es decir, se exige que exista realmente un menoscabo en la salud física producto del riesgo que supone la conducta a la que se ha visto sometida la víctima.

Las SSTS de 3 de marzo y 26 de octubre de 2005 han manifestado que para explicar la relación entre la acción y resultado no se debe emplear la relación de causalidad sobre bases únicamente naturales. Así también el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar en el mismo sentido en la STS 171/2010, confirmando que en los delitos de resultado, para solventar los problemas de la relación de causalidad, la doctrina acude al concepto de imputación objetiva.

En consecuencia, hay relación de causalidad si la conducta del acusado, en este supuesto Diego, activa u omisiva, se puede entender como *conditio sine qua non* el resultado, contagio del VIH, no se hubiese dado. Son hechos demostrados que de no haber mantenido relaciones sexuales que puedan provocar un riesgo de contagio esta transmisión no se hubiese provocado.

Esta relación se aprecia de acuerdo a criterios naturales y sirve para establecer una causalidad física, siendo necesario ahora determinar la causalidad jurídica a través de un juicio de probabilidad, conforme a la imputación objetiva, que requiere, en primer lugar, que el autor provoque o aumente ilícitamente un riesgo no permitido y, en segundo lugar, que sea en la dimensión de ese riesgo donde se produzca el resultado.

Así pues, para analizar la imputación objetiva de la conducta de Diego sobre el contagio de Raquel hay que valorar la probabilidad o previsibilidad del resultado lesivo.

Es evidente la alta probabilidad de transmisión mediante contacto sexual, pero esta se reduce, según los protocolos médicos, mediante el uso del profiláctico, que fue

empleado tanto cuando se produjo el hecho lesivo como en todas las relaciones sexuales previas que mantuvo el matrimonio.

VII.2. Responsabilidad penal por contagio del VIH.

A efectos de determinar la responsabilidad se deben distinguir dos alternativas en cuanto al factor de atribución. Por una parte, que la transmisión sea culposa como resultado de una actuación negligente del portador del VIH y por otra, que sea dolosa, diferenciando entre dolo directo o dolo eventual dependiendo de si el causante tiene intención de provocar el daño o si, por el contrario, esta motivación no existe, sino que el portador es conocedor del riesgo y lo asume.

Respecto a la existencia o no de la obligación de revelar la portación de VIH en materia penal responde el Tribunal Supremo en su sentencia 528/2011 al afirmar que el hecho de no comunicar “no añade nada a la ilicitud penal de la conducta”, por lo que, aún siendo éticamente reprochable, solo habrá de centrarse jurídicamente en los actos que provocaron el contagio.

Del mismo, y pese a que el artículo 155 CP dispone que el consentimiento por parte de la víctima en el delito de lesiones conlleva tan solo una pena inferior en uno o dos grados, según el criterio del Tribunal Supremo de haberlo comunicado a su pareja, cosa que no sucede en nuestro supuesto, y esta hubiese consentido mantener relaciones sexuales de todos modos, se produciría una plena excusión de la responsabilidad de Diego, pues de haber sido así la víctima se habría expuesto a un peligro proveniente de su propia acción según el principio de la “autopuesta en peligro o principio de la propia responsabilidad” o habría asumido la situación de peligro creado por otro, lo que se denomina como “heteropuesta en peligro”¹⁷.

El uso del preservativo evidentemente elimina tanto el dolo directo como el dolo eventual, pues se excluye la representación de la causación del resultado directamente no querido y la aceptación del mismo, consecuencia de la acción realizada (STS de 6 de junio de 2011).

Sin embargo, como se nos dice en el caso el preservativo estaba caducado, cosa de la que ambos se percatan después de que este se rompa. Por lo tanto, aún con la utilización del profiláctico se puede apreciar una conducta imprudente por parte de Diego, siendo el contagio evitable y previsible.

El comportamiento descuidado de no mirar la fecha de caducidad supone no poner la diligencia necesaria para evitar la ruptura que genera la lesión. Imprudencia que además podemos calificar como grave por la relevancia del riesgo y la entidad que supone el contagio del VIH, ya que no se puede considerar el uso de un preservativo defectuoso como un medio aceptable para frenar el contagio.

En conclusión, se trataría de un delito de lesiones por imprudencia grave recogido en el artículo 152.1.2º, en relación con el 149.1º del Código Penal con lo que le correspondería una pena de prisión de uno a tres años.

¹⁷ En su reciente sentencia de 11 de marzo de 2020 el Tribunal Supremo establece una serie de elementos que desdibujan la responsabilidad del autor con la del lesionado: que la víctima tenga conocimiento del riesgo al que se expone, que consienta la acción y pueda dominar el riesgo en la misma medida que el autor, siendo el daño resultado del riesgo asumido.

Podríamos también apreciar la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP al ser la víctima cónyuge del autor del delito, funcionando en este supuesto como agravante de la responsabilidad penal.

Sin embargo, al tratarse de un delito imprudente puede no aplicarse tal agravante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66.2 CP, dejando tal decisión al arbitrio de los jueces.

Conforme al criterio del Tribunal Supremo si además de a Raquel hubiese contagiado también a su hijo nos encontraríamos ante un concurso ideal, pues de una única acción se desprenden dos resultados tipificados. Sin embargo, parte de la doctrina considera que, aunque las consecuencias lesivas se manifiesten una vez haya nacido, se ha de descartar la posibilidad de las lesiones de los artículos 147 y siguientes del Código Penal, pues el delito de lesiones solo abarca la protección del sujeto que tiene vida independiente. De esta manera, nos encontraríamos realmente ante un delito de lesiones al feto cometido por imprudencia grave, recogido en el artículo 158 CP.

De todos modos, cabe descartar la tesis de la Audiencia Provincial sobre la impunidad al argumentar que en el momento en el que se produjo la acción no existía siquiera vida prenatal, pues las normas penales ofrecen protección al objeto inexistente en el momento de la acción, pero presentes cuando la acción le afecte. Por lo tanto, el feto es inexistente en el momento de la concepción, donde se produce el acto lesivo, pero sí existe posteriormente y es objeto de protección de los delitos sobre la salud.¹⁸

VII.3. Responsabilidad civil derivada del delito de lesiones por contagio de VIH.

De acuerdo con el artículo 1092 CC las obligaciones civiles que surjan como consecuencia de los delitos seguirán las disposiciones del Código Penal. Por lo que, atendiendo a lo establecido por el artículo 116 CP “toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivan daños o perjuicios” y de acuerdo con los artículos 109 y 110 CP se estipula la obligación de restituir, reparar o indemnizar dichos daños y perjuicios, tanto materiales como morales.

Se trata de la responsabilidad civil *ex delicto* que sustancialmente no se diferencia de la responsabilidad extracontractual, exceptuando que el hecho que origina el daño es penalmente antijurídico.

