

**130 casos de derecho de daños
(2004-2012)**

**Pablo Salvador Coderch y
Sonia Ramos González
(Coordinadores)**

**Laura Alascio Carrasco
Laura Allueva Aznar
Luca Biffaro
Esther Farnós Amorós
Antonio Fernández Crende
Ignacio Marín García
Rosa Milà Rafel
Sergi Morales Martínez
Magalí Riera Roca
Carlos Alb. Ruiz García
Antoni Terra Ibáñez**

Abstract

InDret presenta, por noveno año consecutivo, una selección de diez sentencias sobre responsabilidad civil dictadas por el Tribunal Supremo que tratan cuestiones centrales del derecho de daños. El lector también encontrará en este trabajo las selecciones de 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011 publicadas en números anteriores.

InDret publishes its ninth annual selection of tort cases decided by the Spanish Supreme Court. All selected cases dealt with central questions of the Law of Torts. We also provide the reader with InDret 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010 and 2011 selections.

Title: InDret Selection of Torts Cases Decided by the Spanish Supreme Court (2004 – 2012)

Palabras clave: derecho de daños, negligencia, negligencia contributiva, responsabilidad objetiva, causalidad, daños, asunción del riesgo, responsabilidad solidaria

Keywords: Torts, Negligence, Comparative Negligence, Strict Liability, Causation, Damages, Assumption of Risk, Joint and Several Liability

Sumario*

130. STS, 3^a, 3.12.2012 (RJ 2013\582). MP: Ricardo Enríquez Sancho.

Cálculo de la pérdida de oportunidad de tratamiento médico derivada de diagnóstico tardío de cáncer.

Mujer, de 50 años de edad, con una hija menor a su cargo, fallece por metástasis peritoneal derivada de un cáncer que fue diagnosticado tarde.

129. STS, 3^a, 9.10.2012 (RJ 2012\10199). Santiago Martínez-Vares García¹.

Los daños por efectos adversos, graves pero muy infrecuentes, de vacunas deben ser soportados por la Administración sanitaria. Convalidación jurisprudencial del incumplimiento de deberes de información al paciente impuestos por la ley.

Como consecuencia de la administración de la vacuna Chiroflu contra la gripe, el actor sufrió el síndrome Guillain-Barré, un efecto secundario raro e indicado en el prospecto de la vacuna, sobre el cual no fue informado.

128. STS, 1^a, 13.9.2012, (nº 535/2012), MP: José Antonio Seijas Quintana.

Legitimación activa de los actores como herederos de la víctima, fallecida como consecuencia de las lesiones graves que sufrió en un accidente de circulación

Menor de edad se queda en estado vegetativo como consecuencia de un accidente de circulación y fallece nueve meses por una insuficiencia respiratoria. Sus padres reclaman, en calidad de herederos del menor, a la compañía de seguros del vehículo la indemnización por lesiones permanentes que le hubiera correspondido cobrar al menor.

127. STS, 3^a, 2.1.2012 (RJ 2012\3). MP: Enrique Lecumberri Martí.

Aplicación a cargo de la Administración Pública del *Cheapest Cost Avoider* en materia de prueba.

La actora, embarazada de gemelas, permaneció ingresada ocho días por amenaza de parto prematuro y dio a luz a un bebé con signos de encefalopatía que determinaron una parálisis cerebral.

126. STS, 3^a, 26.3.2012 (RJ 2012\5102). MP: Celsa Pico Lorenzo.

Elevada indemnización en concepto de lucro cesante en un caso de muerte.

Paciente de 23 años de edad dio a luz por cesárea a su hijo sin complicaciones médicas, le administraron Augmentine y oxitocina, experimentó una reacción adversa a este tratamiento y falleció a las pocas horas.

* Los autores han destacado en color rojo oscuro los 15 casos que consideran más relevantes, ya sea por su contenido, ya por sus hechos, o por ambas razones.

¹ Vid. STS, 3^a, 30.1.2012 (RJ 2012\3238). MP: Enrique Lecumberri Martí; STS, 3^a, 6.11.2012 (Cendoj: 28079130042012100740). MP: Santiago Martínez-Vares García.

125. STS, 3^a, 10.4.2012 (RJ 2012\5700). MP: Enrique Lecumberri Martí.

Asunción de riesgos inherentes a la profesión y compensación del daño a cargo de las prestaciones de la Seguridad Social.

Paciente, diagnosticada con el virus de la inmunodeficiencia humana y de la hepatitis C, se mueve bruscamente mientras recibe asistencia por parte de un ayudante técnico sanitario, de modo tal que el catéter venoso que le habían aplicado pincha al ayudante.

124. STS, 1^a, 23.10.2012 (nº 595/2012). MP: Francisco Marín Castán.

Pilotos en formación asumen el riesgo de un accidente aéreo.

Durante unas maniobras de toma-despegue, la avioneta pilotada por un examinador al que acompañaban dos alumnos en formación, se precipitó al suelo, el piloto y uno de los alumnos sufrieron lesiones graves y el otro ocupante falleció.

123. STS, 1^a, 10.9.2012 (nº 536/2012). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Presunción de causalidad de los daños sufridos por la contraparte en una colisión recíproca de vehículos cuando se desconoce la contribución causal de cada uno.

Un accidente de circulación por colisión de dos vehículos causó daños materiales y personales al demandante.

122. STS, 1^a, 27.2.2012 (nº 45/2012). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad del fabricante de un tipo de *stent* por los daños derivados de la rotura del producto en circunstancias no previstas por el fabricante.

Antonio, de 29 años, peón de obra, sufrió una trombosis debido a la rotura del *stent* mientras realizaba su trabajo.

121. STS, 1^a, 16.1.2012 (nº 948/2011). MP: José Antonio Seijas Quintana.

La infracción del consentimiento informado genera responsabilidad del médico por la pérdida de oportunidad del paciente consistente en haber rechazado el tratamiento.

Paciente, de 48 años, fue intervenido quirúrgicamente de una disectomía cervical y como consecuencia de la intervención sufrió una tetraplejia, riesgo conocido pero poco frecuente sobre el cual el paciente no fue informado

120. STS, 3^a, 29.11.2011 (RJ 2012\2517). MP: Celsa Pico Lorenzo.

Responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por los daños derivados de un delito cometido por un preso a quien se le había concedido un permiso de salida.

El 17.7.2002 un preso, a quien se le había concedido un permiso de salida, atracó un banco en Madrid y disparó a uno de los empleados, provocándole graves lesiones abdominales y dejándole en situación de incapacidad permanente absoluta.

119. STS, 3^a, 27.9.2011 (JUR 350537). MP: Antonio Martí García

Pérdida de oportunidad por el retraso en el diagnóstico médico.

Melchor fallece por cáncer de pulmón el 27.9.2005, después de que un TAC realizado por el Servicio Madrileño de Salud entre noviembre y diciembre de 2004 hiciera presumir tal diagnóstico, no confirmado con un nuevo TAC hasta el 8.6.2005, momento del inicio del tratamiento.

118. STS, 3^a, 13.4.2011 (RJ 2011\3213). MP: Santiago Martínez-Vares García

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el funcionamiento anormal del servicio público de ferrocarriles y ausencia de culpa *in vigilando* de la madre del menor víctima de los daños.

El 10.10.1979, Leovigildo mientras jugaba con otros niños en la fuente pública situada al borde de la vía del tren de mercancías, fue arrollado y padeció graves y permanentes lesiones físicas y psíquicas.

117. STS, 3^a, 13.4.2011 (RJ 3214). MP: Celsa Pico Lorenzo

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el uso de biondas peligrosas en las carreteras.

Blas sufrió una grave lesión medular como consecuencia del impacto de su motocicleta contra un poste de carretera.

116. STS, 3^a, 29.3.2011 (RJ 2689). MP: Segundo Menéndez Pérez

Ruptura del nexo causal por intervención negligente de la víctima.

José María sufrió un grave accidente como consecuencia de conducir una ambulancia que colisionó con un autobús militar y que, momentos después, fue envestita por un turismo.

115. STS, 1^a, 25.10.2011 (JUR 373144). MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Collateral Source Rule entre las prestaciones del seguro de responsabilidad civil y las prestaciones de la Seguridad Social o de otros seguros de accidente que amparen al trabajador.

Carlos Alberto sufrió graves fracturas y secuelas en un pie a causa del impacto de diversos paquetes de chapa metálica que se deslizaron por el camino de rodillos en el que trabajaba.

114. STS, 1^a, 28.9.2011 (JUR 375278). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Equiparación a efectos indemnizatorios entre el supuesto en que un tercer conductor causa la muerte de ambos padres y el supuesto en que uno de éstos causa la del otro.

En un accidente de circulación fallecieron Fernando, el conductor del vehículo causante del accidente, y su esposa Débora. Su hija de diez meses, Adela, resultó herida.

113. STS, 1^a, 13.5.2011 (RJ 3279). MP: José Antonio Seijas Quintana.

El consentimiento del paciente debe ser prestado para cada intervención médica.

Celia consintió someterse a una menisectomía, el cirujano en quirófano comprobó que el menisco no estaba afectado y decidió cambiar el tipo de intervención sin obtener previamente el consentimiento informado de la paciente.

112. STS, 1^a, 14.3.2011 (RJ 2771). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Concurrencia de culpas e incremento de los deberes de cuidado en actividades especialmente peligrosas.

Un domingo de agosto, una embarcación a motor atropelló a un submarinista que nadaba fuera del espacio de protección de los bañistas, sin boyas de señalización y sin ir acompañado de la preceptiva embarcación.

111. STS, 1^a, 9.2.2011 (RJ 1822). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

La negligencia como incremento de los riesgos inherentes a la actividad deportiva.

Un esquiador perdió el equilibrio, cayó y resbaló por la pista hasta impactar con un cañón de nieve artificial colocado en un extremo de la misma.

110. STS, 1^a, 10.12.2010 (JUR 1981). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad civil médica por error de diagnóstico.

Eva sufrió importantes secuelas a raíz de un infarto isquémico cerebral diagnosticado tardíamente.

109. STS, 1^a, Pleno, 9.12.2010 (RJ 1408). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

También es defectuoso el producto que el fabricante pone en circulación sin haber realizado las comprobaciones suficientes sobre su toxicidad, aunque no haya causado daños a la salud de los consumidores.

Tras la retirada voluntaria de las prótesis sanitarias Trilucent en marzo de 1999, el Ministerio de Sanidad y Consumo recomendó a las pacientes portadoras de estas prótesis su explantación porque no podía descartarse el riesgo derivado de la liberación en el organismo de productos de degradación del aceite de soja.

108. STS, 3^a, 5.10.2010 (RJ 6994). MP: Luís María Díez-Picazo Giménez.

La infección hospitalaria puede ser una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Un hombre de 77 años de edad muere como consecuencia de un shock cardiogénico desencadenado por una infección renal.

107. STS, 3^a, 29.9.2010 (RJ 6878). MP: Celsa Pico Lorenzo.

Compatibilidad entre la ayuda pública extraordinaria y la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración hasta el límite de la cuantía del daño.

El desbordamiento de una riera causa el fallecimiento de dos personas y cuantiosos daños materiales.

106. STS, 3^a, 25.6.2010 (RJ 5886). MP: José Manuel Sieira Míguez.

Pérdida de oportunidad asociada a la falta de información.

Natividad sufrió la amputación de ambos pies como consecuencia de haberle administrado una vacuna contra la meningitis C ineficaz.

105. STS, 3^a, 18.5.2010 (RJ 3651). MP: Enrique Lecumberri Martí.

Relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración penitenciaria y los daños derivados de delitos dolosos causados por presos.

El actor resultó herido por el disparo de un preso fugado de un hospital.

104. STS, 1^a, 25.3.2010 (JUR 103601) MP: Francisco Marín Castán.

La diligencia exigible al demandado no incluye la consideración de las especiales circunstancias físicas de la víctima.

Una mujer de 65 años aquejada de padecimientos óseos y *artritis reumatoide* al entrar al restaurante "La Barraca" desde el acceso habilitado del hostal se tropezó con un escalón y se cayó.

103. STS, 1^a, 25.3.2010 (RJ 1987). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

La existencia de un grave desajuste entre el lucro cesante realmente padecido por la víctima y la cuantía que resulta de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV del sistema de baremos para lesiones permanentes permite al juez aplicar, además, un porcentaje de aumento de la indemnización básica en la ponderación de los "elementos correctores del apartado primero.7 de[I] [A]nexo".

El 2 de mayo de 2000 se produjo una colisión entre el vehículo conducido por Íñigo y por Raimundo, el primero sufrió secuelas determinantes de una incapacidad permanente total.

102. STS, 1^a, 18.2.2010 (RJ 1286). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Culpa exclusiva de la víctima y negligencia del demandado sin causalidad.

Dos menores -de 15 y 16 años respectivamente- que viajaban en un ciclomotor de una sola plaza, sin permiso de conducir, fueron arrollados por un tren en un paso a nivel sin barreras ni semáforos y con una señalización defectuosa.

101. STS, 3^a, 9.2.2010 (RJ 3307). MP: Luís María Díez Picazo Jiménez.

La aplicación incorrecta del sistema de baremos por el juez o tribunal de instancia en un caso distinto a un accidente de circulación no es revisable en casación.

El error en el tratamiento médico de un bebé con esclerosis tuberosa retrasó seis años y medio una intervención quirúrgica que consiguió eliminar los ataques epilépticos.

100. STS, 3^a, 18.12.2009 (JUR 2010\16070). MP: Juan Carlos Trillo Alonso.

Daños desproporcionados. (“Las cosas hablan por sí mismas”, *Res ipsa loquitur, Anscheinsbeweis, Faute Virtuelle*)

Actor ingresa en hospital con hernia umbilical y es dado de alta con tetraparesia.

99. STS, 1^a, 10.12.2009 (RJ 2010\280). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

La indemnización por daños personales de la víctima de un accidente de circulación no es inferior si aquélla fallece posteriormente por otra causa.

Dos años después del accidente de circulación que causó una tetraplejia a la víctima, ésta falleció por causas ajenas al accidente.

98. STS, 3^a, 1.12.2009 (RJ 8129). MP: Luis María Díez-Picazo Giménez.

Responsabilidad de la Administración por biondas peligrosas. Compensación de culpas.

Un motorista circulaba con exceso de velocidad por una carretera húmeda, derrapó, cayó y colisionó contra una valla, que le cortó la pierna izquierda por encima de la rodilla y le desgarró la derecha.

97. STS, 1^a, 30.11.2009 (RJ 7619). MP: Jose Antonio Seijas Quintana.

Adecuación social del riesgo deportivo.

Durante una excursión en quad por una pista forestal, Jorge y Mercedes tuvieron un accidente a consecuencia del cual el primero quedó parapléjico y la segunda sufrió lesiones graves.

96. STS, 1^a, 16.11.2009 (RJ 105). MP: Jose Antonio Seijas Quintana.

De unos mismos hechos sólo deriva una única pretensión.

Un menor, contagiado en un hospital público con el virus de la Hepatitis C por la administración del hemoderivado Gammagard, fue indemnizado por la Administración en la jurisdicción laboral y demandó al fabricante en la jurisdicción civil.

95. STS, 3^a, 18.9.2009 (JUR 428240). MP: Juan Carlos Trillo Alonso.

Inaplicabilidad de los baremos en casos de accidentes especialmente trágicos.

El actor vio cómo una avioneta del Ejército caía sobre su casa, en la que se encontraban su mujer e hija, provocando la muerte de éstas.

94. STS, Pleno, 11.9.2009 (RJ 4586). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Competencia del orden civil para conocer de demandas por accidentes de trabajo interpuestas con anterioridad a la STS, 1^a, Pleno, 15.1.2008.

Un marinero, de 27 años de edad, a causa de un golpe de mar cayó al agua por un hueco que de haber tenido dimensiones inferiores hubiera impedido la caída, y falleció ahogado.

93. STS, 4^a, 14.7.2009 (RJ 6096). MP: Aurelio Desdentado Bonete.

Las prestaciones de la Seguridad Social sólo restan la partida de lucro cesante de la indemnización por responsabilidad civil.

La víctima sufrió un accidente laboral determinante de una incapacidad permanente total.

92. STS, 1^a, 30.6.2009 (RJ 5490). MP: Encarnación Roca Trías.

El progenitor que impide ilícitamente al otro relacionarse con el hijo de ambos debe pagarle una indemnización por el daño moral sufrido.

La mujer del actor se llevó al hijo de ambos a Florida e impidió que éste tuviera contacto con su padre desde los 7 a los 14 años.

91. STS, 1^a, 30.6.2009 (RJ 4323). MP: Francisco Marín Castán.

Obligación del médico de informar al paciente de los riesgos típicos del tratamiento, aunque sean muy infrecuentes.

Una paciente, de 47 años de edad, sufrió la lesión del nervio ciático por elongación durante la implantación de prótesis de cadera y su médico no le había informado de que tal complicación era típica y poco probable.

90. STS, 1^a, 18.6.2009 (RJ 4318). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

La víctima que no justifica ingresos no tiene derecho al incremento máximo del 10%, por perjuicio económico, que prevén los baremos.

Accidente de motocicleta con resultado de secuelas permanentes para el acompañante, quien no acreditó en el proceso ningún ingreso.

89. STS, 1^a, 4.6.2009 (RJ 3380). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad de la entidad de seguro de asistencia sanitaria por hecho ajeno.

Una enfermera administró a una recién nacida una dosis errónea de fenobarbital que le causó daños cerebrales graves determinantes de su fallecimiento a los dos años de edad.

88. STS, 1^a, Pleno, 27.4.2009 (RJ 4141). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

El progenitor viudo tiene derecho a cobrar por la muerte de su hijo el importe total que la Tabla I de los baremos asigna a la categoría "padres".

Accidente de circulación en el que fallecieron dos personas huérfanas de padre.

87. STS, 1^a, Pleno, 23.4.2009 (RJ 4140). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Collateral Source Rule entre el recargo de prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización por responsabilidad civil.

Un trabajador sufrió un accidente en las instalaciones de una empresa para la que no trabajaba porque esta última no adoptó las suficientes medidas de seguridad.

86. STS, 1^a, 20.4.2009 (RJ 4139). MP: José Almagro Nosete.

Los familiares de la víctima sólo tienen la condición de perjudicados en el sistema de baremos si aquélla sufre una gran invalidez.

Víctima de un accidente de circulación sufrió lesiones muy graves en una pierna y sus padres reclamaron una indemnización en concepto de “perjuicio moral de familiar”.

85. STS, 3^a, 23.3.2009 (RJ 2502). MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

La Administración titular de la ejecución de obras públicas debe indemnizar al particular los perjuicios extraordinarios que sufre en relación con los que afectan al resto de ciudadanos.

Las obras de conexión de dos líneas de metro en Madrid provocaron que el Hotel Miguel Ángel, de cinco estrellas, experimentara una importante pérdida de ingresos y de clientela.

84. STS, 3^a, 4.3.2009 (RJ 2125). MP: Agustín Puente Prieto.

Responsabilidad de la Administración por los daños derivados de la inmovilización de un alimento que presenta riesgos para la salud de las personas.

Por Resolución de 3.7.2001 la Dirección General de Salud Pública recomendó la inmovilización cautelar y transitoria del aceite de orujo refinado y de oliva que contuviera hidrocarburos aromáticos policíclicos en límite superior a 1 partícula por billón.

83. STS, 1^a, 4.3.2009 (RJ 1873). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Daños causados por el tabaco: prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.

Emilio, fumador de tres paquetes diarios de marca “Ducados” durante los últimos 20 años de su vida, falleció el 19.11.1993 de cáncer de pulmón.

82. STS, 3^a, 10.2.2009 (RJ 2470). MP: Octavio Juan Herrero Pina.

Sin daño no hay responsabilidad civil aunque el servicio público de asistencia sanitaria sea defectuoso.

Los servicios sanitarios de la Generalitat Valenciana comunicaron a la actora que era portadora del virus del SIDA cuatro años después de conocer los resultados positivos, tiempo durante el cual no sólo no recibió ningún tratamiento, sino que tuvo un bebé al que contagió el virus.

81. STS, 1^a, Pleno, 14.1.2009 (RJ 1621). MP: Encarnación Roca Trías.

Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad, condenados previamente por un Juzgado de Menores.

Dos jóvenes de 15 años de edad agredieron a otros dos menores de la misma edad y una de las víctimas sufrió una fractura de mandíbula.

80. STS, 1^a, 22.12.2008 (RJ 2009\162). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Responsabilidad civil y daños al patrimonio propio.

La empresa propietaria de una finca la contaminó durante años como consecuencia del desarrollo de su actividad industrial y la vendió a un tercero ocultando esta circunstancia, quien a su vez la transmitió, lo que causó un perjuicio patrimonial al último adquirente.

79. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 2009\529). MP: Antonio Salas Carceller.

Explosión de bombonas de gas y presunción de causalidad del demandado en cuya esfera de influencia se origina el accidente. La explosión de una bombona de gas en una vivienda provocó el derrumbe de varios pisos del mismo edificio y la muerte de un vecino.

78. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 2009\1353). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Causación única y accidentes de circulación en cadena.

Un coche, mientras realizaba una maniobra de adelantamiento, embistió por detrás el de los demandantes, ambos vehículos salieron de la calzada y chocaron contra unos árboles.

77. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 2009\6983). MP: Clemente Auger Liñán.

Competencia de jurisdicción e interrupción de la prescripción en solidaridad.

Durante la realización de excavaciones en una calle, la retroexcavadora de la constructora codemandada rompió cables de fibra óptica enterrados

76. STS, 1^a, 12.12.2008 (RJ 2009\527). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Negligencia comparativa modificada (*Modified Comparative Negligence*).

Un peatón que se encontraba en la calzada fue atropellado por un conductor que se dio a la fuga.

75. STS, 1^a, 10.12.2008 (RJ 2009\16). MP: Román García Varela.

Ausencia de nexo causal.

Al salir de la piscina, un menor de 9 años de edad resbaló en un peldaño y su pierna quedó atrapada entre la pared y la escalera, lo cual le causó lesiones graves.

74. STS, 1^a, 4.12.2008 (RJ 6952). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Acción de regreso de la Seguridad Social.

Un ciudadano español residente en Suiza sufrió un accidente de circulación en España, cuyos gastos sanitarios y sociales fueron a cargo de la Caja Nacional Suiza de Seguridad Social.

73. STS, 1^a, 21.11.2008 (RJ 2009\144). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad por producto defectuoso.

Amanda compró 47 botes de un insecticida altamente inflamable, distribuyó el producto por su vivienda y precintó los marcos de puertas y ventanas. A la mañana siguiente, el vapor del sulfuro de carbono acumulado se inflamó y explotó, causando destrozos en la propia finca y las colindantes.

72. STS, 1^a, 17.11.2008 (RJ 6049). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Wrongful birth y falta de consentimiento informado.

Una mujer embarazada no fue informada sobre la posibilidad de someterse a pruebas para detectar malformaciones fetales.

71. STS, 1^a, 6.11.2008 (RJ 5899). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Concurrencia de culpas.

Dos peatones cruzaron inopinadamente una calle por un lugar inadecuado y fueron atropellados por un automóvil.

70. STS, 3^a, 3.11.2008 (RJ 5852). MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Compatibilidad de prestaciones por accidente de trabajo e indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración.

Una celadora de un hospital público bajaba en un ascensor cuando un fallo mecánico hizo que la cabina se precipitara hasta el sótano del edificio, lo que le causó lesiones y una discapacidad del 75%.

69. STS, 1^a, 29.10.2008 (RJ 5801). MP: Román García Varela.

Responsabilidad civil por suelos contaminados.

La empresa propietaria de una finca la contaminó durante años como consecuencia del desarrollo de su actividad industrial y la vendió a un tercero ocultando esta circunstancia, quien a su vez la transmitió, asumiendo el último adquirente los gastos de descontaminación.

68. STS, 1^a, 14.10.2008 (RJ 6913). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Estándares profesionales de auditores.

La compañía auditora demandada no incluyó en su informe la situación de insolvencia de la cooperativa auditada, causando daños patrimoniales a los cooperativistas demandantes.

67. STS, 1^a, 9.10.2008 (RJ 2008\6042). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Fin de protección de la norma y ausencia de responsabilidad de auditores.

El informe de auditoría no ponía de relieve la desviación de fondos por parte de los administradores de una agencia de valores. De haber sido conocida dicha circunstancia por la CNMV, ésta hubiera actuado y evitado así las pérdidas sufridas por los inversores.

66. STS, 1^a, 2.10.2008 (RJ 5588). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Reclamación por ilícito competencial (*Dumping*).

Exportación de productos que se venden a un precio inferior al mercado de origen.

65. STS, 1^a, 30.7.2008 (RJ 6287). MP: Román García Varela.

Culpa exclusiva de la víctima.

Un adolescente de 17 años que practicaba apnea con varios amigos en una piscina se asfixió.

64. STS, 1^a, 30.7.2008 (RJ 4640). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Causalidad próxima (*Proximate Causation*).

Los ocupantes de un automóvil acuden en ayuda de otro vehículo accidentado, uno de aquéllos se golpea la cabeza con el guardaraíl, roto tras el primer accidente, y fallece.

63. STS, 1^a, 24.7.2008 (RJ 4626). MP: Román García Varela.

Descuento de indemnizaciones (inaplicación de la *Collateral Source Rule*).

Un obrero de la construcción, desprovisto de las medidas de seguridad adecuadas, trabajaba en una viga a 8 metros de altura cuando perdió el equilibrio, cayó al suelo y falleció.

62. STS, 1^a, 24.7.2008 (RJ 4630). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Cobertura del contrato de seguro de automóvil.

La explosión de una garrafa de gasolina en el interior de un vehículo causó lesiones a uno de los ocupantes y la muerte de los demás.

61. STS, 1^a, 23.7.2008 (RJ 4622). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Culpa exclusiva de la víctima.

Un adolescente de 16 años falleció por disparo de arma de fuego mientras jugaba con ella.

60. STS, 1^a, 21.7.2008 (RJ 6282). MP: Antonio Gullón Ballesteros.

Negligencia comparativa modificada (*Modified Comparative Negligence*).

Un cliente de una discoteca, mientras el personal del local se disponía a hacer limpieza, bebió de una botella etiquetada de agua mineral, que había sido rellenada con soda cáustica, y sufrió lesiones graves.

59. STS, 1^a, 16.7.2008 (RJ 4716). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Falta de prueba de la causalidad.

Un viajero de tren cayó por el hueco entre dos vagones cuando el convoy había iniciado su marcha y sufrió lesiones en ambas piernas, que finalmente le amputaron.

58. STS, 1^a, 26.6.2008 (RJ 3310). MP: Jesús Corbal Fernández.

Responsabilidad de centro docente.

Un alumno de 16 años consumió alcohol en una comida organizada por el centro de formación profesional en el que estudiaba, rechazó utilizar el transporte habilitado, caminó

hacia la estación de tren y al cruzar un puente para acceder a la misma fue golpeado por el vagón de un ferrocarril, lo que le causó paraplejia.

57. STS, 1^a, 19.6.2008 (RJ 4257). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Ausencia de caso fortuito.

Rotura de catéter intravenoso, infección y causación de daños personales.

56. STS, 1^a, 9.6.2008 (RJ 3558). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Prescripción de la acción civil por el transcurso de más de un año desde la notificación al procurador del auto de sobreseimiento, a pesar de que la víctima no tuvo conocimiento de la misma.

Explosión de aerosoles en vivienda que provocó la muerte de 9 personas.

55. STS, 1^a, 3.6.2008 (RJ 3195). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Negligencia en la maniobra de una embarcación.

Una embarcación colisionó con otra mientras su propietario la estaba atracando en el muelle, provocando una vía de agua en la otra embarcación y su posterior hundimiento.

54. STS, 1^a, 28.5.2008 (RJ 3179). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Incendios e imputación objetiva.

Incendio en vivienda particular causa daños en elementos comunes y privativos del edificio.

53. STS, 1^a, 23.5.2008 (RJ 3169). MP: Encarnación Roca Trías.

Asunción de riesgo.

Accidente laboral causado por una grúa.

52. STS, 1^a, 21.5.2008 (RJ 4150). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Competencia de la jurisdicción civil para conocer de pretensiones ejercitadas por particulares contra compañías aseguradoras de AAPP (art. 76 LCS).

Asunción del riesgo en accidente en festival taurino.

51. STS, 1^a, 21.5.2008 (RJ 4149). MP: José Almagro Nosete.

Negligencia comparativa (*Comparative Negligence*).

Apertura de una zanja y rotura de cables subterráneos de teléfono.

50. STS, 1^a, 15.5.2008 (RJ 3078). MP: Román García Varela.

Consentimiento informado.

Cadena de efectos adversos que siguieron a una extirpación de ovarios.

49. STS, 1^a, 6.3.2008 (RJ 2938). MP: Jesús Corbal Fernández.

Responsabilidad por hecho ajeno del banco por las irregularidades cometidas por sus empleados, cuyo grado de participación no pudo individualizarse.

Varios empleados de un banco cometieron irregularidades en la gestión de cheques bancarios.

48. STS, 1^a, 5.3.2008 (RJ 3555). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Falta de interrupción del plazo de prescripción y ausencia de solidaridad.

Una grúa descargaba la tapa de una de las bodegas de un buque atracado en puerto cuando la tapa, que se encontraba en mal estado, cayó encima de la grúa, con los daños consiguientes.

47. STS, 1^a, 28.2.2008 (RJ 5212). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz.

¿Daños morales o complemento de indemnización?

Como consecuencia de las obras en un inmueble, el edificio colindante se derrumbó y sepultó bajo los escombros a la demandante, que fue rescatada horas después.

46. STS, 1^a, 28.2.2008 (RJ 1704). MP: Román García Varela.

Negligencia sin causación de daño.

Operación de hernia discal practicada sobre el disco L3-L4 y no sobre L4-L5, que era objeto de la operación inicialmente prevista, aunque el L3-L4 estaba igualmente dañado.

45. STS, 1^a, 20.2.2008 (RJ 5498). MP: Encarnación Roca Trías.

Acción de regreso de la aseguradora y creación de riesgos en un accidente de tren.

Un tren y un camión chocaron en un paso a nivel sin barreras y de visibilidad reducida debido a la niebla. Como resultado del accidente, el camión sufrió daños y el interventor del tren falleció.

44. STS, 1^a, 15.2.2008 (RJ 2669). MP: José Ramón Ferrández Gabriel.

Presunción de causalidad en incendios que se producen en la esfera de control del demandado.

Un incendio en una vivienda causa daños en las contiguas.

43. STS, 1^a, 6.2.2008 (RJ 1215). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Contribución causal de la víctima.

Una menor de 6 años cruzó el paso a nivel por el hueco que quedaba entre el muro y la barrera, que estaba bajando, y fue arrollada por un tren, que le causó lesiones en la pierna izquierda, que finalmente le amputaron.

42. STS, 1^a, 15.1.2008 (RJ 1394). MP: Encarnación Roca Trías.

La Sala 4^a del Tribunal Supremo es la única competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo entre empleado y empleador.

La estructura de una nave industrial en construcción se derrumbó y uno de los elementos golpeó a un obrero, que falleció.

41. STS, 1^a, 7.1.2008 (RJ 203). MP: Encarnación Roca Trías.

Inaplicación de la teoría del riesgo en un accidente de trabajo.

Un trabajador cae de un camión de recogida de basura, que circula a velocidad adecuada, y fallece.

40. STS, 2^a, 27.12.2007 (RJ 9067). MP: Julián Sánchez Melgar.

Indemnización de 6.000 € para resarcir el daño moral de una menor, de 7 años de edad, víctima de abusos sexuales.

El compañero sentimental de su madre recogió a la niña a la salida de la piscina, la llevó a su casa y abusó sexualmente de ella.

39. STS, 1^a, 20.12.2007 (RJ 9054). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Responsabilidad objetiva del poseedor de animales y culpa exclusiva de la víctima.

En las instalaciones de un circo, un trabajador, sin autorización alguna y actuando a su riesgo, sorteó las vallas que delimitaban la jaula de los tigres, metió un brazo en la jaula, para darles de beber de un recipiente, y uno de ellos se lo arrancó de cuajo.

38. STS, 1^a, 4.12.2007 (RJ 2008\39). MP: Francisco Marín Castán.

La arrendataria de vivienda, y no su propietaria, responde de los daños causados por las cosas que caen desde la misma (art. 1910 CC).

Una maceta cayó desde el quinto piso de un inmueble sobre la cabeza de la conserje, matándola en el acto.

37. STS, 1^a, 19.10.2007 (RJ 8627). MP: Vicente Luis Montés Penadés.

Responsabilidad parcial entre coacusantes de un daño.

Durante un espectáculo de fuegos artificiales autorizado por el Ayuntamiento de Terrassa (Barcelona), uno de los cohetes fabricados por el codemandado no explotó en el aire, cayó bajo un vehículo estacionado y explotó al impactar contra el suelo, provocando que se desprendieran esquirlas de metal que hirieron a varios espectadores.

36. STS, 1^a, 16.10.2007 (RJ 7102). MP: Jesús Corbal Fernández.

Ausencia de responsabilidad civil del empleador por el suicidio de un cliente que ingirió el producto tóxico que un dependiente le había vendido (Remoteness Causation).

Un joven esquizofrénico paranoide, de 20 años de edad, compró cianuro potásico en un establecimiento de venta de sustancias químicas, previa exhibición de una tarjeta de un taller de joyería, lo ingirió y falleció.

35. STS, 1^a, 19.6.2007 (RJ 5572). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Ausencia de derecho del padre a reclamar los daños derivados de la infracción del consentimiento informado de la madre que dio a luz a un niño con síndrome de Down.

El médico demandado, quien había tratado a la gestante, de 29 años de edad, no le había practicado la amniocentesis porque consideró que el embarazo era normal. La actora dio a luz a un niño con síndrome de Down.

