

RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CONTRACTUAL.

Jurisprudencia: responsabilidad civil del Abogado que no interpuso en tiempo la demanda de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de una falta (accidente de tráfico, que produjo la muerte del ocupante de un automóvil, lesiones al conductor de un camión contra el que dicho automóvil impactó y graves daños al referido camión), habiendo quedado extinguida la vía penal al no continuarla los herederos del fallecido y el herido: condena del Abogado a satisfacer la totalidad de los daños reclamados por la propietaria del camión, cuyo importe había quedado acreditado en la sentencia de primera instancia dictada en juicio de faltas, la cual fue revocada en apelación, simplemente, por haber quedado extinguida la vía penal, sin perjuicio del derecho de la demandante a acudir a la vía civil para reclamar la indemnización correspondiente: no es necesario realizar un cálculo de oportunidades del buen éxito de la acción.

STS (Sala 1ª) de 4 de febrero de 2016, rec. nº 645/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7602638&links=%22645%2F2014%22&optimize=20160219&publicinterface=true>

“Pavimentos Iscar SL interpuso demanda contra el letrado don Germán por la que le reclamaba una indemnización de 219.141,71 euros, con fundamento en los siguientes hechos:

a) Con fecha 30 de agosto de 1999 se produjo un accidente de circulación en la carretera C-610, en el que resultó dañado el camión matrícula QE-....-Q, propiedad de Pavimentos Iscar SL que fue impactado por el vehículo Seat Córdoba matrícula JI-....-IC, conducido por su propietario don Carlos Daniel y asegurado con la compañía Mapfre. Como consecuencia se produjo el fallecimiento del ocupante del turismo don Adriano, resultando lesionado don Carlos, conductor del camión, y sufriendo importantes daños materiales el camión propiedad de Pavimentos Iscar SL.

b) El Juzgado de Instrucción no 1 de Arévalo abrió diligencias previas por estos sucesos que acabaron transformándose en juicio de faltas, asumiendo el demandado don Germán la defensa de los intereses de Pavimentos Iscar SL.

e) En dichas actuaciones los herederos del fallecido don Adriano y el lesionado don Carlos, tras percibir la oportuna indemnización abonada por la aseguradora Mapfre, renunciaron a las acciones penales y civiles contra don Carlos Daniel y la referida compañía aseguradora.

d) Tras dichas renunciaciones quedó únicamente sosteniendo la acción penal contra don Carlos Daniel y Mapfre, Pavimentos Iscar SL, dictándose sentencia con fecha 15 de marzo de 2001 por el Juzgado de Instrucción de Arévalo condenando a la entidad Mapfre a indemnizar a Pavimentos Iscar SL en el importe de los daños causados.

e) Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la entidad Mapfre, el cual fue resuelto por la Audiencia Provincial de Ávila mediante sentencia de fecha 30 de noviembre de 2001 en el sentido de revocar la dictada por el Juzgado de Instrucción puesto que, al no continuar los perjudicados lesionados la acción penal, esta se había extinguido, no estando Pavimentos Iscar SL legitimada para continuar con el proceso penal, todo ello sin

perjuicio del derecho a acudir a la jurisdicción civil a reclamar la indemnización correspondiente.

f) La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila de fecha 30 de noviembre de 2001 no fue comunicada por el letrado don Germán a Pavimentos Iscar SL, sin que se ejercitara en plazo la acción civil de reclamación por daños, habiendo tenido conocimiento la perjudicada en el año 2009.

Por ello la demanda solicitaba la condena del demandado a satisfacer la suma de 12.138.523 pesetas (72.953,99 euros), más un interés del 20% anual, lo que supone 146.187,72 euros más, siendo la cantidad total reclamada la de 219.141,71 euros.

La parte demandada se opuso a la demanda y, seguido el proceso, con fecha 15 de enero de 2013 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia no 36 de Madrid, la cual estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a pagar a la actora la suma de 24.000 euros, sin intereses legales. Se afirmaba en la sentencia que no puede pretenderse una indemnización por la negligencia en que incurrió el demandado equivalente a la que según el actor hubiera procedido de haber interpuesto a tiempo la demanda, porque no se puede dar por hecho que la acción contra la entidad Mapfre hubiera prosperado plenamente, siendo su resultado incierto, por lo que cifraba en 24.000 euros la cantidad que debe percibir el demandante por el daño moral causado por la pérdida del derecho al recurso al margen de consideraciones hipotéticas sobre su prosperabilidad o no.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante y la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19a) dictó sentencia de fecha 19 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimonovena, por la que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Pavimentos Iscar SL revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar la cifra a cuyo pago resulta obligado el demandado en la cantidad de 75.309,78 euros, más intereses legales de dicha suma. Argumenta la mentada resolución que ha de partirse como perjuicio de la cantidad reconocida inicialmente en vía penal aunque posteriormente se revocara por la sentencia de apelación, cantidad que asciende a la suma de 51.544,76 euros, a lo que debe añadirse los intereses legales desde la producción del accidente por importe de 23.764,92 euros, lo que da un total de 75.309,78 euros.” (F.D. 1º)

“El primero de los motivos del recurso de casación denuncia la vulneración del artículo 1101 del Código Civil en relación con la jurisprudencia de esta Sala expresada en las sentencias de 5 de junio de 2013 y 14 de octubre de 2013.

Destaca la parte recurrente cómo ambas sentencias -como otras muchas- establecen que cuando se trata de una falta de enjuiciamiento al no haber sido planteada la cuestión en tiempo ante los tribunales, mediando culpa del profesional que tenía encomendada la defensa de tales derechos, es necesario realizar un cálculo de oportunidades del buen éxito de la acción.

Sin embargo, dejando aparte la cuestión acerca de la motivación de la sentencia, que ya ha sido tratada, la Audiencia parte de la consideración de que la reclamación no efectuada en vía civil por incumplimiento de deberes profesionales, que el propio demandado aceptó al no recurrir la sentencia de primera instancia dictada en este proceso que le condenó al pago de una indemnización menor, habría de ser estimada en el juicio civil por ser plenamente procedente según se había declarado ya por un tribunal.

En realidad nos encontramos en este caso ante un supuesto bien distinto del que normalmente se plantea. Las reclamaciones por responsabilidad profesional de abogados o de procuradores se producen generalmente por falta de ejercicio de acciones en tiempo ante los tribunales, sin que estos se hayan pronunciado ya sobre ellas -como, por el contrario, ocurre en el caso presente- o por falta de interposición de recursos contra resoluciones que han resultado desfavorables o no favorables en la medida en que se considera procedente. En estos casos el pronóstico sobre el resultado de la acción o del recurso omitido se impone, porque en caso de atender a la total reclamación podría suponer incluso un beneficio para el interesado la omisión de la actuación por parte del profesional. Aquí -como se ha repetido- un tribunal determinó la indemnización procedente -que es la ahora establecida- y si quedó sin efecto dicha resolución fue por razones ajenas a una defectuosa fundamentación o cálculo por parte de aquella sentencia. (F.D. 4º) [M.B.P.].

Jurisprudencia: Cirugía estética: implantación de prótesis mamarias de gel de silicona PIP de composición defectuosa: demanda de resolución de contrato y, subsidiariamente, de nulidad del mismo con reclamación de daños y perjuicios: desestimación de ambas: correcto cumplimiento de los deberes de información por parte de la demandada: la hipótesis de la posible fabricación fraudulenta de las prótesis no forma parte de los riesgos típicos y previsibles de los que ha de informarse al paciente: la obligación del cirujano (también en las operaciones de estética) es de medios y no de resultado: actuación médica correcta utilizando prótesis homologadas que se hallaban en el mercado.

STS (Sala 1ª) de 15 de febrero de 2017, rec. nº 2511/2014.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7940496&links=%222511%2F2014%22&optimize=20170222&publicinterface=true>

“(…) la parte actora formula recurso de casación. (…)

(…) Se desestiman [los motivos alegados por la recurrente]

1.- Hubo no solo información a cada una de las pacientes que integran la asociación -hecho probado-, sino consentimiento de todas ellas a una intervención de aumento de pecho mediante implantación de prótesis de silicona, de la clase PIP. Información no solo formal sino material desde el punto de vista de su efectividad y en ningún caso esta fue errónea, genérica, vaga, imprecisa, falsa o inveraz para invalidar el contrato por falta de consentimiento, como se la tacha en el recurso, sino todo lo contrario, pues cumplía de forma expresa, clara y concisa los postulados de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre así como la reiterada jurisprudencia de esta sala que exige una información más rigurosa para la adecuada formación de un consentimiento informado en los supuestos de medicina satisfactiva o voluntaria, como es el caso, que en los de cirugía necesaria, curativa o asistencial, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma (sentencias 21 de octubre de 2005; 4 de octubre 2006; 29 de junio 2007; 27 de septiembre 2010; 20 de enero 2011; 17 de junio 2015).