Debemos de ser conscientes de que estamos ante una enfermedad irreversible que supone tratamiento de por vida y facilita la aparición de enfermedades oportunistas, estando el derecho a la salud reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuya protección se encuentra recogida dentro de nuestro derecho interno en el artículo 43 de la Constitución Española y se manifiesta, en el artículo 1 de Ley General 14/1986 de Sanidad¹⁹, considerándose además la integridad física y moral un derecho fundamental (art 15 CE).

¹⁸ NAVAS MONDACA, I. “Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio de estatus jurídico del objeto de la acción (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011)” en AA.VV *Comentarios a la Jurisprudencia Penal*. MIR PUIG (dir). Anuario de derecho penal y ciencias penales (BOE), Tomo 64, Fac/Mes 1, Madrid, 2011, pp.337-339.

¹⁹ “La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”.

Ante la imposibilidad de la reparación *in natura*, ya que actualmente no existe ninguna medida que se pueda adoptar para que Raquel recupere su estado de salud anterior al momento en el que se produjo la lesión, la única opción posible es que se conceda una indemnización compensatoria por el daño ocasionado.

Hay que destacar que los daños corporales pueden tener consecuencias patrimoniales, pues la enfermedad puede provocar un menoscabo o limitación en la capacidad laboral y también daños morales como perturbaciones psicológicas, que hemos analizado en la cuestión anterior.

Respecto al *quantum* el Tribunal Supremo indica que es necesario que la sentencia determine el daño causado por el delito de la misma forma en que se determinaría si la acción civil se hubiese ejercitado, independientemente de la penal, incorporando una estimación razonada de la cuantía (STS de 9 de octubre de 2007).

En este sentido, el artículo 115 CP dispone que “los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil establecerán razonadamente las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones”. La razón de este artículo la señala el ATS 1643/2005 afirmando que se trata de evitar que el “prudente arbitrio” por el que el Tribunal sentenciador establece dicha cantidad se convierta en arbitrariedad, prohibida por la Constitución en su artículo 9.3, tanto por exceso como por defecto.

La legitimación activa de la pretensión civil corresponde en este supuesto a Raquel, por ser la perjudicada, en virtud del artículo 113 CP, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal ha de entablar la acción civil junto con la acción penal, exista o no acusación particular en el proceso (artículo 108 LECrim). Se trata de una legitimación *ope legis*, por lo que no hace falta petición o autorización de la titular del derecho a la indemnización. No obstante, si Raquel renuncia expresamente a su derecho de indemnización el Ministerio Fiscal tendrá que limitarse a solicitar castigo para Diego.

Así pues, de acuerdo con el artículo 112 LECrim, ejercitada la acción penal, la acción civil se entenderá también utilizada, excepto que Raquel expresamente renuncie o la reserve para ejercitarla una vez que haya concluido el proceso penal.

Si se opta por ejercitar conjuntamente la acción civil y la penal, finalizando el proceso con sentencia condenatoria, los tribunales civiles, en base al principio *non bis in idem*, no pueden conocer del asunto, por tener la sentencia efecto de cosa juzgada, ya que a la jurisdicción civil no le compete “suplir las deficiencias o rectificar las omisiones” que hayan podido cometerse en procedimientos de otras jurisdicciones (STS de 13 de mayo de 2004). El plazo de prescripción para ejercer la acción entiende el Tribunal Supremo que al no establecerlo ni el Código Penal en sus artículos 109 y siguientes, ni la LECrim se debe aplicar el plazo de las acciones personales del artículo 1964.2 CC, (STS de 30 de abril de 2007)²⁰ que actualmente es de cinco años.

Sin embargo, si el proceso contra Diego termina con sentencia absolutoria se puede acudir a la jurisdicción civil, siempre que dicha sentencia no declare que no

²⁰ También rige este plazo de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando existan hechos punibles de los que pueda surgir responsabilidad civil, pero no llega a existir sentencia condenatoria por fallecimiento del sujeto, concesión del indulto, rebeldía, incapacidad sobrevenida o prescripción del delito. Sin embargo, parte de la doctrina considera que el plazo debería de ser de un año (ROIG TORRES, M. *Responsabilidad Civil Derivada de los Delitos y Faltas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 69.)

existieron los hechos de los que pueda desprenderse la responsabilidad civil²¹. El plazo de prescripción en este supuesto es de un año.

El plazo de prescripción para las lesiones comienza a contarse desde la consolidación efectiva de las mismas y si se generan nuevos daños, como consecuencia del primero y siendo previsibles en el momento en que se dicta sentencia, puede volver a iniciarse un nuevo proceso. En concreto, los daños ocasionados por el VIH son considerados como continuados ante la imposibilidad de predecir la evolución de la enfermedad y sus posibles secuelas (STS de 28 de febrero de 2007), por lo que el plazo de prescripción no comienza hasta que se produce el resultado definitivo²².

VIII. ¿Está el titular de la farmacia cometiendo alguna infracción al no disponer de existencias de la píldora del día después?

VIII.1.Obligación del titular de la farmacia de disponer de un mínimo de existencias

La ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia dispone en su artículo 60.4. f) que entre las funciones del farmacéutico se encuentra garantizar las existencias necesarias para que la dispensación de medicamentos quede cubierta las 24 horas del día.

Asimismo, esta ley considera infracciones, aunque no las mencione expresamente, a aquellas establecidas por del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional, que también hace alusión al mantenimiento de unas existencias mínimas de medicamentos en su artículo 69.1. c) como exigencia de funcionamiento que permite la adecuada continuidad del abastecimiento.

Así pues, el artículo 111.2.c).12 RD 1/2015 comprende entre las clasificadas como infracciones muy graves el no disponer de las existencias de medicamentos adecuadas para la normal prestación de los servicios de la farmacia.

En cuanto a la píldora de levonorgestrel, comúnmente conocida como “píldora del día después”, podemos integrarla en el Anexo II del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, dentro de su artículo 6.3.2 como atención primaria, por ser considerada como un método anticonceptivo no quirúrgico.

Del mismo modo, el artículo 5.3.7.2 del Anexo III RD 1030/2006 relativo a la atención sanitaria especializada comprende la información, indicación y seguimiento de dichos métodos anticonceptivos.

²¹ Por el contrario, si la acción penal se extingue por otras razones se puede acudir a la vía civil y así lo señala la STC 157/1990, de 18 de octubre: “La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil en los Tribunales ordinarios”.

²² PALACIOS GONZÁLEZ, D. *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños*. García Presas, I (Coord). Colección de Derecho Civil. Ed. Juruá, Vila Nova de Gaia, 2013,p. 23.

VIII.2. Derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos

En un primer momento, resulta sancionable la negativa del farmacéutico a vender la “píldora de del día después” por incumplir su obligación de disponer de unas existencias mínimas. No obstante, el argumento que da el farmacéutico diciendo que en su establecimiento “no se venden productos que puedan atentar contra la vida” nos lleva a pensar que si no dispone de tal medicamento es por una cuestión ideológica.