34. STS, 1^a, 28.5.2007 (RJ 3131). MP: Encarna Roca Trías.

La afectación grave de la integridad física del pasajero en un accidente fortuito de navegación aérea vale 21.035,42 €.

El helicóptero en el que viajaba el actor entró en una turbulencia, provocada por una tormenta, chocó contra la ladera de una montaña y se incendió. El accidente causó al actor una incapacidad permanente total.

33. STS, 1^a, 17.5.2007 (RJ 3542). MP: Jesús Corbal Fernández.

Responsabilidad civil directa del empleador, absuelto en el proceso penal, por daños dolosos causados por su dependiente.

Un vigilante jurado, al finalizar su jornada laboral, disparó con su arma reglamentaria a su antigua compañera y a la hermana de ésta, matando a la primera e hiriendo en un brazo a la segunda.

32. STS, 3^a, 28.2.2007 (RJ 1994). MP: Agustín Puente Prieto.

Daños permanentes, daños continuados y *dies a quo* del plazo de prescripción aplicable a cada uno de ellos.

La rotura de un microcatéter durante una intervención quirúrgica provocó un infarto cerebral a una paciente, a quien se declaró en situación de incapacidad absoluta siete años después.

31. STS, 1^a, 26.1.2007 (RJ 1873). MP: Clemente Auger Liñán.

Ausencia de culpa de los padres por daños letales que sufre su hijo menor cuando está bajo su custodia.

Durante la visita de una familia al museo Gaudí de la Sagrada Familia (Barcelona), un menor de 5 años de edad se colgó de una escultura defectuosamente anclada, que basculó, cayó y le fracturó el cráneo con resultado de muerte.

30. STS, 1^a, 20.12.2006 (RJ 9248). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Ausencia de responsabilidad de la clínica por las negligencias médicas de sus profesionales no contratados.

Negligencia médica en operación quirúrgica de extracción de quiste que causa la extirpación de un ovario a la paciente.

29. STS, 1^a, 20.12.2006 (RJ 439). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Concurrencia de culpas en el caso de menores.

Niño de 13 años recoge un artificio abandonado tras una mascletá, el cual explota y causa la pérdida de su mano derecha.

28. STS, 3^a, 30.6.2006 (RJ 6580). MP: Enrique Lecumberri Martí.

Responsabilidad patrimonial de la Administración por la privación de la posibilidad de abortar.

Mujer da a luz a un niño con malformaciones que no habían sido detectadas durante el control médico del embarazo.

27.STS, 3^a, 27.6.2006 (RJ 4752). MP: Margarita Robles Fernández.

Responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio.

Funcionaria de 50 años cae en la escalera de la Delegación del Gobierno de Andalucía y sufre lesiones graves.

26.STS, 1^a, 31.5.2006 (RJ 3494). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad de empresa por incremento del riesgo.

Ciclista, participante en la Vuelta a España, sufre lesiones muy graves como consecuencia de una caída producida en un túnel insuficientemente iluminado.

25.STS, 1^a, 9.3.2006 (RJ 1882). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Asunción de riesgo en la práctica deportiva.

Jugador de golf lanza una pelota que se desvía por el viento y golpea a otro jugador, causándole la muerte.

24.STS, 1^a, 8.3.2006 (RJ 1076). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos.

Un grupo de niños esconde una botella de ácido clorhídrico que habían comprado en un supermercado, otros niños la encuentran y uno de ellos sufre la pérdida de visión de un ojo al derramársele el líquido.

23.STS, 1^a, 27.2.2006 (RJ 694). MP: Encarnación Rocas Trias.

Ausencia de responsabilidad de la compañía ferroviaria por no haber incrementado el riesgo de daños.

Epiléptico sufre un ataque y fallece al caerse sobre la vía férrea y quedar atrapado por el mecanismo de frenado del tren.

22.STS, 1^a, 27.1.2006 (RJ 615). MP: Pedro González Poveda.

Responsabilidad de empresa y de los padres por los daños causados por sus hijos.

Niño de 10 años de edad arroja desde un puente una piedra de 2,5 Kg. que impacta contra el pasajero de un autobús y le causa la muerte.

21 STS, 1^a, 2.1.2006 (RJ 129). MP: Vicente Luis Montés Penadés.

Responsabilidad de empresa.

Accidente de helicóptero en el que el piloto fallece y los pasajeros sufren lesiones graves.

20. STS, 3^a, 30.11.2005 (RJ 2006\1395). MP: Rafael Fernández Valverde.

El Estado debe ser solidario con las víctimas del terrorismo.

Asistente a una fiesta popular de Santurce fallece como consecuencia de los disparos de un grupo de individuos no identificados, de ideología diferente a la de los asistentes, que habían organizado una manifestación no autorizada.

19. STS, 3^a, 18.10.2005 (RJ 2006\307). MP: Enrique Lecumberri Martí.

La Administración penitenciaria debe tratar coactivamente a los presos enfermos como depositaria de su vida, salud e integridad física.

Recluso fallece tras haberse negado a recibir tratamiento contra SIDA y tuberculosis.

18. STS, 1^a, 11.10.2005 (RJ 8769). MP: Pedro González Poveda.

Agencia de viajes, por falta de previsibilidad, mayorista, por falta de información, y víctima, por asunción del riesgo, son culpables concurrentes de lo sucedido.

Víctima de un atentado terrorista en Egipto mientras disfrutaba de un viaje turístico.

17. STS, 2^a, 26.9.2005 (RJ 7336). MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

Los captores responden de los daños sufridos por la víctima durante su huída (Criterio de provocación, *provocation*).

Víctima de sendos delitos de robo con intimidación, de detención ilegal y contra la integridad moral sufre daños personales y materiales al arrojarse por la ventana.

16. STS, 1^a, 6.9.2005 (RJ 6745). MP: Vicente Luis Montés Penadés.

Los padres de una niña de corta edad no tienen derecho a indemnización por la muerte de su hija al no haber cuidado de ella diligentemente.

Niña fallece ahogada al caer en una alberca ajena.

15. STS, 1^a, 6.7.2005 (RJ 9531). MP: Antonio Romero Lorenzo.

El empresario no tiene el deber de controlar a los empleados que permanezcan en las instalaciones fuera de su jornada laboral.

Trabajador fallece desnucado al caer al suelo tras explotar un bidón que contenía disolvente inflamable, sobre el que se apoyó para soldar la chapa de su vehículo fuera de jornada laboral.

14. STS, 2^a, 25.4.2005 (RJ 6547). MP: Carlos Granados Pérez.

Confirmación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana, las arcas donde aferrarse.

Síndrome Ardystil.

13. STS, 2^a, 24.2.2005 (RJ 2030). MP: Francisco Monterde Ferrer.

Las personas jurídicas no pueden sufrir daño moral.

Delito de insolvencia punible para eludir el pago de una deuda de letras de cambio, que provoca una situación económica crítica de la empresa acreedora.

12. STS, 1^a, 8.2.2005 (RJ 949). MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

Responsabilidad contractual del centro médico para evitar la prescripción de la acción. Vasectomías sucesivas erróneas, tras las que la mujer del paciente quedó embarazada dos veces. La primera, dio a luz a una niña y, la segunda, abortó.

11. STS, 1^a, 3.2.2005 (RJ 1458). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz.

No hay fines concurrenceales ni daños indemnizables.

Artículo publicado en revista corporativa de "Eroski, Sociedad Cooperativa" en el que se da noticia de que una muestra de queso fresco de "Mantequería Las Nieves, SA" tenía el germen listeria y de que su envase carecía de fecha de caducidad.

10. STS, 1^a, 10.12.2004 (RJ 2005\13808). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No hay responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por socorristas improvisados.

Bañista fallece mientras intentaba salvar a otro que se estaba ahogando en una playa valenciana.

9. STS, 3^a, 22.11.2004 (RJ 2005\20). MP: Ricardo Enríquez Sancho.

Responsabilidad no delegable de la empresa minera titular de la explotación.

Un dique de una balsa de residuos mineros, propiedad de Boliden Apirsa, cede y, como consecuencia, se produce el vertido de su contenido al río Guadiamar a su paso por Aznalcóllar (Sevilla).

8. STS, 1^a, 22.9.2004 (RJ 5681). MP: Luis Martínez-Calcerrara y Gómez.

Daño moral, el precio del sudor no derramado.

Trabajadores pierden su empleo tras el incendio de la fábrica donde trabajaban.

7. STS, 1^a, 8.7.2004 (RJ 5112). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

No hay intimidad entre rejas.

"El País" publica una fotografía de Francisco Javier de la Rosa comiendo un bocadillo en una celda de la Cárcel Modelo de Barcelona.

6. STS, 1^a, 12.5.2004 (RJ 2736). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

La causa de la causa es causa del mal causado.

Cardiópata fallece por parada cardiaca tras poner a salvo a su perro del ataque de un doberman que se había introducido en su finca.

5. STS, 3^a, 3.5.2004 (RJ 2694). MP: Ramón Trillo Torres.

Intervención de los cuerpos de seguridad españoles, más vale maña que fuerza.

El ferry "Val de Loire" forzado a desviarse a Roscoff (Bretaña) por el bloqueo del puerto de Santander por parte de pesqueros españoles.

4. STS, 2^a, 25.3.2004 (RJ 3641). MP: Julián Sánchez Melgar.

El titular del establecimiento responde subsidiariamente por todo lo que pase dentro del recinto.

Asistente a una fiesta de disfraces prende fuego a otro, que iba disfrazado de caníbal, al grito de "Voy a quemar al negro".

3. STS, 1^a, 17.3.2004 (RJ 1926). MP: Pedro González Poveda.

El principio "Quien contamina, paga" en la Ley de Aguas.

Atentado terrorista en oleoducto propiedad de la Compañía Logística de Hidrocarburos provoca vertidos de carburante en acuífero de la Sociedad General de Aguas de Barcelona.

2. STS, 1^a, 12.2.2004 (RJ 1127). MP: Antonio Romero Lorenzo.

Negligencia médica por prescripción de Roacutan®.

Paciente entra en la consulta médica para que le traten de acné y sale con diabetes insulinodependiente crónica.

1. STS, 1^a, 23.1.2004 (RJ 1). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

La penúltima batalla de la Guerra de los Tribunales.

Un abogado contra once Magistrados del Tribunal Constitucional.

130. STS, 3^a, 3.12.2012 (RJ 2013\582). MP: Ricardo Enríquez Sancho*.

Cálculo de la pérdida de oportunidad de tratamiento médico derivada de diagnóstico tardío de cáncer.

Mujer, de 50 años, ingresó el 11.9.2006 en el Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (Madrid; en adelante, HGUGM) por dolor costal derecho. El equipo médico le diagnosticó tromboembolismo pulmonar y descartó proceso tumoral torácico o abdominal. La paciente recibió el alta el 27.9.2006. Desde entonces, fue atendida en dicho centro en tres ocasiones hasta que el 1.1.2007 sufrió un episodio de disnea y, en el traslado en ambulancia al HGUGM, tuvo una parada cardiorrespiratoria. La práctica de una laparotomía exploradora urgente evidenció una carcinomatosis peritoneal (cáncer en diafragma, intestinos delgado y grueso, y mesenterio). La paciente falleció ese mismo día. Un diagnóstico anterior del cáncer hubiera determinado una posibilidad de supervivencia del 25%.

El 12.7.2007 el viudo y la hija, menor de edad, de la paciente interponen reclamación por responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Madrid y solicitan una indemnización de 300.000 euros, que la Consejería desestima por silencio administrativo.

Los mismos familiares interponen recurso contencioso-administrativo contra dicha Consejería y la compañía aseguradora de su responsabilidad civil, QBE Insurance (Europe), Ltd. El TSJ Madrid (6.10.2011) estima parcialmente el recurso y fija una indemnización de 126.987,59 euros con base en el sistema de baremos de accidentes de circulación.

El TS estima en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por QBE Insurance, casa la STSJ Madrid, pero mantiene la indemnización concedida por aplicación del principio de prohibición de la *reformatio in peius*:

"[L]a denominada pérdida de oportunidad se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consiguiente entrada en juego a la hora de valorar el daño (...) de dos elementos (...), como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este último (...). La sentencia de instancia ha errado al considerar que (...) el importe de la indemnización debe calcularse teniendo en cuenta el importe total del daño producido (...). Sin embargo, ello no determina que (...) debamos reducir en un 75% la cantidad señalada (...)"

[L]os baremos (...) no pueden aplicarse sin matices cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (...) En el caso (...) la suma de 108.846,51 euros

* La selección y resúmenes de las sentencias de 2011 han sido realizados por Sonia Ramos, Laura Allueva, Sergi Morales, Magalí Riera y Antoni Terra, bajo la coordinación del Prof. Dr. Pablo Salvador.

que el baremo reconoce al cónyuge y 18.141,08 euros a la hija no es adecuada para comenzar el cálculo de la indemnización. En casos semejantes (...) esta sala viene reconociendo cantidades que oscilan entre los 500.000 euros y 600.000 euros, por lo que, reduciendo esta suma en atención al reducido grado de probabilidad de haber evitado el resultado fatal producido si se hubiera efectuado un diagnóstico certero de la enfermedad (...) procede reconocer (...) una suma de 126.987,59, igual a la reconocida por la sentencia de instancia, que no puede ser superada por impedirlo el principio de la prohibición de "reformatio in peius"” (FD 4º).

129. STS, 3^a, 9.10.2012 (RJ 2012\10199). Santiago Martínez-Vares García².

Los daños por efectos adversos, graves pero muy infrecuentes, de vacunas deben ser soportados por la Administración sanitaria. Convalidación jurisprudencial del incumplimiento de deberes de información al paciente impuestos por la ley.

En octubre de 2002, el actor, camarero de 37 años de edad, acudió al Centro de Asistencia Primaria del Temple de Tortosa para que se le administrase la vacuna antigripal del año 2002-2003. El nombre comercial de la vacuna que le administraron era Chiroflu. Diez días después, el paciente comenzó a tener sensación de cansancio en las extremidades y fue ingresado en el Hospital de Tortosa. Tras agravarse su estado clínico, fue trasladado al Hospital Juan XXXIII (Tarragona), donde se le diagnosticó el síndrome de Guillain-Barré, un riesgo indicado en el prospecto del medicamento y sobre el que el paciente no fue informado. El síndrome le causó una tetraparesia con un grado de disminución funcional del 85%.

El paciente demanda al Instituto Catalán de la Salud (ICS) y solicita una indemnización de 468.699,42 euros, que el Instituto Catalán de la Salud desestima por silencio administrativo.

El TSJ Cataluña (30.9.2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el paciente contra el ICS: “[L]o que en el presente caso ha ocurrido [son] "efectos adversos de una vacunación" o "reacciones impredecibles", que no permiten determinar la infracción de un deber de información que se revelaría desproporcionado absolutamente y que impediría el ejercicio de la función médica de curar puesto que todo medicamento y toda actuación en el ámbito de la salud, conlleva un riesgo” (FD. 2º).

El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el paciente:

“[E]n supuestos (...) [de] vacunación (...) voluntaria si bien aconsejada y promovida por la Administración por los beneficios sociales que de la misma derivan, es bastante con que

² Vid. STS, 3^a, 30.1.2012 (RJ 2012\3238). MP: Enrique Lecumberri Martí; STS, 3^a, 6.11.2012 (Cendoj: 28079130042012100740). MP: Santiago Martínez-Vares García.

en el acto de la inoculación del virus se advierta verbalmente a la persona que lo recibe de aquellas consecuencias leves que pueden presentarse (...).

“[E]l perjudicado (...) no tiene el deber jurídico de soportar el riesgo que objetivamente debe asumir la sociedad en virtud del principio de solidaridad (...). [S]e ha concretado en el reclamante un riesgo altamente infrecuente, pero de previsible aparición (...), considerando además (...) que [las campañas de vacunación] persiguen objetivos no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral, y que una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna; factores estos que justifican que los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de la implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de beneficios y cargas” (FD 6º).

128. STS, 1^a, 13.9.2012, 535/2012, MP: José Antonio Seijas Quintana.

Legitimación de los padres como herederos de su hijo en un caso de accidente de circulación con resultado de lesiones que determinaron el fallecimiento de la víctima a los nueve meses

El 8 de octubre de 2006, un menor de 15 años de edad viajaba como ocupante en el ciclomotor conducido por su padre, el ciclomotor se salió de la calzada y como consecuencia del accidente el menor sufrió lesiones muy graves que requirieron 166 días de hospitalización y resultaron en un estado vegetativo persistente, según informe médico de alta de 9.2.2007. Cinco meses después, el menor falleció a causa de una infección respiratoria. Se abrieron diligencias penales por estos hechos y la aseguradora del vehículo, Mapfre, consignó a favor del menor 312.527,75 euros a cuenta de la indemnización definitiva que pudiera corresponder al menor.

Los padres de la víctima, en calidad de herederos del menor, demandan a Mapfre y solicitan la indemnización a la que hubiera tenido derecho su hijo por las lesiones resultantes del accidente y que cifran, conforme a baremos, en la cantidad de 1.081.161,49 euros.

El JPI núm. 2 Villanueva de la Serena (28.4.2009) estima la demanda y condena a Mapfre a indemnizar 897.188,64 euros (cantidad de la que debe descontarse a efectos de pago el importe ya consignado).

La AP Badajoz (5.10.2009) estima el recurso de apelación de Mapfre, revoca la SJPI y desestima la demanda, porque niega legitimación a los demandantes para reclamar en calidad de herederos del menor la indemnización por la incapacidad transitoria y permanente de este.

El TS estima en parte el recurso de casación de los padres, casa la SAP y condena a Mapfre a pagar 15.628,73 euros:

“[E]l perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. [C]on lo que serán sus (...) padres, los que ostentan derecho - *iure hereditatis* -, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida (...), como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente - *iure proprio* - puesto que se trata de daños distintos y compatibles (FD. 3º).

“[E]l crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales de un joven de quince años, puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento (FD. 4º).

Parece lógico ajustar la cantidad que el SLV reconoce (...) Sumados todos los conceptos, la indemnización asciende a la cantidad total de 14207, 94 euros (...) Lo que no (...) tiene en cuenta es esa mayor concentración de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible, causado a quien, a raíz del accidente, ha estado obligado a convivir durante un corto espacio de tiempo con unas gravísimas lesiones, razones todas ellas que permiten incrementar en un 10% la indemnización” (FD. 5º).

127. STS, 3^a, 2.1.2012 (RJ 2012\3). MP: Enrique Lecumberri Martí.

Aplicación a cargo de la Administración Pública del Cheapest Cost Avoider en materia de prueba

El 12.3.2002, la actora, de 29 años de edad y embarazada de gemelas, fue ingresada en el Hospital Gregorio Marañón (Madrid) por amenaza de parto prematuro. El 21.3.2002 nacieron dos niñas, pero a la segunda se le diagnosticó el 24.10.2002 una parálisis cerebral por lesiones durante el periodo prenatal. El 11.2.2005, la Consejería de Familia y Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Madrid le concedió un grado de minusvalía del 65%.

El 24.7.2007, la madre reclama una indemnización de 1.190.000 euros por responsabilidad patrimonial ante el Servicio Madrileño de Salud. La Consejería de Sanidad desestima la petición por silencio administrativo.

El TSJ Madrid (Sección 8^a, 25.3.2010) desestima el recurso interpuesto por la reclamante.

El TS estima el recurso de casación y concede una indemnización de 50.000 euros a los padres y de 400.000 euros a la menor:

“[H]ubo un quebranto de la *lex artis*, pues al no darle a los recurrentes el derecho a tener una historia clínica completa y rigurosa con el seguimiento y lo acontecido en el parto, se les ha impedido acreditar si efectivamente se produjo o no sufrimiento fetal del feto, con lo que es la Administración, quien habiendo debido facilitar por su disponibilidad esta documentación debe correr con los perjuicios de la falta de prueba sobre que ciertamente no fue el sufrimiento fetal lo que causó la hipoxia del feto (...). Se le ha privado de la capacidad de probar y defender una hipótesis, respecto de la que la Administración estaba en mejor posición” (FD. 3º).

126. STS, 3^a, 26.3.2012 (RJ 2012\5102). MP: Celsa Pico Lorenzo.

Elevada indemnización en concepto de lucro cesante en un caso de muerte.

El 3.11.2004, en la ecografía practicada en la semana 39 a una gestante, de 23 años de edad, los médicos evidenciaron varios problemas (crecimiento intrauterino retardado, posición podálica) e indicaron la expulsión del feto por cesárea, que se llevó a cabo sin complicaciones para la madre y el bebé. Después del parto, tras administrar a la madre el tratamiento profiláctico apropiado después de una cesárea, Augmentine y oxitocina, aquella presentó un edema facial generalizado por shock anafiláctico y falleció por parada cardíaca.

El marido de la víctima interpone reclamación ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por responsabilidad patrimonial y solicita una indemnización de 5.000.000 de euros. La reclamación es desestimada por silencio administrativo.

El TSJ de la Comunidad de Madrid (Sección 8^a, 31.5.2010) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el reclamante.

El TS estima en parte el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo, y concede una indemnización de 1.000.000 de euros por infracción de la *lex artis* en la atención sanitaria y de 60.000 euros por el daño moral derivado de la falta de consentimiento informado:

“[R]esulta irracional considerar que hubo respeto de la *lex artis* cuando no se trasladó a la paciente a la unidad de cuidados intensivos para proceder a una atención más completa

respecto del conjunto de reacciones adversas sufridas" (FD. 7º). "[H]a habido quebranto de la *lex artis* en la prestación del consentimiento informado al no haber sido instruida la paciente adecuadamente sobre los posibles riesgos derivados del parto por cesárea mediante la técnica de anestesia y el subsiguiente tratamiento profiláctico (...) Y respecto a la indemnización derivada del fallecimiento (...) respecto de la que se reclama la suma de 5.000.000 euros se considera más razonable la suma de 1.000.000 euros que responde, redondeando, al criterio orientador del Baremo fijado en la Ley 30/1995, 159.491,07 euros, más la suma reclamada, 963.062,37 euros, atendiendo al trabajo que realizaba" (FD. 12º).

125. STS, 3^a, 10.4.2012 (RJ 2012\5700). MP: Enrique Lecumberri Martí³.

Asunción de riesgos inherentes a la profesión y compensación del daño a cargo de las prestaciones de la Seguridad Social.

El 4.4.2003, una paciente, diagnosticada con el virus de la inmunodeficiencia humana y de la hepatitis C, se movió bruscamente mientras recibía asistencia por parte de un ayudante técnico sanitario, de modo tal que el catéter venoso que le habían aplicado pinchó al ayudante, quien contrajo la hepatitis C y fue declarado en situación de invalidez absoluta.

La víctima interpone reclamación ante la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana por responsabilidad patrimonial derivada del contagio del VHC y solicita 450.000 euros. La Consejería desestima la reclamación por silencio administrativo.

El TSJ de la Comunidad Valenciana (Sección 2^a, 19.2.2010) desestima el recurso contencioso-administrativo de la víctima.

El TS desestima el recurso de casación:

"[N]os encontramos ante la materialización de un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado previamente por el actor, y por el que ha sido compensado a efectos por medio de la declaración de invalidez absoluta, sin que haya sido ese riesgo interferido o incrementado por un incumplimiento relevante de la Administración por falta de información o de medios suficientes para evitar el mismo. Por tanto, es evidente que el daño no es antijurídico y no puede reconocerse indemnización por responsabilidad patrimonial al haber quedado ya reconocido y compensado a nivel de prestaciones en el ámbito laboral" (FD. 5º).

³ Las lesiones que una celadora sufrió al caer uno de los ascensores del hospital, desde una tercera planta, no fueron consideradas por la STS, 3^a, 3.11.2008 (RJ 2008\5852) como un "riesgo inherente al ejercicio de su profesión".

124. STS, 1^a, 23.10.2012 (595/2012). MP: Francisco Marín Castán⁴.

Pilotos en formación asumen el riesgo de un accidente aéreo.

El 20.5.1995 una avioneta, pilotada por un examinador, y en la que viajaban dos alumnos aspirantes a obtener la licencia de piloto, se precipitó al suelo mientras realizaba maniobras de toma-despegue. El piloto y uno de los alumnos sufrieron lesiones graves, y el otro ocupante falleció.

El alumno lesionado demanda a la Sociedad Estatal de Enseñanzas Aeronáuticas Civiles S.A. (SENASA) y a su aseguradora Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., y solicita una indemnización de 208.938,32 euros.

El JPI nº 46 de Madrid (9.3.2009) desestima la demanda. La AP de Madrid (Secc. 11^a, 16.11.2009) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación:

“[L]a demanda no se fundó en la Ley sobre Navegación Aérea porque esta no incluyó en su ámbito de aplicación a los alumnos pilotos hasta el RD 37/2001, por tanto varios años después de los hechos enjuiciados” (...)

“[H]abiendo tenido por probado el tribunal (...) que la avioneta se precipitó al suelo por la propia maniobra (...) la imputación de responsabilidad a Senasa con base en el art. 1902 CC tendría que prescindir por completo de la culpa o negligencia que esta misma norma exige. En suma, los hechos que la sentencia recurrida declara probados y la falta de relación de dependencia entre el examinador y la sociedad demandada distinguen este caso del analizado por la sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2000 (RJ 2000, 5291), siniestro de una aeronave con dos alumnos y un instructor a bordo, porque además de tenerse por probada entonces la relación de dependencia entre el instructor y la compañía demandada, no había prueba de las causas por las que la aeronave se había precipitado a tierra.

[S]obre la tesis de la responsabilidad por riesgo (...) cierto que un centro de enseñanza para la obtención de la licencia de piloto debe poner todos los medios para garantizar la seguridad de sus alumnos, pero también lo es que la asunción del riesgo de volar tiene mucha más intensidad para los aspirantes a la licencia que para los pasajeros de líneas aéreas o aeronaves autorizadas para el transporte de viajeros, ya que mientras en el transporte la regla general es evitar maniobras arriesgadas, en cambio la enseñanza del vuelo y los exámenes correspondientes comportan por sí maniobras que simulen situaciones apuradas que el aspirante a piloto sea capaz de superar. Se produce así, en

⁴ Cfr. con STS, 1^a, 15.4.2009 (nº 257/2009). MP: Antonio Salas Carceller.

casos como el enjuiciado, un asunción de riesgos compartidos por todos los tripulantes de la aeronave que no permite imponer a su propietaria, titular a su vez del centro de enseñanza, un régimen de responsabilidad objetiva con base en el 1902 CC" (FD 3º).

123. STS, 1^a, 10.9.2012 (536/2012). MP: Juan Antonio Xiol Ríos.

Presunción de causalidad de los daños sufridos por la contraparte en una colisión recíproca de vehículos cuando se desconoce la contribución causal de cada uno.

El 31.3.2003 tuvo lugar un accidente de tráfico debido a la colisión en una curva de dos vehículos que conducían en sentido contrario, a consecuencia del cual uno de los conductores, Dionisio, sufrió lesiones, y ambos vehículos sufrieron daños materiales que fueron reparados por las respectivas aseguradoras. La prueba de alcoholemia practicada al otro conductor, Nicolás, dio positiva, y este admitió que en el momento del accidente circulaba a una velocidad superior a los 50 km/h permitidos. En el caso, no pudo acreditarse cuál de los dos vehículos invadió el carril contrario.

Dionisio denunció a Nicolás y se reservó la acción civil para interponerla en un procedimiento posterior. El Juzgado de lo Penal (7.3.2005) condenó a Nicolás como autor de un delito contra la seguridad del tráfico y de un delito de lesiones por imprudencia. La AP Vizcaya (1.7.2005) revocó la sentencia de instancia y absolió al acusado: "no se ha probado que efectivamente fuera su vehículo quien invadió el carril contrario y, por lo tanto, incurriera en la infracción del deber objeto de cuidado determinante del siniestro." (A.H. 2º STS).

Dionisio demanda a la compañía de seguros Allianz S.A., aseguradora del vehículo conducido por Nicolás, y reclama una indemnización por los daños personales sufridos.

El JPI nº 1 de Guernica-Lumo (12.1.2009) desestimó la demanda "al estima[r] que se carecen de elementos concluyentes que permitan conocer con certeza quién invadió el carril contrario, causa del accidente" (A.H. 2º).

La SAP de Vizcaya (Sección 3^a, 11.6.2009) estimó parcialmente el recurso en cuanto a las costas, pero confirmó el resto de pronunciamientos de la SJPI: "ante las versiones contradictorias de los litigantes y atendiendo a la doctrina de las reglas de prueba que en estos supuestos deben ser de aplicación (...) el actor no ha logrado acreditar los hechos que reclama y por tanto [procede] desestimar su demanda" (AH 4º).

El actor interpuso recurso de casación por infracción del art. 1902 CC, del art. 1.1 Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y de la doctrina jurisprudencial sobre este último precepto.

El TS estimó el recurso de casación del actor, declaró al demandado responsable del 100% de los daños personales acreditados por el actor y ordenó reponer las actuaciones a la AP para que dictara sentencia en torno a la cuantía de la indemnización:

"B) (...) [U]na recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación (...).

El principio de responsabilidad objetiva -en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí-, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño (...)

C) La solución apuntada traslada la controversia al tema de si procede o no que cada conductor resarza por completo los daños corporales causados a los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión (...)

[E]n tránsito de unificar la doctrina existente con efecto de fijación de jurisprudencia, dada la divergencia existente entre las distintas audiencias provinciales, nos inclinamos por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas. Las razones en que se funda esta conclusión son las siguientes:

- (a) Esta es la doctrina seguida por un número considerable de audiencias provinciales.
- (b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado, como se ha expuesto.
- (c) Es una doctrina próxima, aunque no coincide con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción.
- (d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, artículo 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»).

(e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo. Estimamos que, cuando, por falta de datos, no resulta posible destruir la presunción fundada en el riesgo creado por cada conductor respecto de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo (supuesto a que se contrae el caso enjuiciado), el principio de responsabilidad objetiva puede resultar dañado si, sin otro fundamento que haber existido otra posible causa concurrente, presuntivamente se restringe la causalidad imputable a cada conductor en la producción de los daños al otro vehículo a una proporción del 50% (esta reducción sí sería procedente si se probase que ambos causaron el accidente en dicha proporción)" (FD. 4º).

122. STS, 1^a, 27.2.2012 (45/2012). MP: José Antonio Seijas Quintana.

Responsabilidad del fabricante de un stent por los daños derivados de su rotura en circunstancias no previstas por el fabricante.

En abril de 1995, el actor, peón de obra de 29 años de edad, sufrió una trombosis venosa en el brazo izquierdo por afectación de una vena subclavia y se le implantó en el Hospital Universitario Santa Cecilia de Granada un *stent*, fabricado por Boston Scientific S.A. En marzo de 1998 sufrió una nueva trombosis, debido a la rotura del stent, motivada tanto por el desgaste del material con el que estaba fabricado como por el esfuerzo que exigía su trabajo habitual. En marzo de 2000, el INSS le declaró en situación de incapacidad permanente.

El 19.7.2000 el actor se dirigió a la entidad Isaza S.A. -distribuidora del *stent* en el momento de su implantación-, la cual le remitió a Boston Scientific S.A. El 7.2.2001, el actor se puso en contacto mediante un telegrama con esta última y el 25.4.2002 ambas partes celebraron un acto de conciliación sin llegar a un acuerdo.

El actor demanda al Servicio Andaluz de Salud, a su aseguradora St. Paul Insurance y a Boston Scientific S.A. y reclama 240.404,34 euros.

El JPI nº 2 de Granada (20.2.2006) estima la excepción de prescripción planteada por Boston Scientific S.A. y desestima la demanda.

La AP de Granada (Sección 5^a, 15.12.2006) declara la falta de jurisdicción para resolver contra [la Administración] y St. Paul Insurance España, pero no contra Boston Scientific S.A, y declara nula la SJPI.

Devueltas las actuaciones, el JPI nº 2 de Granada (16.11.2007) estima la demanda, condena a Boston Scientific S.A. al pago de 240.404,34 euros.

La AP de Granada (Sección 5^a, 14.11.2008) estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y revoca la SJPI, porque considera que la acción ejercitada ha prescrito.

El TS estima en parte los recursos de casación interpuestos por el actor y por la demandada:

Respecto al del actor:

“Es doctrina reiterada [de] esta sala que, cuando, como aquí sucede, se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, el dia inicial del computo coincide con la terminación del expediente, pues sólo entonces se dispone de un dato - incapacidad- que afecta esencialmente al daño padecido (...) lo que le permitirá detallar en su demanda el definitivo quebranto sufrido” (FD. 2º).

El TS entra a analizar el fondo del asunto y en aplicación de la Ley 22/1994 considera:

“[E]n el caso hay una causalidad física o material, por cuanto las lesiones del demandante están vinculadas a la rotura del *stent*, y también causalidad jurídica. No se niega que había un riesgo de que el *stent* se pudiera romper debido a ejercicios continuados durante el trabajo, y que este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta, y lo que no es posible es poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad. El juicio de reproche subjetivo recae sobre la entidad demandada -fabricante del producto-, y, por consiguiente, la que incurrió en la falta de diligencia, conforme resulta de los hechos probados de la sentencia del Juzgado, puesto que la colocación del *stent* se hizo para que el actor pudiera seguir con su vida normal, sin que en ningún momento se le prohibiera continuar con el trabajo habitual porque el mecanismo de rotura por compresión muscular no está descrito en la literatura médica -Dr. Eusebio- y la posibilidad de rotura por sobre esfuerzo se habría materializado mucho antes de cuando ocurrió, como precisó el Dr. Jacobo. (FD 3º)

Respecto al recurso de la demandada, el Tribunal rebajó la indemnización a 92.455,203 euros con base en la aplicación de la ley de baremos:

“La rotura del *stent* originó daños al demandante que deben ser objeto de indemnización si bien de forma distinta a como se cuantificaron en la sentencia del Juzgado (240.404,34 euros), sin más justificación que “las circunstancias concurrentes” de edad, trastornos síquicos, necesidad de tomar medicamentos toda su vida, dificultad para encontrar trabajo y el lucro cesante que va a dejar de percibir durante toda su vida laboral al no poder volver a desempeñar el mismo puesto de trabajo que antes desempeñaba”.