Se indica que los implantes mamarios pueden romperse, así como de los riesgos derivados de esta, y de las consecuencias de su retirada o cambio mediante procedimiento quirúrgico ‘con riesgos y complicaciones potenciales’, siendo el documento el mismo para las prótesis de suero que para las de silicona pues se trata de una información que explica los riesgos de los

diferentes tipos de implantes con referencia expresa a los riesgos genéricos comunes a todos los tipos y específicos de cada uno de ellos, y lo que no se sostiene es el argumento de que la información debería haber incorporado como riesgo el hecho de que las prótesis podían ser fraudulentas, como finalmente resultaron, y que ello suponga un mayor índice de roturas de las prótesis de lo que es normal. Si existiera la absoluta certeza de que las prótesis implantadas habían sido fabricadas de forma fraudulenta o eran en sí mismas defectuosas, el problema excedería posiblemente del ámbito en que se plantea la reclamación.

Nada de eso forma parte de la información que debe ofrecer un médico sobre los riesgos previsibles ni típicos que están obligados a informar cuando además no podía proporcionarse al tratarse de un dato conocido con posterioridad. Hubo, en definitiva, suficiente información médica sobre la incidencia que dichas prótesis podían producir riesgo en la salud de las pacientes y sobre ello se actuó contractualmente, y una cosa es que pudieran romperse y otra que fueran fraudulentas en origen ignorándolo. El enjuiciamiento de los hechos se realiza no desde la consideración de un producto defectuoso sino desde el contrato de arrendamiento cuya resolución o nulidad se ha interesado en la demanda.

2.- No se acciona contra el producto defectuoso en los términos que autoriza el RDL 1/2007, de 16 de diciembre, ni se acciona contra los verdaderos responsables. Lo que se reclama, al amparo de los artículos 1101, 1098 y 1124 del CC, es una indemnización por daños y perjuicios asociados a la resolución o nulidad de un contrato que se califica en la demanda de arrendamiento de servicios con suministro de un producto, en este caso, las prótesis mamarias PIP, ligado a la doctrina del *aliud pro alio* y a un error en el consentimiento por déficit informativo en el consentimiento.

3.- La única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial, que es de medios y no de resultado, sin objetivación de la responsabilidad pues no estamos ante un contrato de obra en que su objeto contractual esencial no es el proceso seguido para la realización de una obra, sino precisamente el resultado de ese proceso, es decir, la obra ejecutada. El contrato se vincula a una intervención médica en la que se implantan unas prótesis que estaban en el mercado, homologadas por la CEE de acuerdo con la directiva 93/42/CEE y autorizadas por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

4.- Se cumplimentó la información en los términos en que era conocido y aceptado el riesgo de rotura por las pacientes inherente a cualquier tipo de las prótesis utilizadas en el momento de contratar. La rotura de la prótesis en una intervención quirúrgica no supone la inhabilidad absoluta del servicio contratado, coincidente con una intervención quirúrgica destinada a realizar un aumento de mamas, que se llevó a cabo con absoluta corrección por profesionales médicos, en contemplación a los principios de identidad e integridad de la prestación convenida.” (F.D. 3º) [M.B.P.]

Jurisprudencia: responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la práctica de una fecundación “in vitro”: nacimiento de un niño hemofílico; ausencia de negligencia de la clínica en la selección del óvulo de una donante portadora de la enfermedad, sin antecedentes familiares de desarrollo de la enfermedad, razón por la cual no se le realizó un test genético, siendo la hemofilia una enfermedad “rara”: reconocimiento de indemnización por daño moral a los progenitores (100.000 euros para cada uno) y al hijo (200.000 euros).

SAP de Valencia (Sección 7ª) de 30 de marzo de 2016, rec. nº 764/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7741088&links=reproduccion%20asistida&optimize=20160720&publicinterface=true>

“La representación procesal de doña Verónica y don Torcuato, en nombre propio y en representación del menor don Ambrosio, formuló demanda de juicio ordinario contra El Centro IVI Valencia SA y contra don Faustino. Sustenta su pretensión en que se sometieron a diversos tratamientos de reproducción asistida en varios centros médicos que fracasaron. Finalmente en julio de 2010, acudieron al Centro IVI en Valencia, donde fueron atendidos por el doctor Faustino. Realizaron una primera entrevista y descartaron utilizar los óvulos de la actora. Se les entregó un dossier con toda la información necesaria y un documento para que plasmaran su consentimiento informado, que les fue entregado por el personal auxiliar.

Iniciaron el tratamiento en septiembre de 2010 y en diciembre se confirmó el embarazo, haciéndole los controles para determinar que se trataba de un sólo feto y que todos los niveles eran adecuados así como, que a priori, no existía ningún riesgo. En enero se realizó un screening del primer trimestre, que se consideró negativo. Pero el día 27 de marzo de 2011, domingo, les llamó a su domicilio el doctor Faustino para informarles de un problema con la donante, pues el feto podría ser portador de hemofilia A, ya que en Alemania se había detectado, en un embarazo de la misma donante, una hemofilia severa tipo A, y se les citó al día siguiente al Hospital la Fe.

El 30 de marzo, de 2011, el doctor Faustino, telefónicamente, les informó de que la prueba había salido positiva; y que se pasasen por el hospital, pero en la información remitida nada se indicaba sobre la hemofilia. Ante todo ello, deciden acudir a la consulta de otro médico. Dr. Aurelio.

A primeros de abril acuden a la Fe, y el doctor Faustino, sin documentación escrita, les dice que se han de plantear el aborto porque el resultado es positivo. Les dice que hay que prepararlo como un parto, por lo avanzado de la gestación y los problemas que se pueden presentar y que el niño que estaban esperando sería carne de hospital.

Deciden no someterse a un aborto por la ausencia de pruebas escritas sobre la determinación de la enfermedad, por los riesgos que ello entrañaba para la madre dado lo avanzado de la gestación y por sus convicciones morales (...).

(...) Considera la parte actora que no puede admitirse que el IVI que es especialista en evitar la transmisión de enfermedades genéticas, no hiciera los controles necesarios a los donantes de óvulos y semen (...).

Pide su condena por mala praxis en la selección de los ovocitos, en el tratamiento de la actora y por deficiencias en el consentimiento informado.

(...) La sentencia de instancia estima en parte la demanda condenando al Centro IVI Valencia SL [a pagar 100.000 euros a Doña Verónica, 100.000 euros a Don Torcuato y 200.000 al menor Ambrosio] y absolviendo a D Faustino, al acoger la prescripción.

Respecto de la codemandada Centro IVI Valencia SL y sobre los actos negligentes consistentes en la omisión de las pruebas necesarias a la donante para comprobar la presencia de hemofilia, la sentencia concluye que no era preceptiva la realización de pruebas médicas distintas a la que se llevaron a cabo, lo que estima corroborado por las periciales médicas

practicadas.

Respecto de la infracción de la *lex artis* relativa a si existió consentimiento informado en debida forma considera la sentencia que la información dada a los actores consta acreditada en el documento número 3.9, en el cual ‘no se indica como posible riesgo la posibilidad de transmisión de enfermedades del donantes al hijo por cuanto la mención que realiza es a la posibilidad de transmisión de los padres que son miembros de la pareja [...] Las expresiones aludidas es evidente que transmiten la idea de que se practicarán las pruebas necesarias para detectar cualquier enfermedad genética, hereditaria o infecciosa transmisible a la descendencia.’

Contra dicha resolución se alzan ambas partes litigantes, la parte demandada-condenada formula recurso de apelación y la parte actora impugna la sentencia.” (F.D. 1º)

“(…) analizaremos los alegatos de la parte demandante respecto de la existencia de negligencia en el proceso de selección e implantación de los ovocitos.

(…) admitiendo que el proceso seguido para la fecundación no ha sido capaz de detectar y evitar la transmisión de una grave enfermedad, el citado resultado no puede ser imputado por culpa o negligencia a los partícipes en el mismo, dada la regulación legal y el estado de la ciencia sobre esta materia (...).

El Artículo 3 del Real Decreto 412/1996 expresamente dispone que ‘Los donantes serán sometidos a un reconocimiento médico, que se reflejara en una historia clínica, con inclusión de antecedentes personales y familiares así como un examen físico, que como mínimo deberá contener los datos que, en el anexo del presente Real Decreto se relacionan, bajo la responsabilidad directa del Director del centro.’