La libertad ideológica se reconoce en el artículo 16.1 CE y como manifestación de la misma se encuentra el derecho a la objeción de conciencia, cuyo reconocimiento trascendió del servicio militar obligatorio (artículo 30.2 CE) a la intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y a la relevancia constitucional de la protección del nasciturus, ya que, debido a la regulación del aborto, el Tribunal Constitucional se pronunció en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, afirmando que “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

No obstante, este derecho a la objeción de conciencia, tal y como ha matizado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 27 de octubre de 1987, no se configura como un derecho fundamental, sino como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, susceptible de ser regulado por la Ley ordinaria.

De igual forma, afirma el Tribunal Constitucional que no se reconoce ni se podría reconocer un derecho general a la objeción de conciencia, pues supondría “la negación misma de Estado” al implicar este derecho la posibilidad de ser “eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales” por ser contrarios a las propias convicciones. Se trata de un derecho admitido de manera excepcional respecto a un deber concreto.

Pese a la diferencia “cuantitativa y cualitativa” entre las intervenciones que realizan los médicos para interrumpir el embarazo y la dispensación de la píldora por el farmacéutico la Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de junio de 2015 entiende que en ambos casos el conflicto se genera por la “concepción que se tiene sobre el derecho a la vida”.

Asimismo, también hace referencia a la falta de unanimidad científica sobre los posibles efectos abortivos de la píldora del día después por lo que avala el planteamiento del farmacéutico para negarse a vender el medicamento amparándose en la objeción de conciencia.

En el caso concreto de Galicia, donde se desarrollan los hechos, se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos en el artículo 10 de la Ley 3/2019, pero no se regula su ejercicio, declarando simplemente que es responsabilidad de la Administración sanitaria garantizar que no condicione el derecho a la salud de la ciudadanía.

Debemos de determinar entonces si la negativa a vender la píldora condiciona el derecho a la salud de la ciudadanía, en concreto, si existe colisión entre la objeción de conciencia farmacéutica y el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, al ser considerado como un anticonceptivo de urgencia.

El Tribunal Constitucional en la sentencia previamente citada considera que la dispensación de la píldora del día después no se ve obstaculizada por estar la farmacia de dicho caso ubicada en el centro de Sevilla por lo que se presume la disponibilidad de otros establecimientos de farmacia cercanos.

En nuestro supuesto nos encontramos en un pueblo de la provincia de A Coruña, donde la farmacia abierta más cercana se encuentra a 18 kilómetros. Sin embargo, atendiendo a la efectividad de la píldora de hasta 72 horas después de haber mantenido relaciones sexuales podemos deducir que en ese plazo de tiempo abrirán las otras dos farmacias.

De no abrir o respaldarse sus titulares en su derecho de objeción de conciencia es menester recordar que actualmente en nuestra Comunidad Autónoma se facilita gratuitamente este medicamento en los centros de salud, planificación familiar o servicios de urgencia, por lo que podemos concluir que no existe tal colisión de derechos al no verse mermado el derecho a la salud sexual y reproductiva.

IX. ¿Tiene derecho Raquel a la prestación económica por riesgo durante la lactancia?

IX. 1. Nacimiento, requisitos y cuantía de la prestación por riesgo durante la lactancia.

A partir de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico la prestación por riesgo durante la lactancia dentro de la acción protectora de la seguridad social (artículo 42.1 c de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)) como una situación protegida que da derecho a prestación económica (artículos 188 y 189 LGSS), concebido dicho riesgo en la legislación laboral como causa de suspensión del contrato de trabajo (artículo 45.1 e) del Estatuto de los Trabajadores (ET)).

La finalidad de este subsidio es sustituir los ingresos que las trabajadoras con hijos menores de nueve meses dejan de percibir por la suspensión del contrato de trabajo como consecuencia del riesgo para la lactancia. Nace el mismo día en el que se produce la suspensión del contrato, siendo incompatible con el período de descanso por maternidad, y se abonará el tiempo necesario para asegurar la salud de la trabajadora y el menor, extinguiéndose, en todo caso, cuando este cumpla los nueve meses, edad que todavía no ha alcanzado el hijo de Raquel en el momento en que desea solicitar la prestación.

Sin embargo, la suspensión de contrato a la que se encuentra vinculada la prestación por riesgo durante la lactancia no es automática ante condiciones de trabajo que supongan un riesgo que pueda influir negativamente sobre la salud de la mujer y su hijo.

En primer lugar, se tratará de adaptar las condiciones del puesto de trabajo para eliminar el riesgo (26.1 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL)). En su defecto, se procederá al traslado de la trabajadora a un puesto de trabajo compatible con la situación o, incluso, derivarla a un puesto distinto al de su grupo o categoría (26.2 LPRL) y, si no es posible, es cuando se suspende el contrato de trabajo que da lugar a la situación protegida (26.3 LPRL).

Para la concesión de la prestación se exige que la beneficiaria esté afiliada y dada de alta en alguno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en la fecha en

que comience la suspensión del contrato, sin ser necesario que se acredite periodo previo mínimo de cotización al tener naturaleza de contingencia profesional.

La cuantía de la prestación por riesgo durante la lactancia se determina conforme a los criterios seguidos para la prestación por riesgo durante el embarazo, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 33 y 34.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia y el artículo 89 LGSS.

Por lo tanto, el subsidio será del 100% de la base reguladora equivalente a la prestación económica por incapacidad temporal, resultado de contingencias que tengan la consideración de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, salvo que el régimen no contemple la cobertura de estas contingencias y haya que acudir a la derivada de contingencias comunes, tomando como fecha de referencia el inicio de la suspensión del contrato y realizando el pago por periodos mensuales vencidos.

La gestión y el pago de dicha prestación le corresponden bien a la Dirección provincial de la Entidad gestora, en este caso en A Coruña, por ser donde se encuentra el domicilio de Raquel, bien a la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 51.1 en relación con el 46.1 y 47.4 del RD 295/2009.

Para que se reconozca el subsidio es necesario que la trabajadora presente la solicitud junto con certificación médica que verifique el riesgo existente, declaración de la empresa afirmando que no existen otros puestos que puedan ser compatibles con la situación de la trabajadora y, por último, un certificado de la empresa en el que figure la base de cotización por contingencias profesiones del mes anterior al inicio de la suspensión del contrato y aquellas cuantías no periódicas percibidas por la trabajadora a lo largo del año previo a la suspensión del contrato.

IX.2. Evaluación de riesgos durante la lactancia.

El artículo 26 LPRL transpone los artículos 4 y 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, principal norma relativa a la prevención de riesgos para la maternidad.

Conforme al mismo, la evaluación de los riesgos deberá determinar “la naturaleza, el grado y la duración de la exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo” que puedan perjudicar la salud de las trabajadoras y con ello la del menor lactante.