121. STS, 1^a, 16.1.2012 (948/2011). MP: José Antonio Seijas Quintana.

La infracción del consentimiento informado genera responsabilidad del médico por la pérdida de oportunidad del paciente consistente en haber rechazado el tratamiento.

En fecha desconocida Pedro Enrique, de 48 años, acudió a la clínica del Dr. Adriano, aquejado de dolor cervical. Tras practicársele un tratamiento conservador que no surgió efecto, el facultativo, que tenía habitual contacto médico con el paciente, dictaminó que era aconsejable el uso de cirugía. El documento de consentimiento informado que se proporcionó al paciente, no mencionaba ni el diagnóstico médico, ni el tipo de intervención que se iba a practicar ni los riesgos específicos que de ella podían derivarse. Además, quedó sin firmar. El 3.2.2005, Pedro Enrique fue intervenido quirúrgicamente de disectomía cervical por el Dr. Adriano, que pertenecía al cuadro médico de la compañía Aresa y tenía la responsabilidad civil asegurada por la compañía Zurich. Como consecuencia de la operación, el paciente quedó afectado de tetraplejia con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, con alteración de la sensibilidad por debajo del nivel metamérico de la lesión y falta de control voluntario sobre esfínter rectal. La nueva situación le hace dependiente para la sedestación, le obliga a tenerse que desplazar en una silla de ruedas y necesita ayuda para las actividades de la vida diaria.

Pedro Enrique, Penélope, Rosa y Cornelio -esposa e hijos- demandan a Adriano, a Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y a Aresa, Seguros Generales S.A., y solicitan una indemnización de 1.387.519,62 euros (más 1941,84 euros mensuales desde julio de 2006 hasta que el actor abandone la residencia asistencial) para Pedro Enrique y una de 57.528,94 euros para Penélope, Rosa y Cornelio, a distribuir en partes iguales, entre ellos.

El JPI nº 54 de Barcelona (8.3.2007) estima en parte la demanda y condena a los demandados al pago de 118.243,79 euros a Pedro Enrique y de 10.000 a cada uno de los otros tres demandantes.

La AP de Barcelona (Sección 16^a, 23.9.2008) estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y aumenta las cuantías indemnizatorias a 509.954,99 euros para Pedro Enrique y a 19.172,98 euros a favor del resto de los demandantes.

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados y reduce la cuantía indemnizatoria a 254.977,45 euros a favor de Pedro Enrique y a 9.586,49 euros para cada uno de los otros tres demandantes. El TS considera que:

[E]xiste una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la

intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido. Ello exige una previa ponderación de aquellas circunstancias más relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica, que en el caso se concretan en una intervención clínicamente aconsejable, en la relación de confianza existente entre paciente- médico, en su estado previo de salud, el fracaso del tratamiento conservador, las complicaciones de escasa incidencia estadística y en las consecuencias que se derivaron de la misma; todo lo cual permite cuantificar la indemnización en 254.977,45 euros a favor del Sr. Pedro Enrique y en la cantidad de 9.586,49 euros a favor de cada uno de los restantes codemandantes, es decir, un 50% de lo que hubiera correspondido por una mala praxis médica acreditada, tomando como referencia la misma que recoge la sentencia de la Audiencia, mediante la aplicación del baremo, que no ha sido cuestionada (...)” (FD 3º).

120. STS, 3^a, 29.11.2011 (RJ 2012\2517). MP: Celsa Pico Lorenzo*

Responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por los daños derivados de un delito cometido por un preso a quien se le había concedido un permiso de salida.

El 17.7.2002 se produjo un atraco en la oficina de Caja Madrid sita en la calle Toledo, número 77, de Madrid. Cesáreo, empleado de dicha entidad, recibió un disparo de Marino, a quien se le había concedido un permiso penitenciario de salida mediante Auto de 11.1.2002 del Juez de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla-León. Como consecuencia del disparo, Cesáreo sufrió una herida penetrante abdominal en hipocondrio izquierdo y quedó en situación de incapacidad permanente absoluta.

Cesáreo reclamó una indemnización de daños y perjuicios al Ministerio del Interior. La Secretaría General Técnica, por delegación del Ministro del Interior, desestimó la reclamación mediante resolución expresa de 16.6.2008.

Acto seguido, la víctima interpuso, contra la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, recurso ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la AN. El 30.9.2009, la AN dictó sentencia con la cual estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado por Cesáreo y condenó al Ministerio al pago de 250.000 euros, en concepto de daños y perjuicios, sin costas.

La Administración del Estado interpuso recurso de casación contra la sentencia de la AN.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y condena en costas a la Administración. En particular, el TS desestima el recurso de casación asumiendo que la Administración ha de responder de los daños derivados del fracaso de los permisos carcelarios. En efecto, la concesión de un permiso carcelario no implica la desaparición

* La selección y resúmenes de las sentencias de 2011 han sido realizados por Sonia Ramos, Laura Allueva, Luca Biffaro, Sergi Morales, Magalí Riera y Antoni Terra.

de la relación existente entre el interno y la Administración “consecuencia de la denominada relación de ‘supremacía especial’, de la que dimanan un conjunto de derechos y deberes entre ambos, y que no quedan en suspenso o desaparecen durante los periodos de permiso, sino que continúan, incluso fuera del centro penitenciario” (FJ 1º), sin desconocer que, en casos como los de autos, el hecho causante del resultado dañoso no dimana directamente de la actividad o de los servicios de la Administración.

El TS fundamenta su decisión sobre una doctrina jurisprudencial ya sentada por la Sala 3ª (SSTS de 7.10.1997, 4.6.2002, 14.10.2004 y 18.5.2010), afirmando que “(...) la obligación de soportar individualmente el daño sufrido no puede imputarse a los perjudicados cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos derivados de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de la solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público (...)” (FJ 3º).

119. STS, 3ª, 27.9.2011 (JUR 2011\350537). MP: Antonio Martí García⁵

Pérdida de oportunidad por el retraso en el diagnóstico médico.

El 4.11.2004, Melchor, nacido en 1946, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital 12 de octubre (Madrid) y quedó ingresado en el Servicio de Medicina hasta el alta hospitalaria, el 24.12.2004. Durante ese tiempo, de las pruebas que se le practicaron, llamó la atención la presencia en el TAC de un nódulo parenquimatoso de contornos irregulares de 12 mm. de diámetro situado en el lóbulo inferior derecho (pulmón). El 19.4.2005, después de ser examinado en la consulta del Servicio de Neumología del mismo hospital, se apreció que la lesión pulmonar era de 18 mm. de diámetro. El 29.4.2005, se solicitó un nuevo TAC, y el 8.6.2005, se informó de la sospecha de neoplasia de pulmón, que se consideró irresecable. Se inició tratamiento de quimioterapia y, a partir del 23.9.2005, también se administró radioterapia al paciente. Melchor falleció el 27.9.2005.

El 22.9.2006, Inmaculada, la esposa del fallecido, interpone reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Madrileño de Salud solicitando una indemnización de 160.000 euros más intereses, que se desestima por silencio administrativo.

El TSJ Madrid (Sala C-A, Secc. 8ª, 31.7.2009) desestima el recurso contencioso-administrativo.

El TS estima parcialmente el recurso de casación porque “(...) atendiendo al tenor de los informes citados y anteriormente transcritos (...), [se concluye] que concurren los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración (...), pues el retraso en el diagnóstico y la realización tardía de las pruebas que hubiesen permitido una anterior confirmación del diagnóstico de presunción, supone[n] una infracción de la <<lex artis>> que ha generado una

⁵ Téngase en cuenta la STS, 3ª, 30.9.2011 (JUR 2011\361912). MP: Segundo Menéndez Pérez.

pérdida de oportunidad, en cuanto los resultados hubieran podido ser otros". El TS añade en relación con la indemnización que "(...) ha de tenerse en cuenta que no se indemniza por el fallecimiento de Don Melchor (...) sino (...) por la pérdida de oportunidad sufrida pues, a la vista de los referidos informes cabe sostener que, en este caso, el retraso en la práctica del <<estudio neumológico del paciente hizo imposible su tratamiento con posibilidades de curación por la extensión tumoral>>, una vez acreditada <<la presencia de un nódulo pulmonar solitario de bordes irregulares y ya de un tamaño de 12 mm>>, unido a las especiales circunstancias del paciente, [y a] sus antecedentes personales de haber sido trabajador de asbesto y disolventes orgánicos, además de los antecedentes familiares de neoplasia pulmonar del padre y un hermano". Finalmente, el TS condena a la Administración Pública a abonar a Inmaculada la cantidad de 30.000 euros en concepto de indemnización (FD 7º).

118. STS, 3^a, 13.4.2011 (RJ 2011\3213). MP: Santiago Martínez-Vares García

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el funcionamiento anormal del servicio público de ferrocarriles y ausencia de culpa in vigilando de la madre del menor víctima de los daños.

El 10.10.1979, Leovigildo jugaba con otros niños en la fuente pública situada al borde de la vía del tren de mercancías de la Generalitat de Catalunya en dirección Barcelona-Manresa, careciendo dicho lugar de las medidas de seguridad necesarias. Leovigildo fue arrollado por el tren, y como consecuencia de ello sufrió importantes lesiones físicas y psíquicas de naturaleza permanente. El 9.10.1980 su madre interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra la Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S.A. El 26.9.1988 el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sant Feliu de Llobregat dictó sentencia, condenando a la demandada a abonar la cantidad de 20.000.000 de pesetas (equivalentes a 120.202,42 euros). Dicha sentencia, sin embargo, no pudo ser ejecutada en cuanto el Juzgado *de quo* no accedió a sustituir a la demandada y condenada entidad por el ente público Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (en adelante, FGC). La vía judicial finalizó con un archivo provisional dictado, el 29.7.1999, al éxito del incidente planteado en la fase de ejecución de la sentencia sobre la posible extensión de la condena a FGC, subrogación que el Tribunal Supremo no admitió.

A motivo de la imposibilidad de ejecutar la sentencia contra la entidad condenada, el 28.11.2000 Leovigildo interpuso reclamación de responsabilidad patrimonial contra la FGC ante el Departament de Política Territorial i Obres Pùbliques de la Generalitat de Catalunya, en el que esta última resultaba adscrita desde su creación intervenida con Decreto de 5.9.1979 de la misma Generalitat. La Administración no contestó a la reclamación, dejando que sobre la misma se formara el silencio (*no consta*).

El éxito desfavorable de la vía administrativa llevó Leovigildo, el 21.7.2006, a impugnar la resolución del Departament de Política Territorial i Obres Pùbliques de la Generalitat de

Catalunya ante el TSJ Cataluña. A medio de recurso contencioso-administrativo Leovigildo ejercitó acción de responsabilidad patrimonial.

El TSJ Cataluña, sustantivamente en línea con la decisión del Juzgado de Primera Instancia, reconoció la responsabilidad de FGC, por considerar que la titularidad del servicio público de ferrocarriles en la fecha en que se produjo el accidente correspondía a dicha entidad. El TSJ Cataluña reconstruyó el cuadro normativo existente y puso de manifiesto que la competencia en materia de transporte público se había trasladado del Estado a las Comunidades Autónomas mediante RD 2115/1978, de 26 de julio. Por consiguiente, la Generalitat de Cataluña había sucedido a Ferrocarriles de Vía Estrecha (entidad que, a su vez, era *medio tempore* sucedida a la Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S.A.) en todas las obligaciones derivadas de la explotación del servicio público de los ferrocarriles y tranvías que no tuvieran ámbito nacional y estuviesen completamente integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma.

Por estas razones el TSJ Cataluña estimó en parte el recurso interpuesto por Leovigildo, condenando la Generalitat de Cataluña y FGC a abonar al actor la cantidad que resultase de la actualización del importe de la indemnización ya establecido en su día por el Juzgado de Primera Instancia.

La resolución del TSJ Cataluña fue recurrida por parte de FGC ante el TS, que declaró no haber lugar al recurso, condenando en costas a la recurrente entidad.

En punto de derecho, en particular, el TS se alineó a la postura del TSJ Cataluña, considerando que la Generalitat de Cataluña y, por ende, FGC, habían sucedido, en *universum ius*, en todas las obligaciones de la Compañía General de los Ferrocarriles Catalanes, S.A. y de FEVE en materia de explotación del servicio público de los ferrocarriles y tranvías.

El TS concluyó que se daban todos los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las entidades condenadas, en cuanto el Juzgado de Primera Instancia ya había apreciado la existencia de daños físicos y psíquicos en el perjudicado, la existencia de un riesgo objetivo que el particular no tenía la obligación de soportar y la existencia del nexo causal entre dicho riesgo derivado de la explotación del servicio público de ferrocarriles y el resultado dañoso.

El TS, en particular, no consideró que la madre de la víctima hubiese incurrido en *culpa in vigilando*, como alegado *ex adverso* por la demandada. Por lo tanto, entre la conducta de FGC y el resultado dañoso no se había interpuesto algún hecho interruptor del nexo causal. Al respecto, en el FD 5º se establece que "la lesión era imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento en este caso anormal del servicio público y que, por tanto, existía una relación de causa efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta fuera producida por fuerza mayor".

117. STS, 3^a, 13.4.2011 (RJ 2011\3214). MP: Celsa Pico Lorenzo

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por el uso de biondas peligrosas en las carreteras

En fecha indeterminada, Blas circulaba con exceso de velocidad no temeraria por la carretera GI-862 desde Tossa de Mar hacia Blanes cuando cayó de su motocicleta y sufrió un accidente. Su cuerpo impactó con un poste perfil IPN de vértices cortantes, cosa que le produjo una gravísima lesión medular. A pesar de que los postes IPN se adecuaban a la normativa en vigor al tiempo de los hechos, la circular 321/1995 recomendaba su sustitución en caso de reposición, actualización o conservación de la vía.

Blas interpone reclamación ante el Departament de Política Territorial i Obres Públiques de la Generalitat de Catalunya y solicita una indemnización de 638.818,41 euros, que es desestimada por silencio administrativo.

El TSJ de Catalunya (27.9.2006) desestima el recurso contencioso-administrativo al concluir que no existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el resultado lesivo producido.

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por el actor y condena a la Administración al pago de 319.409,20 euros. El Tribunal entiende, en aplicación analógica de la STS, 3^a, 1.12.2009 (RJ 2009\8129), que existe nexo causal entre la lesión padecida y el tipo de valla de la mediana, de modo que “es innegable que el corte de la pierna no habría podido ocurrir con un poste de otro tipo”. Además la Sala afirma que no existe, desde la posición jurídica del particular, “un deber jurídico de soportar el daño que permita excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración”. El TS aprecia la concurrencia de culpas del recurrente y de la Administración, lo que debe ser tenido en consideración a la hora de fijar la cuantía de la indemnización (FD 5º).

116. STS, 3^a, 29.3.2011 (RJ 2011\2689). MP: Segundo Menéndez Pérez

Ruptura del nexo causal por intervención negligente de la víctima

El 20.11.2000, Ángel Jesús conducía un autobús militar, en el que viajaban 35 personas, por la autopista A-9, en el tramo Ferrol-Guisamo. Al llegar a la altura del kilómetro 17F, el conductor fue alertado por los viajeros de que se estaba incendiando el motor, ubicado en la parte trasera del vehículo, ante lo cual decidió seguir adelante para buscar un sitio adecuado para detenerse. Transcurridos unos minutos, y dado que el incendio iba a más, optó por pararse en el carril derecho de la carretera y abrir las puertas para que bajaran los pasajeros. Detrás del autobús, José María, conductor de una ambulancia militar que no guardaba la distancia de seguridad aconsejable, chocó con la parte trasera del autobús al verse sorprendido por su repentina detención, y resultó herido. Como consecuencia de la colisión, la ambulancia se incendió y

algunos de los pasajeros del autobús se situaron en la parte trasera de la ambulancia para intentar apagar el fuego. En ese momento, Evaristo, que conducía un turismo a 60 Km/h, atropelló a un pasajero del autobús y colisionó con la parte posterior de la ambulancia.

José María formuló reclamación de indemnización al Ministerio de Defensa en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, la cual fue desestimada por silencio administrativo.

La AN (11.2.2009) desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por José María.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el actor: "aunque la Administración generó un riesgo en el tráfico al no haber detectado el deterioro de un elemento mecánico que produjo el incendio del motor del autobús, la actuación del conductor de la ambulancia fue de tal intensidad que rompió el nexo causal entre aquella omisión y el perjuicio derivado de la colisión (...) "[E]l demandante no guardó la distancia de seguridad exigible ni prestó la debida atención, mientras que el conductor del turismo se situó dentro de la nube de humo que salía de la ambulancia, con los consiguientes daños que de ello se derivan, a pesar de haber visto dicha nube con suficiente antelación para no hacerlo" (FD. 2º).

115. STS, 1ª, 25.10.2011 (JUR 373144). MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas

Collateral Source Rule entre las prestaciones del seguro de responsabilidad civil y las prestaciones de la Seguridad Social o de otros seguros de accidente que amparen al trabajador.

El 11.7.1998, Carlos Alberto, durante su jornada laboral como trabajador temporal de Comercial Unión, retiró el tope móvil existente entre el final de un camino de rodillos y un perfil móvil en doble T e introdujo los dos pies en el hueco resultante, con el fin de flejar y transportar paquetes de chapa metálica. En ese momento, se produjo un leve desnivel en el tren sobre el que circulaban los paquetes, suficiente para provocar un corrimiento de los mismos. Carlos Alberto solo pudo retirar uno de sus pies de dicho hueco, por lo que, debido al impacto de los paquetes de chapa, sufrió graves fracturas y secuelas en el que le quedó atrapado.

Carlos Alberto demanda a Abal Transformados, S.L. (que había absorbido a Comercial Unión) y a su compañía aseguradora de la responsabilidad civil, Groupama Plus Ultra, S.A., y reclama una indemnización por daños y perjuicios de 139.006,86 euros, de los cuales la compañía aseguradora debía asumir 85.949,68 euros.

El JPI núm. 5 de Vitoria (30.6.2006) estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados al pago de 118.002,54 euros, de los cuales la aseguradora responde con carácter solidario por valor de 85.949,68 euros.

La AP Álava (Secc. 1^a, 20.2.2007) desestima el recurso de apelación presentado por Carlos Alberto, y estima en parte los de Abal Transformados y Groupama, reduciendo el importe total de la indemnización a 97.608,20 euros.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por Groupama. Afirma que la aseguradora no puede descontar del pago al asegurado ninguna cantidad porque existan otros seguros de accidente que amparen al trabajador o por lo ya cobrado de la Seguridad Social (art. 101 LCS), no generando esta circunstancia enriquecimiento injusto del trabajador. Lo contrario implicaría incumplimiento de la aseguradora de las obligaciones pactadas (art. 1 LCS) y “enriquec[imiento de] la Compañía de seguros afrontando un pago menor del que se comprometió en el contrato de seguro” (FD 4^o).

114. STS, 1^a, 28.9.2011 (JUR 375278). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Equiparación a efectos de aplicar la Tabla I de baremos (indemnizaciones básicas por muerte) entre el supuesto en que un tercer conductor causa la muerte de ambos padres y el supuesto en que uno de éstos causa la del otro.

El 21.7.2003, un automóvil salió de su carril y colisionó contra otro turismo. En dicho siniestro fallecieron Fernando, el conductor del vehículo causante del accidente, y su esposa Débora. La hija de ambos, Adela, de 10 meses de edad resultó herida.

Los padres adoptivos de la menor, Sara y Nicanor, junto con los abuelos paternos y la abuela materna, demandan al conductor y a la aseguradora del otro vehículo implicado, y solicitan 622.348,93 euros. Subsidiariamente, para el caso de considerar responsable a Fernando, demandan a la propia aseguradora del vehículo de éste (Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija) y solicitan 297.581,14 euros.

El JPI núm. 3 de San Feliu de Llobregat (21.9.2006) desestima la demanda.

La AP de Barcelona (Sección 11^a, 20.12.2007) estima en parte el recurso de apelación de la parte actora y condena a la aseguradora del vehículo de Fernando a pagar a la menor 149.748,88 euros; a la abuela materna, la suma de 8.540,21 euros por la muerte de Débora; y 1.848,37 euros en concepto de gastos de sepelio a Sara, hermana de la fallecida y madre adoptiva de Adela.

La AP “concede una indemnización a la menor por el fallecimiento de su madre cuando con arreglo al sistema [previsto por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (BOE núm. 267, de 5.11.2004)] debería corresponderle el factor de corrección de «fallecimiento de ambos padres en el accidente», que representa un incremento del 100% de la indemnización básica que corresponde por el fallecimiento ... es decir, una indemnización ... de 131.985,44 euros más sobre la indemnización ... reconocida”(FD 5^o).

El TS estima en parte el recurso de casación y condena a Pelayo Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija (aseguradora de Fernando) a que pague a los padres adoptivos de la menor la suma de 277.169,42 euros por el fallecimiento de sus padres, en lugar de los 145.970,44 fijados en apelación.

El TS “(...) justifica la procedencia de aplicar el referido factor corrector, aun en el caso de que uno de los padres sea el causante del accidente, en atención a que se trata de un factor que toma en consideración la situación de mayor desamparo que ... supone para el hijo que ambos padres hayan fallecido como consecuencia del siniestro ... y determina la procedencia de aplicar el referido factor corrector de la indemnización básica, en un porcentaje que, dada su edad, habrá de ser del 100% del incremento”, y todo ello, “(...) independientemente de la naturaleza del vínculo de imputación que genera la responsabilidad civil” (FDº 4).

La aplicación de este factor de corrección al caso no es unánime y en este sentido el magistrado Antonio Salas Carceller formula voto particular mostrando su disconformidad con la Sala. “El factor de corrección está previsto ... para el caso de que, como consecuencia del accidente, fallezcan ambos padres y, atendiendo al mayor perjuicio que ello comporta, procura que la indemnización no se limite ... a la que correspondería por la suma aritmética de las indemnizaciones correspondientes por el fallecimiento de cada uno de ellos, sino que prevé un «plus» indemnizatorio que ha de oscilar entre los respectivos porcentajes del 75% al 100%, que se aplicará sobre la suma de indemnizaciones por fallecimiento de ambos padres”. “[L]a finalidad y aplicación de dicho factor no puede extenderse al caso, ya que constituye un principio inexcusable en la fijación de la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación cubierta por el seguro obligatorio de automóviles, que no generan indemnización alguna los perjuicios sufridos por quien resulta ser el conductor causante que, en este caso, por su fallecimiento se trasladan a los hijos como primeros perjudicados. La única víctima del accidente fue la madre y no el padre que -lamentablemente- fue el causante, siendo así que la aseguradora está obligada a satisfacer ... exclusivamente los daños y perjuicios causados a tercero, sin tener que asumir el pago de una mayor cantidad por las propias consecuencias que el accidente significó para el conductor culpable”.

“La solución adoptada por la sentencia ... equipara a efectos indemnizatorios dos situaciones que son absolutamente distintas, pues resultaría así indiferente que la actuación de un tercer conductor cause la muerte de ambos padres o que sea uno de estos quien cause la del otro por imprudencia. Es la primera de las situaciones la que da lugar a la aplicación del factor de corrección, por cuanto supone un complemento de indemnización por el daño moral que supone el hecho de que la actuación de un tercer conductor determine para el hijo la pérdida de ambos padres en un mismo accidente” (voto particular, FD 1º).

113. STS, 1^a, 13.5.2011 (RJ 3279). MP: José Antonio Seijas Quintana

El consentimiento del paciente debe ser prestado para cada intervención médica.

En fecha indeterminada, Celia consintió someterse a una intervención quirúrgica consistente en una menisectomía artroscópica para la que solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, ASISA. No obstante, en quirófano, el cirujano comprobó que la operación programada era innecesaria porque el menisco no estaba afectado, decidió cambiar el tratamiento quirúrgico en quirófano, seccionó y extrajo la plica medial, y liberó el alerón o retináculo rotuliano externo, operación para la cual la paciente no había prestado ningún consentimiento.

Celia demanda a Felicísimo (cirujano) y a la entidad de seguros A.M.A. Agrupación Mutual Aseguradora (aseguradora de la clínica) y reclama 180.000 euros en concepto de daños y perjuicios.

El JPI núm. 2 de Madrid (21.10.2005) desestima la demanda.

La AP de Madrid (Sección 12^a, 7.11.2007) desestima el recurso de apelación interpuesto por la actora con el argumento de que “(...) la prueba practicada no permite concluir sobre la acreditación de nexo causal entre las lesiones y secuelas sufridas por la demandante/recurrente y la intervención quirúrgica practicada por el profesional facultativo demandado” (FD 1^o). Además, la AP –del mismo modo que el JPI- considera que “(...) no consta que la paciente consintiera la práctica quirúrgica consistente en la extracción de la plica medial, distinta de la que había prestado su autorización” (FD 1^o).

El TS estima el recurso de casación formulado por la actora y recurrente y condena a los demandados al pago de 30.000 euros: “(...) es hecho probado de la sentencia que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se le practicó. [En puridad, la intervención que se le practicó] en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el cual debe ser indemnizado”. “[El daño indemnizable, considerado por el TS un daño moral grave cuantificable en 30.000 euros n]o es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no solo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo al respecto de una actuación médica que desconocía” (FD 2^o y 3^o).

112. STS, 1^a, 14.3.2011 (RJ 2771). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Concurrencia de culpas e incremento de los deberes de cuidado en actividades especialmente peligrosas.

El 13.8.2000, alrededor de las 12 del mediodía, una embarcación a motor conducida por Máximo atropelló a Fermín cuando practicaba submarinismo a unos 100-150 metros de la costa. En el momento del accidente, Fermín tenía problemas de oído y no iba acompañado de barca ni boyas de señalización. La embarcación circulaba a unos 10 nudos de velocidad y había olas de más de un metro de altura. Como consecuencia del atropello, Fermín sufrió lesiones irreversibles que determinaron su incapacidad permanente.

En el procedimiento penal iniciado por estos hechos, el JI núm. 3 de Tortosa condenó al piloto de la embarcación. La AP revocó la SJI y lo absolvío, porque las dudas existentes sobre el lugar exacto en que había ocurrido el accidente impedían imputarle un comportamiento negligente.

Fermín demanda a Máximo, a Otilia (propietaria del barco) y a Zurich España S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros, y solicita una indemnización de daños y perjuicios (no consta la cuantía).

El JPI núm. 49 de Barcelona (23.3.2005) estima en parte la demanda, considera que la conducta negligente del actor contribuyó en un 25% al accidente y que la conducta negligente del conductor contribuyó en un 75%. El submarinista debió llevar una boyas de señalización, como establece el art. 1 Orden del Ministerio de Fomento de 14.10.1997, y el conductor de la embarcación debió reducir la velocidad de la embarcación a unos 3 nudos, como establece el art. 69.2 Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas: "En los tramos de costa que no estén balizados como zona de baño se entenderá que ésta ocupa una franja de mar contigua a la costa de una anchura de 200 metros en las playas y 50 metros en el resto de la costa. Dentro de estas zonas no se podrá navegar a una velocidad superior a tres nudos, debiendo adoptarse las precauciones necesarias para evitar riesgos a la seguridad humana. Estará prohibido cualquier tipo de vertido desde las embarcaciones". En aplicación de la regla de concurrencia de culpas, el JPI condena a los codemandados al pago de 216.374,36 €, límite máximo del seguro de responsabilidad civil, y al propietario y conductor de la embarcación al pago de los restantes 23.197,81 €.

La AP Barcelona (Secc. 14^a, 29.6.2006) estima en parte los recursos de apelación interpuestos por todas las partes. En relación al de Máximo y Otilia, la AP estima en un 50% el porcentaje de culpa de la víctima y del conductor, y condena a estos codemandados solidariamente junto a la compañía de seguros al pago de 167.649,52€ (límite del seguro obligatorio), así como al pago de los 21.075,06 € que completan el total del monto de la indemnización. En relación al del actor, la AP considera indemnizable conforme a baremos el daño moral complementario.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor porque "(...) ese especial deber de diligencia resulta, asimismo, de las disposiciones administrativas sobre la materia, que obligaban a reducir la velocidad en las zonas próximas a la costa, y especialmente a la playa, en previsión de la presencia de bañistas o nadadores. Pero, contrariamente a lo que se sostiene, no es circunstancia que excluya la posibilidad de imputar el resultado al comportamiento culpable del agente el que la embarcación impactase con la víctima más allá de

los límites acotados reglamentariamente para el baño. Consta acreditado que la embarcación circulaba a una velocidad elevada (no menos de diez nudos) y por una zona que, aún fuera de la acotada, seguía encontrándose relativamente próxima a la costa (a una distancia de 100 a 150 metros), donde había calas y playas cercanas, era posible el submarinismo, y en la que, atendiendo al día, hora y época del año (mediodía de un domingo del mes de agosto, época vacacional), resultaba, asimismo, presumible, una notoria afluencia de bañistas. Y en esas circunstancias, y en atención al riesgo generado, el piloto no ha probado la adopción de las especiales medidas de precaución que le eran exigibles para evitar riesgos a la vida e integridad físicas de los bañistas, las cuales no cabe circunscribir a una zona determinada desde el momento que el deber de precaución subsiste desde la puesta en marcha de la embarcación, momento en que el agente desencadena el riesgo, hasta que se detenga, y debe acomodarse en cada momento a las concretas circunstancias que se encuentre durante la conducción." (FD 3º).

111. STS, 1^a, 9.2.2011 (RJ 1822). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Negligencia como incremento de los riesgos inherentes a la actividad deportiva.

El 3.3.2001, Isaac esquiaba por la pista olímpica de la estación de La Molina –propiedad de Ferrocarrils de Generalitat de Catalunya (FGC)–, junto a su hermano y a su cuñada. Uno de los esquíes se le enganchó, perdió el equilibrio, cayó al suelo y resbaló por la pista hasta que impactó con un cañón de nieve artificial que había en el extremo de la pista. Como consecuencia del accidente, Isaac sufrió una paraplejia con afectación de esfínteres rectales y urinarios y ruptura de las vértebras D11, D12, D7 y D8. Isaac estuvo 75 días hospitalizado, las lesiones tardaron 300 días en estabilizarse y el INSS le declaró en situación de gran invalidez.

Isaac y su esposa África demandan, en su nombre y en el de sus tres hijas menores de edad – Maite, Melisa y Noemí–, a FGC y a su aseguradora, Winterthur, Seguros Generales S.A. de Seguros y Reaseguros, y solicitan una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (no consta la cuantía).

El JPI núm. 7 de Barcelona (15.12.2004) estima en parte la demanda y condena a FGC y a Winterthur Seguros Generales S.A. de Seguros y Reaseguros al pago de las siguientes cuantías que resultan de aplicar el sistema de baremos vigente en el momento del accidente (2001): 646.803,97 € a Isaac y de 90.000 € a la esposa e hijas en concepto de daño moral, con el límite de 300.005,99 € para la aseguradora, según se deriva del contrato de seguro, menos una franquicia de 300,51 € que se impone a FGC.

La AP Barcelona (Secc. 1^a, 20.9.2006) desestima los recursos de apelación presentados por Winterthur Seguros Generales S.A. de Seguros y Reaseguros y FGC, pero estima en parte el recurso de apelación interpuesto por Isaac y África y aumenta las indemnizaciones concedidas por la sentencia recurrida a 790.220,60 € y 110.000 € respectivamente. La AP aplica las tablas de baremos vigentes en el momento en que se enjuició el caso (2004) para respetar el carácter de

deuda de valor de la indemnización, añade el factor de corrección por incapacidad permanente total para desarrollar la ocupación o actividad habitual de la víctima y aumenta el importe de otras partidas consideradas por el JPI.

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por FGC en relación a las tablas de baremos aplicables para cuantificar los daños. “[T]ras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1902 del CC, de daño, culpa y relación de causalidad (...), incluyendo la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a la conducta impudente constada y consistente en la omisión de las medidas de seguridad necesarias para prever un riesgo previsible, creado por la propia demandada y distinto al que era inherente a la práctica deportiva” (FD 4º). “[L]as lesiones quedaron estabilizadas a los 300 días del accidente (...), esto es, a finales del año 2001 y, por tanto, dentro del mismo año en que aquél se produjo. En consecuencia, los diferentes conceptos a indemnizar (...) deben cuantificarse (...) con arreglo a los importes publicados para el año 2001 por resolución de la DGS de 30.1.2001 (BOE de 9.2.2001), pero no por ser cuando se produjo el accidente sino por ser el año en que tuvo lugar el alta definitiva” (FD 6º).

110. STS, 1^a, 10.12.2010 (JUR 1981). MP: José Antonio Seijas Quintana *

Responsabilidad civil médica por error de diagnóstico.

El 12.12.1996, Eva se puso enferma de forma súbita, sufrió la pérdida del habla, cosquilleo con adormecimiento y la pérdida de la fuerza en el brazo derecho. Acudió al Hospital General de Caranza, donde fue atendida de urgencias por el médico de guardia Pio, que le diagnosticó una bajada de azúcar, le inyectó glucosa y la dio de alta. Tres días después, Eva volvió a presentar la misma sintomatología y acudió nuevamente al mismo servicio de urgencias, donde fue atendida por el doctor Luis Miguel, que optó por ingresarla. En la madrugada del día siguiente, ante la situación de la paciente, el doctor Carlos decidió trasladarla a un nuevo centro hospitalario donde se le pudo realizar un TAC. En el nuevo centro se le diagnosticó un infarto isquémico cerebral. Fruto de ello, Eva padece una afasia de tipo motor, problemas en el habla, alexia, agrafía, parálisis espástica de extremidad superior derecha con contractura en flexión de dedos y parálisis espástica en la extremidad inferior derecha.