En el anexo de la citada Ley se incluye el estudio de las enfermedades que cita la parte apelante, entre las que se encuentra la hemofilia, pero su examen queda limitado al ámbito de la Historia Familiar, de los antecedentes personales y familiares, como así se especifica en el apartado IV del anexo, no a la práctica de pruebas genéticas.

(...) Las donantes se eligen por un equipo psicológico y médico según la ley de 2006.- Cuando la donante sufre una enfermedad hereditaria como la hemofilia, la paciente lo sabe porque tiene familiares hemofílicos, pero, en el presente caso la donante no tenía antecedentes familiares. En la práctica, existe un porcentaje de enfermedades genéticas y hereditarias que no se pueden detectar con la historia clínica.

La ley no les obliga a realizar un screening de la hemofilia, y en la práctica ellos buscan las enfermedades prevalentes, no las raras. No se buscan los miles y miles de enfermedades; si un portador no padece la enfermedad no tiene síntomas, por ello es necesario distinguir entre padecer una enfermedad y ser portador de la misma.

(...) No pueden hacer pruebas genéticas generales; en el presente caso practicaron todas las pruebas que exige la ley (...). La hemofilia está considerada como una enfermedad rara (...).” (F.D. 5º)

“*Consentimiento informado. Deficiencias.* Las consideraciones expuestas nos llevan a examinar el primer motivo que ha suscitado la parte apelante, pues estima que tampoco puede apreciarse insuficiencia o deficiencia alguna en el consentimiento que se recabó a los demandantes.

(...) El motivo debe ser rechazado.

Como acertadamente señala la sentencia de instancia, de la lectura del consentimiento informado suscrito por los demandantes, consideramos que se llega a la conclusión de que los óvulos que se van a recibir han sido sometidos a las pruebas genéticas necesarias para evitar las enfermedades que allí se indican.

(...) Así, dentro del punto VII, en el apartado de ‘Aspectos legales particulares derivados de la intervención de donante’ se dice (...): “Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”.

(...) Del texto transcrito como consentimiento informado, concluimos que no se comunica a los receptores, que no se trasmite a las personas que van a someterse a dicha técnica de reproducción -que no son expertas en medicina ni en su terminología- la realidad sobre las pruebas y los análisis a los que se ha sometido a los ovocitos. En nuestra opinión, la persona que lee dicho consentimiento informado deduce que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir las enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia que se pueden detectar según el estado de la ciencia y, concretamente, en el presente caso, la hemofilia, que igual que otras, ya es perfectamente detectable.

Del texto firmado no se desprende que el cribado de las donantes y de los ovocitos se hace basándose en las meras manifestaciones de la donante, sin las pertinentes comprobaciones técnicas, y no podemos ignorar que el desconocimiento de una enfermedad familiar genética, hereditaria o infecciosa no supone ninguna garantía sobre su inexistencia, no porque se oculte intencionadamente, sino porque, entre otros muchos supuestos, la donante puede ignorar que su familia sufre una grave enfermedad o padecimiento por el simple hecho de que la relación que mantiene con una rama familiar es escasa o nula, por ser adoptada, o por ignorar quien es su padre o madre biológico, etc.

Además, en la documentación que se entrega a los padres receptores, a los futuros padres, en el consentimiento informado, no se les advierte de la existen muchísimas enfermedades detectables sobre las que no se hacen pruebas técnicas y de la existencia de otras muchas que no pueden detectarse, cuestión de especial importancia en supuestos como el presente, sin que esta deficiencia u omisión del consentimiento informado pueda quedar paliada por la posterior posibilidad de acudir al aborto.

Ante estas circunstancias, estimamos que carece de toda relevancia que el consentimiento firmado por los actores se haya redactado basado en los editados por la Sociedad Española de Fertilidad, pues ello no excluye su insuficiencia en los términos que se ha expuesto.

Por todo lo indicado, debemos concluir, que el riesgo de la transmisión de enfermedades ha constar con claridad y precisión en el consentimiento informado que suscriben los padres, desde el primer momento, sin que, dada su trascendencia, tal información pueda estimarse cumplida por meras manifestaciones relativas a que se les informó verbalmente, y al no hacerlo así la parte demandada ha vulnerado el derecho a la información de los receptores, incurriendo en la correspondiente responsabilidad civil.” (F.D. 6º)

“Ruptura del nexo causal. Como segundo motivo del recurso de la parte demandada-apelante, se invoca la ruptura del nexo causal, basándose en que se advirtió a los actores de la presencia de la hemofilia, pero la demandante tras practicarse la prueba de amniocentesis en el Hospital la Fe, decidió continuar con el embarazo ante las dudas que éste le generó.

Este motivo igualmente debe rechazarse.

El nexo causal supone la conexión entre la conducta del demandado y el daño producido y para que se interrumpa el nexo causal es preciso que intervenga una circunstancia ajena a la parte demandada que provoque la aparición del daño o la agravación del mismo, lo que no se ha producido en el presente caso, porque el nexo causal entre la deficiencia del consentimiento informado y los daños que se han causado a los actores se produjo desde el momento que no se les advirtió de la posibilidad de transmisión de determinadas enfermedades que eran conocidas y detectables, por ello, la posibilidad de interrumpir el embarazo, no rompe el nexo causal, ya que el daño ya se había producido.

La interrupción del embarazo era una opción que tenían los padres, los actores, y que libremente decidieron no acoger, pero ello, en nada afecta a las deficiencias detectadas en la información transmitida al tiempo de suscribir el contrato para someterse al proceso de Fecundación In Vitro y Transferencia Preembrionaria con donación de Ovocitos.” (F. D. 7º)

“Falta de legitimación ad causam del padre demandante y del hijo. Siguiendo con los motivos del recurso de apelación que formula la parte demandada, entramos a conocer sobre la valoración de la pérdida de oportunidad y la falta de legitimación ad causam del padre demandante y del hijo.

Igualmente hemos de rechazar este motivo dado que la fecundación in vitro fue solicitada por ambos padres, conjuntamente, y el semen que se utilizó era del propio actor, por tanto, no podemos hablar de la existencia de una relación entre el centro médico y la madre gestante exclusivamente.

Además, tanto el consentimiento informado para la fecundación in vitro y transferencia preembrionaria con donación de ovocitos (f. 186) como el contrato sobre donación de ovocitos, (folio 183), fue suscrito por la mujer receptora y por el marido. Y, el daño moral causado, como es evidente, afecta a los dos padres y, como no, al hijo nacido, quien además, padecerá directamente los daños derivados de la enfermedad transmitida, por lo tanto hemos de rechazar los alegatos relativos a que únicamente gozaría de legitimación para reclamar la actora, doña Verónica.

Muestra de esta legitimación tanto del padre como del menor es que en el propio documento de consentimiento informado expresamente se indica que: ‘Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento a una fecundación con contribución de donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por tal fecundación.’ ” (F.D. 8º) [M.B.A.].

Jurisprudencia: responsabilidad civil por inadecuada realización de fecundación “in vitro”: nacimiento de dos gemelos con material reproductivo de un tercero anónimo, imposible de identificar, distinto del conviviente de la madre. Indemnización del daño patrimonial (pérdida de pensión de alimentos) y moral sufrido por los hijos: imposibilidad de identificar a su padre y de conocer sus orígenes biológicos (estimación conjunta en 120.000 euros para cada hijo). Indemnización del daño moral padecido por la madre: afectación personal e impacto en

su vida por tener que asumir en solitario la crianza de los hijos, sentimiento de angustia por no saber la identidad del padre de los mismos (estimación en 75.000 euros).

SAP de Las Palmas (Sección 5ª) de 16 de mayo de 2016, rec. nº 461/2013.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=AN&reference=7740977&links=reproduccion%20asistida&optimize=20160720&publicinterface=true>

“Se alza la representación de ambas partes frente a la sentencia dictada en la primera instancia que estimó parcialmente la demanda.

La parte actora recurre la sentencia en el único extremo de impugnar la cuantificación que en la misma se hace de los daños morales tanto a los menores como a Doña Tania, por considerar que no han sido valorados de forma razonable por el Juzgador y no se han apreciado en su justa medida ni los bienes jurídicos dañados ni la gravedad de los hechos, ni las circunstancias personales de los perjudicados, no logrando las indemnizaciones fijadas la reparación íntegra del daño.