Los riesgos que se describan en la evaluación han de ser específicos. Si bien es cierto que los riesgos pueden afectar a la salud de todos los trabajadores debe de demostrarse que son especialmente relevantes sobre la lactancia (STS de 24 de junio 2013).

La Disposición Adicional 3ª del RD 195/2009 dispone que con el propósito de “valorar homogéneamente” los riesgos durante a lactancia natural el Ministerio de Empleo y Seguridad Social elaborará las correspondientes guías en las que se determinen qué riesgos pueden derivar del puesto de trabajo y en las que se recogerá una lista no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de la madre y del hijo.

Las guías no han sido elaboradas, provocándose inseguridad jurídica de forma que en ocasiones el reconocimiento del riesgo específico depende de las circunstancias acreditadas en cada caso

Se recurre a los Anexos VII y VIII del Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) que contiene una lista no exhaustiva de agentes y condiciones de trabajos negativos para la salud de la madre y el menor lactante, así como a la guía redactada por la Asociación Española de Pediatría y a las directrices para la evaluación del riesgos y protección de la maternidad en el trabajo del INSHT, que nació como respuesta al mandato de la Disposición Final 3º de la Ley Orgánica 3/2007.

También en el artículo 3 de la Directiva 92/85/CEE se dispone la elaboración por la Comisión de unas directrices que permitan evaluar los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos durante el periodo de embarazo, para la trabajadora que haya dado a luz o en situación de lactancia.

Así, el método para la evaluación de los riesgos, según la Comunicación de la Comisión COM/ 2000/0466 diferencia tres fases:

La primera consiste en identificar los peligros²³ (agentes físicos, químicos, biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales):

La segunda en identificar la categoría de la trabajadora (embarazada, que recientemente haya dado a luz o en período de lactancia).

Y finalmente, en la tercera se evaluarán propiamente los riesgos, cuantitativa y cualitativamente.

Tanto el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como el del País Vasco y el de Murcia en sus sentencias de 2 de marzo de 2012, de 16 de marzo de 2010 y 22 de marzo de 2017, respectivamente, coinciden en cuanto a la concesión de la prestación por riesgo de lactancia cuando la trabajadora suministre combustible en una gasolinera, que es a lo que se dedica Raquel.

Consideran constatado el peligro que se exige en la primera fase por la presencia de agentes químicos, como son el crudo del petróleo, extractos aromáticos, “fuel-oil, gasoil, fuerfaryl, gasolina sin plomo, nafta ligera, nafta reformada, residuo atmosférico y tolueno y la inhalación de hidrocarburos”.

Tanto el plomo, como el petróleo y sus derivados son agentes de los que advierte específicamente la Comisión, el Anexo VIII RSP y las directrices para la evaluación de riesgo y protección de la maternidad en el trabajo, antes mencionadas, por poder pasar a la leche y de esta al niño que es especialmente sensible.

Asimismo, Raquel estaría en la categoría de trabajadora en periodo de lactancia y aunque se demostrase que la existencia de esos productos estén por debajo de los valores permitidos y al despachar la gasolina cuente con los materiales de protección oportunos, como se nos dice en el caso, no se puede asegurar la “total inocuidad”, ya

²³ La Comisión distingue expresamente entre peligro y riesgo considerando el primero una propiedad intrínseca de algo, como pueden ser los materiales de trabajo, para ocasionar daños, mientras que el riesgo es la probabilidad de que sucedan esos daños en las condiciones de utilización o de exposición y la importancia de los mismos.

que “aún en dosis bajas podrían transmitirse en período de lactancia”, con lo que se afectaría negativamente la salud de la trabajadora y la del menor lactante, considerándose entonces un riesgo específico.

Para determinar la importancia cuantitativa y cualitativamente que se exige en la fase tres, como muestra la STSJG, antes mencionada, la exposición no sólo se atribuye a los escapes de los vehículos, sino también al resto de combustibles que se vierten en el suelo o se escapan en los repostajes o al cargar los depósitos de la propia estación en el normal funcionamiento de una gasolinera, por lo que nos encontramos en un ambiente con grandes cantidades de plomo y otros metales pesados cuya exposición prolongada es perjudicial para la salud.

IX.3 Valoración del riesgo para la lactancia de un puesto de trabajo con turnos rotativos, incluyendo turnos de noche.

Como dispone la lista de peligros elaborada por la Comisión el trabajo por turnos y el horario nocturno pueden tener consecuencias negativas en la salud de las trabajadoras durante la lactancia.

Se encuentran más cansadas lo que puede imposibilitarlas para trabajar en turnos irregulares o nocturnos. Del mismo modo, la organización del tiempo de trabajo puede perjudicar la capacidad para la lactancia, aumentando el riesgo de estrés y enfermedades relacionadas.

En consecuencia, es necesario adaptar los horarios y otras condiciones de trabajo, en las que se incluya la periodicidad y frecuencia de las pausas de descanso, la organización por turnos y pasar de ocupar un trabajo nocturno a uno diurno.

Sobre esta cuestión también se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 19 de septiembre de 2018 mediante una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

El caso abordaba el riesgo para la lactancia que puede suponer el trabajo realizado por una empleada que, como Raquel, desempeñaba turnos rotativos, incluyendo turnos de noche.

Se cuestiona si el artículo 7 de la Directiva 92/85/ CEE por el que se dispone que una trabajadora en período de lactancia no se vea obligada a realizar un trabajo nocturno puede aplicarse también a la realización de un turno de noche. Es decir, se plantea si el concepto “trabajo nocturno” hace referencia exclusivamente a trabajos desempeñados únicamente en horario nocturno, o si, por el contrario, engloba también a aquellos trabajos realizados a turnos cuando algunos de los cuales, como sucede en el caso, se realizan por la noche.

Se acude al artículo 2, apartado 4, de la Directiva 2003/ 88 en donde se define al trabajador nocturno como “aquel que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de trabajo diario (...) y todo trabajador que pueda realizar durante el periodo nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual”.

Por lo tanto, entiende el TJUE, atendiendo a esta definición y a la finalidad protectora del artículo 7 de la Directiva 92/85/ CEE, que el trabajo a turnos realizado durante el periodo nocturno ha de calificarse como trabajo nocturno, por lo que deberá de trasladarse a Raquel a un trabajo diurno o dispensarla del trabajo.

En conclusión, centrándonos en la naturaleza del riesgo que se deriva de los agentes químicos a los que se ve expuesta Raquel por trabajar suministrando combustible en una gasolinera, así como el grado de probabilidades de que pueda perjudicar a la salud del menor por la transmisión a través de la leche debido al alto tiempo de exposición de la trabajadora, así como la realización del empleo a turnos, algunos en periodo nocturno, podemos deducir que es oportuna la suspensión del contrato y la prestación por riesgo durante la lactancia vinculada.