Eva demandó a Pio, a Luis Miguel, a Carlos, al “Hospital General de Caranza Ferrol” y a las compañías de seguros “Compañía de Seguros Aegon” y “Compañía de Seguros Ama Previsión Sanitaria S.L.” y solicitó una indemnización de 780.000€ por los daños y perjuicios sufridos.

EL JPI núm. 6 de Ferrol (16.2.2004) desestimó la demanda. La AP de La Coruña (Sección 5^a, 4.12.2006) desestimó el recurso de apelación.

* La selección y resúmenes de las sentencias de 2010 han sido realizados por Sonia Ramos, Magalí Riera y Laura Allueva.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por la actora y condenó a Pio y a las compañías de seguros (a estas hasta el límite de los seguros concertados) al pago de 235.112,98€:

“[A] la relación causal material o fáctica ha de sumarse el reproche causabilístico, sin lo cual no hay responsabilidad sanitaria, como sucede en este caso, si bien solo respecto de la actuación negligente o culposa del Dr. Pio por consecuencia de un error de diagnóstico que desembocó en el resultado dañoso generador de la responsabilidad, puesto que produjo un tratamiento equivocado, ineficaz y perjudicial para la paciente, que se identifica a partir de la valoración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento en que los hechos tuvieron lugar y no después, al haberla dado de alta sin haber confirmado o descartado dicha lesión, cuando la sintomatología así lo exigía, sin que ello suponga, por tanto, una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por la paciente (...)” (FD 2º).

109. STS, 1^a, Pleno, 9.12.2010 (RJ 1408). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

También es defectuoso el producto que el fabricante pone en circulación sin haber realizado las comprobaciones suficientes sobre su toxicidad, aunque no haya causado daños a la salud de los consumidores.

En esta sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la responsabilidad civil por los daños asociados a las prótesis mamarias de aceite de soja de la marca Trilucent. Hasta la fecha una veintena de sentencias de Audiencias Provinciales han resuelto reclamaciones por los mismos hechos y han adoptado posicionamientos contradictorios: mientras que las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa, La Coruña y Navarra –en algún caso, aunque con matices, también la de Barcelona– han afirmado el carácter defectuoso del producto y estimado las pretensiones indemnizatorias de las pacientes, las Audiencias Provinciales de Barcelona, Madrid, Vizcaya y Zaragoza han exonerado de responsabilidad a las codemandadas.

En 1992, la compañía suiza LipoMatrix inició la fabricación de prótesis mamarias con relleno de aceite de soja de la marca Trilucent. En 1995, la compañía alemana TÜV Rheinland Product Safety, otorgó a las prótesis mamarias Trilucent el marcado CE y LipoMatrix puso en circulación el producto en la Unión Europea. La Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos fija en 1994 el año de comercialización de las prótesis en el mercado español (FD 1º apartado 2º). En enero de 1996, Collagen Aesthetics, Inc., con sede en Palo Alto (California, EUA), compró Lipomatrix y asumió la distribución del producto en la Unión Europea.

En marzo de 1999, la agencia británica de medicamentos y productos sanitarios inició un estudio sobre las 74 notificaciones de efectos adversos asociados a la ruptura de prótesis Trilucent. Concluyó que el informe inicial de evaluación del fabricante no contaba con información a largo plazo sobre los efectos de la degradación del aceite de soja y que los niveles de degradación descubiertos en las prótesis eran superiores a los indicados en dicho informe inicial. La primera

semana de marzo de 1999, Collagen Aesthetics, Inc. retiró voluntariamente el producto del mercado. El 1 de septiembre de 1999, Inamed Corporation, una compañía pública con sede en Santa Barbara (California, EUA), adquirió Collagen Aesthetics, Inc.

Entre 1995 y 1999, unas 10.500 mujeres de todo el mundo se implantaron prótesis mamarias de aceite de soja Trilucent. En España, el número de pacientes ascendía a 900 aproximadamente.

El 27 de julio de 2000, el Ministerio de Sanidad y Consumo recomendó la explantación de los implantes mamarios Trilucent como una medida de prudencia “ante la imposibilidad de descartar, con los conocimientos actuales, un posible riesgo de genotoxicidad derivado de la liberación en el organismo de productos de degradación del aceite de soja”.

AEI, Inc., empresa participada al 100% por Inamed Corporation, se comprometió a hacerse cargo de los gastos asociados a la retirada de los implantes y ofreció a las pacientes españolas una indemnización que oscilaba entre 7.500 y 15.000 euros.

En el caso, siete pacientes, portadoras de prótesis Trilucent, se sometieron a sendas operaciones de explantación e implantación de nuevas prótesis, siguiendo la recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo, y reclamaron a AEI, Inc. y a Collagen Aesthetics Ibérica S.A. una indemnización con base en la Ley 22/1994 y, alternativamente, en los arts. 25 y ss. LGDCU, por los daños físicos, psicológicos y morales que habían padecido o padecen como consecuencia de aquellas operaciones. Gertrudis B. solicitó la cuantía más alta, 66.111,33 euros; María Susana P. y María del Mar C. solicitaron 48.080,97 euros cada una, y Paula Francisca A., 24.040,48 euros. No consta la indemnización solicitada por el resto de pacientes. Isabel M. aceptó la indemnización ofrecida por AEI, Inc. durante la audiencia previa y quedó fuera del proceso.

La SJPI núm. 26 de Madrid (no consta la fecha), tras negar la aplicabilidad al caso de la LGDCU, desestimó la demanda, en primer lugar, porque “no se ha acreditado por parte de la actora que las prótesis, en el momento de su implantación fueran defectuosas (las prótesis de soja cumplían todas las normativas sanitarias necesarias para su comercialización e implantación y vigentes en esas fechas)... En conclusión, no se ha acreditado que el producto, con los conocimientos científicos y técnicos existentes en la fecha de puesta en circulación, fuera defectuoso –con lo cual concurre una de las causas de exoneración de responsabilidad del fabricante, según el art. 6.1.e) de la Ley 22/94...– (AH 1º).

La SAP Madrid (Sección 8^a) (12.5.2006) desestimó el recurso de apelación de Gertrudis B., María Susana P., María del Mar C., Paula Francisca A., Inmaculada del A. y Concepción V: “en este caso el defecto no se ha acreditado y la retirada del producto no se basó en la existencia del defecto, sino en riesgos potenciales, o sea, por prudencia” (AH. 4º, motivo quinto).

El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación de Gertrudis B., María Susana P., María del Mar C., y Paula Francisca A.: absolió a Collagen Aesthetics Ibérica, S.A. por falta de

legitimación pasiva y condenó a AEI, Inc. al pago de 18.000 euros a Paula Francisca A., 21.000 euros a Gertudis B., y 24.000 euros a María Susana P. y María del Mar C:

“a) [L]a inexistencia de estudios en la empresa fabricante sobre la comprobación de los posibles efectos tóxicos de relleno de las prótesis, revela un defecto del producto determinante de responsabilidad por los daños producidos... ; b) Este daño consiste en los perjuicios originados por la extracción prematura de unas prótesis implantadas con la expectativa de ser funcionales durante un período de tiempo prolongado. Este daño es imputable al carácter defectuoso del producto, pues la necesidad de una extracción prematura... se integra directamente con la ausencia de la seguridad que cabe legítimamente exigir de cualesquiera prótesis mamarias...; c) La parte demandada no probó que la falta de las comprobaciones... obedeciera al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que fueron puestas en circulación; ... e) El hecho de que las autoridades administrativas actuaran por razones de precaución no es obstáculo a la existencia de responsabilidad...; f) El daño moral ocasionado por las prevenciones adoptadas por las Administraciones públicas es objetivamente imputable a los fabricantes e importadores del producto, puesto que fueron medidas proporcionadas a la necesidad de comprobar la posible toxicidad de un producto que se había puesto en circulación sin una comprobación exhaustiva acerca de la ausencia de esta característica; g) El hecho de que no se demostrase de manera definitiva la toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso, pues... producto defectuoso no es solamente el tóxico o peligroso, sino también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluir la existencia de dicha toxicidad o peligrosidad”... (FD 6º). “C) Acreditado el carácter defectuoso del producto, de acuerdo con lo resuelto al examinar el recurso de casación, debe considerarse suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la necesidad de extracción de las prótesis por su carácter defectuoso y los daños morales sufridos por las afectadas” (FD 7º).

108. STS, 3^a, 5.10.2010 (RJ 6994). MP: Luís María Díez-Picazo Giménez

La infección hospitalaria puede ser una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El 27.7.1999, un hombre de 77 años de edad, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital de Sagunt (Valencia) con molestias en el pecho y con sensación de ahogo. Le diagnosticaron un fallo ventricular izquierdo que conllevó una catarización vesical y en vena sin protección antibiótica. El 7.8.1999, su crítica situación aconsejó el traslado del paciente a la Unidad de Cuidados Intensivos, donde falleció como consecuencia de un shock cardiogénico desencadenado por una infección renal.

Saturnino y Sonia reclaman a la Consellería de Sanidad de la Comunidad Valenciana una indemnización de 450.759,08 euros por la pérdida de quien era respectivamente su padre y esposo, que es desestimada por la Consellería en fecha 5.4.2004.

EL TSJ de la Comunidad Valenciana (19.5.2006) desestima el recurso contencioso-administrativo.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación por entender que la infección renal contraída no fue la causa exclusiva del fallecimiento, a pesar de que tuviese alguna incidencia en el mismo. En esta línea, el tribunal señala que “el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a una indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y de la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer una infección en un hospital puede muy bien deberse a una fuerza mayor en el sentido del art. 139.1 LRJPAC y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración” (FD 4º).

107. STS, 3^a, 29.9.2010 (RJ 6878). MP: Celsa Pico Lorenzo

Compatibilidad entre la ayuda pública extraordinaria y la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración hasta el límite de la cuantía del daño.

El 10.10.1994, en el término municipal de Palau de Plegamans (Barcelona) y como consecuencia del desbordamiento de la Riera de Caldes, fallecieron dos personas al ser arrastradas por la fuerza de las aguas que había inundado sus viviendas y se causaron cuantiosos daños materiales.

Florian, Nemesio, Carlos María, Gabriela y Cayetano, en representación de la Asociación de vecinos de la Pineda y Sant Toc de Palau de Plegamans, reclaman a la Generalitat de Cataluña una indemnización de 901.518,16 euros, que es desestimada por silencio administrativo.

El TSJ de Cataluña (Sección 1^a, 13.1.2006) estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo y condena a la Generalitat de Cataluña a indemnizar con la cantidad de 81.136,64 euros.

El TS declara no haber lugar al recurso de casación por entender que no puede determinarse el nexo causal entre los daños ocasionados y la omisión de limpieza o retirada de los árboles que se reprocha a la Administración, cuando es a la parte recurrente a quien le corresponde probar el funcionamiento anormal del servicio público u omisión en el actuar de la Administración (FD 1º). Por un lado, no queda probado que el nivel de crecida del caudal tenga la entidad suficiente para producir el arrastre de dos personas (FD 1º), y por otro, los daños materiales ocasionados no se identifican, ni cuantifican, ni quedan probados (FD 5º). En relación con las indemnizaciones, el TS entiende que la indemnización por responsabilidad patrimonial y las prestaciones del sistema público de la Seguridad Social previstas por el Decreto 268/1994, de 14 de octubre, con el objetivo de adoptar medidas que palien los daños ocasionados a personas y a bienes con motivo de los

aguaceros acaecidos en Cataluña los días 9, 10, 11 y 12 de octubre de 1994 son compatibles hasta la cuantía del daño (FD 6º).

106. STS, 3^a, 25.6.2010 (RJ 5886). MP: José Manuel Sieira Míguez

Pérdida de oportunidad asociada a la falta de información.

El 7.6.1997, Natividad, con 10 años de edad, fue vacunada contra la meningitis con vacuna antimeningocócica A+C de polisacáridos (Mencevax A+C). En el año 2000, la Administración tuvo conocimiento de que la vacuna no tenía una efectividad de más de tres años. Ese mismo año 2000, la Administración abrió una nueva campaña de vacunación frente al meningococo del serogrupo C para los menores de seis años de edad que no cubrió a Natividad. El 8.4.2003, Natividad ingresó en el Hospital Bichat-Claude Bernard donde se le diagnosticó una meningitis C y le fueron amputados ambos pies. El 2.6.2003, fue trasladada al Hospital Saint Maurice de París, donde permaneció hasta el 27.6.2003. Posteriormente, fue trasladada al Hospital Central de la Defensa de Madrid, donde estuvo ingresada hasta el 13.9.2003. En noviembre de 2003, la Comunidad de Castilla-La Mancha llevó a cabo otra campaña para vacunar a todos los menores de diecinueve años.

El 4.2.2004, la madre de la menor interpone una reclamación administrativa contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Castilla-La Mancha fundando su pretensión en una dejación de funciones en el campo epidemiológico por parte de la Administración, al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la persistencia de la meningitis, y sobre la falta de efectividad de la vacuna Mencevax A+C. La reclamación fue desestimada por silencio administrativo.

El TSJ de Castilla-La Mancha (22.10.2007) desestima el recurso contencioso-administrativo.

El TS declara el derecho de la recurrente a ser indemnizada en la cantidad de 800.000 euros al entender, por un lado, que “(...) aunque la incertidumbre es consustancial a la práctica de la medicina ... los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias”, y por otro, que “[es] en la falta de información ... donde radica la dejación de funciones de la Administración ... [sin tener el administrado] el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad” (FD 5º).

105. STS, 3^a, 18.5.2010 (RJ 3651). MP: Enrique Lecumberri Martí

Relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración penitenciaria y los daños derivados de delitos dolosos causados por presos.

El 10.11.2000, Salvador, quien cumplía condena de privación de libertad, impuesta por Sentencia de 15.11.2000, por sendos delitos de homicidio y tenencia ilícita de armas, se fugó del Hospital Carlos de la Haya donde recibía tratamiento médico, tras liberarse de los grilletes que lo esposaban a la cama y aprovechando que el policía encargado de su custodia se encontraba en el aseo como consecuencia de una momentánea indisposición. El 13.4.2001, con ocasión de un altercado al haber varios coches mal aparcados, Salvador disparó a Fructuoso, causándole lesiones en una pierna que determinaron su amputación por encima de la rodilla y su incapacidad permanente total.

La SAP de Alicante (Sección 1^a, 13.2.2004) condenó a Salvador como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa y un delito de tenencia ilícita de armas con la agravante de reincidencia y a indemnizar a Fructuoso en 4.717,26 euros por gastos y en 300.000 euros por la secuela y daños morales.

Fructuoso interpuso reclamación administrativa previa frente al Ministerio del Interior, que la desestimó en resolución de 26.2.2007.

La SAN (4.6.2008) estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Fructuoso y, tomando como base la indemnización determinada en la vía penal, imputó a la Administración la mitad de la cantidad concedida por daños personales más los gastos (154.717,26 euros), porque “no puede dejarse de apreciarse una conducta en algún aspecto negligente en la custodia del preso” (FD 4º STS) y “de no haberse producido el funcionamiento anormal de los servicios públicos, la fuga no habría tenido lugar y, en consecuencia, tampoco la agresión... En suma, la intervención del tercero en la causación del daño tuvo gran relevancia pero no la intensidad bastante para romper totalmente el nexo causal” (FD 2º STS).

El TS desestimó los recursos de casación interpuestos por ambas partes y confirmó la SAN:

“[E]s preciso que haya algún punto de conexión entre el daño y el servicio público, que puede ser por lo general “directo, inmediato y exclusivo”, pero, en ocasiones basta [que sea] “indirecto, sobrevenido y concurrente con hechos dañosos de terceros o de la propia víctima”... Así, en la [STS, 3^a, 4.6.2002, RJ 6292] dijimos: “... que no son admisibles... restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante o socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros terrenos- irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor... a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción... del daño, o la gravísima negligencia de ésta...” (FD 3º).

“En supuestos similares... hemos declarado que... los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar los riesgos derivados de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el

gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública... que... debe repartirse entre todos..." (FD 4º)

"[A]preciamos la existencia de una concurrencia de causas, determinante de una moderación en el quantum indemnizatorio..." (FD 4º).

Véase, en el mismo sentido, la STS, 1ª, 3.3.2010 (RJ 2441), en un caso en el que un preso falleció por agresión con arma blanca en los lavabos de la prisión: "la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes (aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización)" (FD 6º).

104. STS, 1ª, 25.3.2010 (JUR 103601) MP: Francisco Marín Castán

La diligencia exigible al demandado no incluye la consideración de las especiales circunstancias físicas de la víctima.

El día 11.6.2000 -sobre las 13.30 horas-, Aida, de 65 años y aquejada de padecimientos óseos y *artritis reumatoide* (que le conllevaron en 1987 la determinación de la invalidez absoluta), entraba acompañada por su marido y sus suegros en el hostal-restaurante "La Barraca" de Valencia por el acceso habilitado desde el hostal cuando se tropezó con un escalón de unos 60 centímetros de y se cayó al suelo. A consecuencia de la caída, Aida sufrió lesiones y secuelas que le supusieron la agravación de la artritis previa: fractura subcapital del fémur derecho, de la vértebra C1 sin desplazamiento -en arco anterior, arco posterior y espinosa- y de la vértebra C2 -con ligamento transverso íntegro-; y tuvo que someterse a una intervención quirúrgica para que le implantaran una prótesis articular en la rodilla derecha.

Aida demandó a "Alfonso Caballero de la Cuesta S.L." y a su aseguradora "Lepanto S.A. compañía de seguros y reaseguros" y solicitó una indemnización de 240.000 € por los daños y perjuicios sufridos.

El JPI núm. 12 de Valencia (29.7.2005) desestimó la demanda y absolvio a los demandados. La AP de Valencia (Sección 11ª, 22.2.2006) estimó en parte el recurso de apelación y condenó a los demandados al pago de 45.076€.

El TS confirmó el fallo de la sentencia de la AP, pero no compartió su argumentación. El tribunal entendió que:

"[E]l problema no es tanto de culpa de la víctima, pues ninguna culpa hay en padecer enfermedades o limitaciones óseas o articulares, cuanto de imputación al demandado de la causa de lo sucedido y de sus consecuencias, de modo que, habiendo sido la negligencia de la

sociedad titular del hostal-restaurante causa relevante del daño, valorada por el tribunal sentenciador la relevancia causal que también tuvieron las dificultades deambulatorias de la demandante, en fin, orientado el recurso a la exoneración total de las demandadas, ésta no es jurídicamente procedente y por ello ha de confirmarse el fallo recurrido." (FD 4º).

103. STS, 1ª, 25.3.2010 (RJ 1987). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

La existencia de un grave desajuste entre el lucro cesante realmente padecido por la víctima y la cuantía que resulta de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV del sistema de baremos para lesiones permanentes permite al juez aplicar, además, un porcentaje de aumento de la indemnización básica en la ponderación de los "elementos correctores del apartado primero.7 de[l] [A]nexo".

El 2 de mayo de 2000 se produjo una colisión entre el vehículo conducido por Íñigo y por Raimundo, el primero sufrió secuelas determinantes de una incapacidad permanente total.

Íñigo demandó a los herederos del Raimundo y a Seguros Zurich, S.A., compañía aseguradora del vehículo de Raimundo, y reclamó la diferencia entre la suma consignada por la aseguradora (161.445 euros: 114.017 euros por incapacidad temporal y secuelas; 41.176,98 euros por incapacidad permanente total, y 6.251,03 euros por perjuicios económicos) y la indemnización que le correspondería, esto es, 103.573,03 euros, según el sistema de baremos, y 143.516 euros, en concepto del lucro cesante acreditado mediante informe actuarial.

El JPI de Pravia (4.12.2003) estimó en parte la demanda, consideró que la indemnización resultante de baremos era de 190.268,17 euros y sustrajo los 161.445 euros pagados por la aseguradora, por lo que condenó a los demandados a pagar 28.823,17 euros. Respecto a la indemnización solicitada por lucro cesante, el JPI consideró que esta partida está incluida, por imperativo legal ex art. 1.2 RDL 8/2004, en la indemnización por incapacidad permanente.

La SAP de Oviedo (Sección 5ª, 9.6.2004) desestimó el recurso de apelación del actor al negar la indemnización del lucro cesante más allá del baremo, estimó el de la aseguradora al considerar que la cantidad que había abonado al actor en concepto de incapacidad permanente total era correcta al hallarse dentro de la horquilla del baremo y desestimó la demanda por "apreciar la Sala dudas de hecho en cuanto a la cantidad a reclamar, en atención a la estrecha, pero en definitiva discrecionalidad que concede el baremo al juzgador" (FD 6º SAP).

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por el actor en lo relativo a la indemnización por lucro cesante, revocó la SAP sólo en este extremo y estimó la demanda en el sentido de indemnizar al actor con 33.338,80 euros en concepto de lucro cesante:

"La Tabla IV ... se remite a los "elementos correctores" del apartado primero, número 7, del Anexo, y establece un porcentaje de aumento o de reducción "según circunstancias" ... [L]os

elementos correctores a los que se refiere el citado apartado no pueden ser solo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino... también los [criterios] fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima" (FD 3º G).

"[E]l lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente... es susceptible... de ser compensado proporcionalmente... por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor" (FD 3º G, d). "[En concreto, cuando exista] un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos [y el factor de corrección por incapacidad permanente] y el lucro cesante realmente padecido" ... [L]a corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible... del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos" (FD 4º)

"[En el caso] 1) Se ha probado mediante informes actuariales la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, que la Sala aplica en un 7,5% de la indemnización básica por lesiones permanentes (que arroja un total de 6.251,03 euros), y el lucro cesante realmente padecido [según el informe actuarial presentado por el actor el lucro cesante sería de 148.516,48 euros y la aseguradora demandada lo cifra en 64.117,20 euros] ... 2) Este lucro cesante no resulta compensado de forma suficiente ... por el factor de corrección por incapacidad permanente ... [P]odría aceptarse como razonable que la indemnización concedida por la aseguradora por incapacidad permanente total (41.176,98 euros) puede imputarse en un 50% al lucro cesante, y el resto a daño no patrimonial... [L]a proporción en que resultaría resarcido el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima apenas alcanzaría el 20%... 3) La Sala estima que ... debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje intermedio de un 40% de incremento sobre la indemnización básica (de 33.338,80 euros)" (FD. 5º).

102. STS, 1ª, 18.2.2010 (RJ 1286). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Culpa exclusiva de la víctima y negligencia del demandado sin causalidad.

El 19.3.1994, Íñigo y Modesto, de 15 y 16 años y vecinos de Padrón, circulaban en una vespino de una sola plaza por el vecindario, sin permiso de conducir. A su paso por el paso a nivel "A Rua" -que no disponía de barreras ni semáforos, ni de una buena señalización- fueron arrollados por un tren de cercanías, conducido por Alvaro, que iba a 98 Km/h.

Jesús, Almudena y Onesimo -padres y hermano de uno de los fallecidos- demandaron a "Renfe" y a Alvaro y solicitaron una indemnización de: 90.361,45 € para Jesús y la misma cantidad para Almudena, por la muerte de su hijo; 553,48 € por los gastos funerarios; y 60.240,96 € para

Onesimo, por la muerte de su hermano. Celestino, Petra y Eutimio -padres y hermano del otro fallecido- demandaron a los mismos y solicitaron una indemnización para los tres de: 132.530,12€ por el fallecimiento de su hijo y hermano, 90.361,45€ por el daño moral y 1.826,55€ por los gastos funerarios.

El JPI núm. 1 de Padrón (19.4.2004) estimó en parte las demandas y condenó a "Renfe" y a Alvaro al pago de 144.821,15 € a Celestino y a Petra y al de la misma cantidad a Jesús y a Almudena, por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de sus hijos menores; al de 1.826,55 € a Celestino y a Petra por los gastos funerarios; al de 553,45 € a Jesús y a Almudena por los gastos funerarios; y al de 18.807,93 € a Eutimio y a Onesimo por el fallecimiento de sus hermanos. La AP de A Coruña (Sección 6^a, 6.10.2005) estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y los absolvio.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los actores, entendió que: "[E]n el caso examinado, aun cuando puede advertirse de un defecto de señalización, no se ha acreditado la existencia de un nexo de causalidad entre dicho defecto y el accidente producido, según resulta de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, de donde se infiere que falta uno de los elementos esenciales para la apreciación de la responsabilidad extracontractual" (FD 5^o).

101. STS, 3^a, 9.2.2010 (RJ 3307). MP: Luís María Díez Picazo Jiménez

La aplicación incorrecta del sistema de baremos por el juez o tribunal de instancia en un caso distinto a un accidente de circulación no es revisable en casación.

En el Hospital 12 de Octubre de Madrid el hijo de María Inés fue diagnosticado de esclerosis tuberosa a los ocho meses de edad y fue tratado hasta los cuatro años con medicamentos sin que se eliminases los ataques epilépticos constantes y agresivos asociados a la enfermedad. En el Hospital San Carlos se le aplicó también durante los siguientes tres años y medio tratamiento farmacológico y se desaconsejó la cirugía. A iniciativa propia, la actora acudió a la clínica Teknon de Barcelona, donde, tras las pruebas pertinentes, operaron al menor y desde entonces no ha vuelto a padecer ninguna crisis. El menor tiene una minusvalía del 67%.

El 13 de agosto de 2002, María Inés interpuso, en nombre de su hijo, una reclamación patrimonial contra la Comunidad de Madrid, que fue desestimada por silencio administrativo, aunque, consta en la sentencia que la Administración reconoció a la actora los gastos de 45.445,90 euros derivados de la intervención quirúrgica. María Inés interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación administrativa, siendo partes demandadas la Comunidad de Madrid y Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros, y solicitó una indemnización de 450.759 euros por los daños físicos y morales del menor.

El TSJ Madrid (Sección 9^a) en Sentencia de 27.11.2006 estimó en parte el recurso de la actora y condenó a los demandados al pago de 418.553,66 euros, por considerar "probada la concurrencia

de los requisitos legales de la responsabilidad patrimonial" (FD 4º STSJ Madrid). La cantidad concedida incluía los 45.445,90 euros por gastos de la operación y 373.107,76 euros en concepto de daños físicos y morales del menor, cantidad esta última que resultaba de aplicar el sistema de baremos del RDL 8/2004. En particular, el Tribunal otorgó la máxima puntuación a los daños físicos del menor y le aplicó la partida de daño moral complementario.

El TS inadmitió el recurso de casación de la compañía aseguradora y desestimó el único motivo del recurso de la Administración demandada basado en el carácter desproporcionado y arbitrario de la indemnización, pues, alegaba el recurrente, la sentencia impugnada no se atenía a los criterios de aplicación del baremo en lo relativo a la minusvalía y el daño moral:

"[E]l baremo recogido en la resolución de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones de 24 de enero de 2006, que rige para el sector de los seguros privados, no era vinculante para el tribunal a quo. Este acudió a dicho documento para orientarse a la hora de calcular la cuantía de la indemnización, del mismo modo que habría podido inspirarse en algún otro documento similar o en el criterio jurisprudencial predominante en casos análogos. En todo caso, la aplicación incorrecta de un baremo no vinculante -suponiendo que efectivamente tuviera lugar- no constituye una infracción de la legalidad y, por consiguiente, no sirve de fundamento para casar la sentencia impugnada. Por lo demás, teniendo en cuenta la experiencia de esta Sala en materia de indemnizaciones, la cifra finalmente establecida por el tribunal a quo no resulta desproporcionada ni arbitraria (FD 4º).

En el mismo sentido, puede verse la STS, 3ª, 11.10.2010 (RJ 7217). En sentido contrario, véanse las SSTS, 1, 7.5.2009 (RJ 2915) -ingesta de sosa cáustica en un bar- y 15.12.2010 (RJ 143) -accidente de trabajo-. Esta última sentencia sostiene:

"[E]l Tribunal no puede... salirse del baremo para procurar indemnizaciones distintas, puesto que lo contrario haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificaron del daño en un sistema en el que los valores de días y puntos están directamente calculados en previsión y ponderación a sus inherentes factores de corrección... Aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla... en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado (SSTS 6 de noviembre 2008 (RJ 2008, 5899); 22 de junio 2009 (RJ 2009, 3406)). En el caso, la Sala... ignora el factor de corrección derivado de la incapacidad total del actor que en el baremo utilizado en la sentencia para lesiones y secuelas oscila de 14.101 a 70.505 euros, lo que permite incrementar la indemnización de 50.000 euros, teniendo en cuenta la edad del lesionado (nacido el día 3 de marzo de 1976), la fecha del siniestro (13 de junio 2002) y las oportunidades perdidas de vida laboral, en un mercado que admite como general el trabajo hasta los 65 años. Tampoco se indemnizan los perjuicios económicos/ingresos por trabajo personal, lo

que deberá corregirse mediante una indemnización del 5% sobre los 122.400 euros concedido por secuelas, lo que supone un incremento de 6.120 euros" (FD 5º).

100. STS, 3^a, 18.12.2009 (JUR 2010\16070). MP: Juan Carlos Trillo Alonso *

Daños desproporcionados ("Las cosas hablan por sí mismas", Res ipsa loquitur, Anscheinsbeweis, Faute Virtuelle).

El 13.11.1996 Matías ingresó en el Hospital "La Fe" de Valencia para ser sometido a una intervención de hernia umbilical. La intervención tuvo lugar al día siguiente y al intubarle para aplicarle anestesia general se presentaron complicaciones, consecuencia de lo cual salió del quirófano en situación semivegetativa, con tetraparesia. Por ello, necesita para su vida ordinaria mínima la ayuda de otra persona. No puede deambular ni moverse y necesita silla de ruedas para desplazarse con el apoyo de otra persona.

Matías interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial y solicitó una indemnización de 775.524,23 €. Al entender desestimada dicha reclamación por silencio administrativo interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia.

El TSJ estima en parte el recurso y condena a la Administración al pago de 704.756,374 €.

La Administración interpuso recurso de casación, que el TS desestima. El Tribunal entiende que es de aplicación la doctrina del daño desproporcionado por lo que corresponde a la Administración probar que el equipo médico actuó conforme a la *lex artis*.

"Si, a partir de circunstancias especiales debidamente probadas y acreditadas, se obtiene, mediante un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano, que el daño que sufre el paciente resulta desproporcionado y desmedido con el mal que padecía y que provocó la intervención médica, cabrá presumir que ha mediado una indebida aplicación de la *lex artis* (FD 2º)".

A estos efectos, no constaba en el expediente médico del paciente que se le hubo de realizar una traqueotomía de urgencia en vista de la imposibilidad de intubarle ni tampoco la razón por de ésta. Por ello, y a falta de esta prueba, el Tribunal utiliza un dictamen de la Real Academia de Medicina y Cirugía en el que se dictamina la imposibilidad de intubar como "extremadamente rara y en general excepcional" en paciente "de características aparentemente normales de cuello y cavidad oral".

* La selección y comentarios de las sentencias de 2009 han sido realizados por Sonia Ramos, Rosa Milà, Ignacio Marín, Laura Alascio y Magalí Riera.

Entiende el Tribunal que esto es un daño desproporcionado y que la Administración no ha podido acreditar que actuó conforme a la *lex artis*, por lo que mantiene la STSJ

Comentario:

La sentencia es significativa por la gravedad de los hechos y de los daños y porque el TS confirma, una vez más, que la responsabilidad médica de la Administración no es objetiva cuando se trata de daños causados por la prestación de servicios médicos. En este tipo de accidentes la víctima deberá acreditar que concurre una actuación negligente del médico o del servicio, salvo que se trate de daños desproporcionados, como en el presente caso. En este sentido, el TS reitera la argumentación de las SSTS de 7 y 20 de marzo de 2007 sobre el régimen de responsabilidad:

"[L]a Administración sanitaria no es responsable por la sola producción del daño, que es necesario además la acreditación de una indebida aplicación de medios para la alteración del resultado, el cual no puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente ... en materia sanitaria no cabe ampararse en el principio objetivo de la responsabilidad que se proclama en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92" (FD. 2º).

Además, el TS acoge el razonamiento de TSJ respecto a la doctrina de los daños desproporcionados:

"Se trata de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción" (FD. 2º).

La inversión de la carga de la prueba no es el resultado, por tanto, de una objetivización de la responsabilidad de la Administración sanitaria, que es por culpa, sino de la existencia en el caso de un daño desproporcionado que permite presumir que algo debió fallar en el tratamiento médico.

99. STS, 1ª, 10.12.2009 (RJ 2010\280). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

La indemnización por daños personales de la víctima de un accidente de circulación no es inferior si aquélla fallece posteriormente por otra causa.

El 5.3.1999, Luisa, de 61 años de edad, quedó tetrapléjica como consecuencia del accidente de circulación que tuvo el vehículo conducido por su hija Teresa cuando colisionó con otro. Dos años después del accidente Luisa falleció por una causa no vinculada a las lesiones del accidente.

Los nueve hijos de Luisa, en su condición de herederos, reclamaron a las compañías de seguros de los dos vehículos implicados la indemnización, calculada conforme a baremos, que le hubiera correspondido a su madre.

El JPI núm. 2 de Caldas de Reis (2.7.2004) estimó en parte la demanda y condenó a las compañías a pagar 401.145,10 euros conforme a la actualización de los baremos correspondiente a 1999. El Juzgado indemnizó los gastos de ambulancia y ortopedia, las secuelas, aplicó el factor de corrección por perjuicios económicos y tuvo en cuenta que la víctima falleció a los dos años del accidente para fijar la indemnización por los conceptos de "necesidad de ayuda de otra persona", "adecuación de la vivienda" y "del propio vehículo", "perjuicios morales de familiares" y "daños morales complementarios".