(...) Aduce la recurrente que respecto de Doña Tania el juzgador no objetiva un daño moral especialmente grave por haber sido sometida sin su consentimiento y con su desconocimiento a un procedimiento de fertilización con esperma de una persona cuya identidad es imposible de determinar, siendo la indemnización concedida no una reparación proporcional de los derechos de la personalidad que le han sido lesionados, sino que parece más bien dirigida a reintegrar en su patrimonio el dinero abonado por la prestación del servicio al no haber quedado satisfecha con su resultado. Estima la parte que la sentencia no valora la gravedad del daño, pues se han afectado múltiples derechos o bienes inmateriales de la señora Tania concretados no sólo en el hecho de que tiene unos hijos de padre desconocido que no era los que deseaba, sino que, además, de este hecho tan lamentable y extraordinario se derivan otros efectos y consecuencias más complejas e importantes.

(...) Termina suplicando a la Sala que, con estimación del recurso de apelación, dicte sentencia por la que se revoquen los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia relativos a las indemnizaciones reconocidas en concepto de daño moral, elevando las cuantías de las mismas, tanto las reconocidas a los menores hasta la suma de 72.000 € cada uno, como la reconocida a favor de Doña Tania hasta la suma de 150,000 €, más los intereses desde la fecha de la interposición judicial, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada tanto de en Primera como en Segunda Instancia.” (F.D. 1º)

“Por su parte la entidad demandada formula recurso de apelación por considerar en primer lugar que la sentencia de instancia infringe normas o garantías procesales (...).

(...) Alega esta apelante que a ello se añade la vulneración del artículo 217 de al LEC por parte de la sentencia apelada, pues alterando la carga de la prueba el Juzgador atribuye a su representada las consecuencias que derivan de la falta de la prueba por parte de la actora del nexo causal entre los daños que dice sufrir y la actuación de su representada (...).” (F.D. 2º)

“Para la correcta resolución del debate planteado ante esta Sala debe analizarse en primer lugar el recurso que formula la parte demandada.

(...) Por lo tanto, en una correcta sistemática jurídica resulta preferible analizar en primer lugar si el resultado producido, del que derivan a su vez los daños que se reclaman, resultado que se concreta en que el embarazo gemelar de la actora que culminó con el parto de los dos menores Purificación y Edemiro tuvo lugar por la fecundación con espermatozoides no provenientes de quien entonces era su pareja sentimental Don Cecilio, es producto de una actuación dolosa o negligente de la demandada en el curso de la relación contractual concertada, consistente en la fertilización in vitro.

(...) Como quiera que la finalidad esencial del contrato para la actora, que no tiene problemas de fertilidad, era obtener un embarazo de su pareja varón vasectomizado, y dicha finalidad esencial fue aceptada y conocida por el ICI como aquella para la que comprometió contractualmente los medios y la prestación de los servicios técnicos (médico-biológicos) especializados, formando parte integrante del contrato, y acreditado que el padre biológico de los referidos menores no es Don Cecilio, existe claramente una actuación contractual del Instituto Canario de Infertilidad incorrecta, que contraviene lo pactado. Este resultado de incumplimiento contractual es atribuible a culpa o negligencia de la referida entidad, única que tiene el dominio de las muestras y material reproductivo tanto de Don Cecilio, como de Doña Tania, así como de otros terceros, con los que se realizó la fertilización de ovocitos a través de microinyección espermática para obtener los embriones efectivamente transferidos a la actora.

(...) Recordemos que en el presente caso Doña Tania tiene una hija de un matrimonio anterior que contaba con unos diez años de edad, cuando acuden al ICI (...) en el momento del contrato objeto del procedimiento. Por su parte Doña Tania contaba con 31 años de edad y su pareja Don Cecilio con 43 (...). Don Cecilio se había realizado la vasectomía 13 años antes, y también tenía tres hijos de una pareja anterior, todos mayores de 13 años. Todos estos antecedentes figuran en la documentación de la propia entidad demandada, en concreto se hace constar respecto de Doña Tania 'G2 P1 A1 con otra pareja', lo que significa Grávida 2, Partos 1, Aborto 1, o lo que es lo mismo, que estuvo dos veces embarazada, tuvo un aborto y un parto, con una pareja anterior.

Estas circunstancias descartan la maternidad o paternidad individual como razón de los contratantes para acudir a una técnica de reproducción asistida. Ambos eran ya padres. La única voluntad contractual para Doña Tania y Don Cecilio, clara y evidente en este caso, era la de tener descendencia común.

(...) Es un hecho probado, que como tal acoge la sentencia de instancia y que se comparte por los peritos, que el embarazo de Doña Tania se produce en el ciclo en el cual se realiza la extracción de ovocitos y la transferencia de embriones. La punción ovárica se produce el 19 de marzo de 2007 y la transferencia de embriones el 22 de marzo de 2007.

La certeza de este hecho proviene de la ecografía temprana de los fetos con detección del latido fetal el día 4 de mayo de 2007, que determina su edad gestacionaria, en este caso de ocho semanas y 4 días, con un pequeño margen (...), inferior a un ciclo menstrual. Este primer dato se corresponde en autos con el parto prematuro de 36,1 semanas y el estado de los nacidos.

Llegados a este punto el razonamiento del Tribunal para alcanzar la conclusión ya adelantada resulta de un examen de la causalidad adecuada a la normalidad de las cosas a partir de los hechos plenamente probados, sin especulaciones vacías o innecesarias, y de un análisis racional del comportamiento humano.

No comparte el Tribunal la argumentación de la demandada recurrente de que basta con probar la posibilidad de otras causas distintas y ajenas a la fertilización in vitro realizada por el ICI como origen del embarazo de la señora Tania, para considerar que no se prueba de forma suficiente por la parte actora, a quien corresponde, el nexo causal. El análisis de la causalidad eficiente permite considerar probada como causa de un determinado hecho una de entre todas las causas posibles, en virtud de la racionalidad en el análisis de los acontecimientos, el alto grado de probabilidad teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas concurrentes en el caso examinado, descartando otras causas posibles pero altamente improbables y derivadas de hipótesis absurdas, extravagantes, contrarias a la lógica, que aparecen como incoherentes en relación al contexto, y cuya formulación se debe a especulaciones teóricas sin base fáctica ni indiciaria.

Si una mujer fértil se queda embarazada de gemelos en el mismo ciclo en el cual se le han transferido dos embriones de ocho células de calidad calificada como Grado 1-2 y Grado 2, es decir de calidad embrionaria adecuada para la transferencia, la normalidad en el análisis causal es concluir que el embarazo y el parto se producen como consecuencia de la técnica de reproducción asistida, más específicamente que los nacidos proceden de los embriones transferidos.

(...) Existe la hipótesis posible defendida por la parte demandada recurrente de la realización por Doña Tania de un coito natural con un varón distinto de la pareja de la actora y consentido por ésta, en los días inmediatamente anteriores o posteriores a la punción ovárica que le fue practicada.

La Sala considera igualmente descartable esta hipótesis, por ser, al igual que las anteriores, altamente improbable, y no existir indicio alguno ni sospecha que permita ni siquiera valorarla como causa en el presente caso (...).” (F.D. 3º)

“Sentado lo anterior procede entrar a examinar la existencia y cuantificación de los daños cuya indemnización se reclama en la demanda de forma separada respecto de los causados a los menores Purificación y Edemiro, y los reclamados por la madre, Doña Tania.

En el escrito de demanda, tal y como pone de relieve la parte demandada recurrente, la parte actora reclama una cifra alzada de 150.000 euros para cada uno de los menores en concepto de daños materiales y morales.

La sentencia contiene un pronunciamiento de condena a la demandada diferenciado a favor de los menores en razón a la naturaleza del daño; y así, se condena al pago de la suma de 78.000 euros a cada uno en concepto de daños materiales; y a la suma de 39.000 euros a cada uno en concepto de daños morales.

(...) Considera la Sala que en el presente caso el daño sufrido por los menores en cuanto lesión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que como indica la parte actora se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas. Ciertamente la Constitución Española en el artículo 39 recoge como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos, y exige a la ley posibilitar la investigación de la paternidad. La identidad personal es producto de la confluencia de diversos elementos, entre los que forma parte esencial el origen y la integración del individuo en un entorno, desde la

herencia genética y familiar, la pertenencia a un grupo étnico, o a un Estado. Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable.

Como indica la actora apelante incluso en la generación con semen de donante es posible conocer las características del progenitor, y en algunos casos la identidad del mismo, cuando se ve comprometida la salud y el tratamiento médico exige la cooperación de otro individuo con compatibilidad genética. En el presente caso tal circunstancia no podrá tener lugar. Pero además, no situación de los menores Purificación y Edemiro en los que se ha producido una alteración de una situación anterior, y una privación efectiva de una seña de identidad de la que disfrutaban.