Si se produce una defectuosa evaluación de riesgos, de manera que no se realice un examen específico en el que se tengan en cuenta los riesgos a los que se encuentra expuesta Raquel durante el periodo de lactancia, tratándola como a otro trabajador con independencia de su situación, se produce una discriminación directa por razón de sexo, de acuerdo con la aplicación de la Directiva 2006/54/CE. En consecuencia, según el artículo 19.1 de la Directiva 2006/54 se invierte la carga de la prueba, debiéndose justificar por qué se deniega el subsidio²⁴.

IX.4. Extinción de la prestación por riesgo durante la lactancia: adaptación del puesto de trabajo.

De acuerdo con el artículo 50 RD 295/2006 el derecho a percibir la prestación económica por riesgo de lactancia se extinguirá siempre que el menor lactante alcance los nueve meses de edad o se interrumpa la lactancia natural, si la trabajadora se reincorpora a su puesto de trabajo o a otro compatible con la lactancia, si se extingue el contrato de trabajo o cesa el ejercicio de la actividad profesiones o si fallece la trabajadora o su hijo.

Como indicamos previamente y también manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de noviembre de 2011 para que se produzca la suspensión de contrato no solo debe de acreditarse la existencia de riesgos para la lactancia, sino también la imposibilidad de adaptación del puesto de trabajo o, en su defecto, el cambio a un puesto de trabajo de la misma o diferente categoría, que o bien no tenga esos riesgos, o bien los tenga en “niveles tolerables y controlados”.

De acuerdo con el artículo 26.2 LPRL de producirse ese cambio de puesto a un grupo o categoría no equivalente se percibirá la misma retribución que obtenía en su puesto de origen.

Si se pasa de forma automática a Raquel a una situación de suspensión de contrato, sin que se acredite las condiciones que imposibilitan la adaptación o el cambio de puestos, el empresario incumpliría por omisión sus obligaciones preventivas de cambio de puesto de la trabajadora lactante cuando sea perceptivo y posible, además de poder incurrir en vulneración del derecho a la igualdad por obstaculizar el derecho al trabajo²⁵.

Atendiendo al caso concreto que se nos plantea es posible que no se produzca la suspensión del contrato si Raquel deja de suministrar combustible y trabaja únicamente reponiendo productos en la tienda de la gasolinera, sin verse sometida a los agentes nocivos para la lactancia.

²⁴ Vid. SSTS de 3 de abril y 26 de junio de 2018.

²⁵ ROMERAL HERNÁNDEZ, J. *El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social*. Revista Española de Derecho de Trabajo, número 217/2019, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

Asimismo, en cuanto al perjuicio para la lactancia que ocasiona el trabajo a turnos y nocturnos el Tribunal Supremo (STS de 19 de febrero de 2019) manifiesta que debe de quedar demostrado que el horario de trabajo resulta incompatible con la alimentación del menor, no pudiendo paliar la toma directa con la extracción y conservación de la leche, o que el método de extracción no sea aconsejable para la salud de la madre o el lactante. Es preciso tener en consideración no solo la exposición a contaminantes, sino también la puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias para la extracción y conservación de la leche materna, ya que de no tenerlos en cuenta se estaría pervirtiendo el objetivo de la norma, cuyo fin es salvaguardar la lactancia natural, cuando esta sea la opción escogida por la madre.

En este sentido, las SSTs de 24 de abril de, de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 descartaron la cabina de un avión porque el único lugar con privacidad para extraer la leche era un baño que solo se limpiaba de noche y donde se almacenaban las bolsas de residuos y únicamente se podía conservar la leche en el cajón de refrigeración de las bebidas de los pasajeros.

Por lo tanto, si la empresa puede cambiar el horario de Raquel, de manera que trabaje exclusivamente de día, sin turnos, o si no, de ser factible, puede habilitar un espacio dentro de la gasolinera, con privacidad y limpieza suficiente para la extracción, así como para la conservación adecuada de la leche, no se procedería a la suspensión del contrato, y, en consecuencia, tampoco a la prestación por riesgo durante la lactancia.

X. En el caso de que Diego falleciese, ¿podría la compañía de seguros negarse a abonar a su hijo los 30.000 euros?

X.1. La no discriminación a portadores de VIH en la contratación de seguros.

La aparición del VIH supuso para las compañías de seguros un grave problema, ya que, por un lado, se veían obligadas a pagar grandes sumas por muertes prematuras y, por otro, al permanecer latente el virus antes de desarrollar su infección, a las personas que se encontraban en periodo asintomático les resultaba atractivo contratar un seguro de vida.

En consecuencia, las aseguradoras, en base a su libertad de empresa para contratar con los clientes que piensen que mayor rentabilidad les va a proporcionar, optan por no contratar con las personas infectadas. Esto supone un perjuicio para las personas afectadas por el VIH, en especial cuando la contratación del seguro es requisito necesario para la concesión de un préstamo, apartándolas así de la posibilidad de acceder al mercado crediticio y las consecuencias que de ello se derivan, por lo que se veían incentivadas a mentir u ocultar dicha información, asumiendo el riesgo de perder la prestación.

Por lo tanto, nos encontramos ante un problema jurídico-social que trata de solventar la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo objetivo es eliminar en los negocios jurídicos, prestaciones o servicios aquellos aspectos que limiten la igualdad de oportunidades y favorezcan la discriminación, en concreto, y en el caso que nos atañe, de las personas portadoras del VIH²⁶.

²⁶ El Preámbulo de la Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el

Esta ley implica que serán nulas tanto las “cláusulas, estipulaciones condiciones o pactos” que suponga la exclusión de una de las partes por el hecho de tener “VIH/SIDA u otras condiciones de salud”, como la renuncia a este derecho por parte de la persona que padece la enfermedad.

Así pues, se ve modificada la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) añadiéndosele una disposición adicional quinta por la que se prohíbe el acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes a los que emplea el asegurador habitualmente o que se impongan condiciones más onerosas por el mero hecho de padecer VIH/SIDA u otras condiciones de salud, a no ser que “se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionada y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”.

Sin embargo, aunque se prohíbe denegar la contratación de cualquier seguro por el hecho de ser portador de VIH no se prohíbe a la compañía aseguradora conocer el estado de salud en el que se encuentra la persona con la que se va a contratar, no pudiendo considerarse discriminatorio tenerlo en cuenta en la valoración del riesgo en el caso de la contratación de un seguro de vida, como es el que firma Diego con SALUS VITAE. S.A., ya que entendemos, que a diferencia de lo que sucede con otro tipo de seguros, como son los seguros de viaje o de robo, tal consideración se encuentra justificada²⁷. Lo mismo sucede respecto a la imposición de condiciones más onerosas. Se pueden imponer siempre que se encuentren fundadas en causas justificadas, considerando como tal aquellas que puedan agravar el riesgo.