La AP de Pontevedra (Sección 1^a, 28.2.2005) desestimó el recurso de apelación de una de las compañías de seguro (Allianz) y confirmó la SJPI. El TS estimó en parte el recurso de dicha compañía en relación a los intereses de demora y lo desestimó en relación a la infracción del punto 9, apartado primero, del Anexo del sistema de baremos previsto en la Ley 30/1995, según el cual:

"La indemnización o la renta vitalicia podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de aquéllas ...".

Según el TS, las indemnizaciones por daños fisiológicos en sentido estricto -esto es, la indemnización básica por secuelas, el factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios cuando la secuela excede de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos- no serán objeto de reducción en ningún caso:

"[D]eben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado ... desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica ... [L]a determinación de los daños por estos conceptos se hace en la [ley] sobre un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto" (FD. 3º).

En cambio, el juez deberá tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima para fijar - pero no para excluir- el valor de las "indemnizaciones fijadas mediante una horquilla establecida en relación con circunstancias concretas", como el factor de corrección por incapacidad permanente para la ocupación o actividad habitual de la víctima, o las "indemnizaciones concebidas por la ley como finalistas", entre las que se incluyen las ayudas en caso de gran invalidez consistentes en "necesidad de ayuda de otra persona", "adecuación de la vivienda", "perjuicios morales de familiares" y la "adecuación del vehículo propio".

Comentario:

De la sentencia se deduce que las circunstancias concretas del caso que el juez puede considerar para fijar la indemnización conforme al sistema de baremos son las que expresamente contempla el propio sistema y ninguna más. Algunas partidas, como la indemnización básica, el factor de corrección por perjuicio económico o el daño moral complementario dependen exclusivamente de factores objetivos como la edad de la víctima, la gravedad de la secuela o los ingresos netos anuales de la víctima en el momento del accidente. Ésta no tiene que probar nada más que estos extremos y el Juez no tiene más margen de discreción que el de fijar, dentro de la horquilla prevista por la ley, en qué medida aumenta la indemnización básica por perjuicios económicos en función de los ingresos de la víctima o por daños morales complementarios en función de la gravedad de la secuela. En cualquier caso, se trata de circunstancias relativas al momento del accidente y el fallecimiento prematuro de la víctima no es una de ellas.

Sin embargo, el Tribunal Supremo cambia el criterio cuando “el juez [es] llamado … por la ley a determinar la cuantía de la indemnización dentro de la horquilla legal atendiendo a la concurrencia de circunstancias determinadas” … “pues los acontecimientos posteriores al accidente pueden influir, por su propia naturaleza, en las circunstancias a las que la [ley] vincula la valoración por parte del órgano jurisdiccional (actividades habituales de la víctima, necesidad de ayuda de otra persona, alteración de la convivencia por cuidados continuados)” (FD. 3º).

Es cierto que la ley define este segundo grupo de conceptos indemnizatorios de manera más amplia y con referencia a expresiones indefinidas tales como “las circunstancias del incapacitado”, “en función de sus necesidades”, “según circunstancias”, pero no queda claro, más allá de este argumento formal, ¿por qué “el fallecimiento prematuro de la víctima” debe influir en la valoración de unos daños y no de los otros? ¿acaso no influye de la misma manera en la valoración del daño moral sufrido por la víctima, por ejemplo?

Por otro lado, la sentencia, además, es un ejemplo de transmisión mortis causa de la acción de daños. Los demandados y el recurrente en apelación alegaron en los respectivos momentos procesales la falta de legitimación de los actores para reclamar en concepto de herederos la indemnización que le hubiera correspondido a su madre por la tetraplejia sufrida en el accidente. Pero tanto el JPI como la AP no la apreciaron. Interesa el fundamento utilizado por la Audiencia:

“[L]a acción que ejercitan los actores nace del Art. 661 y 659 del C.Civil en su calidad de herederos de su madre … las indemnizaciones a que pudiera tener derecho la víctima como consecuencia de un accidente de tráfico … pasaría a formar parte de su caudal relicito … y sería transmisible a sus herederos … en virtud de lo dispuesto en el artículo 659 del CC. Por ser de carácter económico y no personalísimos o ligados a la persona del causante” (FD. 3º).

En efecto, es doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la única acción de daños que la víctima no puede transmitir mortis causa es la que deriva de su propia muerte: "negándose mayoritariamente que la pérdida del bien "vida" sea un daño sufrido por la víctima que haga nacer en su cabeza una pretensión resarcitoria transmisible "mortis causa" a sus herederos y ejercitable por éstos en su condición de tales "iure hereditatis" (STS, 1^a, 4.10.2006, FD. 3^o, y allí citada, la STS, 1^a, 19.6.2003, RJ 4244, FD. 6^o). En otros términos, "la muerte de un ser querido no incorpora a sus herederos ningún derecho de contenido patrimonial nacido de su propia muerte" (STS, 1^a, 24.11.1998, RJ 9694). En estos casos, la Sala Primera ha sostenido que tienen legitimación activa quienes acrediten su condición de perjudicados por el fallecimiento de la víctima, sean herederos o no de ésta, y la tienen para reclamar una indemnización por el daño moral y material propio (SSTS, 1^a, 4.10. 2006, FD. 3^o; 2.2.2006, FD. 2^o; 14.12.1996, FD.2^o). "[N]o cabe concede[r] indemnización alguna por su calidad de perjudicados en abstracto ... porque por este concepto ... no solicitan importe indemnizatorio alguno y porque el derecho indemnizatorio derivado del fallecimiento no surge de la mera relación de parentesco que se tuviera con el fallecido ... sino del concreto y probado daño moral y patrimonial padecido" (FD. 3^o, STS, 1^a, 19.6.2003).

98. STS, 3^a, 1.12.2009 (RJ 8129). MP: Luis María Díez-Picazo Giménez

Responsabilidad de la Administración por biondas peligrosas. Compensación de culpas.

El 19.9.1999, Modesto circulaba en una motocicleta Ducati 750 por el carril izquierdo de la carretera nacional 340 en sentido Cádiz, a más velocidad de la permitida, patinó en un lugar mojado, cayó de la moto e impactó contra la valla de la mediana, que consistía en una bionda de carácter cortante, que le seccionó la pierna izquierda por encima de la rodilla y le produjo desgarros en la pierna derecha, erosiones y traumatismos.

Modesto reclamó al Ministerio de Fomento y solicitó una indemnización 440.588,73 €, por considerar que había actuado negligentemente al mantener ese tipo de vallas de carácter cortante, que el Ministerio denegó por silencio administrativo.

La SAN, Sección 8^a, 1.2.2005 (JUR 2005\222099) desestimó el recurso contencioso administrativo presentado por la actora, puesto que:

"(...) la causa principal determinante del accidente fue la velocidad inadecuada para las condiciones existentes por parte del conductor de la motocicleta (...) [lo que] (...) permite concluir que no existe relación de causalidad entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio "(FD 2^o).

El TS declaró haber lugar al recurso de casación y condenó a la Administración General del Estado a pagar la 120.000 € a la actora:

"La velocidad inadecuada (...) fue la causa del accidente; pero la concreta y específica lesión padecida no se habría producido si la valla de la mediana hubiera sido de un tipo distinto (...) mientras que la velocidad inadecuada es imputable al recurrente, la existencia de la bionda lo es de la Administración. Ello implica la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño (...)" (FD 4º).

En particular, el Tribunal consideró que la Administración contribuyó en un 50% en la causación de los daños sufridos por la víctima:

"[E]n el presente caso hay una concurrencia de culpas del recurrente y de la Administración (...) [y] lo cierto es que no hay razones de peso para calificar más negativamente el comportamiento del recurrente (...) que el riesgo asumido por la Administración al mantener las biondas. De ahí que la culpa deba repartirse por mitades." (FD 5º).

Comentario:

La importancia de la sentencia radica en que por primera vez la Sala Tercera del Tribunal Supremo se pronuncia y condena a una Administración pública a indemnizar los daños causados por las biondas instaladas en carreteras y autovías de carácter cortante. En efecto, en casos parecidos, la Audiencia Nacional y algún Tribunal Superior de Justicia habían negado toda responsabilidad de la Administración por considerar que los daños eran imputables exclusivamente a la conducción negligente de la víctima (SAN, Sala contencioso-administrativo, Sección 8ª, 7.12.2009, RJCA 2010\142; STSJ de Castilla La Mancha, Sala contencioso-administrativo, Sección 1ª, 9.5.2001, JUR 2001\258177).

El Tribunal Supremo reconoce efectivamente que la caída del actor es consecuencia exclusiva de la conducta negligente de la víctima: conducir a una velocidad inadecuada. Con todo, el Tribunal, revoca acertadamente el pronunciamiento de instancia, al considerar que la Administración también contribuyó en la causación del daño final al mantener en la autovía las biondas de carácter cortante: la amputación de la pierna no se habría producido si la valla hubiera sido de otro tipo.

Asimismo, no excluye la antijuricidad del daño el hecho que la existencia de la bionda en aquel momento y en aquel lugar fuera ajustada a la normativa vigente, que preveía su sustitución por otro tipo de vallas en una fecha posterior. La Administración es la competente para decidir qué diseño ha de adoptar la valla de la mediana de las carreteras y en el momento del accidente era consciente de que las existentes constituían un riesgo para todos los usuarios y, especialmente, para los motociclistas.

97. STS, 1^a, 30.11.2009 (RJ 7619). MP: Jose Antonio Seijas Quintana

Adecuación social del riesgo deportivo.

Jorge y Mercedes contrataron con la empresa de turismo activo “Europicos” una excusión en vehículo “quad”. Antes de iniciar la excursión, Samuel, empleado de esta última, facilitó a la pareja información completa sobre la misma que incluía fotografías del trazado que transcurría por una pista forestal sin desniveles o pendientes que resultasen especialmente arriesgados para ser superados por los vehículos. Benedicto, el guía de la excursión, dio las instrucciones necesarias y suficientes para que conocieran el funcionamiento del “quad”, así como el modo de manejarlo. En la excursión el guía circulaba en frente a velocidad moderada y el resto de excursionistas lo seguían. En el transcurso de la excursión, Jorge y Mercedes sufrieron un accidente a consecuencia del cual Jorge quedó parapléjico y Mercedes sufrió erosiones en la pierna y tórax, un traumatismo cervical y afectación en el ligamento externo e interno de la rodilla derecho y menisco.

Jorge y Mercedes demandaron a Ildefonso, propietario de “Europicos”, y a su aseguradora, a Carlos María, encargado del mantenimiento de los vehículos, y a su aseguradora, a Carina, propietaria de los “quad”, a Samuel, el empleado que les dio la información, y a Benedicto, el guía, y solicitaron una indemnización de 744.401,62 € para Jorge y de 21.192 € para Mercedes por los daños y perjuicios sufridos derivados de responsabilidad contractual y extracontractual.

El JPI núm. 1 de San Vicente de la Barquera (1.12.2003) estimó en parte la demanda, condena a Carina, a Carlos María y a su aseguradora, a pagar 14.091,83 € a Mercedes (*no consta en que concepto*), y absolió el resto de demandados. La AP de Cantabria (Sección 3º, de 30.3.2005) desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirma la SJPI.

El TS desestimó los recursos de casación de los demandados. Los daños no son imputables a la empresa organizadora porque “[u]na actividad reconocida y administrativamente admitida de riesgo no puede convertir a los organizadores en responsables de todo cuando acaezca en su desarrollo si esta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pudieran derivarse para el conjunto de las personas que acceden libre y espontáneamente a la misma, cuando la actividad no comporta en si misma un riesgo anormal o considerable y no se ha producido un incremento inesperado de los riesgos esperados que permita desplazar la responsabilidad hacia quien, aun de forma lícita y permitida, crea y controla la situación de peligro” (FD 3º).

El Tribunal tampoco apreció responsabilidad del resto de demandados porque “al margen de que no se ha probado la culpa o negligencia de ninguno de [ellos], el riesgo era conocido por los actores (...) y este riesgo podrían controlarlo a través de la información que recibieron de los organizadores antes de la prueba y de la tutela específica del guía (...)” (FD 3º).

96. STS, 1^a, 16.11.2009 (RJ 105). MP: Jose Antonio Seijas Quintana

De unos mismos hechos sólo deriva una única pretensión.

Con once años de edad Higinio sufrió el contagio de una hepatitis vírica como consecuencia de la administración del hemoderivado GAMMAGARD (F: Baxter, S.L.; PA: Gammaglobulina humana polivalente; AT: Inmunoglobulinas humanas normales).

Los padres de Higinio, en su nombre, demandaron en la jurisdicción social a la Consejería de Sanidad y Consumo de Valencia y a Baxter, S.L. El Juzgado de lo Social núm. 8 de Valencia (27.11.1997) condenó a la Consejería de Sanidad y Consumo de Valencia a pagar a Higinio 240.405 € y absolió la fabricante porque consideró que su responsabilidad era extracontractual y no quedaba amparada por la legislación laboral (FD 1º).

Posteriormente, Higinio y sus padres demandaron a Baxter, S.L. por la vía civil, y solicitaron sendas indemnizaciones en las cantidades que el juzgado determine por las secuelas, lucro cesante y daño moral sufrido por Higinio y por los daños materiales y morales sufridos por los padres.

El JPI núm. 11 de Valencia (19.6.2002) estimó la excepción de litispendencia y absolió a Baxter. La AP de Valencia (Sección 9^a, 27.7.2004) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes en materia de costas, pero confirmó el resto de pronunciamientos de la SJPI.

El Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación interpuestos por los demandantes. El proceso laboral previo “no impide a los órganos del orden jurisdiccional civil examinar [los hechos] bajo el prisma del ordenamiento civil” pero “estamos ante un hecho del que resulta una sola y única pretensión, cuya causa es también la misma, y salvo que se reclamara una indemnización por conceptos excluidos (secuelas sobrevenidas) (...) la acción queda agotada y no existe posibilidad de conocer, de modo independiente, en ulterior procedimiento cantidad distinta, pues ello comportaría una revisión no viable, en esta jurisdicción civil, de lo ya valorado en otra” (FD 4º).

95. STS, 3^a, 18.9.2009 (JUR 428240). MP: Juan Carlos Trillo Alonso

Inaplicabilidad de los baremos en casos de accidentes especialmente trágicos.

El 2 de septiembre de 2005, el actor, de 32 años de edad, estaba trabajando en el campo cuando vio que una avioneta del Ejército del Aire, que había despegado de Murcia para realizar una misión de entrenamiento, se estrelló en el casco urbano de Baeza, en Jaén, y cayó sobre la casa del actor, causando el derrumbe e incendio de la casa. Un día más tarde encontraron el cuerpo descuartizado y totalmente quemado de su mujer y no encontraron ningún rastro de su hija de nueve meses de edad.

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de septiembre de 2007 se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado y se acordó indemnizar al actor con 742.963,19 euros.

El actor interpuso recurso contencioso administrativo solicitando que se aumentara la cuantía concedida en el citado Acuerdo a 184.699,51 euros más en concepto de secuelas psicológicas (103.093,89 euros), gastos de tratamiento psicológico (360 euros), días de incapacidad (6.392,10 euros) y daño moral derivado de la pérdida de objetos de valor (63.640 euros).

El TS estimó en parte el recurso del actor y aumentó la indemnización concedida por el Acuerdo del Consejo de Ministros en 120.535,77 euros, por los mismos conceptos alegados por el recurrente:

“Previsto para determinar la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación de vehículos a motor, mal cabe [la] aplicación [del baremo] o al menos sin correcciones al caso ... Y es que las circunstancias con las que se presentan los acontecimientos, se revelan como especialmente trágicas ... y por ello acreedoras de un resarcimiento que, si bien es de muy difícil valoración, lo que está claro es que no se consigue con la aplicación de un baremo previsto para acontecimientos menos dramáticos...” (FD. 3º).

94. STS, 1^a, 11.9.2009 (RJ 4586). MP: José Antonio Seijas Quintana

Competencia del orden civil para conocer de demandas por accidentes de trabajo interpuestas con anterioridad a la STS, 1^a, Pleno, 15.1.2008.

El 15.12.1993, a las 16:30 horas, Millán, de 27 años de edad, realizaba tareas de selección de pescado en una embarcación propiedad de Constanza. Iba vestido con impermeable y botas de goma de suela antideslizante, y cargaba unas cajas vacías cuando, a causa de un golpe de mar, perdió el equilibrio y cayó al agua por un hueco que, de haber tendido dimensiones inferiores, hubiera impedido la caída, y falleció ahogado.

La mujer e hijos de la víctima demandaron a Constanza, propietaria del barco, y solicitaron una indemnización de 480.809,68 €.

El JPI núm. 48 de Barcelona (15.6.1999) estimó en parte la demanda y condenó a la demandada al pago de 48.080,97 euros con base en los arts. 1902 y 1903 CC. Ambas partes recurrieron en apelación. La AP de Barcelona (Sección 1^a, 15.4.2000) desestimó el de la demandada y estimó en parte el de la actora en el sentido de aumentar la indemnización a 209.278,72 euros.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada:

“[L]os usos y costumbres de la mar aceptan determinados riesgos. Ahora bien, estos riesgos están pensados más en la efectividad de la pesca que en la seguridad del trabajador ... El golpe de mar es un hecho previsible y previsible era también que un marinero pudiera caer, como cayó, por efecto de este golpe de mar y de la inclinación del barco por un hueco que, de haber tenido unas dimensiones inferiores, nunca se hubiera producido” (FD. 3º).

Comentario:

El Tribunal Supremo analiza de oficio su competencia para conocer del caso, porque: i) se trata de un accidente laboral en el que se reclama la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de medidas de seguridad que pertenecen al contrato de trabajo; ii) el Pleno de la Sala 1ª ha fijado en la STS, 1ª, 15.1.2008 (y en las SSTS que la siguieron, de 19.2.2008; 16.4.2008; 19.5.2008; 4.6.2008; 17.11.2008; 15.12.2008; 23.4.2009; 30.6.2009; 16.10.2009; 25.2.2010) la doctrina según la cual tales reclamaciones debían ser competencia de la jurisdicción social; y iii) el Tribunal ahora se pregunta sobre “la oportunidad de aplicar esta doctrina a procesos iniciados al amparo una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta en los que en ninguna instancia ha sido alegada la posible incompetencia de la jurisdicción civil” (FD. 1º).

El Tribunal resuelve, en contra de los precedentes judiciales, a favor de la competencia del orden civil:

“Sin duda la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y como tal de obligada observancia por su naturaleza de orden público ... Sin embargo, la aceptación de las anteriores conclusiones, no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones y, precisamente tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del peregrinaje enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos -la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas-”.

Estos argumentos eran igualmente aplicables a los múltiples casos que siguieron a la STS, 1ª, 15.1.2008, pero, en cambio, la Sala civil del Tribunal Supremo se posicionó en ellos claramente a favor de la competencia de la jurisdicción social, siempre y cuando se cumplieran los requisitos establecidos en aquella sentencia. Es discutible que haya de ser una u otra Sala la que conozca de estos asuntos, pero lo que no es discutible es la necesidad de un solo criterio de distribución de la competencia en estos casos. La víctima tiene derecho a saber ante qué tribunal debe interponer la demanda.

Con posterioridad, el TS ha mantenido este nuevo criterio en la STS, 1^a, 9.3.2010 (JUR 2010 131735; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

93. STS, 4^a, 14.7.2009 (RJ 6096). MP: Aurelio Desdentado Bonete

Las prestaciones de la Seguridad Social sólo restan la partida de lucro cesante de la indemnización por responsabilidad civil.

El 11.2.2003 a Eulogio, de 31 años de edad y operador de máquinas perfiladoras de chapas, se le quedó atrapado el brazo en los rodillos de la máquina que estaba utilizando y se le produjo un desgarro muscular, con resultado, después de varias intervenciones quirúrgicas, de “déficit de la extensión del codo y muñeca derechos y mano en garra cubital”.

La Dirección Provincial del INSS impuso a la empresa un recargo del 30% en las prestaciones derivadas del accidente y declaró al trabajador en situación de incapacidad permanente total (IPT). El capital coste de la IPT ascendió a 103.348,58 €. Eulogio cobró, además, de Catalana de Occidente 12.020,24 € en concepto de incapacidad permanente total y de la Seguridad Social 16.015,40 € en concepto de incapacidad temporal (IT).

Eulogio reclamó 250.000 € en concepto de responsabilidad civil a la empresa para la que trabajaba, Fabricados Metálicos, S.A., a la empresa que sucedió a esta última, y a Groupama Plus Ultra, aseguradora de la responsabilidad civil de aquéllas.

El Juzgado de lo Social nº 1 de Avilés (3.9.2007) estimó en parte la demanda y, aplicando orientativamente el sistema de baremos, condenó a los demandados a pagar 12.311,78 €, cantidad que resulta de descontar de la indemnización global según baremos (actualizados a 2006) - 143.696 euros- el capital coste de IPT y lo percibido del seguro. El TSJ Asturias (20.6.2008) desestimó el recurso de suplicación y confirmó la Sentencia del Juzgado.

El TS estimó el recurso para la unificación de doctrina del actor, revocó la SAP y condenó al pago de 91.800 euros. El TS no incluyó en la indemnización calculada según baremos el factor de corrección por perjuicios económicos (5.000 euros), la parte de la indemnización por lesiones permanentes que el Tribunal consideró que respondían a la discapacidad laboral (unos 34.000 euros) y lo cobrado del seguro por IT.

Por un lado, el Tribunal confirmó que era de aplicación al caso la regla de la deducción de las prestaciones de la Seguridad Social:

“[A] efectos de fijar la indemnización ... deb[e]n descontarse del importe del daño total las prestaciones de la Seguridad Social, en la medida en que éstas cubren la responsabilidad objetiva del empresario por el mismo hecho y han sido financiadas por

éste dentro de un sistema de cobertura pública en el marco de la Seguridad Social; descuento del que, sin embargo, se excluye el recargo en la medida en que el mismo cumple, según la doctrina de la Sala, una función preventiva autónoma" (FD. 4º).

Por otro lado, el Tribunal, siguiendo la doctrina establecida en la STS, 4ª, 17.7.2007 (RJ 8303), declaró la necesidad de que la deducción o compensación se realice entre conceptos homogéneos:

"[T]ratándose de prestaciones de la Seguridad Social, que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, estas prestaciones sólo puedan compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante: igualmente las que se reconocen por la incapacidad temporal no pueden compensarse con las que se otorgan por la incapacidad permanente y viceversa" (FD. 4º).

En particular, como el cálculo de la indemnización se había realizado conforme a baremos, el Tribunal aplicó la doctrina anterior al caso de la siguiente manera:

"[S]ólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida ... [Q]uedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia ... determinar qué parte de la cantidad reconocida ... incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)" (FD. 4º).

92. STS, 1ª, 30.6.2009 (RJ 5490). MP: Encarnación Roca Trías

El progenitor que impide ilícitamente al otro relacionarse con el hijo de ambos debe pagarle una indemnización por el daño moral sufrido.

Paulino mantuvo una relación sentimental con Remedios y reconoció como propio al hijo de ésta. El 23.9.1991, Remedios se adhirió a la Iglesia de la Cienciología y se trasladó con el menor a Tampa (Florida, Estados Unidos), sin regresar a España hasta pasados 7 años. Paulino denunció el hecho, pero el Auto de 3.10.1991 decretó el archivo de las actuaciones en el procedimiento penal.

En vía civil, el Auto del JPI núm. 28 de Madrid de 13.10.1992 atribuyó al padre la guarda y custodia del menor para el normal desarrollo de la personalidad del niño. Dicho Auto fue confirmado por Sentencia del mismo Juzgado, de 28.6.1993, contra la que se interpuso recurso de apelación, que la SAP Madrid, Civil, Sección 22^a, 13.1.1995 desestimó, con base en que el desplazamiento había obstruido el ejercicio de la patria potestad del padre y había desobedecido el régimen de guarda y custodia. Paulino recurrió a diversos cauces a fin de ejecutar la sentencia en los Estados Unidos, sin éxito.

El 16.10.1998, Paulino demandó a Remedios, la Asociación Civil Dianética y el Centro de Mejoramiento Personal A.C. y solicitó una indemnización de 210.354,24 € por el daño moral sufrido a consecuencia de la captación de Remedios por ambas entidades, pertenecientes a la Iglesia de la Cienciología, y el posterior traslado de su hijo José Ángel a los Estados Unidos.

La SJPI núm. 12 de Madrid, de 2.4.2003, estimó la excepción de prescripción y absolió a los demandados porque había transcurrido más de un año tanto desde la fecha de salida de España del menor como desde la fecha de archivo de las diligencias penales incoadas por su desaparición.

La SAP Madrid, Civil, Sección 18^a, de 27.10.2004 (JUR 2003\297841), desestimó el recurso de apelación interpuesto por Paulino y confirmó la SJPI. El perjuicio irrogado al actor no tenía naturaleza de daño continuado porque el daño se consumó cuando:

“el menor es llevado por su madre a los Estados Unidos de América, a partir de ese momento cabía ya el inicio de las acciones civiles o penales, por lo que una vez finalizada las acciones penales seguidas por los mismos hechos es a partir de la finalización de las mismas cuando podía acudir a la vía civil”(FD 1º).

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por Paulino por infracción de los artículos 1968.2, 1969 y 1973 CC, y condenó a Remedios a pagar 60.000 € y absolió al resto de demandados.

Remedios “(...) efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar, impidiendo que el menor su hijo pudiese relacionarse con su padre, vulnerando, así el artículo 160 CC, y en segundo lugar, oponiéndose a la ejecución de la sentencia que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre (...). No ocurre lo mismo con el resto de demandadas, (...) [porque] no puede serles atribuida ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo (...)” (FD 4º).

Ello ocasionó un daño moral en el progenitor que es indemnizable con fundamento en el artículo 1902 CC.

“[E]l daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial (...)" (FD 5º).

Asimismo, la acción no se encontraba prescrita pues:

“El dies a quo (...) para contar el plazo de un año (...) es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad" (FD 2º).

Comentario:

El Tribunal Supremo aplica por primera vez en esta sentencia el instrumento de la responsabilidad como remedio en aquellos casos en que un progenitor obstaculiza el derecho de otro a relacionarse con sus hijos y, además, lo hace con arreglo al régimen general de la responsabilidad por culpa o negligencia del artículo 1902 CC. A tal efecto, el Tribunal Supremo incorpora al ordenamiento jurídico español la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos sobre el derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH).

Otro aspecto novedoso de este pronunciamiento es la admisión del Tribunal Supremo de la función punitiva de la indemnización por daño moral puesto que alude al “principio de sanción del progenitor incumplidor” (FD 5º), contraria a la postura tradicional de la doctrina científica española, que siempre ha negado dicha función.

Asimismo, en relación con la prescripción de esta clase de perjuicio, el Tribunal Supremo entiende que la doctrina de los daños continuados es aplicable y determina que el dies a quo es la fecha de extinción de la patria potestad sobre el menor, el día en que el hijo adquiere la mayoría de edad.

Sin embargo, este pronunciamiento sigue la práctica judicial dominante e indemniza el daño moral a tanto alzado, sin proporcionar ningún criterio para la valoración del menoscabo de las relaciones paterno-familiares. El Tribunal renuncia así a cercenar la discrecionalidad judicial en la cuantificación del daño moral, pues es fiel a la convicción de que esta categoría de perjuicio no puede cuantificarse de acuerdo con pautas objetivas.

91. STS, 1^a, 30.6.2009 (RJ 4323). MP: Francisco Marín Castán

Obligación del médico de informar al paciente de los riesgos típicos del tratamiento, aunque sean muy infrecuentes.

La paciente, con 47 años de edad, padecía una artrosis de la cadera izquierda, por lo que decidió someterse a una implantación de prótesis de la cadera. El médico no le informó de que uno de los

riesgos de la operación era la lesión del nervio ciático por elongación, con los padecimientos que ello conlleva, y tampoco que esa complicación era poco probable, ya que la literatura médica estima que ocurre en el 3,5 % de los casos. La lesión se produjo efectivamente sin que hubiera habido negligencia médica y supuso para la paciente seis meses más de ingreso hospitalario, rehabilitación y otra intervención para paliar el dolor, entre otros perjuicios.

La paciente demandó al cirujano, a la Clínica Inmaculada Concepción, S.A. y a la compañía de seguros a cuyo cuadro médico pertenecía aquél, Asistencia Sanitaria Interprovincial de Seguros, S.A, y solicitó 40 millones de ptas. (240.405 euros).

El JPI nº 11 de Granada (14.11.2000) estimó en parte la demanda, condenó al cirujano a pagar 60.000 euros y absolvió al resto de demandados. La actora y el cirujano interpusieron recurso de apelación. La AP de Granada (Sección 4^a, 9.10.2001) estimó el del cirujano, revocó la SJPI y le absolvió:

“Consta ... que la complicación surgida ... se da en un mínimo grado en este tipo de intervenciones (3%) ... pero sobre todo consta ... que la complicación no es frecuente ni “previsible” ... [N]o cabe hablar ante la imprevisibilidad de la complicación surgida, de falta de información, ya que si no es posible conocer, o conjeturar lo que ha de suceder ... es claro que no cabe disponer de medios fuera de los ordinarios ... para evitar una contingencia “infrecuente y no previsible”” (FD. 4º SAP 9.10.2001).

El TS estimó el recurso de casación de la paciente, revocó la SAP y aumentó la indemnización fijada por el JPI a 20 millones de ptas. (120.202 euros):

“Si la lesión del nervio ciático por elongación era ... conocida según el estado de la ciencia en la época de la intervención, entonces ninguna duda cabe de que el cirujano tenía que haber informado de ese riesgo a la demandante antes de la intervención” (FD. 3º)

“[L]a sentencia recurrida infringió el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el art. 1902 CC, al considerar “imprevisible” una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5% confundiendo por tanto el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad” (FD. 3º).

“[L]a indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención ...; ... tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria ... por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico” (FD. 4º).

Comentario:

Estamos ante un caso de infracción del consentimiento informado en el que el riesgo de lesión sobre el que no se informó al paciente se acabó materializando. Del pronunciamiento del TS interesan tres ideas:

1. El deber de información del médico alcanza a todos los riesgos típicos, también los que son muy infrecuentes (en el mismo sentido, STS, 1^a, 22.6.2004 -RJ 3958-).
2. Si el riesgo típico e infrecuente sobre el que no se informa al paciente se acaba materializando la indemnización a la que tiene derecho este último no puede ser igual a la que le correspondería de haberse producido esa misma lesión por una mala praxis médica. Este argumento es razonable, pues el daño en que consiste la lesión en casos como el que ahora se comenta no es imputable al médico. Parece sensato que la indemnización por tanto sea distinta. El Tribunal Supremo concreta que ha de ser inferior.
3. Adicionalmente, el TS sostuvo que, de no haberse producido la lesión sobre la que no se informó al paciente, la mera infracción del consentimiento informado no hubiera dado lugar a responsabilidad porque no sería daño indemnizable el daño a la libertad de elección del paciente derivado de la omisión de información (en contra, véanse, las SSTS, 1^a, 10.11 y 16.12.1997 citadas en la Sentencia que se comenta).

90. STS, 1^a, 18.6.2009 (RJ 4318). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

La víctima que no justifica ingresos no tiene derecho al incremento máximo del 10%, por perjuicio económico, que prevén los baremos.

El 22.1.2000, Sagrario, camarera de profesión, viajaba de acompañante en una motocicleta, asegurada en "Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.", la motocicleta se salió de la vía por causas que se desconocen y Sagrario resultó herida como consecuencia del accidente y le quedaron entre otras secuelas paresia del ciático común izquierdo y lumbalgia.

Sagrario demandó a "Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." (*no consta la cuantía solicitada*).

El JPI núm. 1 de León (23.9.2003) estimó en parte la demanda y condenó a "Allianz, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A." a pagar 4.202,83 € (cantidad que resultaba de deducir del valor total del daño, 101.324,28 euros, el importe satisfecho previamente por dicha aseguradora, 97.121,45 euros). En relación con el factor de corrección por perjuicios económicos, dado que la víctima no había acreditado sus ingresos, consideró prudencial aplicar un 5%. El Juzgado excluyó la aplicación automática del 10%, "ya que corresponde a quien reclama por perjuicios económicos acreditar sus propios ingresos para determinar cuál sea el porcentaje a aplicar" (Antecedente de Hecho 2º). La AP de León (Sección 1^a, 22.9.2004) desestimó el recurso de apelación interpuesto por Sagrario y confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Sagrario y confirmó la SAP.

“La razón de analogía ... sustenta la aplicación del factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes ... respecto de la víctima en edad laboral que no acredite ingresos; pero no justifica que el porcentaje aplicado deba ser el máximo correspondiente a dicho grado, sino que cabe que el tribunal, valorando las circunstancias concurrentes en el caso examinado y los perjuicios económicos de diversa índole que puedan presumirse o haberse acreditado ..., conceda un porcentaje inferior, dado que el señalado tiene carácter máximo (hasta el 10%) y no se establece limitación alguna dentro del abanico fijado por el legislador” (FD. 7º).

89. STS, 1^a, 4.6.2009 (RJ 3380). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de la entidad de seguro de asistencia sanitaria por hecho ajeno.