Por otro lado tampoco cabe negar de plano toda posibilidad de investigación genética puesto que las técnicas actuales permiten las pruebas de ADN y la secuenciación del genoma de cada individuo a partir del análisis celular (basta una muestra de saliva), y el acceso a la información sobre enfermedades o patologías de transmisión genética, sin necesidad de conocer a los progenitores.

Ponderando todos los elementos concurrentes la Sala considera correcta la suma de 50.000 € como indemnización a cada uno de los menores por el daño moral añadido al daño material ya fijado por el hecho dañoso que se viene analizando, de tal forma que la indemnización total que deberá abonar la demandada ICI a cada uno de los menores asciende a 120.000 €.

Se estima parcialmente en este punto el recurso de la parte demandante.” (F.D. 4º)

“Resta por examinar los recursos de ambas partes respecto a la suma concedida en la sentencia apelada en concepto de daño moral a favor de Doña Tania.

La actora reclamada 150.000 € de indemnización en su demanda a favor de Doña Tania, como daño moral y material, y en el acto de la vista celebrado en la primera instancia su defensa precisó que los 150.000 € reclamados para Doña Tania eran íntegramente en concepto de indemnización por el daño moral sufrido por la misma a consecuencia de la acción de la demandada.

La sentencia de primera instancia fija la suma de 9.750 euros por este concepto, considerando que no se objetiva un daño moral especialmente grave, y que en ningún caso podría ser igual al que sufrirán los menores, valorando el mismo en un porcentaje del 25% por referencia a la cuantía de la indemnización que el Juez a quo concede por daño moral sufrido a cada menor (39.000 euros).

Por su parte hemos visto que la demandada recurrente niega la existencia de cualquier tipo de daño moral sufrido por Doña Tania.

(...) El Tribunal no comparte el análisis que realiza el Juez de instancia, ni tampoco la postura de la parte demandada recurrente.

(...) Se ha dejado (...) de valorar el daño o lesión efectiva que la parte refiere en la demanda, daño que sí se ha acreditado, está presente y es objetivable, y a diferencia de lo que indica el Juez a quo, a juicio de este Tribunal, es muy superior al daño moral padecido por los hijos.

Entiende esta Sala de una enorme relevancia la afectación personal y el impacto en la vida de Doña Tania, del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad, y, además, de gemelos, es decir, de dos menores de la misma edad, que reclaman a un mismo tiempo y con igual intensidad una dedicación y atención en todos los aspectos de su vida. Esta dedicación deviene incluso de una obligación legal que deriva de las relaciones paterno-filiales, y que se recoge en los artículos 154 y siguientes del Código Civil.

Doña Tania se ha visto obligada en solitario ha de asumir todos los deberes derivados de la patria potestad, en contra de su voluntad expresa y de forma completamente inopinada. No puede compartir ni con el padre ni con la familia paterna las obligaciones de cuidado, de atención, ni las decisiones esenciales de la vida de los menores, ni los deberes de educación ni de proporcionar de forma integral a los menores un desarrollo afectivo, personal y social correcto, la atención a su salud, la guía y participación en su futuro desarrollo escolar, participando en las actividades de los menores.

(...) También considera el Tribunal atendible el padecimiento y la angustia para Doña Tania derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos, puesto que ella sí había escogido a quién quería que fuera su padre, y con quien deseaba tener descendencia común, pues es un elemento determinante de ese consentimiento y voluntad de ser madre las cualidades y la personalidad de su pareja. La psicóloga no niega un sufrimiento de Doña Tania, ni una situación de angustia real, simplemente refiere que detecta una exageración de síntomas en la entrevista, que debe ser matizada atendido el contexto en el que esta se produce, es decir la existencia de un procedimiento civil en el que se reclama una indemnización, y de la posibilidad de obtener un 'premio', o resultado beneficioso, conforme a las reglas del manual que aplica en la realización de los test.

Y asimismo también es apreciable para la Sala y se ha constatado la reacción de rechazo social a la situación creada, es decir, el averiguar que quien se suponía que debía ser el padre de los menores no lo sea, con la atribución a Doña Tania de una conducta desleal, y por ello moralmente reprochable, que ella refiere que proviene de su entorno, de la familia de su expareja y amigos comunes, y que incluso ha sido el argumento utilizado por la parte demandada para negar el nexo causal en los presentes autos.

Ponderando todos estos elementos presentes (...) estima esta Sala a su prudente arbitrio la cuantificación del daño expresado en la suma de 75.000 euros, es decir, un 50% mayor a la cantidad por este concepto concedida a los hijos, cantidad producto de la moderación de un daño muy superior y difícilmente reparable con dinero. Se tiene en cuenta también que la parte actora en su demanda parecía reclamar la suma total de 150.000 euros a favor de Doña Tania por daños morales y materiales, y, en definitiva, únicamente se prueban y se indemnizan los primeros.

Se estima de esta forma también parcialmente en este punto el recurso de la parte demandante, y se desestima el recurso de la parte demandada.” (F.D. 5º) [M.B.A.]

2. EXTRACONTRACTUAL

Jurisprudencia: Daños causados por humedades. Acción del arrendatario contra la comunidad de propietarios. Responsabilidad ex art. 1902 C.c. Plazo de prescripción: un año. Interrupción de la prescripción. Daños continuados. Doble instancia.

STS (Sala 1ª) de 25 de enero de 2017, rec. nº 448/2015.

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7926436/Responsabilidad%20extracontractual/20170206>

“La parte actora, en su calidad de inquilina del piso (...), lugar en el que tiene su oficina, ejercita acción en reclamación de los daños causados en la habitación destinada a archivo, en concreto humedades, daños causados por la Comunidad de Propietarios como consecuencia del defectuoso cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 10 de la LPH de mantenimiento de los elementos comunes, en concreto la cubierta del edificio. (...). Las comunidades de propietarios demandadas se opusieron a la demanda alegando la falta de legitimación de la demandante para el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 10.1 de la LPH así como la prescripción de la acción ejercitada. La sentencia de primera instancia, estimando la excepción de prescripción, desestimó la demanda. Dicha resolución, tras considerar que el actor está legitimado para el ejercicio de la acción contemplada en el artículo 10.1 de la LPH, considera prescrita la acción. Señala que la acción ejercitada tiene amparo en el artículo 1902 del Código Civil, siendo dicho plazo de un año desde que pudo ejercitarse. (...) Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante (...), el cual fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial (...). Dicha resolución desestimó el recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia de primera instancia. Apunta dicha resolución que las humedades causadas al demandante no pueden calificarse como daños continuados, que el plazo para el ejercicio de la acción es el de un año previsto para el artículo 1902 del Código Civil y que no consta la existencia de acto interruptivo alguno de la prescripción (...). Recurre en casación la parte demandante (...). El recurso de casación se articula en dos motivos. En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 1973 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 25 de junio de 1990 y 7 de abril de 1997. Dichas resoluciones establecen lo siguiente: ‘Partiendo del criterio restrictivo con que debe ser siempre valorado el instituto de la prescripción por ser figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca y si de limitación en el ejercicio de los derechos por mor del principio de seguridad jurídica conectado a una cierta o incipiente dejación o inhibición de aquellos derechos por su titular, es lo cierto que en el caso de autos están acreditadas una serie de declaraciones y actuaciones judiciales, extrajudiciales y administrativas acreditativas de una voluntad inequívoca de reclamar los daños producidos con el consiguiente efecto interruptivo de la prescripción, que en todo caso no puede operar en los términos impetrados por la parte por ser los daños de que se trata con los denominados continuados, esto es, aquellos que continuamente se están operando y produciendo, respecto de los cuales la Jurisprudencia de la Sala tiene declarado que ‘el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida» (sentencias, entre otras, de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981 y 19 de septiembre de 1986), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese ‘definitivo resultado» que en relación con el concepto de daños continuados se nos ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección». Argumenta la parte recurrente que en el presente caso estamos ante unos daños por humedades que se agravan

cuando llueve y que seguirán produciéndose y agravándose hasta que se proceda a su reparación, lo que expresamente se hizo constar en el informe pericial aportado en la audiencia previa. En consecuencia, siendo los daños continuados, el cómputo del plazo no se iniciará hasta que se produzca el resultado definitivo, no cabiendo declarar prescrita una acción cuando los daños por humedades se siguen produciendo. A ello se añade que existe una voluntad clara de reclamar los daños ocasionados y que tienen el efecto de interrumpir el plazo de prescripción, citando al efecto (cinco actas de la comunidad de propietarios entre 2009 y 2011) y el burofax enviado (en 2011) a los representantes de la comunidad, actos todos ellos dirigidos a la reparación de los daños causados por las humedades, no habiendo transcurrido entre ellos el plazo de un año, confundiendo la sentencia recurrida (las fechas de dos actas distintas, de 2010 y 2011). De la misma forma entre el último de dichos actos y la demanda, interpuesta (en 2012), tampoco ha transcurrido el citado plazo de un año. En el motivo segundo, tras citar como precepto infringido el artículo 1902 del Código Civil por indebida aplicación, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 13 de junio de 1995 y 3 de enero de 2007. En dichas resoluciones se consideró aplicable a las acciones personales derivadas de la Ley de Propiedad Horizontal el plazo de prescripción de quince años al no tratarse de acciones provenientes de la culpa extracontractual. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida aplica el plazo de un año previsto para el artículo 1902 del Código Civil, atribuyendo a la acción ejercitada naturaleza de responsabilidad aquiliana cuando la acción ejercitada, la contemplada en el artículo 10 de la LPH, no tiene tal condición, siendo su naturaleza de responsabilidad comunitaria y derivada del régimen legal de la propiedad horizontal y en la medida que se trata de una acción personal y no se establece un plazo específico para ella el mismo vendrá determinado por el artículo 1964 del Código Civil, esto es, de quince años, plazo que en ningún caso ha transcurrido” (F.D. 1º).