Se impide entonces el trato arbitrario, pero no se podrá negar u omitir el padecimiento del VIH a la compañía aseguradora amparándose en la prohibición de discriminación²⁸.

X.2. El deber de declaración exacta del riesgo por el tomador del seguro.

Uno de los elementos esenciales que se integra en el contrato de seguro es su componente condicional (1113 CC), siendo evidente el carácter de futuro y eventualidad del siniestro que da lugar a la obligación de satisfacer la indemnización si el mismo sucede dentro de la esfera que cubre la póliza.

Si el siniestro ya hubiese sucedido antes de la perfección del contrato de seguro este será nulo, tal y como se establece en el artículo 4 LCS.

Por lo tanto, se deriva un deber precontractual del tomador de poner en conocimiento del asegurador las circunstancias que influyan en la determinación del riesgo que va a ocasionar la prestación y le permitan valorarlo adecuadamente para decidir si asumirlo y acordar así la prima a pagar por el tomador.

Para que adquiera plena eficacia el derecho del asegurador de conocer el riesgo de la manera más detallada posible se le exige un determinado deber de diligencia.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre dispone que: “La autonomía de la voluntad, reconocida a las partes por el Derecho privado, para establecer pactos y realizar contratos, no debe ser utilizada para discriminar a las personas por el solo hecho de tener una enfermedad u otra condición de salud”.

²⁷ MUÑOZ PAREDES, M.L. *Mucho ruido y pocas nueces: La nueva prohibición de discriminación a enfermos de SIDA en la contratación de seguros*. Almacén de derecho, junio 2018.

²⁸ RAMIRO AVILÉS M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL.P. *La contratación de servicios privados por las personas con VIH*. Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. CESIDA, 2019.

Conforme al artículo 10 LCS el tomador del seguro queda exonerado del deber de declarar si el asegurador no le somete cuestionario antes de la realización del contrato o este no comprenda circunstancias que puedan afectar en la valoración del riesgo, por lo que el asegurador asume el riesgo en caso de no presentar cuestionario o hacerlo de manera incompleta (STS de 2 de diciembre de 2014).

Podríamos decir que se trata de un deber de contestar por parte del tomador, más que de un deber de declarar (STS de 19 de febrero de 2019). La justificación de este precepto se encuentra en que es el asegurador quien tiene un mayor conocimiento para precisar qué hechos pueden ser realmente relevantes en la valoración del riesgo (STS de 16 de marzo de 2016).

De esta forma es deber del asegurador confeccionar las preguntas oportunas e incluirlas en el cuestionario, lo cual es una tarea compleja. Aunque no se exige una forma especial para el mismo (SAP de Madrid de 7 de mayo de 2014), las preguntas que contenga dicho cuestionario no pueden ser tan genéricas que abarquen todas las circunstancias que influyan al riesgo (SAP de Madrid de 22 de enero de 2002 y SAP de Madrid de 25 de marzo de 2019)²⁹, sino que deben de ser concretas (SAP de Granada de 29 de mayo de 2009 y SAP de Valladolid de 8 de abril de 2019), con lo que es posible que no se pregunte en rigor todo lo necesario para la correcta determinación de riesgo.

Sobre esta cuestión también se pronuncia el Tribunal Supremo al declarar que, pese a que el cuestionario no ha de presentar ninguna forma en especial de la que dependa su eficacia si es genérico, ambiguo o contiene preguntas sobre la salud general del asegurado “claramente estereotipadas” (STS de 4 de noviembre de 2019) operará en contra del asegurador, pues a este incumben las consecuencias de la prestación de una declaración o cuestionario de salud de estas características (SSTS de 30 de mayo y 10 de octubre de 2018).

Asimismo, no es imputable al tomador la omisión o inexactitud de los datos si los ignora, pues a tenor del artículo 10 LCS debe declarar “todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo”, lo que implica que solo tiene la obligación de contestar exactamente a lo que sabe, lo cual, aun en perjuicio del asegurador, es lógico ya que la Ley no puede obligar a declarar sobre hechos que se desconozcan (SSTS de 3 de mayo de 2006 y de 5 de febrero de 2019).

De igual modo, a partir del 1 de enero de 2016 el tomador no tiene la obligación de informar al asegurador sobre la variación de las circunstancias que afecten a su estado de salud (artículo 11 LCS).

Es decir, existirá violación del deber de declaración cuando el riesgo declarado y evaluado en la perfección del contrato sea distinto del que realmente existe en ese momento.

Como vemos en el supuesto, la compañía de seguros sí sometió a Diego, tomador y asegurado, a un cuestionario sobre su condición de salud en el que se le preguntaba específicamente si padecía SIDA y la justificación del tomador para responder negativamente es precisamente que en ese momento no sufría dicha enfermedad y no podía conocer si en el futuro la desarrollaría.

²⁹ SAP de Madrid 22 de enero de 2000 y SAP de Madrid 25 de marzo de 2009: “El cuestionario no puede quedar reducido a una sola pregunta que, de forma genérica, abarque todas las circunstancias que puedan afectar al riesgo”.

X.3. La liberación del asegurador de su deber de prestación.

Las consecuencias que se derivan del incumplimiento del deber de declarar de acuerdo con el artículo 10 LCS son tres.

En primer lugar el asegurador tiene la facultad de rescindir el contrato a través de declaración dirigida al tomador en el plazo de un mes desde que se conocen la reserva o inexactitud de los datos prestados por el tomador.

En segundo lugar, si el siniestro sucede con anterioridad a dicha declaración la prestación se “reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”.

Por último, si el tomador ha incurrido en dolo o culpa grave el asegurador quedará liberado del pago de la prestación.

En este supuesto, la compañía de seguros trata de negarse a abonar al beneficiario del seguro, el hijo de Diego, el pago de la prestación, por tanto es necesario determinar si Diego actuó o no con dolo o culpa grave.

El dolo en materia de Derecho de seguros es fundamentalmente omisivo pudiendo definirse no como un propósito deliberado de provocar perjuicios a la otra parte, sino como la ocultación voluntaria del declarante de datos relevantes, siendo consciente que no debía silenciarlos (STS 31 de mayo de 2004) al tratarse de circunstancias determinante para el contrato, que de haberlos conocidos la otra parte hubiesen influido en su voluntad de celebrarlo (STS de 12 de julio de 1993).

Desde la perspectiva de Diego entendemos que no se trata de una ocultación dolosa, sino un problema del cuestionario por ser incompleto o genérico, queriendo englobar dentro del SIDA la portación de VIH, cuando realmente no es lo mismo.

Como manifiesta la SAP de Vizcaya de 18 de enero de 2000, la finalidad del cuestionario no es establecer la diferencia médica entre ser portador de anticuerpos de VIH y tener desarrollada la enfermedad, sino conocer la condición de salud del asegurado, no siendo indiferente de cara a la asunción del riesgo la portación del virus, aunque este se encontrase en fase asintomática.