La actora, quien había contratado con Adeslas un seguro de asistencia médica, escogió, de entre los centros médicos que colaboran con esta aseguradora, la Clínica Santa Elena de Madrid para dar a luz a su hija. El mismo día del nacimiento, la menor causó alta en el seguro médico de su madre. A las 24 horas de vida, la menor sufrió convulsiones y, para eliminarlas, un médico neonatólogo de la Clínica Santa Elena ordenó a la enfermera demandada que le administrara fenobarbital. Un hora después, la niña sufrió una parada cardiorrespiratoria durante unos 10 minutos, lo que le causó, por hipoxia cerebral, daños cerebrales permanentes y que entrara en estado de coma irreversible. Al ingreso de la menor en el Hospital Gregorio Marañón los niveles plasmáticos del fármaco administrado eran tóxicos (120 mcg/ml frente a los niveles terapéuticos que son de entre 15 y 40 mcg/ml) y no cabe duda de que el fenobarbital es una sustancia que no sintetiza el organismo. La menor falleció durante el proceso judicial a que dieron lugar estos hechos cuando contaba con dos años de edad y tras haber sido sometida hasta a cinco intervenciones quirúrgicas.

Los padres y el hermano, de cuatro años de edad, de la menor demandaron a la enfermera, a la clínica, a las aseguradoras de éstas y a Adeslas, y reclamaron 961.240.940 ptas. (5.777.174 euros).

El JPI núm. 38 de Madrid (30.4.2002) estimó en parte la demanda y condenó a los demandados a pagar 752.449,12 euros. Todos los demandados, excepto la aseguradora Winterthur, interpusieron recurso de apelación, que la AP de Madrid (Sección 1^a, 5.5.2004) estimó en parte para rebajar la indemnización a 396.834,11 euros debido al fallecimiento de la menor durante el proceso. Uno de los motivos del recurso de Adeslas fue la inexistencia de culpa extracontractual ex art. 1903 CC por falta de relación de dependencia entre esta entidad y la enfermera demandada, a lo que la AP contestó:

“Las prestaciones del contrato de seguro de asistencia sanitaria no se limitan a facilitar los servicios sanitarios a través facultativos, clínicas e instalaciones sanitarias adecuadas. El art. 105 LCS le da un carácter más amplio en cuanto que al diferenciarlo del seguro de enfermedad dice que: «Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios

médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan”.

“L[a] cit[a] anterio[r] ... se hac[e] con un solo designio; dejar claro que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual” (FD. 2º):

“La relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada no es de dependencia laboral directa; es obvio que la enfermera demandada no es contratada laboral de plantilla de Adeslas. Su dependencia es indirecta por razón del concierto de Adeslas con la Clínica ... donde dicha señora presta sus servicios, ya que la la función del asegurador no es la de facilitar cuadros médicos, clínicas, enfermeras, o centros de diagnóstico mencionados en sus cuadros clínicos, sino la de asumir directamente la prestación del servicio, y garantizar la corrección, e idoneidad de los medios personales y materiales empleados” (FD. 2º SAP)

La clínica y Adeslas interpusieron recurso de casación, pero sólo este último fue admitido aunque desestimado. El TS confirmó la existencia de una relación de dependencia en los términos que lo había expresado la Audiencia y añadió dos argumentos nuevos:

“Al asegurado se le garantiza ... no sólo el coste económico de las operaciones médicas, y los gastos de estancia y manutención del enfermo, medicación y tratamientos necesarios, sino también las prestaciones sanitarias incluidas en la Póliza por medio de médicos, servicios o establecimientos propios de Adeslas que de esa forma vienen a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero” (FD. 1º).

“La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela (...) “[L]a garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad” (FD. 1º).

Comentario:

La sentencia plantea la cuestión de si las entidades de seguros de asistencia médica tienen que responder ex art. 1903.4 CC por las negligencias de profesionales médicos con quienes no mantienen ningún vínculo jurídico. Hasta ahora, el Tribunal Supremo había sostenido que si la aseguradora había seleccionado al profesional médico o se había reservado funciones de control de su actuación cabía afirmar la relación de dependencia necesaria para aplicar el art. 1903.4 CC

(véase, al efecto, en el FD. 1º de la sentencia que ahora se comenta la relación de los precedentes judiciales que han hecho uso de tales criterios).

La STS, 1ª, 4.6.2009 es significativa porque introduce un nuevo criterio para afirmar, en cualquier caso, la relación de dependencia y, con ello, la responsabilidad de la entidad aseguradora por el hecho de un tercero: el del auxiliar contractual. Con independencia de la relación jurídica que mantuvieran con aquélla, los centros y profesionales médicos vendrían a actuar como auxiliares contractuales de las prestaciones médicas que asumen estas entidades en virtud del art. 105 LCS y del propio contrato.

88. STS, 1ª, Pleno, 27.4.2009 (RJ 4141). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

El progenitor viudo tiene derecho a cobrar por la muerte de su hijo el importe total que la Tabla I de los baremos asigna a la categoría “padres”.

Las respectivas madres de las víctimas reclamaron a la aseguradora Allianz la totalidad de la indemnización por daño moral prevista en el Grupo IV de la Tabla I del Anexo de la Ley 30/1995, relativa a “victima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes”.

El JPI (29.4.2002) estimó en parte la demanda y concedió un total de 43.893,50 euros y 43.382,22 euros respectivamente, en concepto de indemnización por daño moral, incrementada con el 10% por perjuicios económicos, y gastos funerarios. El Juzgado utilizó los valores de los baremos vigentes en el momento de dictar sentencia (2002), asignando a cada madre el 50% de la cantidad total que la ley atribuye a la expresión en plural “padres” con “convivencia con la víctima”. La Sala primera del TS, en Sentencia de 5.7.2001, RJ 1751 y Sentencia de 10.4.2000, RJ 3439, y la mayor parte de las sentencias de las Audiencias Provinciales se habían pronunciado a favor de esta posición. Los argumentos utilizados son:

1) El perjudicado por el fallecimiento de una persona no adquiere el derecho a la indemnización en concepto de sucesión, como si de un acrecimiento de la indemnización vacante se tratara, sino como víctima indirecta por el fallecimiento de la víctima y esta idea individualista se opone a la del acrecimiento de cuotas de la interpretación contraria. El acrecimiento de la indemnización vacante responde a una mentalidad sucesoria no acorde con la finalidad de la indemnización.

2) La nota 5 que acompaña a la palabra padres establece que en los casos de separación o divorcio se asigna a cada uno el 50% de la cuantía que figura en el respectivo concepto. De la nota 5 se infiere, pues, un criterio de individualización por cada parente.

3) Los restantes grupos de la Tabla I asignan indemnizaciones por progenitor o individuo. Si la redacción de los beneficiarios en el Grupo IV no diferencia entre cada progenitor, hay que entender que está estableciendo una indemnización conjunta para ambos padres.

Las demandantes recurrieron en apelación. La AP de A Coruña (Sección 1^a, 19.11.2002) desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia.

Los demandantes recurrieron en casación y alegaron diversos motivos a favor de considerar aplicable a cada madre la totalidad de la indemnización básica prevista en la Tabla. Uno de ellos se centraba en que la Sala segunda del TS en Sentencia de 17.9.2001 había concedido a la madre y a su pareja el total indemnizatorio. Además, parte de la jurisprudencia menor de Audiencias había interpretado que la expresión genérica de padres se refiere indistintamente a uno o a otro, porque la ley no distingüía como en otros apartados. Había que considerar también que la interpretación contraria conducía a tratar mejor al hermano menor de 25 de la víctima sin ascendientes que al progenitor superviviente. La SJPI estaba equiparando una situación de no convivencia con la de fallecimiento, lo que es una interpretación errónea. Por último, desde el punto de vista de la equidad, el daño moral por el fallecimiento de un hijo habría de tener el mismo valor tanto si los padres viven como si uno de ellos ha fallecido anteriormente.

El TS estimó el recurso de las actoras y concedió a cada una el importe total que asigna la ley:

“Parece razonable ..., como solución más coherente, atenerse a la literalidad del texto legal, que configura la indemnización como cuantía total asignada a la categoría integrada por los “padres”, independientemente del número de los llamados a percibirla. Aboga a favor de esta solución el principio *in dubio pro damnato* ... Se admite el principio de indemnización única por categoría, reducida por la concurrencia de varios perjudicados (F.D. 3º).

El TS valora los argumentos utilizados en las instancias.

- 1) Considera acertada la tesis establecida en la STS, 2^a, 17.9. 2001 en el sentido de que la ley se refiere a los padres de modo genérico y no cabe distinguir donde la ley no lo hace.
- 2) En el sistema de baremos la indemnización se configura como cantidad total fijada para el conjunto de los que integran una categoría y no por cabezas, en atención al perjuicio personal sufrido por cada perjudicado. Existe un principio de indemnización total por categoría próximo al seguro de sumas o al derecho sucesorio.
- 3) Además, estaría justificado una indemnización mayor por daño moral cuando la pérdida la sufre un solo progenitor que ambos.

87. STS, 1^a, Pleno, 23.4.2009 (RJ 4140). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Collateral Souce Rule *entre el recargo de prestaciones de la Seguridad Social y la indemnización por responsabilidad civil.*

El 3.5.2001, Félix, trabajador por cuenta de "Meyme, S.A.", sufrió un accidente de trabajo mientras desarrollaba sus funciones en las instalaciones de otra empresa "Industria Química del Nalón S.A.". El INSS le declaró en situación de incapacidad permanente absoluta. La resolución de 27.6.2002 de la Inspección de Trabajo declaró la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo e informó sobre la procedencia de incrementar las prestaciones por incapacidad permanente absoluta en un 50% en concepto de recargo.

Félix demandó a "Meyme, S.A." e "Industria Química del Nalón S.A." y solicitó una indemnización de 271.488,40 €.

El JPI nº 4 de Oviedo (2.3.2004) estimó en parte la demanda y condenó a "Industria Química del Nalón S.A." al pago de 224.185,47 €. La AP de Oviedo (Sección 6^a, 15.7.2004) redujo la indemnización a 203.566,98 €.

El TS desestimó el recurso de casación de "Industria Química del Nalón, S.A.". Con carácter previo, reconoció su competencia para conocer del caso porque el lesionado no tenía relación laboral con una de las empresas demandadas. Con cita de la jurisprudencia de la Sala 4^a del TS (la sentencia más reciente es de 3.10.2008, RJ 6945) declara la no deducción del recargo de la indemnización por su carácter sancionador. No se pronuncia sobre la deducción del capital coste constituido para garantizar la percepción de la incapacidad permanente absoluta de la víctima (189.803 euros), porque esta cuestión no había sido alegada por el recurrente en apelación.

86. STS, 1^a, 20.4.2009 (RJ 4139). MP: José Almagro Nosete

Los familiares de la víctima sólo tienen la condición de perjudicados en el sistema de baremos si aquélla sufre una gran invalidez.

Por las graves lesiones sufridas en un accidente de circulación ocurrido el 21 de julio de 1997, la víctima reclamó a la compañía de seguros del causante del accidente, Groupama Seguros y Reaseguros, S.A., una indemnización de 500.517,41 euros, por los daños personales, morales y materiales sufridos, y sus padres reclamaron (39.641,43 euros -la madre- y 41.485,25 euros -el padre-) en concepto de daño moral propio en tanto familiares de la víctima, de haber sufrido un síndrome depresivo postraumático y de por los gastos médicos.

El JPI (10.10.2003) estimó en parte la demanda y declaró procedente indemnizar tanto a la víctima como a sus progenitores, aunque concedió una cantidad inferior a la solicitada (en 37.754,91 euros a la víctima y 9.372 euros a cada uno de los progenitores). La AP (5.11.2004) estimó en parte el recurso de apelación de ambas partes y condenó a la demandada a pagar a la víctima 193.549,92 euros, manteniendo la indemnización concedida a los padres.

El TS estimó en parte el recurso de la aseguradora en relación a tres puntos: a) el baremo aplicable deberá ser el vigente en el momento del accidente, pero calculando el valor de los distintos conceptos indemnizatorios conforme a los importes establecidos en la Resolución vigente en el momento del alta definitiva; b) los intereses moratorios deberán calcularse, durante los dos primeros años siguientes al siniestro, al tipo legal más su 50% y, a partir de ese momento, al del 20% si aquél no resulta superior; b) los progenitores en el caso no tienen derecho a ninguna indemnización, ya que la Tabla IV del sistema sólo contempla el “perjuicio moral de familiar” en relación con grandes inválidos, esto es:

“[P]ersonas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas, situación que no se da en el caso que nos ocupa” (FD. 4º).

85. STS, 3^a, 23.3.2009 (RJ 2502). MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco

La Administración titular de la ejecución de obras públicas debe indemnizar al particular los perjuicios extraordinarios que sufre en relación con los que afectan al resto de ciudadanos.

En abril de 1996 se llevaron a cabo unas obras públicas de conexión de las líneas 8 y 10 del metro de Madrid, según el proyecto elaborado por la Administración y cuya ejecución había adjudicado a FCCSA y FCC. Las obras implicaron, durante un año y medio y las 24 horas del día, una excavación, a cielo abierto, en la puerta principal y a lo largo de toda la fachada del Hotel Miguel Ángel. Ello obligó al hotel a modificar los accesos, a bajar el precio del servicio y a cerrar determinadas zonas, además de soportar el despliegue de maquinaria pesada y de operarios, polvo, ruidos y vibraciones inherentes a los trabajos.

El 10.4.1997, el hotel reclamó a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid 381 millones de pesetas (unos 2 millones de euros) por la minoración de ingresos y pérdida de clientela que la ejecución de las obras había supuesto para el desarrollo del negocio.

El 11.12.1997, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió dictamen desestimando la reclamación sometida a su consulta:

“En conclusión, si bien no cabe discutir las incomodidades y molestias que la obra realizada hubo de producir ... tampoco cabe discutir la inexistencia de cualquier circunstancia de agravamiento de tales efectos” (Antecedente de Hecho 1º de la STS 23.3.2009).

El 18.12.1997, la Consejería denegó la reclamación expresamente.

El Hotel interpuso recurso contencioso-administrativo. El TSJ Madrid (9.6.2004) desestimó el recurso porque consideró que el daño no era antijurídico:

“Tal perjuicio salvo circunstancias concretas de agravación no excede en tales casos de las cargas generales ligadas al status jurídico de ciudadano sin resultar por ello antijurídico ... Esto acontece en la mayoría de los casos de construcción de obras públicas” (Antecedente de Hecho 1º de la STS 23.3.2009).

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por el hotel y, en parte, el recurso contencioso-administrativo, al limitar la cuantía indemnizatoria solicitada:

“Los trabajos por su ubicación no incidieron con la misma intensidad en otros inmuebles, negocios o actividades del entorno ... [N]o compartimos la opinión de la Sala madrileña, conforme a la que los perjuicios padecidos por “Hotel Miguel Ángel” no pasan de ser las normales consecuencias que todos hemos de encarar fruto de la vida en una sociedad que demanda unos mejores servicios, constituyendo cargas generales ligadas al estatus jurídico de ciudadano. Ni por la ubicación ni por las características de las obras ni por la naturaleza del negocio que explota dicha entidad estaba jurídicamente obligada a soportar el daño” (FD. 2º).

En relación a la cuantía indemnizatoria, el TS rechazó el cálculo propuesto por la recurrente y determinó que se calculara en ejecución de sentencia conforme a los siguientes criterios: en primer lugar, consideró no acreditada la existencia de un daño emergente consistente en la pérdida de clientela hasta su total recuperación y, en segundo lugar, determinó que para el cálculo del lucro cesante por pérdida de ingresos se utilizara el valor de ingresos declarado por la empresa a efectos del Impuesto sobre Sociedades para los ejercicios 1995, 1996, 1997 y 1998 y que este valor se comparara con la facturación prevista en el presupuesto entre junio de 1996 y mayo de 1997, período de ejecución de las obras.

Comentario:

El caso es un buen ejemplo de responsabilidad patrimonial de la Administración pública por funcionamiento normal del servicio público:

“Las circunstancias de que los accesos al hotel se clausuraran ocasionalmente, de que las obras se ejecutaran conforme al proyecto aprobado y de que sus responsables mantuvieran contactos y reuniones frecuentes con los directivos del hotel no desdicen nuestra conclusión, pues únicamente evidencian que la actuación administrativa fue normal, pero esta regularidad no elimina la responsabilidad patrimonial” (FD. 2º).

En este contexto, el Tribunal Supremo, además, se detiene en explicar el significado de la responsabilidad objetiva de la Administración pública y en identificar los tres supuestos en los

que el perjudicado tiene derecho a la indemnización aun cuando el funcionamiento del servicio público ha sido regular:

“Un daño es [antijurídico] cuando el afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley ... Este requisito subraya el talante objetivo de la responsabilidad de las organizaciones públicas, pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico ...”

[El administrado] únicamente se encontraría jurídicamente obligado a arrostrar el daño si concurre algún título que se lo imponga. Tal sería el caso de la existencia de un contrato previo, la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme o el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria que atribuya cargas a la generalidad de los ciudadanos” (FD. 2º).

El Tribunal se limitó luego a aplicar la doctrina anterior al caso para valorar si “el perjuicio sufrido por la compañía ... supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales” teniendo en cuenta, además, “la actividad desenvuelta por la empresa”, que “se ve seriamente obstaculizada por la realización de [tales] obras públicas”, pues “[d]ifícilmente puede reposarse con trabajos de excavación y perforación en las inmediaciones” (FD. 2º).

84. STS, 3^a, 4.3.2009 (RJ 2125). MP: Agustín Puente Prieto

Responsabilidad de la Administración por los daños derivados de la inmovilización de un alimento que presenta riesgos para la salud de las personas.

El 31.5.2001, el Ministerio de Sanidad y Consumo tuvo conocimiento de una nota difundida en los medios de comunicación de la República Checa en la que se decía el aceite de oliva procedente de España contribuía a la creación de células carcinógenas por contener un nivel tóxico de hidrocarburos aromáticos policíclicos, en particular, de benzopireno. El 3.7.2001 se conocieron los resultados de unos análisis aleatorios que confirmaron dicha contaminación y la Dirección General de Salud Pública dictó una Resolución el mismo día en la que se aconsejaba la inmovilización cautelar y transitoria del aceite de orujo refinado y de oliva que contuviera hidrocarburos aromáticos policíclicos en límite superior a 1 partícula por billón.

“Extractora del Genil S.A” interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Sanidad y Consumo y solicitó una indemnización de 1.953.965,89 €, que el Ministerio de Sanidad y Consumo desestimó mediante resolución de 21.6.2002.

La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo, 21.7.2004) desestimó el recurso contencioso-administrativo y el TS confirmó la SAN porque consideró que el funcionamiento de la Administración fue normal:

“La inmediatez entre la alerta y la Orden Ministerial, 22 días, durante los que se realizaron los análisis descritos y se fijaron las bases para la orden de referencia, demuestra la diligencia de la Administración y la no antijuricidad del daño” (FD. 4º).

Además, el daño no puede considerarse antijurídico porque:

“[N]o pueden los productores prescindir de la adopción de las medidas correspondientes en relación con la comercialización para el consumo humano de un producto susceptible de entrañar riesgos ... y ello con mayor motivo cuando ... la contaminación del aceite de orujo de oliva por benzopireno se produce en el proceso industrial de obtención del producto ... En definitiva, constituía obligación de las propias empresas la aplicación de los medios tecnológicos que la situación de la técnica permitía, al objeto de reducir, y prácticamente eliminar, el benzopireno existente en el producto...” (FD. 5º).

83. STS, 1ª, 4.3.2009 (RJ 1873). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Daños causados por el tabaco: prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.

El 15.1.1998 sus herederos demandaron a tabacalera y solicitaron una indemnización de 360.600 € alegando la existencia de un contrato de adhesión entre la demandada y el fallecido, y defectos en las advertencias sobre los riesgos de consumo del producto. Sostuvieron la existencia de una relación causal y directa entre la enfermedad y su adicción al tabaco y adicionalmente la advertencia contenida en paquete de tabaco no deber ser tenida en cuenta porque al tratarse de un contrato de adhesión esta cláusula tendría que estar expresamente aceptada y firmada por el consumidor.

El JPI desestimo la demanda. Entiende que aplicando una interpretación laxa, puede entenderse que existe una relación contractual entre la víctima y la demandada, pero no aprecia responsabilidad contractual puesto que la relación de causalidad no se ha podido demostrar:

“[A]demás de que no se ha podido demostrar la relación directa y exclusiva de causalidad entre el hábito del consumo de tabaco y el cáncer de pulmón padecido por don Emilio C., el tabaco es una sustancia legal con advertencia de peligro en la cajetilla desde hace casi 20 años, los medios de comunicación (prensa, radio, televisión), desde la década de los años 60, tal como se ha acreditado del cotejo efectuado por la Hemeroteca sita en Madrid, advierten que fumar puede ser perjudicial para la salud, por tanto, es un hecho notorio y conocido que el tabaco puede ser un factor de riesgo que puede generar determinadas enfermedades, especialmente si se consume en exceso y fumar los cigarrillos contenidos en tres paquetes como, a tenor de la prueba testifical y confesión en

juicio practicadas, hacia el señor C., no es un consumo moderado, y esta opción personal, en la que consiste fumar, tendría que asumirse con responsabilidad y mesura" (F. D. 4º).

Los actores interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso aunque por motivos distintos. El Tribunal entendió que la relación contractual existía en todo caso entre la víctima y la expendeduría de tabaco, no la demandada. La relación con la demandada era extracontractual por lo que el plazo para accionar ya habría prescrito.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los actores confirmando la falta de relación contractual, no sólo de la víctima con la demandada sino también de los actores con la demandada puesto actúan directamente como perjudicados.

Recuerda, en primer lugar, la distinción entre ambas:

"Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo. Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación" (FD 3º).

Y, además, no sólo la relación entre la víctima y la demandada no es contractual, sino que debe entenderse que los actores reclaman en su nombre, reforzando por tanto el carácter extracontractual de la relación.

"el perjuicio por lo que se reclama no corresponde *iure hereditatis* [por derecho hereditario] a los demandantes, sino que debe entenderse que responde al daño moral o *pretium doloris* [valor del sufrimiento] padecido por el fallecimiento de un familiar. Resulta evidente, en consecuencia, que ni el sujeto activo ni el sujeto pasivo de la relación de responsabilidad civil que pretende establecerse se corresponden con los elementos subjetivos de los contratos de compraventa celebrados" (FD 3ª).

82. STS, 3ª, 10.2.2009 (RJ 2470). MP: Ocativo Juan Herrero Pina

Sin daño no hay responsabilidad civil aunque el servicio público de asistencia sanitaria sea defectuoso.

Como consecuencia de varias pruebas practicadas a la actora, Inés, durante su embarazo en 1994, se detectó que era portadora del virus del SIDA y, hasta el 19.9.1997, los servicios médicos de la Generalitat Valenciana no le informaron de tal situación, por razones que la sentencia no explica. Al no adoptar ninguna precaución durante el embarazo ni tampoco durante la lactancia materna, la paciente no pudo prevenir el contagio del virus al bebé. La sentencia no examina cuál fue la

causa del contagio, pero la actora alegó en la demanda que debió ser consecuencia de transfusiones sanguíneas que le practicaron para el tratamiento de la Hepatitis C diagnosticada en 1991 o con ocasión de varios abortos que tuvo antes de 1994. Ni la actora ni su hijo habían desarrollado la enfermedad en el momento en que se inició el proceso judicial.

La actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de Valencia y reclamó 421.000 euros, tanto para ella como para su hijo.

El TSJ de Valencia estimó en parte el recurso y sólo reconoció una indemnización para el hijo de la actora, de 20.000 euros, porque “existían en el año 1994 ... cauces médicos suficientes para reducir el riesgo de contagio del virus del SIDA” de madre a hijo. Respecto a la actora, consideró que aunque había existido un defectuoso funcionamiento del servicio en cuanto a la demora en la comunicación del contagio y a la consiguiente falta de seguimiento de médico, aquélla no había justificado “en el proceso ..., siquiera sea de forma indiciaria, cuáles son los perjuicios concretos, singulares, tangibles ... que le ha causado la tardanza en la toma de conocimiento de la tenencia del virus del SIDA” (FD. 3º STS 10.2.2009).

El TS, por un lado, desestimó los motivos del recurso de casación de la actora sobre la existencia de un perjuicio efectivo, consistente en el deterioro de su salud por la falta de tratamiento médico:

“[L]a Sala de instancia entiende que no se ha acreditado la concurrencia de ... un perjuicio concreto ... de manera que el procedimiento desestimatorio de la reclamación resulta justificado” (FD. 5º).

Por el otro, el TS estimó el motivo del recurso que calificaba de irrisoria la cantidad de 20.000 euros concedida al menor y la aumentó a 120.000 euros:

“[A]tendiendo a ... la entidad del padecimiento sufrido por el menor, su afectación de manera notoria al desarrollo de su vida, relaciones y actividades propias de su edad, sometimiento a controles médicos y tratamientos correspondientes, temor ante la evolución de la enfermedad y graves consecuencias de la misma ... [entiende] la Sala más proporcionada y conforme con las circunstancias del caso la cantidad de 120.000 euros, sin perjuicios de lo que pueda reclamarse, en su caso, ante el agravamiento y desencadenamiento de la enfermedad” (FD. 8º).

Comentario:

Lo extraño del caso es cuál haya podido ser la causa por la que se produce un retraso con consecuencias tan graves. El TSJ reconoce que existe un funcionamiento defectuoso del servicio sanitario, pero no da más explicaciones. Efectivamente, no parece haber daño físico ni tampoco moral, pues para este último concepto el caso sería asimilable a un falso negativo: “ojos que no ven, corazón que no siente”. Más discutible, en cambio, es si habría lugar para indemnizar el

daño moral de la actora en tanto familiar de la víctima, esto es, el padecimiento de la madre por ser testigo del sufrimiento que va a experimentar su hijo y por la afectación que una enfermedad así supone para su vida. El sistema de baremos recoge este concepto bajo el título de “perjuicios morales de familiares” y prevé una indemnización de hasta 132.095,27 euros (Resolución de 31 de enero de 2010) para familiares próximos a la víctima “en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias”.

81. STS, 1^a, Pleno, 14.1.2009 (RJ 1621). MP: Encarnación Roca Trías

Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito cometido por menores de edad, condenados previamente por un Juzgado de Menores.

El 6.6.1996, dos jóvenes de 15 años de edad agredieron a otros dos menores de la misma edad con la intención de robarles sus zapatillas deportivas. Una de las víctimas recibió un golpe en la cabeza; la otra, como consecuencia de la agresión, cayó en la arena de la playa desde un muro de 2,5 metros del Paseo Marítimo de Roquetas y sufrió una fractura de mandíbula.

El 3.10.1996, el Juzgado de Menores de Almería dictó sendas resoluciones por las que impuso a ambos menores la medida de prestación de servicios a favor de la comunidad conforme al Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio de 1992. No consta que dichas resoluciones se hubieran comunicado efectivamente a la parte perjudicada.

El 7.4.1998, la madre del menor que había sufrido la fractura de mandíbula demandó en nombre y representación de su hijo a los padres de ambos agresores con base en los arts. 1902 y 1903 CC y solicitó 25 millones de ptas. (150.253 euros). Los demandados alegaron la prescripción de la acción porque la demanda se había interpuesto casi dos años después de la producción de los hechos.

El JPI núm. 3 de Roquetas (29.1.2000) rechazó la excepción de prescripción y consideró que al tratarse de hechos penales la acción prescribía a los 15 años. Estimó en parte la demanda y concedió 1.500.000 ptas. (9.015,18 euros) por los 150 días de incapacidad que el Juzgado consideró acreditados. Ambas partes interpusieron recurso de apelación. La AP de Almería (Sección 1^a, 11.4.2001) estimó en parte el recurso de la parte actora y aumentó la indemnización a 18.030,36 euros por considerar indemnizable, además, el daño psíquico sufrido por el menor:

Los demandados recurrieron en casación, alegando infracción de los arts. 1968.2, 1902 y 1903 CC en relación con el art. 1093 CC: la actora había basado la acción en la culpa in vigilando de los padres, el plazo de prescripción aplicable debía ser, según los demandados, el de 1 año.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso:

“Este Tribunal … ha asimilado al proceso penal este tipo de procesos en los que se está tratando de la responsabilidad de menores por hechos que, si fueran imputables, habrían sido considerados delitos o faltas … y ha aplicado el principio de prejudicialidad penal a los efectos de la interrupción de la prescripción para la reclamación de los daños … Sin embargo, la Sala … [e]n todas las sentencias que se han reseñado … entiende que el plazo para la prescripción de la acción derivada de los hechos de … menores de edad inimputables [es el de] 1 año del artículo 1968.2 CC, que debe contarse a partir del momento de la comunicación a la parte de la decisión del tribunal competente. Esta jurisprudencia, sin embargo, deja de lado que el propio Tribunal ha aplicado a las acciones de reclamación de la responsabilidad civil derivada de delito cometido por mayores de edad el plazo de 15 años … Las [obligaciones] que surgen como consecuencia de daños producidos por delitos que no sean la calumnia o la injuria no están incluidas [en el art. 1902 CC], en virtud de lo dispuesto en el artículo 1092 CC” (FD. 4º y 5º).

Comentario:

El art. 1092 del CC prescribe:

“Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”.

Por su parte, la legislación penal, reguladora de la responsabilidad de mayores y menores de edad, no prevé cuál ha de ser el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito en caso de que la víctima la plantee ante la jurisdicción civil.

En virtud de lo anterior, la Sala civil del TS ha aplicado reiteradamente [véanse SSTS, 1ª, 3.3 1988 (RJ 1548); 7.12.1989 (RJ 8806); 1.4.1990 (RJ 2684); 19.10.1990 (RJ 7984)] a las acciones de responsabilidad civil derivada de delito cometido por mayores de edad el plazo general de prescripción de 15 años previsto en el art. 1964.2 CC para las acciones “personales que no tengan señalado término especial de prescripción”. En efecto, el plazo de 1 año del art. 1968.2 CC sólo resulta de aplicación a las obligaciones civiles que nacen del art. 1902CC y de los delitos de injuria o calumnia. En este sentido, la Audiencia Provincial en el caso comentado introdujo una distinción importante:

“[C]uando un hecho es enjuiciado penalmente y termina por sentencia absolutoria o de otro modo que ponga fin al proceso en base a no existir responsabilidad, como puede ser el auto de sobreseimiento, se reanuda el cómputo del plazo prescriptivo, siendo aplicable el de un año previsto para la culpa extracontractual; sin embargo, si el proceso penal finaliza con sentencia condenatoria o resolución declarando la existencia del ilícito, el plazo es el genérico de 15 años establecido para el común de las acciones personales, incluso aunque la responsabilidad penal quede condonada por indulto, y lo mismo ocurre si la resolución declarativa del hecho es dictada en expediente de la jurisdicción de menores como aquí ha ocurrido” (FD. 2º).

Sin embargo, una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo anterior a la sentencia que ahora se comenta había aplicado el plazo de 1 año cuando el delito o falta había sido cometido por un menor de edad (SSTS, 1^a, 29.12.1962; 8.5.1965; 10.7.1985; 13.9.1985; 29.10.1993). El Tribunal Supremo corrige esta línea jurisprudencial en esta sentencia y deja claro que el procedimiento en la jurisdicción de menores es asimilable al procedimiento penal ordinario tanto a los efectos de aplicar el principio de prejudicialidad penal, como ya había hecho la Sala Civil en varias sentencias anteriormente, como de fijar el plazo de prescripción. En efecto, aunque el autor del hecho sea un menor de edad, eso no impide que se pueda seguir calificando el hecho como delito o falta si así está tipificado en la legislación penal. Otra cosa es que el menor no resulte imputable penalmente por la edad y se sustituya la pena del Código Penal por otra medida con una finalidad distinta, como señala el Tribunal Supremo.

80. STS, 1^a, 22.12.2008 (RJ 2009\162). MP: Juan Antonio Xiol Ríos*6

Responsabilidad civil y daños al patrimonio propio.

“Ercros S.A.”, propietaria de un solar en Camas (Sevilla), enterró en la finca residuos de productos tóxicos -metales de cobre y plaguicidas organoclorados como alderín y dieldrín- de manera irregular. “Ercros, S.A.” vendió el solar y, tras una cadena de transmisiones, fue adquirido por “Gestión, S.L.”. Como consecuencia de la contaminación, “Gestión, S.L.” no pudo destinar el solar a la finalidad para la que lo compró.

“Gestión, S.L.” demanda a “Ercros, S.A.” y solicita la retirada de residuos con base en el art. 1902 CC.

El JPI nº 15 de Sevilla (30.9.1999) estima la demanda y condena a la demandada a retirar los residuos de la finca. La AP de Sevilla (Sección 6^a, 30.6.2001) desestima el recurso de apelación y confirma la SJPI.

El TS estima el recurso de casación. “La consideración como terceros perjudicados de estos sucesivos titulares exige demostrar que han sido víctima de daños distintos de los consistentes en perjuicios económicos dimanantes de los defectos sufridos por la cosa vendida, pues, en caso de no ser así, sólo las acciones relacionadas con el incumplimiento del contrato o con el saneamiento de la cosa vendida pueden ser utilizadas para el resarcimiento, en el marco de las acciones contractuales”. Tampoco es aplicable al caso el art. 5.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre de responsabilidad medioambiental, en base al cual sólo puede reclamarse la reparación del daño

* La selección y comentarios de las sentencias de 2008 han sido realizados por Sonia Ramos, Rosa Milà, Ignacio Marín y Carlos Alberto Ruiz.

⁶ Cfr. STS, 1^a, 29.10.2008 (RJ 5801), MP: Román García Varela. Sentencia comentada por Sonia RAMOS y Rosa MILÀ (2009), “Responsabilidad civil y daños a los propios bienes”, *InDret* 3/2009.

medioambiental, pero no de los daños de naturaleza civil producidos por los mismos hechos (FD 4º).

79. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 2009\6983). MP: Clemente Auger Liñán

Explosión de bombonas de gas y presunción de causalidad del demandado en cuya esfera de influencia se origina el accidente.