“Esta sala debe declarar que la acción la ejercita la sociedad arrendataria y no los propietarios (...). El arrendatario puede ejercitar las acciones propias del art. 1902 del C. Civil, por los daños que le fuesen inferidos. Dicha acción tiene un plazo de prescripción de un año (art. 1968 del C. Civil). Los daños fueron peritados por técnico a petición de la parte actora con fecha 8 de marzo de 2010. En acta de comunidad de 27 de abril de 2010, ésta se dio por enterada de las reclamaciones por burofax recibidas entre otros del hoy demandante. En acta de 19 de abril de 2011 (...), consta: ‘3. Aprobación de presupuesto para arreglo de terraza y azotea.’ Se informa de que se están produciendo filtraciones desde la terraza a las viviendas, por lo que se presenta presupuesto para el impermeabilizado de la azotea (...). Los asistentes aprobaron por unanimidad este presupuesto y deciden a que se proceda al comienzo de las obras seguidamente’. Con fecha 17-8-2011, se remite burofax por el hoy demandante reclamando indemnización de daños y la impermeabilización de la terraza. La demanda se interpone en marzo de 2012. De lo expuesto se deduce que la acción ejercitada lo fue dentro del plazo de un año establecido en el art. 1968 del C. Civil, dado que el plazo fue interrumpido por reclamaciones previas, como se deduce del acta de 27 de abril de 2010 y del reconocimiento de la deuda y de su propia culpabilidad que se infiere en acta de 19 de abril de 2011, hasta el punto que se aprueba un presupuesto de reparación, que la hoy demandante considera insuficiente. En base a ello, se infringe la doctrina jurisprudencial sobre interrupción de la prescripción, que se deduce, entre otras de la sentencia de 25 de junio de 1990 y de la de 7 de abril de 1997, que se invocan, entre otras. Igualmente esta sala ha declarado en sentencia 454/2016, de 4 de julio: ‘Que en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, hasta la producción del definitivo resultado (STS 28 de octubre de 2009 y 14 de julio de 2010), si bien matizando que esto es así ‘cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados

la serie proseguida" (SSTS 24 de mayo de 1993, 5 de junio de 2003, 14 de marzo de 2007 y 20 de noviembre de 2007)" (F.D. 2º).

“La estimación del recurso comporta, conforme al art. 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas, solución que también adoptaron las tres citadas sentencias de 7 de octubre de 2009 y 24 y 25 de mayo de 2010. Como razona esta última, “[la] reposición de actuaciones encuentra justificación en el art. 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1º y 2º del artículo 477.2 LEC y en la consideración de que una solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia”. Y como razona la de 7 de octubre de 2009, “[la] estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia impugnada no determina en este caso que la Sala resuelva sobre el fondo de la reclamación planteada en la demanda. Al apreciar prescripción de la acción ejercitada en la demanda, ni la sentencia de primera instancia ni la de apelación valoraron la prueba sobre el fondo de la cuestión litigiosa y, lógicamente, tampoco la han enjuiciado en derecho. Falta por tanto, y de un modo absoluto, el juicio de hecho y de derecho sobre la materia objeto del proceso. De ahí que, no siendo en absoluto la casación un nuevo juicio que, como la apelación, permita una cognición plena sobre todas las cuestiones de fondo de hecho y de derecho sometidas a debate, y no habiendo sido éstas enjuiciadas, en puridad, por ninguna instancia, el pronunciamiento de esta Sala deba limitarse, como autoriza el art. 487.2 LEC de 2000, a casar la sentencia recurrida para que el tribunal de apelación, como órgano de instancia plenamente facultado para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, las resuelva en sentencia que no podrá ya apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, solución ya adoptada por la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 29 de abril de 2009 (rec. 325/06) en un caso de apreciación de caducidad de la acción por el tribunal de segunda instancia” (F.D. 3º) [E.A.P.].

Jurisprudencia: Daño moral por vulneración del derecho al honor: inclusión indebida en dos ficheros o registros de morosos. Criterios para fijar la cuantía de la indemnización por daño moral: no cabe fijar una indemnización simbólica. Revisión en casación.

STS (Sala 1ª) de 26 de abril de 2017, rec. nº 2359/2016.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematac h=TS&reference=8010035&links=&optimize=20170509&publicinterface=true>

“Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que se exponen a continuación: 1.- Doña (...) formuló demanda para la protección de derechos fundamentales, en concreto el derecho al honor, por habersele incluido por la demandada en dos ficheros de morosos. Solicitaba que se le indemnizase en la cantidad de 7.000 €, por daños morales, y que se ejecutasen los actos y comunicaciones que fuesen necesarios para excluirla de los ficheros de morosos en los que se le había incluido. 2.- La sentencia de primera instancia declaró la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora y condenó a la demandada a que abonase a aquella la cantidad de 7.000 € por el daño causado. Para el cálculo de la indemnización acudió a los criterios de esta sala fijados en la sentencia de 18 de febrero de 2015, confirmados por la sentencia de 12 de mayo de 2015, en los que se atiende a la difusión, la incerteza de la deuda, sin que sea causa de exclusión de los perjuicios morales

padecidos el que la deuda sea de pequeña cuantía, y naturaleza de las empresas que han consultado tales ficheros. A ello se añade también la permanencia en el tiempo de la inclusión de los datos en el registro. A partir de esos criterios, la sentencia de primera instancia tuvo en consideración que: (i) es improcedente la inclusión de la deuda en dos ficheros; (ii) en el primero aún permanece incluida, lo que supone un año y diez meses, y en el segundo ha permanecido seis meses; (iii) que en el primero se hicieron cuatro visitas (...), y en el segundo tres consultas (...); (iv) que estas empresas facilitan crédito o servicios y suministros, y no lo facilitarían si consta que el solicitante se encuentra incluido en uno de esos registros de morosos, para cumplir con lo que se ha llamado ‘crédito responsable’. 3.- La demandada (...) interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió su conocimiento a (...), que dictó sentencia el (...) por la que estimaba parcialmente el recurso. Modificó la sentencia de primera instancia únicamente en la cuantía de la indemnización, que la fijó en 2.000 €. A consecuencia de la estimación parcial del recurso de apelación no hizo pronunciamiento sobre las costas causadas por el mismo. 4.- El Tribunal de apelación tiene en cuenta para motivar la reducción de la indemnización un supuesto similar conocido por él y en el que dictó sentencia el (...). Toma en consideración los criterios fijados por el Tribunal Supremo, sala primera, en las sentencias de 4 de diciembre de 2014, 18 de febrero y 12 de mayo de 2015, y con total respeto a los hechos que la sentencia de primera instancia declara probados. Razona que la cantidad que fija no puede considerarse simbólica, lo que no sería admisible (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2014). 5.- La demandante interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, articulado en un solo motivo en el que denuncia la infracción del art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 9.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal. Igualmente denuncia la infracción de la jurisprudencia del Alto Tribunal por la vulneración a las pautas que deben ser tenidas en cuenta para la valoración del daño moral. En el desarrollo argumental del motivo, la recurrente alega que la indemnización fijada es meramente simbólica, y a tenor de la doctrina de la Sala, existe un error notorio, dado el tiempo transcurrido con la anotación de los datos personales en los ficheros de morosidad y el número de entidades que consultaron los citados archivos, lo que ocasiona un notable perjuicio pues necesita para sufragar los gastos del proceso poner de su peculio ya que no se pueden abonar con la indemnización que ha sido fijada. La sentencia recurrida reconoce como hechos probados, que el tiempo de constancia de la actora en los dos ficheros de morosos donde fue incluida alcanzó los seis meses en uno de ellos y en el segundo cuando se dictó la sentencia de primera instancia alcanzaba ya veintidós meses, sin que exista constancia de que haya sido excluida del mismo. En cuanto a las vistas realizadas por distintas entidades fueron cuatro las consultoras de uno de ellos y tres en el otro, todas ellas entidades financieras o de servicios y suministros. La actora se puso en contacto con la entidad demandada para que se la excluyera de ambos registros sin obtener respuesta lo que obligó a intentarlo personalmente, solo en uno de los registros lo consiguió cancelar, pero no ha podido conseguirlo respecto de otro. Cita como doctrina de la sala que se considera vulnerada la sentencia de 4 de diciembre de 2014, la de 18 de febrero de 2015 y la de 12 de mayo de 2015. 6.- (...). 7.- El Ministerio Fiscal, con cita de sentencias de esta sala, solicitó la estimación del recurso de casación, poniendo de relieve cómo en supuestos similares se han fijado indemnizaciones de cuantía muy superior. En concreto 10.000 € en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2015, y 12.000 € en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2014 (F.D. 1º).