Aunque las preguntas deban de ser concretas, no es preciso que el documento de adhesión encaminado al cumplimiento del deber de información real del riesgo “contenga una minuciosa, extensa y detallada descripción de las múltiples y variadas patologías” que puede sufrir el asegurado.

Por lo tanto, la mención expresa al SIDA en vez de VIH no puede considerarse causa de exoneración del contratante tomador de su obligación de declarar su condición de portador, en cuanto se trata de un elemento que influye a su estado de salud y es relevante que conozca la aseguradora en el momento de la contratación, constituyendo su ocultación “un supuesto de reserva mental que tiene transcendencia jurídica invalidante de los efectos del contrato”.

Asimismo, como manifiesta la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2020, de la doctrina de la Sala sobre el deber de declaración del riesgo se

desprende que es importante determinar si de las preguntas formuladas al asegurado este pueda deducir a qué antecedentes de salud conocidos por él se podían referir³⁰.

Así, podemos concluir que la pregunta relativa al SIDA era lo suficientemente clara para que Diego pudiese ser consciente y advertir que, al no mencionar ser portador, estaba ocultando intencionadamente sus antecedentes médicos, datos relevantes para la valoración del riesgo, con lo que se aprecia una omisión dolosa de una circunstancia previa y existente en el momento en el que se perfecciona el contrato, con que, por medio de la aplicación del artículo 10 LCS, en caso de que fallezca la compañía aseguradora no está obligada al pago de la prestación.

No obstante, únicamente podrá la compañía SALUS VITAE S.A. quedar plenamente liberada del pago de la prestación y aplicarse el citado artículo si la muerte de Diego es consecuencia de la enfermedad no declarada en la valoración del riesgo, siendo irrelevante si no ha tenido incidencia en la causa del fallecimiento, lo que pone de manifiesto la importancia entre la enfermedad ocultada y la efectiva producción del riesgo asegurado, así lo determina la SAP de Tarragona de 18 de marzo de 2010, haciendo referencia a las SSTS de 19 de febrero de 2004 y 4 de marzo de 2005.

³⁰ Como refleja la STS de 8 de enero de 2020: “lo que esta sala debe examinar es si el tipo de preguntas formuladas al asegurado eran conducentes a que este pudiera representarse a qué antecedentes de salud conocidos por él o que pudiera conocer se referían, es decir, si las preguntas le permitían ser consciente de que, al no mencionar sus patologías, estaba ocultando intencionadamente datos relevantes para la exacta valoración del riesgo y causalmente relacionados con el siniestro”.

XI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La nulidad matrimonial no puede derivarse de cualquier error, sino que ha de tratarse de un error de entidad determinante para la prestación del consentimiento matrimonial, ya existente o coetáneo al momento en el que se celebra el matrimonio y que el cónyuge que yerra desconozca por completo.

SEGUNDA.- Esta entidad no solo se satisface a partir de un criterio enteramente subjetivo, establecido por el contrayente, sino que es preciso que se adecue al criterio objetivo acorde con los tiempos actuales.

TERCERA.- No pueden integrarse en el concepto de cualidades personales aquellas que sean económicas, patrimoniales o profesionales, entre las que podemos encajar el hecho de no estar en posesión de un título universitario.

CUARTA.- La portación de VIH se considera una cualidad personal de entidad en la medida que afecta a la dimensión física del contrayente, no siendo una circunstancia pasajera y pudiendo desvirtuar el proyecto de vida en común.

QUINTA.- Que el matrimonio haya devenido nulo no implica la existencia de un daño patrimonial por el coste de los gastos incurridos para la celebración de una boda que en efecto se produjo.

SEXTA.- El ejercicio del derecho a la intimidad no exime de las responsabilidades que se derivan de la puesta en peligro de contagio, consecuencia de la ausencia de comunicación del riesgo.

SÉPTIMA.- Aunque no se llegue a realizar la transmisión del VIH se pone en peligro la integridad psíquica, configurándose el daño moral, real e indemnizable.

OCTAVA.- Contagiar el VIH implica incurrir en un delito de lesiones que, como delito de resultado, solo es imputable si efectivamente se produce la seroconversión.

NOVENA.- La utilización de preservativo en el momento en que se produjo la transmisión elimina la posibilidad de que se haya actuado con dolo directo o dolo eventual, pero utilizar una medida de protección defectuosa por no actuar con la diligencia necesaria se considera imprudencia grave.

DÉCIMA.- Del delito de lesiones cometido se desprende la responsabilidad civil *ex delicto* y en consecuencia una posible indemnización compensatoria por el daño causado.

ÚNDECIMA.- El derecho a la objeción de conciencia no se configura como un derecho fundamental, sino como un derecho constitucional autónomo, de naturaleza excepcional respecto a un deber concreto, susceptible de ser regulado por la Ley ordinaria.

DUODÉCIMA.- Tanto el Tribunal Constitucional como nuestro derecho autonómico reconocen el derecho de objeción de conciencia farmacéutica que los exime del deber de vender y disponer de la conocida como “píldora del día después”.

DÉCIMO TERCERA.- La prestación económica por riesgo durante la lactancia se encuentra vinculada a la suspensión del contrato, pudiendo solicitarla aquellas trabajadoras con hijos menores de nueve meses afiliadas y dadas de alta en

alguno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social, cuyo puesto de trabajo implique un riesgo específico para la lactancia natural.

DÉCIMO CUARTA.- La suspensión del contrato de trabajo supone que no existe la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo o cambiar de puesto, de forma que se garantice la seguridad de la lactancia natural.

DÉCIMO QUINTA.- El trabajo a turnos, especialmente nocturno es un riesgo para la lactancia siempre que sea incompatible con la alimentación del menor y las condiciones de trabajo no permitan la extracción y conservación de la leche.

DÉCIMO SEXTA.- Se considera causa fundada y no discriminación que las compañías aseguradoras pregunten específicamente sobre el SIDA y VIH y lo tengan en consideración en la valoración del riesgo en los seguros de vida.

DÉCIMO SÉPTIMA.-El deber de declaración de riesgo del tomador es realmente un deber de contestar a las preguntas que formule la aseguradora, por lo que si el asegurador no presenta cuestionario o lo hace de manera incompleta estaría asumiendo el riesgo.

DÉCIMO OCTAVA.- Si de las preguntas que formule el asegurador puede el tomador deducir qué circunstancias son relevantes para la valoración del riesgo y aún así se ocultan se produce una omisión dolosa capaz de liberar del pago de la prestación al asegurador.