El 2.6.1994, en el curso de unos trabajos de excavación en la calle Polvoranca nº 5 de Leganés, un operario, trabajador de "Hermanos Arnal, S.L.", alcanzó con una retroexcavadora una conducción telefónica subterránea y causó daños a dos cables de fibra óptica de "Telefónica España, S.A.". "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." había subcontratado a "Hermanos Arnal, S.L." para la realización de la obra. "Telefónica España, S.A." requirió extrajudicialmente a "Hermanos Arnal, S.L." antes de que transcurriera un año desde la producción del accidente.

"Telefónica España, S.A." demanda a "Fomento de Construcciones y Contratas, S.A." y a "Hermanos Arnal, S.L", y solicita una indemnización de 157.708,98 €.

El JPI nº 3 de Leganés (18.9.1997) desestima las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario y prescripción, y condena a los demandados a pagar 157.708,98 €. La AP de Madrid (Sección 21^a, 19.9.2001) desestima los recursos de apelación interpuestos por los demandados y confirma la SJPI.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por "Fomento de Construcciones y Contratas S.A.". "Cuando a todos los demandados les alcanza la responsabilidad solidaria, la actividad interruptora de la prescripción producida con relación a uno sólo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo normado en el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil" (FD 2º).

78. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 2009\1353). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Causación única y accidentes de circulación en cadena.

El 3.8.1997, el automóvil de Magdalena, conducido por su esposo Eduardo, circulaba por la autopista. José María conducía, más atrás, otro vehículo, que inició una maniobra de adelantamiento, rebasando al menos tres vehículos. Un tercer coche, que circulaba entre el primero y el segundo, inició otra maniobra de adelantamiento, de la que desistió al observar el vehículo de José María. En ese momento, José María, en una maniobra evasiva, provocó la colisión de su vehículo con la parte posterior del vehículo de Magdalena. Ambos coches salieron de la calzada y chocaron contra unos árboles. Como consecuencia del accidente, el matrimonio y su hija sufrieron daños materiales y lesiones corporales.

Magdalena y Eduardo, en nombre propio y el de su hija María Inmaculada, demandan a José María y a su aseguradora, "Compañía de Seguros Mapfre", y solicitan una indemnización (no consta cuantía).

El JPI nº 1 de Alzira (13.3.2001) desestima la demanda. La AP de Valencia (Sección 9^a, 17.12.2001) estima el recurso de apelación y condena a los demandados a pagar 10.796,80 €.

El TS desestima el recurso de casación. El daño fue causado íntegramente por el vehículo propiedad del demandado, "y no se ha demostrado la concurrencia como causa excluyente de la imputación, y con ello de la responsabilidad, de negligencia del perjudicado ni la concurrencia de causa mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo". Tampoco "se ha probado que el vehículo desconocido interviniese en el accidente como causa determinante con independencia de la conducta del conductor demandado" (FD 3º). Aplica el art. 1.1 Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

77. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 2009\529). MP: Antonio Salas Carceller

Competencia de jurisdicción e interrupción de la prescripción en solidaridad.

El 27.1.1995, se produjo una deflagración en el edificio de la calle Falcinelo, nº 19, de Madrid. Como consecuencia del accidente, se derrumbaron varios pisos y falleció Raúl. No se pudo determinar con exactitud la causa del siniestro.

Eugenia, viuda de la víctima, en su nombre y en el de su hija menor, demanda a "Ocaso, S.A.", aseguradora de la comunidad de propietarios, a "Repsol Butano, S.A.", suministradora, y a su aseguradora, "Musini", y a "Codibsa", distribuidora de bombonas de gas, y solicita una indemnización de 180.303,63 €.

El JPI nº 50 de Madrid (9.9.1999) desestima la demanda y absuelve a los demandados. La AP de Madrid (Sección 11^a bis, 10.4.2002) estima el recurso de apelación, absuelve a "Ocaso, S.A." y condena al resto de demandados a pagar 180.303,63 €.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por "Codibsa". "Acreditado por la parte perjudicada el origen del daño- en este caso la explosión de gas- queda cumplida por la demandante su carga probatoria para derivar hacia quien creó el riesgo la carga de acreditar que el resultado dañoso no es consecuencia de su actuación, sino de la interferencia de elementos extraños a ella como pudieran ser la propia actuación de la víctima o la fuerza mayor" (FD 3º).

76. STS, 1^a, 12.12.2008 (RJ 2009\527). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Negligencia comparativa modificada (Modified Comparative Negligence).

La noche del 25.9.1999, Víctor atropelló con su vehículo a un peatón, que caminaba por la calzada correspondiente al sentido contrario de circulación al que llevaba el vehículo, y se dio a la fuga. La trayectoria del automóvil era anómala y las circunstancias concurrentes, las fiestas patronales, exigían una circulación prudente. Como consecuencia del atropello, Jaime sufrió lesiones graves que provocaron su hospitalización durante 139 días, secuelas graves determinantes de gran invalidez y perjuicios económicos (no consta cuantía). Con posterioridad, Víctor se suicidó y sus herederos repudiaron la herencia.

Jaime demanda a la aseguradora del vehículo, "Multinacional Aseguradora", y solicita una indemnización (no consta cuantía).

El JPI nº 4 de Santiago de Compostela (19.2.2001) condena a la aseguradora a pagar 556.875,27 €. La AP de A Coruña (Sección 6^a, 28.6.2002) estima en parte el recurso interpuesto por la aseguradora y reduce la indemnización a 296.028,03 €, al apreciar la concurrencia de la conducta negligente de la víctima.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Jaime, revoca la SAP y confirma la SJPI. "La negligencia del peatón, consistente en penetrar en la calzada por una parte por la que no era previsible que el vehículo circulase, y en circunstancias que imponían al conductor especiales deberes de precaución, tiene un carácter secundario que impide atribuirle relevancia a los efectos de exonerar al conductor de la imputación del daño producido como ajeno, en todo o en parte, a su responsabilidad objetiva por los riesgos de la circulación" (FD 3º). Aplica el art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

75. STS, 1^a, 10.12.2008 (RJ 2009\16). MP: Román García Varela

Ausencia de nexo causal.

El 28.7.1998, Iñigo, de 9 años de edad, se bañaba en la piscina del "Hotel Meliá Don Pepe" de Marbella acompañado de su madre cuando, al salir de la piscina por una de las escalerillas, resbaló en un escalón y una de sus piernas quedó atrapada en el hueco que había entre la escalerilla y la pared. Su madre consiguió liberarlo y lo sacó de la piscina. Como consecuencia del accidente Iñigo sufrió lesiones graves en el fémur distal por aplastamiento anterior de la epífisis de la pierna derecha.

Ramón y Carla, por sí y en nombre de su hijo Iñigo, demandan a David, gerente del hotel, "Hoteles Mallorquines Asociados, S.A.", propietaria del hotel, y "AGF Unión y Fénix, S.A.", y solicitan una indemnización de 155.157,03 €.

El JPI nº 7 de Marbella (24.6.1998) desestima la demanda. La AP Málaga (Sección 5^a, 7.2.2002) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación pues no se probó si las lesiones fueron fruto del enganche o de la interacción de otros elementos, como el esfuerzo realizado de la madre del menor para liberarlo. Por otro lado, si bien es cierto que las escaleras sobresalían del plano vertical de la pared y, por tanto, contravenían el art. 9.3 del Reglamento Sanitario de Piscinas de Uso Colectivo, la observancia de la norma no habría evitado el accidente, pues éste ocurrió cuando el niño salía de la piscina.

74. STS, 1^a, 4.12.2008 (RJ 6952). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Acción de regreso de la Seguridad Social suiza.

El 22.12.1992, Clemente, ciudadano español residente en Suiza, conducía por la carretera N-340 en el tramo de L'Alcudia de Carlet (Cádiz), cuando su vehículo fue embestido por detrás por el conducido por Rocío. La Seguridad Social suiza pagó a Clemente 317.078 CHF en concepto de asistencia sanitaria y tratamiento terapéutico, pérdida de salarios en su trabajo de albañil, daño físico permanente e incapacidad laboral.

La Caja Nacional Suiza de Seguridad Social se subroga en la posición de su afiliado y demanda a Rocío, a Carla, propietaria del vehículo, y a su aseguradora, "Multinacional Aseguradora", y solicita una indemnización de 317.078 CHF con base en el Convenio Bilateral sobre Seguridad Social suscrito entre España y Suiza el 11.7.1982.

El JPI nº 18 de Valencia (25.2.1999) estima en parte la demanda y condena a los demandados a pagar 12.054 CHF en concepto de gastos de asistencia sanitaria y tratamiento terapéutico. La AP de Valencia (Sección 7^a, 26.1.2001) desestima el recurso de apelación interpuesto por la Caja Nacional Suiza de Seguridad Social y confirma la SJPI.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la Seguridad Social suiza y condena a todos los demandados a pagar 317.078 CHF. De acuerdo con la nueva redacción del art. 1.10 del Convenio Bilateral Hispano-Suizo, la Seguridad Social Suiza tiene derecho a reclamar lo pagado a los responsables del daño de acuerdo con lo establecido en la legislación suiza, sin más límites que los derivados del régimen en este último Estado (FD 3^o).

73. STS, 1^a, 21.11.2008 (RJ 2009\144). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad por producto defectuoso.

El 15.7.1994, Amanda compró en un establecimiento abierto al público, propiedad de "Germans Crespi, S.A.", 47 botes de un insecticida fumigante, marca Keycorc, para desinfectar un piso que

estaba plagado de termitas y carcoma. Ese mismo día, María Rosa derramó el contenido de los 47 botes por todas las habitaciones de la vivienda y precintó con cinta aislante marcos de puertas y ventanas. Sobre las 11.45 h. del día siguiente se produjo una explosión, que provocó el estado de ruina del edificio y afectó a otras dos fincas.

Varios vecinos y sus respectivas aseguradoras demandan a Amanda, Eduardo, Paulino, Jesús Carlos, David, "Germans Crespi, S.A.", "Industrial Química Key, S.A." y Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y solicitan indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos.

El JPI nº 4 de Palma de Mallorca (1.12.1999) estima en parte la demanda y condena a Amanda, Eduardo y "Germans Crespi, S.A." al pago de distintas indemnizaciones. La AP de Palma de Mallorca (Sección 4^a, 30.3.2001) estima en parte los recursos de apelación interpuestos por los demandantes y extiende la condena a "Industrial Química Key, S.A." y al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

El TS estima los recursos de casación interpuestos por los demandados, casa y anula las sentencias de instancia, y desestima las demandas. Según el tribunal, el daño se produjo como consecuencia del uso indebido del producto por parte de María Rosa, por lo que no existe relación de causalidad entre el daño sufrido y la venta del producto. Por otro lado, no puede declararse la responsabilidad de la Administración, pues el producto había sido registrado como altamente peligroso y había sido etiquetado destacando las palabras "inflamable" y "veneno".

72. STS, 1^a, 17.11.2008 (RJ 6049). MP: José Antonio Seijas Quintana

Wrongful birth y falta de consentimiento informado.

María Rosario, una mujer embarazada, no fue informada sobre la posibilidad de que se le practicaran las pruebas para detectar la existencia de malformaciones en el feto. Aurelio, hijo de María Rosario, nació con malformaciones.

José y María Rosario, padres de Aurelio, demandan a Félix y "Winterthur, Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros", y solicitan una indemnización de 751.265,13 €.

El JPI nº 47 de Barcelona (29.4.2002) desestima la demanda. La AP Barcelona (Sección 16^a, 8.4.2003) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación por considerar que la vigilancia, información y seguimiento normales del embarazo dispensados a la gestante por el médico demandado fueron correctos.

71. STS, 1^a, 6.11.2008 (RJ 5899). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Concurrencia de culpas.

María Milagros, de 70 años, y Antonieta, menor de edad, cruzaron inopinadamente por un lugar inadecuado una calle y fueron atropelladas por el vehículo que conducía un conductor asegurado por "Compañía de Seguros Axa Aurora Ibérica, S.A.".

José Ángel, en su nombre y en el de su esposa María Milagros, y Carlos Miguel, en nombre y representación de su hija Antonieta, demandan a "Compañía de Seguros Axa Aurora Ibérica, S.A.", y solicitan una indemnización de 593.426,15 €.

El JPI nº 5 de Murcia (25.4.2003) estima en parte la demanda y condena a la aseguradora a pagar 200.986,58 € a María Milagros, 37.015,15 € a José Ángel, y 544,67 € a Antonieta. La AP Murcia (Sección 4^a, 3.11.2003) desestima los recursos de apelación interpuestos por José Ángel y Carlos Miguel, así como el interpuesto por la compañía aseguradora.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los demandantes. Hubo concurrencia de culpas del conductor y de María Milagros, quien actuó negligentemente "in eligendo –con relación el lugar escogido para atravesar la calzada- ya in vigilando" o in omitiendo, respecto de la forma en que perteneció realizar dicha acción, y en todo caso, respecto de la menor que la acompañaba." (FD 2º).

70. STS, 3^a, 3.11.2008 (RJ 5852). MP: Joaquín Huelin Martínez de Velasco

Compatibilidad de prestaciones por accidente de trabajo e indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración.

El 29.11.1996, Patricia trabajaba como celadora en el complejo hospitalario "Xeral Calde" (Lugo), dependiente del Servicio Gallego de Salud ("SERGAS"). A las 11:30 h., bajaba en el ascensor de dicho complejo cuando, debido a un fallo mecánico, el ascensor se precipitó desde la 3^a planta hasta el sótano del edificio. Como consecuencia del accidente, Patricia sufrió múltiples traumatismos y precisó de atención psiquiátrica hasta 1998. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo (29.1.1999) declaró que las secuelas derivadas del accidente de trabajo eran constitutivas de invalidez permanente absoluta en grado de gran invalidez y reconoció el derecho de ésta a percibir una pensión mensual de 1.404,84 € con un recargo del 50% por falta de medidas de seguridad.

Patricia demanda al "SERGAS" y a la Xunta de Galicia, y solicita una indemnización de 1.031.171,25 €, que la Consellería deniega por silencio administrativo.

El TSJ Galicia (Sección 1^a, 3.3.2004) estima el recurso contencioso administrativo y condena a las administraciones codemandadas al pago de 300.500 €.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el “SERGAS” y la Xunta de Galicia. El TS, tras desestimar los argumentos por los cuales la demandante debería haber llamado al proceso a la empresa fabricante del ascensor y la encargada de su mantenimiento, se centra en el motivo central del recurso, a saber, si la existencia de una relación de empleo público entre víctima y Administración anula la responsabilidad patrimonial de esta última. El TS resuelve que, por más que el daño se haya producido en el desarrollo de una relación de servicio público, el accidente queda fuera de los riesgos inherentes al ejercicio de su profesión, de manera que la lesión es antijurídica, máxime cuando la empleada no tuvo la más mínima intervención en el accidente (FD 5º).

69. STS, 1^a, 29.10.2008 (RJ 5801). MP: Román García Varela⁷

Responsabilidad civil por suelos contaminados.

Unión de Explosivos Río Tinto, S.A. era propietaria de una finca en Valencia, en la cual, de 1938 a 1989, explotó una fábrica de elaboración de fertilizantes y como consecuencia de la actividad contaminó la finca. En 1989, Ercros, S.A. sucedió a Unión de Explosivos y vendió la finca a Prima Inmobiliaria, S.A., quien la aportó a la Junta de Compensación del proyecto urbanístico que la afectaba. En 1994, Prima Inmobiliaria, S.A. vendió la finca en subasta pública a Inmobiliaria Colonial S.A. En marzo de 1999, la Junta de Compensación comunicó a la última compradora la presencia en el solar de niveles de contaminación altos y potencialmente peligrosos para la salud. Inmobiliaria Colonial S.A. solicitó a expertos varios informes sobre el estado del solar por un precio de 72.227,23 €. Después, la inmobiliaria requirió a Ercros, S.A. para que descontaminase la finca y, ante su negativa, contrató a un tercero por un precio de 2.632.089,92 €.

Inmobiliaria Colonial S.A. demanda a Ercros, S.A., y solicita una indemnización de 2.704.314,75 € en concepto de gastos de descontaminación, con base en los arts. 1902 y 1908.4 CC en relación con la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, de recogida y tratamiento de desechos y residuos sólidos urbanos, la Ley 20/1986, de 14 de mayo, de residuos tóxicos y peligrosos, y la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.

El JPI nº 3 de Valencia (25.1.2000) estima la demanda. La AP de Valencia (Sección 6^a, 30.10.2000) desestima el recurso de apelación interpuesto por Ercros, S.A. El TS desestima el recurso de casación. “[L]a responsabilidad frente a la entidad actora la ostenta la parte demandada, que con su acción consistente en la fabricación de fertilizantes ha producido el daño de contaminación de los terrenos, y ha ocasionado y motivado que la parte actora haya asumido unilateralmente los trabajos de descontaminación (...). De todo ello existe una clara aplicación de todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual (...).” (FD 3º). La SAP tampoco infringió el art. 1968.2 CC

⁷ Cfr. STS, 1^a, 22.12.2008 (RJ 2009\162), MP: Juan Antonio Xiol Ríos. Sentencia comentada por Sonia RAMOS y Rosa MILÀ (2009), “Responsabilidad civil y daños a los propios bienes”, *InDret* 3/2009.

porque “[e]l primer conocimiento de la contaminación del terreno adquirido por la actora lo tiene (...) en marzo de 1999 (...)” (FD 5º).

68. STS, 1^a, 14.10.2008 (RJ 6913). MP: José Ramón Ferrández Gabriel

Estándares profesionales de auditores.

Las obras de construcción de varias viviendas que habían de ser adjudicadas a los socios de “PSV Sociedad Cooperativa” se paralizaron debido a la grave crisis económica de la cooperativa, declarada en suspensión de pagos, a causa de la gestión irregular de los fondos aportados por los cooperativistas para la adquisición de las fincas. El informe de las cuentas anuales de la sociedad auditora de la cooperativa, “Ernst&Young, S.A.”, no puso de relieve la verdadera situación patrimonial.

Estíbaliz y otros 774 socios demandan a “Ernst&Young, S.A.”, Jesús María (auditor) y “AGF Unión Fénix, S.A.”, y solicitan una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (en algunos casos, la cuantía aparece determinada; en otros, se ha de determinar en ejecución de sentencia).

El JPI nº 35 de Madrid (22.6.1998) estima en parte la demanda. La AP Madrid (Sección 21^a bis, 22.7.2002) estima el recurso de apelación y absuelve a los demandados.

El TS estima el recurso de casación, revoca la SAP y confirma la SJPI. Los auditores infringieron la lex artis y, de haber dispuesto los cooperativistas de la información sobre la situación financiera de la cooperativa, habrían adoptado una decisión oportuna y adecuada en defensa de sus intereses.

67. STS, 1^a, 9.10.2008 (RJ 6042). MP: José Ramón Ferrández Gabriel⁸

Fin de protección de la norma y ausencia de responsabilidad de auditores.

Desde 1993, “XM Patrimonios Agencia de Valores, S.A.” creó la apariencia de que compraba valores por cuenta de clientes cuando, en realidad, desviaba los fondos que recibía a otras sociedades. “Price Waterhouse Auditores, S.A.” auditó las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a los ejercicios de 1993 y 1994. Las auditorías, que fueron realizadas efectivamente por Iván, no contenían salvedad alguna y expresaban la opinión de que las cuentas de la sociedad auditada reflejaban la imagen fiel de su patrimonio.

“Lepanto Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, Luís Enrique, “Penedés, S.A.” y “Alto Penedés, S.A.” demandan a “Price Waterhouse Auditores, S.A.” e Iván, y solicitan una

⁸ Comentada por Marian GILI SALDAÑA e Ignacio MARÍN GARCÍA (2009), “Sentencia de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 6042)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, pp. 751-778.

indemnización de 8.961.322,55 € para "Lepanto"; 1.526.244,80 € para Luís Enrique; 846.379,26 € para "Penedés, S.A.", y 65.599,71 € para "Alto Penedés, S.A.".

El JPI nº 24 de Barcelona (21.10.1998) desestima la demanda. La AP de Barcelona (Sección 16^a, 31.7.2000) estima íntegramente el recurso de apelación y condena a los demandados a pagar 8.961.322,55 € a "Lepanto", 1.526.244,80 € a Luís Enrique, 846.379,26 € a "Penedés, S.A." y 65.599,71 € a "Alto Penedés, S.A.".

El TS estima el recurso de casación interpuesto por "Price Waterhouse Auditores, S.A." e Iván y revoca la SAP y dicta una nueva sentencia. El hecho de que la CNMV no hubiera actuado a tiempo de impedir las inversiones efectuadas por los demandantes es una causa extraña al ámbito de protección de la norma a cuya infracción se vincula la responsabilidad del auditor (artículo 11 Ley de Auditoría de Cuentas), pues la finalidad de esta norma es permitir que tanto la sociedad auditada como los terceros pudieran conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versaba la opinión emitida por el auditor de cuentas.

66. STS, 1^a, 2.10.2008 (RJ 5588). MP: José Antonio Seijas Quintana

Reclamación por ilícito competencial (Dumping).

"Unión Chimique Belge, S.A.", empresa biofarmacéutica, e "Industrial Kern Española, S.A.", empresa farmacéutica, comercializaron en España cloruro de colina a un precio inferior al del mercado belga, actuaciones calificadas de dumping por la Comisión europea mediante decisión de 1 de mayo de 1989.

"Algry S.A." demanda a "Unión Chimique Belge, S.A." e "Industrial Kern Española, S.A." y solicita una indemnización de 1.456.838 €.

El JPI nº 52 de Madrid (21.9.1998) estima la demanda en lo fundamental (no se especifica indemnización). La AP de Madrid (Sección 10^a bis, 1.7.2000) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación al considerar probada la práctica de dumping.

65. STS, 1^a, 30.7.2008 (RJ 6287). MP: Román García Varela

Culpa exclusiva de la víctima.

El 5.7.1995, Everardo, de 17 años de edad, acudió con otros menores a una piscina de Azuqueca de Henares, donde jugaron a comprobar cual de ellos permanecía más tiempo debajo del agua. Sobre las 14 horas, una niña advirtió la presencia de un cuerpo en el fondo de la piscina, donde permanecía desde al menos tres minutos, y fueron avisados los socorristas, que acudieron inmediatamente para sacar al Everardo de la piscina y practicar su reanimación mediante las

técnicas de los primeros auxilios. Posteriormente Everardo falleció por anoxia cerebral provocada por asfixia mecánica por inmersión.

Armando y Catalina (padres de Everardo) e hijos demandan a Fernando y Alonso (socorristas de la piscina) y la compañía de seguros Zurich, y solicitan una indemnización de 160.352 €.

El JPI nº 3 de Guadalajara desestima la demanda. La AP de Guadalajara (Sección 1^a, 11.1.2001) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación al apreciar culpa exclusiva de la víctima.

64. STS, 1^a, 30.7.2008 (RJ 4640). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Causalidad próxima (Proximate Causation).

El 12.8.1999, Pedro Jesús viajaba junto con su mujer, su hija, su hermano y su cuñada por la autopista A-2 cuando vieron un vehículo accidentado en la mediana de la autopista. Pedro Jesús y su hermano acudieron a socorrer a los ocupantes del vehículo accidentado, cuando Pedro Jesús cayó a un tragaluz que se abría en la mediana y se golpeó la cabeza con el guardarrail que el vehículo accidentado había roto, lo que causó su fallecimiento.

María Luisa y María Antonieta, mujer e hija de Pedro Jesús, demandan a "Autopistas Concesionaria Española, S.A." y a su aseguradora Winterthur Internacional y solicitan una indemnización (no consta).

El JPI nº 2 de Valls (7.5.2001) desestima la demanda al entender que el coche accidentado había interrumpido el nexo causal al romper la barrera de la mediana. La AP de Tarragona (Sección 3^a, 26.10.2001) estima en parte el recurso de apelación y condena al pago de 156.263 €. La AP considera que la demandada ha incumplido su deber de prestar el servicio en condiciones de seguridad.

El TS desestima el recurso de casación porque la demandada ha incumplido las obligaciones que le correspondían.

63. STS, 1^a, 24.7.2008 (RJ 4626). MP: Román García Varela

Descuento de indemnizaciones (inaplicación de la Collateral Source Rule).

Un día de junio de 1996, un vehículo se hallaba detenido en un semáforo de la localidad de Almendralejo cuando explotó una garrafa de gasolina que transportaba y el vehículo se incendió. Como consecuencia del incendio, uno de los ocupantes sufrió lesiones y los demás fallecieron.

Gabriela, M^a Ángeles y Diego, en su nombre y en el de su hija menor M^a Cristina, (superviviente y cónyuges e hija de los fallecidos) demandan a la aseguradora "Allianz" y solicitan una indemnización de 407.036,6 €.

El JPI nº 1 de Almendralejo (16.4.2001) estima en parte la demanda y condena al pago de 224.080 €. La AP de Badajoz (Sección 3^a, 10.9.2001) desestima sendos recursos de apelación y confirma la SJPI.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por "Allianz". Aunque el vehículo se hallaba detenido en el momento del siniestro, la aseguradora debe indemnizar a las víctimas puesto que el propietario del vehículo tenía una póliza complementaria a la obligatoria.

62. STS, 1^a, 24.7.2008 (RJ 4630). MP: José Ramón Ferrández Gabriel

Cobertura del contrato de seguro de automóvil.

El 9.2.1998, Jesús trabajaba en la colocación de planchas metálicas en la cubierta de un pabellón industrial sobre una viga de un metro de anchura y ocho metros de altura, sin medidas de seguridad, salvo un cinturón que no podía enganchar por falta de elementos de anclaje. Jesús cayó al suelo tras perder el equilibrio y, como consecuencia del accidente, sufrió lesiones y secuelas muy graves que motivaron la declaración de la incapacidad permanente absoluta para la realización de cualquier ocupación. La víctima recibió prestaciones económicas de "Mutua Fremap" y del "Seguro de Negociación Colectiva".

Jesús y Marco Antonio, Mónica y Valentina, familiares de la víctima, demandan a Carlos Francisco, director de la obra, a "Ingyser S.C.", proyectista de la obra, a "Montajes Industriales Mirmo, S.L.", a "Alucoil, S.A." y a Pedro Francisco, y solicitan una indemnización de 910.870,30 €.

El JPI nº 5 de Álava (27.12.2000) estima en parte la demanda y condena a Carlos Francisco, "Ingyser Sociedad Civil", "Montajes Industriales Mirmo, S.L.", "Alucoil, S.A." y Pedro Francisco a pagar 582.398,44 € a Jesús y 48.080,97 € a los restantes actores. La AP de Álava (Sección 2^a, 30.3.2001) estima el recurso de apelación interpuesto por Pedro Francisco, a quien absuelve, manteniendo el resto de pronunciamientos.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Carlos Francisco y acuerda descontar de las indemnizaciones las cantidades percibidas por Jesús de la "Mutua Fremap" y del "Seguro de Negociación Colectiva". "No debe existir una independencia absoluta de lo percibido en concepto de indemnizaciones por contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria; estas últimas deben completar lo ya percibido, para evitar la "sobreindemnización", esto es, el enriquecimiento injusto" (FJ 4º).

61. STS, 1^a, 23.7.2008 (RJ 4622). MP: José Antonio Seijas Quintana

Culpa exclusiva de la víctima.

Braulio, de 16 años de edad, falleció por disparo de un arma, propiedad de Rodrigo, que cogió de su domicilio cuando se encontraba en unión de varios amigos, entre ellos el hijo de Rodrigo. El arma estaba descargada y guardada junto con las balas en la habitación de Rodrigo, dentro de un armario oculto por una cortina y, a su vez, dentro de un cajón entre unas ropas. Braulio cargó la pistola y jugando con ella se apuntó en la sien y disparó.

César y Pilar, padres de la víctima, demandan a Rodrigo y al Ministerio de Defensa, y solicitan una indemnización de 180.303,63 €.

El JPI nº 3 de Cádiz (11.5.2000) desestima la demanda. La AP de Cádiz (Sección 3^a, 8.1.2001) desestima el recurso de apelación y confirma la SJPI.

El TS desestima el recurso de casación. "La conducta del joven ha sido la causa única, la determinante en exclusiva del evento, pues era perfectamente consciente de la peligrosidad del arma encontrada sabiendo que el mismo había puesto en su interior una bala" (FJ 2^o).

60. STS, 1^a, 21.7.2008 (RJ 6282). MP: Antonio Gullón Ballesteros

Negligencia comparativa modificada (Modified Comparative Negligence).

El 24.2.1996, María Pilar estaba en la discoteca "Charlot" de Valladolid cuando los empleados realizaban las labores de limpieza para el cierre de la misma. El camarero Aurelio había dejado encima de la barra un envase original de agua mineral, con etiqueta y tapón, que había rellenado de sosa cáustica, y salió del local para tirar la basura. María Pilar bebió del envase y sufrió graves lesiones esofágicas, que precisaron 19 intervenciones quirúrgicas, 1.103 días de incapacidad, gastos por un importe de 6.304,82 €, y de las que derivaron secuelas graves.

María Pilar demanda a Aurelio, a José Luis, propietario de la discoteca, y a su aseguradora, "Seguros A.G.F", y solicita una indemnización de 6.304,82 € por gastos, 53.033,31 € por incapacidad, 300.506,05 € por secuelas físicas, y 90.151,82 € por secuelas psíquicas, con el límite de 150.253,03 € para la aseguradora.

El JPI nº 2 de Valladolid (9.11.2000) estima en parte la demanda y condena a los demandados al pago de 90.151,82 €. La AP de Valladolid (Sección 1^a, 15.3.2001) estima en parte el recurso de la actora en el sentido de aumentar la indemnización a 209.591,14 €.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. El daño fue consecuencia directa y prácticamente exclusiva de la acción de Aurelio. "La mayor entidad de la principal

negligencia del demandando Aurelio, absorbe o neutraliza prácticamente, cualquier negligencia levísima que quepa apreciar de la demandante" (FJ 1º).

59. STS, 1^a, 16.7.2008 (RJ 4716). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Falta de prueba de la causalidad.

El 21.11.1992, Blas sufrió un accidente en el apeadero de Valdecillas al caer por el hueco entre dos vagones cuando el tren ya había iniciado la marcha. Como consecuencia del accidente le fueron amputadas ambas piernas.

Blas demanda a "Ferrocarriles de Vía estrecha" (FEVE), "Hércules Hispano, S.A." y "Mapfre Industrial, S.A.", y solicita una indemnización de 379.701,42 €.

El JPI nº 3 de Santander (25.9.1998) estima la demanda y condena a los demandados al pago de 397.479,87 €. La AP de Santander (Sección 2^a, 1.3.2001) estima los recursos de apelación interpuestos por los demandados, revoca la sentencia de instancia y a absuelve a los demandados.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por Blas, por no haber acreditado que la causa de la caída fuera la insuficiente iluminación y delimitación de espacios en el andén.

58. STS, 1^a, 26.6.2008 (RJ 3310). MP: Jesús Corbal Fernández

Responsabilidad de centro docente.

Álvaro, de 17 años, estudiante becario de un centro de formación profesional y menor de edad, sufrió lesiones al ser golpeado por el vagón de un ferrocarril cuando pretendía acceder a la estación. Consta que, con motivo de la fiesta navideña organizada por el centro, el menor había bebido una cantidad de alcohol excesiva y había rechazado utilizar el medio de transporte que el centro había contratado para el traslado a la residencia.

Álvaro demanda a Iñigo (encargado del transporte de los alumnos), José Luís, el "Consorci de Formació i d'Iniciatives Professionals de Medi Ambient i Patrimoni de l'Àrea Metropolitana de Barcelona", "Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya", "Unión Iberoamericana de Seguros" y "Mapfre Catalunya", y solicita una indemnización de 601.012,10 €.

El JPI nº 30 de Barcelona (6.11.1997) desestima la demanda. La AP Barcelona (Sección 15^a, 21.7.2000) estima el recurso de apelación interpuesto por Álvaro y condena a todos los demandados, salvo a Iñigo, al pago de 3.005,06 €.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por el “Consorci de Formació i d’Iniciatives Professionals de Medi Ambient i Patrimoni de l’Àrea Metropolitana de Barcelona” por considerar que los responsables del centro no actuaron con la diligencia debida, a pesar de conocer el estado de embriaguez del menor.

57. STS, 1^a, 19.6.2008 (RJ 4257). MP: José Antonio Seijas Quintana

Ausencia de caso fortuito.

Como consecuencia de la rotura del catéter intravenoso que se le había colocado, parte del cual había quedado alojado en el interior del sistema circulatorio, Luís fue contagiado de pseudonoma aeruginosa y tuvo que someterse a nuevas intervenciones.

Luís demanda a Manuel, Eugenia, la Clínica “Dr. San Sebastián, S.A.”, “Seguros Banco Vitalicio, S.A.” y “Winterthur Seguros Generales, S.A.”, y solicita una indemnización de 30.339,09 € por los días de baja, 4.035,95 € por los gastos ocasionados, 84.141,69 € por las secuelas y 72.121,45 € por el daño moral. Asimismo, Luís interesa la condena de las compañías de seguros al pago de las sumas reclamadas por los días de baja a un interés del 20% anual, desde las fechas en las que obtuvo las altas y hasta que se produzca el desembolso íntegro.

El JPI nº 3 de Bilbao (30.7.2000) estima en parte la demanda, absuelve a Eugenia y condena al resto de demandados al pago de 18.318,85 €. La AP de Bilbao (Sección 4^a, 3.4.2001) estima los recursos de apelación interpuestos por Manuel, “Seguros Banco Vitalicio, S.A.”, Eugenia y Luis y condena a la Clínica y a “Winterthur Seguros Generales, S.A.” al pago de 30.339,09 € por días de baja, 4.035,95 € por gastos, 60.101,21 € por las secuelas y 60.101,21 € por los daños morales.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la Clínica “Dr. San Sebastián, S.A.” y “Winterthur Seguros Generales, S.A.”. En primer lugar, la clínica no adoptó las medidas necesarias para evitar cualquier posible infección. En segundo lugar, no concurre caso fortuito, pues no estamos ante un suceso imprevisible dentro de la normal y razonable precisión que sobre los quirófanos puede establecer el centro. Además, ha quedado acreditada la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la clínica, así como la culpa la de clínica, por haber incumplido sus deberes de control.