“1.- Sólo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisión en

casación de la cuantía de la indemnización. 2.- Ciertamente, constituye doctrina constante de esta Sala (entre las más recientes, SSTS de 9 de octubre de 2015, rec. núm. 669 / 2013, de 10 de febrero de 2014, rec. núm. 2298/2011, y 22 de enero de 2014, rec. Núm. 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación salvo que ‘no se hubiera atendido a los criterios que establece el art. 9.3 LO 1/82’ (STS de 17 de julio de 2014, rec. núm. 1588/2008, con cita de las SSTS 21 de noviembre 2008 en rec. Núm. 1131/06, 6 de marzo de 2013 en rec. Núm. 868/11, 24 de febrero de 2014 en rec. núm. 229/11 y 28 de mayo de 2014 en rec. núm. 2122/07) o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (sentencias de 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, 9 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006). El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es la aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que ‘La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma’. Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014, rec. núm. 3303/2012, que dada la presunción iuris et de iure, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, ‘a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta sala núm. 964/2000, de 19 de octubre, y núm. 12/2014, de 22 de enero)’. Se trata, por tanto, ‘de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio’. 3.- También ha afirmado la sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 386/2011, de 12 de diciembre, ‘según la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de noviembre de 2002 y 28 de abril de 2003) no es admisible que se fijen indemnizaciones de carácter simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por la C.E. como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1. y 53.2 C.E. y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (STC 186/2001, FJ 8)’ (STS 4 de diciembre 2014, rec. núm. 810/2013). 4.- Descendiendo al supuesto enjuiciado sobre la inclusión de los datos de una persona en un registro de morosos sin cumplirse los requisitos establecidos por la LOPD, sería indemnizable en primer lugar la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para valorar este segundo aspecto afirma la sentencia núm. 81/2015, de 18 de febrero, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos

complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados. Ambos extremos se consideran probados por la sentencia recurrida, asumiendo al efecto la de primera instancia. 5.- La interrogante es saber, si ello es así, por qué modera la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia. Sobre este particular, debe recordarse que el ámbito de la revisión que es posible en casación es más amplio en este tipo de litigios que en otros que versan sobre cuestiones sin trascendencia constitucional. Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, este tribunal no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (sentencias núm. 311/2013 de 8 de mayo, y núm. 312/2014 de 5 de junio, entre las más recientes). 6.- Al abordar la citada revisión, con independencia de razonar la sentencia recurrida que la indemnización que fija no es simbólica, no existe más dato para llevarla a cabo que la comparación que hace esta con otra sentencia dictada por el mismo tribunal. Consecuencia de lo anterior es que la sala ha de indagar sobre razones que no afloran en la sentencia. En esa labor de indagación, no puede aceptarse (sentencia núm. 81/2015 de 18 de febrero) el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una trascendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en registros de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha realizado, quienes consultan el registro pueden suponer legítimamente que el acreedor ha cumplido con las exigencias del principio de calidad de los datos, y no lo contrario, que es lo que hace la Audiencia, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias. Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos. Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios. Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos registros va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias. Las empresas que consultaron son empresas que facilitan crédito o servicios y suministros, bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet), por lo que para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos registros de morosos son consultados por las empresas asociadas para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado 'crédito responsable', destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares, a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, el art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). 7.- Por todo ello, el daño indemnizable sufrido por la demandante se compadece más con el que cuantifica la sentencia

de primera instancia que con el que fija la sentencia recurrida puesto que la inclusión de sus datos en los registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia de la demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas. 8.- A lo anterior se han de añadir las gestiones que tuvo que realizar la demandante para conseguir la cancelación de sus datos en los registros de morosos, sin que el resultado fuera enteramente satisfactorio, pues sólo obtuvo la cancelación en uno. 9.- En consecuencia, la indemnización fijada en la sentencia recurrida no se ajusta a los criterios establecidos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, ni se compadece con lo mantenido por esta sala en supuestos similares de escasa deuda, tiempo incluido en los registros de morosos y divulgación que los mismos han tenido. Una reducción tan notoria como la llevada a cabo por la sentencia recurrida, en circunstancias como las descritas, ha de calificarse de indemnización simbólica, disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona” (F.D. 2º). [E.A.P.].

Jurisprudencia: Daños sufridos en supermercado: no es responsabilidad contractual ni responsabilidad derivada de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; es responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 C.c. Relación de causalidad; culpa o negligencia: doctrina del Tribunal Supremo. Valoración de la prueba.

[http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databaseh=AN&reference=8028155&links=&optimize=20170523&publicinterface=true](http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=h=AN&reference=8028155&links=&optimize=20170523&publicinterface=true)

SAP Asturias (Sección 7ª) de 23 de marzo de 2017, nº rec. 724/2016.

“La sentencia objeto de apelación desestima la demanda interpuesta por Dª (...) contra la mercantil (...), en la que ejercitando acción de responsabilidad contractual (art. 1101 C.C.) y, alternativamente, de responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.C.) en relación con el artículo 8 y 147 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, reclama una indemnización de 3.037,32 euros, importe correspondiente a los 52 días en los que estuvo impedida para sus ocupaciones habituales como consecuencia de las lesiones padecidas, el día (...), cuando se encontraba en el supermercado (...), las cuales se produjeron cuando al acercarse a una estantería para coger un producto, tocó con su tibia derecha el ángulo o arista cortante de la parte inferior de la misma, ocasionándole un desgarro en dicha extremidad. Y, ello por entender, a partir del testimonio prestado por la empleada (...), en orden a cómo se produjo el accidente, en relación con las fotografías incorporadas a las actuaciones y documental médica, que la actora no había probado la relación causa efecto entre la actuación u omisión negligente de la demanda y las lesiones sufridas, resultando que el origen del daño se debió al propio descuido o desatención de la actora, quien no se percató de un elemento perfectamente visible y que no representa riesgo alguno para los usuarios del local, no mediando tampoco una actuación u omisión negligente en la disposición o conservación de la estantería por parte de la demandada. Contra dicha sentencia, recurrió en apelación la actora (...), alegando como motivo error en la valoración de la prueba testifical de la empleada del establecimiento, en cuanto a la etiología de la lesión padecida y entidad de la misma, siendo la insuficiencia venosa que padece, no la causa de la lesión, circunstancia que afectaría, en todo caso, a que la misma tardase más tiempo en curar” (F.D. 1º).