XII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO, M. *Curso de Derecho Civil*, Volumen IV. Ed. Edisofer, Madrid, 2013.
- BELTRÁN AGUIRRE, JL. *El ejercicio de la Objeción de Conciencia por los farmacéuticos*. Revista Aranzadi Doctrinal número 5/2009 parte Estudios. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- DE VERDA Y BEAMONTE, JR. *El derecho fundamental a la no discriminación en las relaciones "inter privados"*. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil parte Doctrina. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, Tomo I. Ed. Tecnos, Madrid, 2018.
- DÍEZ-REPOLLÉS, J.L. *Los Delitos de Lesiones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA TESTAL, E. *La Protección de la Lactancia en el Ordenamiento Laboral Español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- GÓMEZ SALADO, M.A. *Los farmacéuticos y la objeción de conciencia para el suministro de la <<píldora del día después>>*. Revista Aranzadi Doctrinal número 9/2015 parte Estudios. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GÓMEZ POMAR, F. y MARÍN GARCÍA, I. *El daño moral y su cuantificación*. Ed. Bosch, Barcelona, 2015.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, AM. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Coord). *Derecho de Familia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MARTINEZ DE AGUIRREZ ALDAZ, C. (Coord.), PABLO CONTREAS, P. Y PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. *Curso de derecho civil*, Volumen IV: Derecho de Familia. Ed. Edisofer, Madrid, 2016.
- MONTERO, J., BARONA, S., ESPLUGUES, C., CALDERÓN, M. y FLORS, J. *Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial*. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MUÑOZ PARES, M.L. *El deber de declaración del riesgo en el seguro*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- MUÑOZ PAREDES, M.L. *Mucho ruido y pocas nueces: La nueva prohibición de discriminación a enfermos de SIDA en la contratación de seguros*. Almacén de derecho, junio 2018.
- NAVAS MONDACA, I. "Problemas de imputación del contagio imprudente de VIH y el cambio de estatus jurídico del objeto de la acción (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2011)" en AA.VV *Comentarios a la Jurisprudencia Penal*. MIR PUIG (dir). Anuario de derecho penal y ciencias penales (BOE), Tomo 64, Fac/Mes 1, Madrid, 2011, pp. 323-340.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D. *Responsabilidad Civil y Derecho de Daños*. García Presas, I (Coord). Colección de Derecho Civil. Ed. Juruá, Vila Nova de Gaia, 2013.

PASCUAL ESTEVIL, L. *Derecho de daños: principios generales, responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad precontractual*. Ed. Bosch, Barcelona, 1995.

PONS GONZÁLEZ Y DEL ARCO TORRES. *Separación, Divorcio, Nulidad Matrimonial: Régimen Jurídico. (Teoría y Práxis)*. Ed. Comares, Granada, 2002.

RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P. *Informe sobre VIH y Privacidad*. Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. CESIDA, 2015.

RAMIRO AVILÉS, M.A. Y RAMÍREZ CARVAJAL, P. *La contratación de servicios privados por las personas con VIH*. Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. CESIDA, 2019.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. *El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social*. Revista Española de Derecho de Trabajo, número 217/2019, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

ROIG TORRES, M. *La Responsabilidad Civil Derivada de los Delitos y Faltas*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ROMERO COLOMA, A. *La nulidad matrimonial: análisis jurídico*. Ed. Civitas, Madrid, 2002.

XIII. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC 53/1985 de 11 de abril.
STC 161/1987 de 27 de octubre.
STC 157/1990, de 18 de octubre.
STC 150/1993 de 3 de mayo.
STC 115/2000 de 5 de mayo.
STC 196/2004 de 15 de noviembre.
STC 206/2007 de 24 de septiembre.
STC 70/2009 de 23 de marzo.
STC 145/2015 de 25 de junio.

Tribunal Supremo

STS de 14 de febrero de 1983 (RJ 1983\1672).
STS de 11 de julio de 1987 (RJ 1987\5459).
STS de 18 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6318).
STS 12 de julio de 1993 (RJ 1993\6006)
STS de 20 de febrero de 1997 (RJ 1997\1005).
STS de 19 de febrero de 2004 (RJ 2004\1803).
STS de 13 de mayo de 2004 (RJ 2004\2741).
STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004\3554).
STS de 3 de marzo de 2005 (RJ 2005\4112).
STS de 4 de marzo de 2005 (RJ 2005\1780).
ATS de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2005\227715).
STS de 26 de octubre de 2005 (RJ 2006\1543).
STS de 3 de mayo de 2006 (RJ 2006\4070).
STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006\4965).
STS de 28 de febrero de 2007 (RJ 2007\3305).
STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007\4726).
STS de 9 de octubre de 2007 (RJ 2007\6298).

STS de 10 de marzo de 2010 (RJ 2010\4074).
STSTS de 6 de junio de 2011 (RJ 2011\4542).
STS de 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\467).
STS de 24 de abril de 2012 (RJ 2012\ 5116).
STS de 15 de octubre de 2012 (RJ 2012\9345).
STS de 21 de junio de 2012 (RJ 2012\8964).
STS de 24 de junio de 2013 (RJ 2013\6110).
STS de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016\851).
STS de 10 de octubre de 2018 (RJ 2018\4288).
STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018\2339).
STS de 3 de abril de 2018 (RJ 2018\1970).
STS de 26 de junio de 2018 (RJ 2018\3125).
STS de 19 de febrero de 2019 (RJ2019\818).
STS de 4 de noviembre de 2019 (RJ 2019\4340).
STS de 5 de febrero de 2019 (RJ 2019\335).
STS de 6 de febrero de 2019 (RJ 2019\1486).
STS de 8 de enero de 2020 (RJ 2019\5383).
STS de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020\900).

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de País Vasco de 16 de marzo de 2010 (JUR 2010\406229).
STSJ de Galicia de 2 de marzo de 2012 (JUR 2012\108077).
STSJ de Murcia de 22 de marzo de 2017 (AS 2017\403).

Audiencias Provinciales

SAP de Santa Cruz de Tenerife de 1 de octubre de 1997 (AC 1997\2134).
SAP de Madrid de 10 de marzo de 1998 (AC 1998\5171).
SAP de Vizcaya de 18 de enero de 2000 (AC 2000\283).
SAP de Sevilla de 21 de julio de 2000 (DER 2000\75668).
SAP de Madrid de 22 de enero de 2002 (JUR 2002\111099).
SAP de Madrid de 10 de julio de 2007(AC 2007\1899).
SAP de Madrid de 25 de marzo de 2009 (JUR 2009\248325)

SAP de Granada de 29 de mayo de 2009. (JUR 2009\371177).

SAP de Tarragona de 18 de marzo de 2010 (JUR 2010\244850).

SAP de Cádiz de 24 de mayo de 2010 (JUR 2010\356837).

SAP de Madrid de 17 de junio de 2010 (ARP 2010\841).

SAP de Madrid de 7 de mayo de 2014 (JUR 2014\158447).

SAP de Zamora de 25 de mayo de 2018 (AC 2018\1321).

SAP de Valladolid de 8 de abril de 2019 (AC 2019\806).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 19 de septiembre de 2018. Asunto C-41/17 (TJCE 2018\221).