“Hemos de precisar, en primer lugar, que el supuesto de autos no se incardina dentro del marco de la responsabilidad contractual del artículo 1101 C.C., acción ejercitada como principal en la demanda, ni tampoco en el marco de la responsabilidad del artículo 147 de la

LGDCU, en cuanto estamos ante un riesgo ajeno a la prestación de bienes y servicios, como lo sería el suministro de un producto en malas condiciones, siendo su ámbito el de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 C.C., acción ejercitada alternativamente. Dicho lo que antecede, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de febrero de 2017, declara respecto de la doctrina de la causalidad... '(ii) Modernamente se vienen sosteniendo las siguientes posturas: a) El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe la inversión de la carga de la prueba cuando no está prevista legalmente (aunque en algunos casos pudiera aplicarse la regla de la facilidad probatoria). b) El artículo 1902 del Código Civil tiene un claro matiz culpabilístico, como reiteradamente está recordando la jurisprudencia más reciente. El deber de indemnizar por el daño causado a otro tiene su fundamento en la culpa, o negligencia del obligado a resarcir (salvo supuestos legales de culpa objetiva). Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo lleva años indicando que debe explicarse siempre el 'cómo' (causalidad física, hechos probados) y el 'por qué' (causalidad jurídica) del evento dañoso para poder imputar el resultado. c) La doctrina del riesgo no resulta aplicable, sin más, en todo siniestro la teoría de la responsabilidad por riesgo o 'cuasiobjetiva', como parece pretenderse. El riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)]. (iii) En la actualidad la Sala Primera del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva; que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene como pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, las 'desgracias' sí existen. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima; no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. c) La provocación: Quien provocó la situación. Sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma, e) El incremento del riesgo, o la conducta alternativa correcta. Si el daño se habría producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). g) Y, en todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad; lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito [sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2011 (STS 2897/2011, recurso 124/2008), 14 de marzo de 2011 (STS 1490/2011, recurso 1970/2006), 9 de febrero de 2011 (STS 560/2011, recurso 2209/2006), 25 de noviembre de 2010 (STS 6381/2010, recurso 619/2007), 17 de noviembre de 2010]. (iv) En efecto, se reafirma la sala en la sentencia número 147/2014, de 18 marzo, que: 'la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, 21 de abril de 2008, 6 de febrero 2012), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, el riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza; criterios o pautas extraídas del sistema normativo, que han sido tomados en cuenta en diversas Sentencias de esta Sala (entre las más recientes, 2 y 5 enero, 2 y 9 marzo, 3 abril, 7 junio, 22 julio, 7 y 27 septiembre, 20 octubre de 2006, 30 de junio 2009, entre otras)'. Doctrina que, en síntesis, establece que no basta con que se cause un daño en el ámbito de un establecimiento comercial para que, automáticamente, deba

responder el titular del negocio, sino que es necesario un elemento de culpa o negligencia en su actuación. La actividad comercial no es fuente de daños, ni comporta por sí misma un elemento peligroso capaz de producir una situación de riesgo que conlleve la aplicación de la denominada por la doctrina ‘responsabilidad por riesgo’ en la interpretación del artículo 1902 C.C., en orden a presumir la culpa o negligencia en quien lo crea y se aprovecha de las ventajas que le proporciona, característica en los supuestos de resultados dañosos originados con ocasión de actividades objetivamente peligrosas, corriendo a cargo de la parte demandante la prueba de la existencia de un factor generador de riesgos” (F.D. 2º).

“Descendiendo al supuesto de autos (...), el medio de prueba que explica cómo se produjo el accidente lo constituye, principalmente, la prueba testifical practicada a instancia de la actora en la persona de la empleada del establecimiento (...), quien acudió a auxiliar a (...), una vez que es avisada de lo ocurrido, quien manifestó que fue la propia lesionada quien le dijo ‘que había chocado con la estantería del pan’, ‘que no había caído, sino que se había arrojado y pegó con la estantería; que ya le había pasado alguna vez por problemas en las piernas’, añadiendo que la estantería con la que se golpeó no es coincidente con las reflejadas en las fotografías aportadas con la demanda (...), sino con la incorporada por ella junto al parte o declaración del accidente (...), estantería que no tenía ninguna anomalía. Afirmación que se evidencia de la visualización de ambos tipos de fotografías, ya que la existente en la sección de panadería no presenta los bordes o aristas cortantes que presentan las reflejadas en las fotografías aportadas con la demanda. Prueba que valorada en conjunto con el contenido de la documentación médica acompañada con la demanda, de la que, según el Magistrado de instancia, resulta que lo que se produjo fue un desgarro en la piel, también definido como laceración, que no requirió ningún tipo de sutura, sino -únicamente- la realización de curas periódicas, unido a los múltiples problemas que la demandante ha presentado en los últimos años, desde que (...) se le diagnosticó una insuficiencia venosa en las extremidades inferiores, existiendo una mayor posibilidad de sufrir una lesión como la indicada por la existencia de una simple contusión, que es lo que resulta acreditado en la prueba, le llevan a concluir que el origen del daño se debió al propio descuido o desatención de la perjudicada, que no se percata de un elemento perfectamente visible y que no representa riesgo alguno para los usuarios del local. No mediando tampoco actuación u omisión negligente por parte de la demandada en la disposición o conservación del elemento con el que se golpeó la actora, por lo que no puede exigírsele responsabilidad alguna en el accidente acaecido. Valoración de la prueba testifical que la parte apelante tilda de errónea, en cuanto pese a afirmar la testigo que se golpeó y pegó contra la estantería, en la sentencia se recoge que impactó contra dicho elemento perfectamente visible. Errando también en la etiología de la lesión padecida por (...), ya que en la documentación médica se recoge ‘herida inciso-contusa’ indicativo de la existencia de un elemento cortante, no excluido tampoco del término empleado en la recurrida ‘laceración’. Partiendo, como ya nos hemos pronunciado, que en cuanto a la valoración de la prueba testifical el artículo 376 de la LEC, faculta al Magistrado de instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado y las circunstancias que en ellos concurren, ya que las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en norma positiva alguna, remitiéndose a la experiencia y buen sentido del Juzgador, siendo su apreciación facultad discrecional de aquel, operando como único límite el que las conclusiones alcanzadas se evidencian arbitrarias, irracionales o contrarias a la razón de ciencia y demás circunstancias de los testigos deponentes, en cuanto la libertad de apreciación no significa apreciación arbitraria del resultado de la prueba, sino apreciación crítica. Esta Sala, tras el visionado de la grabación videográfica, no sólo no aprecia error, ni arbitrariedad alguna en la valoración de dicha prueba, la cual por otra parte no ha sido valorada de forma aislada, sino en conjunto con el resultado arrojado por el resto de la prueba

practicada, sino que la comparte. Y ello, porque al margen de que ‘impacto’ es sinónimo de ‘choque y colisión’, término que empleó la actora al explicarle a la testigo como se produjo la herida ‘chocó’ y ‘se arrimó y pegó con la estantería’, por lo que siguiendo un razonamiento lógico el impacto o choque no se produce porque la citada estantería se encontrase en una situación que representase un riesgo de topar con ella caminando por el supermercado con una mínima atención, ni porque no hubiera sido vista por la perjudicada, pues reconoció que se arrimó a ella y pegó contra la misma, ignorando el motivo por el que llegó a pegar con dicho elemento, prueba del ‘cómo’ Y ‘por qué’ que pesa sobre dicha parte, de tal forma que su ausencia a ella sólo a ella ha de perjudicar. Siguiendo con los razonamientos de la apelante en cuanto a la etiología de la lesión sufrida por la actora. En el parte o informe de atención urgente emitido (...) el mismo día del accidente, consta que lesionada cuenta con 85 años de edad y que presenta una herida inciso-contusa, tipo desgarró, por golpe con una estantería, pautando cura con apósito hidrogel. Y en el informe clínico emitido en el Centro de Salud (...), se recoge ‘herida contusa en tercio inferior de la cara antero-interna de la pierna derecha, ha precisado tratamiento antibiótico y curas domiciliarias por enfermería hasta el (...). Ciertamente, una herida inciso-contusa es una herida incisa (provocada por un objeto cortante) con magulladura y desgarró de tejidos, coincidente con el término laceración utilizado en la sentencia de instancia, que es un corte irregular con magulladura, pero el hecho de que la actora haya sufrido un corte y que en la sentencia se aluda a una contusión a cuyo resultado haya podido contribuir la insuficiencia venosa que padece en sus extremidades inferiores, no altera la conclusión alcanzada en la recurrida, al no haber probado la perjudicada el factor generador de riesgo o causa de imputación objetiva determinante de una actuación u omisión culpable por parte de la demandada, la cual no puede deducirse por hecho de sufrir un corte al golpearse con un elemento del local, en este caso, la estantería sita en el sector de panadería, sino porque se acredite su mal estado, su colocación en forma peligrosa por no ser visible o la ausencia de medidas de seguridad exigibles, etc., prueba que ni se ha intentado, basta ver que ni siquiera se ha probado que la estantería contra la que se golpea (...), se corresponda con las reflejadas en las fotografías aportadas con la demandada, es más viene contradicha por el propio contenido de la demanda, donde se afirma que la actora al acercarse a la estantería para coger un producto tocó con su tibia en el ángulo o arista cortante de su parte inferior, arista cortante que no se aprecia en la fotografía aportada (...), ni insistimos se ha acreditado que tal arista sea por su defectuoso mantenimiento o falta de diligencia de la demandada resulte peligrosa para los usuarios del local. Razonamientos que conducen a la desestimación del recurso, con la consiguiente confirmación de la resolución recurrida (F.D. 3º). [E.A.P.]