56. STS, 1^a, 9.6.2008 (RJ 3558). MP: José Ramón Ferrández Gabriel

Prescripción de la acción civil por el transcurso de más de un año desde la notificación al procurador del auto de sobreseimiento, a pesar de que la víctima no tuvo conocimiento de la misma.

Nueve personas fallecieron como consecuencia de la explosión de miles de envases de aerosoles en una vivienda de Mondéjar (Guadalajara). Gustavo, en su nombre y en representación de su hijo Jesús, compareció en el proceso penal que se tramitó a efectos de determinar la

responsabilidad penal de "Productos Cosméticos, S.A.", sociedad propietaria de los envases. El proceso finalizó con el sobreseimiento de las actuaciones, que se notificó al procurador el 20.12.1985. Casi 13 años después de dicha notificación, Gustavo tuvo conocimiento de que el proceso penal había finalizado, y cuatro meses antes de cumplirse los quince años desde los fallecimientos, él y los familiares de algunas de las víctimas ejercitaron la acción de reclamación de la responsabilidad civil contra "Productos Cosméticos, S.A.".

Gustavo, Jesús, Verónica, Marcos y María Consuelo demandan a "Productos Cosméticos, S.A." y solicitan una indemnización de 746.064,43 €.

El JPI nº 3 de Guadalajara (1.11.2000) acepta la excepción de prescripción y desestima la demanda. La AP de Guadalajara (22.12.2000) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación. La fecha de notificación al procurador también tiene eficacia para Gustavo (y su hijo). Respecto de los otros demandantes, el TS entiende que debían haber conocido que el proceso penal había finalizado y, por tanto, podían haber ejercitado dentro del plazo de un año la acción civil correspondiente (art. 1968.2º CC).

55. STS, 1^a, 3.6.2008 (RJ 3195). MP: José Ramón Ferrández Gabriel

Negligencia en la maniobra de una embarcación.

Marco Antonio maniobraba su embarcación de casco de acero para atracarla en el muelle de San Vicente de la Barquera (Cantabria). Al situarse al lado de la pequeña embarcación de Gerardo y María Antonieta, colisionó contra ésta, provocando una vía de agua que provocó su hundimiento.

Gerardo y María Antonieta demandan a Marco Antonio y su aseguradora, y solicitan una indemnización de 55.077 €.

El JPI nº 1 de San Vicente de la Barquera (28.6.2000) estima en parte la demanda y condena al pago de 13.972 €. La AP de Cantabria (Sección 4^a, 15.12.2000) estima el recurso de apelación y absuelve al demandado.

El TS estima el recurso de casación. La maniobra de quien dirigía la embarcación fue negligente al no calcular bien la distancia entre las dos embarcaciones.

54. STS, 1^a, 28.5.2008 (RJ 3179). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Incendios e imputación objetiva.

En la madrugada del 6.3.1997 se originó un incendio en la vivienda de Juan Antonio, lo cual provocó daños (no se especifican) en las zonas comunes del edificio donde se hallaba, así como en las viviendas de Rodolfo, Clemente, Carlos José y Raúl. Juan Antonio tenía sobre una alfombra del salón un alargador, al que se encontraban enchufados dos teléfonos y una lámpara.

La Comunidad de Propietarios y Rodolfo, Clemente, Carlos José y Raúl demandan a Juan Antonio y su aseguradora, y solicitan una indemnización de 1.792 € así como la reparación de los desperfectos ocasionados en las zonas comunes.

El JPI nº 4 de Sueca (19.1.1999) desestima la demanda. La AP de Valencia (Sección 6^a, 15.6.2000) estima en parte el recurso de apelación y condena al demandado a pagar la suma que se determine en ejecución de sentencia.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la aseguradora del demandado. Si bien no se pudo determinar con exactitud la causa del incendio, el demandado ejercía el control y la vigilancia del lugar donde se originó, por lo que puede imputarse a su conducta el resultado dañoso.

53. STS, 1^a, 23.5.2008 (RJ 3169). MP: Encarnación Roca Trías

Asunción de riesgo.

El 31.10.1996, un operario de grúa se disponía a mover una pieza (no se especifica) en una construcción y advirtió a Félix, director de la obra, respecto del peligro que suponía permanecer junto a una tapia, pero Félix desoyó las advertencias y sufrió daños como consecuencia de un accidente.

Félix demanda a José Miguel, "Grúas y Transportes Cabezo Cortao, S.A." y "Fiatc Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija", y solicita una indemnización de 101.829,34 €.

El JPI de Casas Ibáñez (Albacete, 4.4.2000) desestima la demanda. La AP Albacete (Sección 1^a, 30.12.2000) desestima el recurso de apelación interpuesto por Félix.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por Félix. Según el tribunal, no cabe aplicar la teoría del riesgo cuando se discute la negligencia del propio demandante, conocedor de su profesión, pero descuidado en cuanto asumió un riesgo propio por omitir las advertencias del conductor de la grúa, por lo que no pueden trasladarse a éste los efectos de la negligencia de la propia víctima.

52. STS, 1^a, 21.5.2008 (RJ 4150). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Competencia de la jurisdicción civil para conocer de pretensiones ejercitadas por particulares contra compañías aseguradoras de AAPP (art. 76 LCS).

La “Asociación Provincial Zaragozana de Cultura y Deporte Laboral” contrató a la “Asociación Peña Taurina del Carmen” para que durante los “Juegos Corporativos Europeos-Zaragoza 1995” organizara un festival taurino en la Plaza de Toros de la Misericordia de Zaragoza, que incluiría una corrida de vaquillas con la participación voluntaria de los asistentes a dichos Juegos. Durante los festejos, Daniel, de 44 años de edad, bajó al ruedo para participar en un espectáculo donde habían soltado dos becerras. Posteriormente se pidió a los participantes que abandonaran el ruedo porque iba a entrar un toro “manco”. Daniel desoyó el aviso y fue arrollado por el toro.

Daniel demanda a la “Asociación Peña Taurina del Carmen”, a la “Asociación Provincial Zaragozana de Cultura y Deporte Laboral” (organizadora), al Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza, “Aurora Polar, S.A.” (en la actualidad, “AXA Aurora Ibérica, S.A.”), a “Groupama Ibérica de Seguros y Reaseguros, S.A.” y a “Euromutua de Seguros a Prima Fija”, y solicita una indemnización de 42.070,85 €.

El JPI nº 2 de Zaragoza (11.10.1999) desestima la demanda. La AP Zaragoza (Sección 4^a, 13.11.2000) estima la incompetencia del orden jurisdiccional civil.

E TS estima el recurso de casación, casa y anula la SAP y desestima la demanda. Daniel participó voluntariamente en una actividad de riesgo, que asumió e, incluso, incrementó, al permanecer en el ruedo a pesar de las instrucciones de los organizadores. Por otro lado, se declara la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda contra la aseguradora de la Administración (art. 76 LCS).

51. STS, 1^a, 21.5.2008 (RJ 4149). MP: José Almagro Nosete

Negligencia comparativa (Comparative Negligence).

Una máquina excavadora propiedad de “Obras Públicas Vicente Subiela, S.L.” (“SUBIELA, S.L.”) estaba abriendo una zanja cuando rompió cuatro cables subterráneos propiedad de “Telefónica de España, S.A.”, lo cual dejó sin servicio telefónico a toda la zona y polígono industrial.

“Telefónica de España, S.A.” demanda a “Residenciales Levantinas, SA.” (promotora y propietaria de la obra de construcción de viviendas unifamiliares) y “Obras Públicas Vicente Subiela, S.L.” (propietaria de la máquina excavadora), y solicita una indemnización de 44.568,79 € o aquella que resultase de la prueba o en ejecución de sentencia.

El JPI nº 1 de Paterna (28.12.1999) desestima la demanda. La AP de Valencia (Sección 8^a, 15.11.2000) estima en parte el recurso de apelación y condena a las demandadas al pago de la mitad del importe de los daños que se causaron en las instalaciones telefónicas subterráneas.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por "Residenciales Levantinas, S.A.", revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda por falta de prueba de que el daño se hubiera producido por la acción de las demandadas, así como por falta de prueba de su cuantificación.

50. STS, 1^a, 15.5.2008 (RJ 3078). MP: Román García Varela

Consentimiento informado.

El 11.5.1995, Sonia se sometió a una anextomía bilateral para la extirpación de ambos ovarios en el "Hospital de Cabueñes" (Gijón). En el curso de la intervención, Sonia sufrió un atrapamiento del uréter izquierdo, por lo que el 24.5.1995 tuvo que ser nuevamente intervenida por el Servicio de Urología de dicho hospital para practicarle una uterosistomía izquierda. Ésta le provocó un reflujo vesicoureteral izquierdo y dos episodios de pielonefritis aguda izquierda. Asimismo, Sonia sufrió una osteopenia aguda con riesgo de fracturas y una depresión endo-reactiva. A resultas de todo lo anterior, Sonia cesó en su trabajo de ATS, al pasar a situación de incapacidad permanente absoluta.

Sonia demanda a Carlos José, "Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros" y, posteriormente, también a "Catalana de Occidente, S.A.", y solicita una indemnización por los daños y perjuicios sufridos (no consta) hasta donde alcance la cobertura del seguro contratado.

El JPI nº 6 de Gijón (31.7.1999) estima en parte las demandas y condena a Carlos José y "Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros" al pago de una indemnización de 66.111,33 €. La AP Oviedo (Sección 5^a, 7.12.2000) desestima el recurso de apelación interpuesto por Carlos José y "Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros".

El TS estima el recurso de casación interpuesto por Carlos José y absuelve a todos los demandados. Según tribunal, la paciente firmó su consentimiento a someterse a la intervención, que se efectuó con arreglo a las normas de la *lex artis*, tras haber sido informada por el centro hospitalario sobre los riesgos de la misma.

49. STS, 1^a, 6.3.2008 (RJ 2938). MP: Jesús Corbal Fernández

Responsabilidad por hecho ajeno del banco por las irregularidades cometidas por sus empleados, cuyo grado de participación no pudo individualizarse.

Desde finales de 1982 hasta agosto de 1985, Carlos Miguel, jefe de ventas de "Herrero y López, S.A.", ingresó de cheques emitidos a favor de dicha compañía en una cuenta a su nombre del "Banco Central Hispano, S.A.", con la ayuda de Augusto, director de la sucursal nº 7 de Murcia, así como de los sucesivos responsables de la misma, por un importe total de 8.755,20 €. El Juzgado de lo Penal nº 3 de Murcia (14.10.1994) condenó a Carlos Miguel como autor de un delito continuado de apropiación indebida y de falsedad de documento. El perjuicio total causado a "Herrero y López, S.A." fue de 235.733,36 €.

"Herrero y López, S.A." demanda a Carlos Miguel y a su esposa, a Augusto y a su esposa, y al "Banco Central Hispano, S.A.", y solicita una indemnización de 235.733,36 €.

El JPI nº 4 de Murcia (20.11.1998) estima en parte la demanda, condena a Carlos Miguel y a su esposa a pagar 235.733,36 €, y absuelve a Augusto por imposibilidad de individualización de su responsabilidad. La AP de Murcia (Sección 4^a, 3.11.2000) estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la demandante y añade al Banco entre los condenados al pago de dicha cantidad.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por "Banco Central Hispano, S.A." en el sentido de reducir su condena a 8.755,20 €, cantidad que resulta de los hechos probados. Por otro lado, la absolución de Augusto "no excluye la responsabilidad civil del Banco por hecho ajeno, porque fuere culpable el Sr. Augusto, fuere otro Director de la Sucursal, o cualesquiera que fueren los empleados de la oficina, y se hallen determinados o no, el Banco debe responder, porque no resulta alterado ni un ápice su deber de vigilancia y control" (FD 5º).

48. STS, 1^a, 5.3.2008 (RJ 3555). MP: José Ramón Ferrández Gabriel

Falta de interrupción del plazo de prescripción y ausencia de solidaridad.

La "Compañía Auxiliar del Puerto, S.A.", descargaba con una grúa de su propiedad el buque "Puerto de Santoña", fletado temporalmente por "Naviera del Odiel, S.A.". En su traslado a tierra, la tapa de una de las bodegas, que se encontraba en mal estado de conservación, cayó encima de la grúa, que sufrió daños (no se especifican) y quedó temporalmente inservible.

La aseguradora "Plus Ultra" y la "Compañía Auxiliar del Puerto, S.A." demandan a "Operadora Marítima de Canarias, S.A." (armadora del buque), "Bull Canarias, S.L." (consignataria del buque) y, el 29.12.1997, a "Organización Marítima de Cargadores, A.I.E." y "Naviera del Odiel, S.A.", y solicitan una indemnización de 276.110,15 €.

El JPI nº 8 de Santa Cruz de Tenerife (2.6.1999) estima en parte la demanda y condena a "Bull Canarias, S.L." y "Naviera del Odiel, S.A." al pago de 276.110,15 €. La AP de Tenerife (Sección 2^a, 21.10.2000) estima en parte el recurso de apelación de "Naviera del Odiel, S.A.", a la que absuelve al apreciar prescripción de la acción contra ella.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por "Plus Ultra" y la "Compañía Auxiliar del Puerto, S.A.". La demanda inicial contra "Operadora Marítima de Canarias, S.A." y "Bull Canarias, S.L." no interrumpe el plazo de prescripción de la acción respecto de "Naviera del Odiel, S.A.", puesto que entre ellas no hay relación de solidaridad.

47. STS, 1^a, 28.2.2008 (RJ 5212). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz

¿Daños morales o complemento de indemnización?

El 16.2.1988, como consecuencia de las obras de construcción de un inmueble se derrumbó la vivienda colindante, propiedad de Rita, que quedó sepultada entre los escombros y fue rescatada por los bomberos. Como consecuencia del accidente, la víctima perdió su vivienda, muebles y enseres personales y sufrió graves lesiones, por las que fue declarada en situación de incapacidad permanente absoluta.

Rita demanda a Simón, arquitecto director de las obras, Mauricio, constructor, y a su compañía aseguradora, "Allianz", y solicita una indemnización de 49.944,11 € por daños materiales, 10.818,22 € por los días que tardó en sanar sus lesiones, 109.384,20 € por las secuelas y por la invalidez permanente absoluta y 30.050,61 € por daños morales.

El JPI nº 10 de Madrid (12.1.1999) estima la excepción de prescripción y desestima la demanda. La AP de Málaga (Sección 6^a, 19.9.2000) estima el recurso de apelación interpuesto por Rita y condena a los demandados al pago de 71.520,44 € por las lesiones, la incapacidad y los daños materiales.

El TS desestima los recursos de casación interpuestos por los demandados y estima el de la demandante en el sentido de añadir a la indemnización la cantidad de 30.050 € en concepto de daños morales. La SAP incurrió en incongruencia omisiva respecto de los daños morales pues, "desde el sufrimiento al verse enterrada hasta el efecto padecido, constituye un daño moral que debe ser indemnizado" (FJ 7º).

46. STS, 1^a, 28.2.2008 (RJ 1704). MP: Román García Varela

Negligencia sin causación de daño.

El 20.9.1992, Rodolfo debía someterse a una operación de hernia en el disco L4-L5. Sin embargo, el Dr. Braulio, encargado de la intervención, operó el disco L3-L4 y no el L4-L5, aunque aquél estaba dañado en forma de profusión coincidente con este último.

Rodolfo demanda a Braulio y solicita una indemnización de 150.253,03 €.

El JPI nº 1 de Langreo (29.11.1999) desestima la demanda. La AP de Oviedo (Sección 5^a, 2.11.2000) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación. El actor no ha probado que el disco L3-L4 estuviera sano, así como tampoco que su situación actual guarde relación alguna con la operación (FD 4^o).

45. STS, 1^a, 20.2.2008 (RJ 5498). MP: Encarnación Roca Trías

Acción de regreso de la aseguradora y creación de riesgos en un accidente de tren.

El 5.1.1989, en un día de niebla que impedía una correcta visibilidad, un tren, que circulaba a una velocidad inadecuada en atención a las condiciones meteorológicas, arrolló a un camión que cruzaba un paso a nivel sin barreras situado en un camino vecinal. Como consecuencia del accidente, el interventor de “Renfe” falleció y el camión sufrió daños. “Catalana Occidente”, aseguradora de la sociedad propietaria del camión, pagó 30.324,91 € por los daños sufridos por el vehículo y 54.091,09 € a la viuda e hijo del interventor fallecido.

“Catalana Occidente” demanda a “Renfe” y solicita una indemnización de 84.416 €.

El JPI nº 1 de Mollet del Vallès (31.3.1998) estima la demanda y condena a “Renfe” a pagar 84.416 €. La AP de Barcelona (Sección 1^a, 13.10.2000) desestima el recurso de apelación.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por “Renfe”. La compañía ferroviaria debe responder por el acto del conductor del tren que “no actuó con la diligencia que requerían las circunstancias” al circular a una velocidad excesiva teniendo en cuenta las condiciones meteorológicas y la proximidad del paso a nivel sin barreras (FJ 2^o). Asimismo, “Renfe” también responde por su propia actuación negligente “al mantener un paso a nivel sin barrera, creando una situación especial de riesgo que el conductor no puede evitar” (FJ 3^o).

44. STS, 1^a, 15.2.2008 (RJ 2669). MP: José Ramón Ferrández Gabriel⁹

Presunción de causalidad en incendios que se producen en la esfera de control del demandado.

Carlos y Ernesto realizaban obras en una vivienda cuando se originó un incendio en ella y dañó las viviendas de Dolores, Lorenzo y María Dolores, que fueron parcialmente indemnizados por la compañía aseguradora “La Unión y el Fénix Español, S.A.”.

Dolores demanda a Lorenzo, Gregorio, María Consuelo, “Construcciones Hermanos Rodríguez Dávila” y Carlos; Lorenzo demanda Ernesto, Carlos y “Construcciones Hermanos Rodríguez Dávila”; María Consuelo demanda a Lorenzo y “Construcciones Rodríguez Dávila”, Carlos y

⁹ Cfr. STS, 1^a, 16.12.2008 (RJ 6983), MP: Clemente Auger Liñán.

Gregorio; "La Unión y el Fénix Español, S.A." demanda a Lorenzo Rodrigo, Lucio, María Consuelo, "Construcciones Hermanos Rodríguez Dávila", Ernesto y Carlos.

El JPI nº 4 de Vigo (16.4.1998) desestima las demandas. La AP de Pontevedra (Sección 2^a, 19.11.1999) estima en parte los recursos de apelación interpuestos por Dolores, "La Unión y el Fénix Español, S.A.", María Consuelo y Lorenzo, y condena a Carlos y a la comunidad hereditaria de Ernesto al pago de 19.037,50 € a "La Unión y el Fénix Español, S.A."; 2.945 € a Dolores; 1.746 € a M^a Consuelo y 3.770 € a Lorenzo, así como a realizar las reparaciones necesarias.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por Carlos y estima en parte el interpuesto por Ángela, Maite, Angelina e Isidro, en nombre de la comunidad hereditaria de Ernesto, en el sentido de revocar la condena al pago a Dolores y María Consuelo, ya que éstas no habían demandado al causante. El TS entiende que, en casos de incendio, la dificultad de probar el origen objetiviza la responsabilidad de aquellos en el ámbito de control del lugar donde se produjo el incendio.

43. STS, 1^a, 6.2.2008 (RJ 1215). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta¹⁰

Contribución causal de la víctima.

El 23.5.1982, Rebeca, de 6 años, accedió a la vía del tren por el hueco que quedaba entre el muro y la barrera del paso a nivel de Sodupe (Güeñes; Vizcaya), que estaba bajando, y fue arrollada por un tren. Como consecuencia del accidente se le amputó la pierna izquierda a nivel del tercio medio e inferior, recibiendo el alta definitiva el 29.1.1997.

Rebeca demanda a "Ferrocarriles de Vía Estrecha" ("FEVE") y solicita una indemnización de 300.506,05 €.

El JPI nº 1 de Balmaseda (25.5.1999) estima en parte la demanda y condena a "FEVE" a pagar 260.858,95 €. La AP de Bilbao (Sección 4^a, 3.1.2001) desestima el recurso de apelación y confirma la SJPI.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y reduce la indemnización a 130.429,48 €. El hecho de que las barreras estuvieran bajadas cuando ocurrió el accidente "goza de entidad causal suficiente en la producción del siniestro, por lo que se debió hacer uso de la facultad moderadora prevista en el artículo 1103 del Código civil, siendo incorrecta la consideración por el tribunal a quo, sobre la relevancia de la menor de edad de la accidentada a efectos de rechazar su contribución causal en la producción del resultado" (FD 2^o).

¹⁰ Cfr. STS, 1^a, 28.2.2008 (RJ 1703), MP: Antonio Salas Carceller. Contribución causal de un joven de 20 años víctima de un accidente de tren.

42. STS, 1^a, 15.1.2008 (RJ 1394). MP: Encarnación Roca Trías¹¹

La Sala 4^a del Tribunal Supremo es la única competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil por accidente de trabajo entre empleado y empleador.

El 10.1.1995, Gabino fue contratado por la Cooperativa “La Unión” para trabajar en la construcción de una nave industrial propiedad de “Alvic, S.A.”. Desprovisto de las medidas de seguridad adecuadas, Gabino estaba montando las cerchas de la estructura metálica cuando ésta se derrumbó y uno de sus elementos le golpeó, causándole la muerte.

Juana, madre de la víctima, demanda a la cooperativa “La Unión”, a la cooperativa “San Ellas” (subcontratista), al autor del proyecto de ejecución y director facultativo de la obra, y al promotor, y solicita una indemnización de 921.075,09 €.

El JPI nº 2 de Alcalá La Real (2.6.1998) estima la excepción de incompetencia de jurisdicción y desestima la demanda. La AP de Jaén (Sección 2^a, 14.4.2000) estima el recurso de apelación, desestima la excepción de falta de jurisdicción y condena a los demandados a pagar 360.607,26 €.

El TS estima en parte el recurso de casación interpuesto por la promotora, a quien absuelve. En el ámbito procesal, el TS declara la competencia de la jurisdicción civil en virtud de su vis atractiva pues, aunque la cooperativa “La Unión” incumplió el contrato de trabajo por vulneración de las obligaciones relativas a la seguridad de los trabajadores, también se había demandado a personas que no tenían relación laboral con la víctima (FD 6^o). En cuanto a la responsabilidad del promotor, “el hecho de haber iniciado la obra sin la correspondiente licencia (...) no permite imputar de forma objetiva al promotor la responsabilidad por el accidente causado, puesto que este comportamiento no es suficiente, por sí solo, para atribuir la causalidad jurídica” (FD 11^o).

41. STS, 1^a, 7.1.2008 (RJ 203). MP: Encarnación Roca Trías¹²

Inaplicación de la teoría del riesgo en un accidente de trabajo.

Felipe, empleado de recogida de basuras de “Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.”, cayó del camión en el que trabajaba y falleció. El conductor del camión conducía a una velocidad

¹¹ Cfr., en el mismo sentido, SSTS, 1^a, 16.4.2008 (JUR 2008\282832), MP: Encarnación Roca Trías; 19.5.2008 (JUR 2008\194461), MP: Encarnación Roca Trías; 4.6.2008 (RJ 4238), MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; 17.11.2008 (RJ 6930), MP: Encarnación Roca Trías; 17.11.2008 (RJ 7706), MP: Encarnación Roca Trías; 15.12.2008 (JUR 2009\24805), MP: Encarnación Roca Trías. No obstante, cuando entre los demandados figuran personas sin vínculo contractual con la víctima del accidente, es competente la jurisdicción civil. Véase STS, 1^a, 19.11.2008 (RJ 6931), MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¹² Cfr. SSTS, 1^a, 28.7.2008 (RJ 7253), MP: Jesús Corbal Fernández; 23.5.2008 (RJ 3169), MP: Encarnación Roca Trías; 16.5.2008 (RJ 2008\4135), MP: José Almagro Nosete.

reducida y cumplía las normas viales. La empresa no incumplió ninguna norma de seguridad e higiene en el trabajo.

Alejandra, viuda de la víctima, en su nombre y en el de sus dos hijos, y Begoña, en nombre de su hijo Pedro Antonio (no consta relación con el caso), demandan a "FCCSA", a "Seguros Generales Plus Ultra" y a "Winterthur", y solicitan sendas indemnizaciones de 300.506,05 €.

El JPI nº 2 de Mérida (31.7.1998) desestima las demandas. La AP de Badajoz (Sección 1^a, 3.2.2000) desestima los recursos de apelación.

El TS desestima el recurso de casación al no considerar probada la relación de causalidad entre la actividad desarrollada por la víctima como trabajador y el accidente. Descarta la imputación objetiva en virtud de la teoría del riesgo, pues sólo es aplicable a las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación a los estándares medios (cita STS, 1^a, 30.5.2007, RJ 4338) y la SJPI entendió que la actividad desarrollada no podía ser considerada como "especialmente peligrosa" (FFFD 2^o y 3^o).

40. STS, 2^a, 27.12.2007 (RJ 9067). MP: Julián Sánchez Melgar*

Indemnización de 6.000 € para resarcir el daño moral de una menor, de 7 años de edad, víctima de abusos sexuales.

Hechos: En el verano de 2003, José Luis fue a buscar a la piscina a Rocío, de 7 años de edad, hija de su compañera sentimental. José Luis llevó a Rocío a su casa, se desnudó y convenció a la niña para que hiciera lo mismo. Una vez desnudos, José Luis echó crema en su mano y la extendió por la zona vaginal y anal de la menor y luego frotó su pene en aquellas zonas sin llegar a penetrarla.

Disposiciones estudiadas: artículos 21.5 y 116 CP.

Procedimiento: El JI nº 4 de Sabadell incoó procedimiento abreviado. Antes de la celebración del juicio oral, José Luis entregó 1.500 € en concepto de responsabilidad civil. La AP de Barcelona (Sección 20^a, 18.10.2006) condenó a José Luis como autor de un delito de abuso sexual a dos años de prisión - apreciando la atenuante de reparación del daño (artículo 21.5 CP) -, a indemnizar a Rocío en 6.000 € por los daños morales sufridos y a no acercarse a la menor ni comunicarse con ella durante los tres años siguientes a la finalización de la condena.

El TS estimó en parte el recurso interpuesto por la acusación particular, casó la sentencia de instancia y dictó una nueva en que condenó a José Luis a tres años de prisión y no apreció la

* La selección y comentarios de las sentencias de 2007 han sido realizados por Sonia Ramos, Ignacio Marín, Rosa Milà y Carlos Alb. Ruiz.

atenuante de reparación del daño por la desproporción existente entre la cantidad anticipada y la solicitada por la representante legal de la menor (6.000 €).

39. STS, 1^a, 20.12.2007 (RJ 9054). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Responsabilidad objetiva del poseedor de animales y culpa exclusiva de la víctima.

Hechos: En las instalaciones de un circo, Braulio, sin autorización alguna y actuando a su riesgo, sorteó las vallas que delimitaban la jaula de los tigres, abrió el pestillo de seguridad que cerraba la trampilla a través de la cual se alimentaba a los animales, metió el brazo izquierdo en la jaula para introducir el recipiente utilizado para dar de beber a los tigres, y uno de ellos le arrancó el brazo de cuajo. Braulio, quien trabajaba en el crico, no era el cuidador habitual de los tigres y era plenamente consciente de la agresividad de los mismos.

Disposiciones estudiadas: artículo 1905 CC

Demanda: Braulio demandó a Bárbara, dueña de los animales, a su aseguradora y al Ayuntamiento de Vall d'Uxó, que había concedido la licencia de actividad, y solicitó una indemnización 420.708,47 € en concepto de lesiones permanentes.

Procedimiento: El JPI nº 2 de Nules (12.2.1998) desestimó la demanda al apreciar culpa exclusiva de la víctima. La AP de Castellón (Sección 3^a, 1.9.2000) desestimó el recurso de apelación y confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Braulio fundado en la infracción del artículo 1905 CC. "La causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra (...) en la propia conducta de aquél, quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus consecuencias, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo inherente a la tenencia y utilización de los animales y el resultado lesivo producido" (FD 2º).

Comentario: la importancia de la sentencia radica en que son pocos los casos en los que los tribunales aprecian culpa exclusiva de la víctima en la responsabilidad objetiva derivada del artículo 1905 CC¹³. La responsabilidad del poseedor del animal, o del que se sirve de él, por los daños que este cause constituye uno de los supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en el Código civil, basada en el riesgo que por su naturaleza comporta la tenencia o utilización de animales. Sin embargo, el precepto admite la exoneración de la responsabilidad del poseedor del animal o quien se sirve de él cuando pruebe que en el curso casual de los hechos interfirió fuerza mayor o culpa de la víctima.

¹³ Elena VICENTE DOMINGO (2006), "Capítulo XV. Los daños causados por animales", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1612-1613.

En la sentencia comentada el TS considera que la conducta de la víctima es causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido por lo que exonera a la poseedora del tigre de la responsabilidad objetiva del artículo 1905 CC por culpa exclusiva de la víctima. En efecto, aunque la víctima pudo prever la reacción agresiva por parte de los tigres, actuó poniendo la mano dentro de la jaula asumido y aceptado, por tanto, ese posible resultado, y, por ende, sus consecuencias lesivas. (FD 8º).

38. STS, 1^a, 4.12.2007 (RJ 2008\39). MP: Francisco Marín Castán

La arrendataria de vivienda, y no su propietaria, responde de los daños causados por las cosas que caen desde la misma (art. 1910 CC).

Hechos: El 21.7.1989, una maceta, que había sido colgada por la arrendataria con un aro de hierro en el balcón de un quinto piso de un inmueble de Madrid, se descolgó y cayó sobre la cabeza de la conserje de 65 años causándole la muerte en el acto. El día del accidente soplaban un fuerte viento. La propietaria, quien vivía en Barcelona, había arrendado el inmueble a Carina y tenía contratado un seguro multirriesgo de comunidades de propietarios con “AGF Unión Fénix, S.A.”, cuya cobertura se limitaba a la responsabilidad civil del propietario del inmueble asegurado.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902, 1907 y 1907 CC y 9 LPH reglas 2^a y 6^a.

Demandado: Bernardo, viudo de la fallecida, demanda a Romeo, Luis Enrique y Lourdes, viudo e hijos de la propietaria del piso, a “AGF Unión Fénix, S.A.” y Carina, arrendataria del piso, y solicita una indemnización de 90.151,82 € por los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su esposa con base en los artículos 1902 y 1903 CC.

Procedimiento: El JPI nº 58 de Madrid (11.7.1997) estimó en parte la demanda, condenó a la arrendataria a pagar 48.080,97 € y absolvió al resto de demandados con base en el artículo 1910 CC, pues la primera y no la propietaria es la “cabeza de familia” a efectos del artículo citado. La AP de Madrid (Sección 13^a, 12.7.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por la arrendataria y estimó el del demandante en el sentido de condenar a todos los demandados a pagar solidariamente 60.101,21 € con base en los artículos 1902, 1907 y 1910 CC y 9 LPH reglas 2^a y 6^a, pues la propietaria omitió la diligencia debida al no advertir a la arrendataria sobre el peligro que representaban las macetas.

El TS estimó los recursos de casación interpuestos por el viudo e hijos de la propietaria y la aseguradora, a quienes absolvió. La SAP infringió: a) el artículo 1907 CC, porque no se probaron las malas condiciones del aro que sujetaba la maceta; b) el artículo 1910 CC, que excluye de su ámbito al “propietario-arrendador de la vivienda”; y b) las reglas 2^a y 6^a del artículo 9 LPH al no estar el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal. Finalmente, también infringió el artículo 1902 CC, porque la propietaria no incurrió en negligencia por no haber advertido a la inquilina del peligro que representaban las macetas, pues ello supondría “extender el ámbito del

artículo 1910 CC a sujetos distintos del habitante de la casa (...) mediante la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión en la conducta del inquilino" (FD 2º).

Comentario: el Tribunal condena acertadamente a la arrendataria con base en el artículo 1910 CC, que sujeta al "cabeza de familia" que habita en una casa a la responsabilidad por los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma con independencia de que hubiere cumplido sus deberes de cuidado. La jurisprudencia del TS considera "cabeza de familia" al sujeto que en virtud de cualquier título habita en la vivienda, y, en consecuencia, excluye de esta categoría al propietario-arrendador que no hace uso del inmueble, interpretación que consideramos correcta pues es la persona que habita en una casa la que se encuentra en mejor posición de evitar el accidente¹⁴.

Descartada la responsabilidad de la propietaria no ocupante del inmueble por el artículo 1910 CC, se le puede exigir responsabilidad extracontractual con base en el genérico artículo 1902 CC, en los supuestos en los que la causa del daño fuera el mal estado de las instalaciones de la vivienda y, conociendo dicha circunstancia, no las hubiera reparado¹⁵. Sin embargo, no es exigible ni legal ni razonablemente a la propietaria una constante y exhaustiva supervisión de la vivienda arrendada, por lo que, es extralimitado pretender que la propietaria del piso que vivía en Barcelona advirtiera que la arrendataria del quinto piso tenía en el balcón una maceta dentro de un aro.

Asimismo, la reparación del hierro que sujetaba la maceta podría ser considerada una de las que exige el desgaste por el uso ordinario de la vivienda y que, según el artículo 21.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, son a cargo del arrendatario.

37. STS, 1^a, 19.10.2007 (RJ 8627). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Responsabilidad parcial entre coausantes de un daño.

Hechos: El 5.6.1994, durante un espectáculo pirotécnico autorizado por el Ayuntamiento de Terrassa, uno de los cohetes explotó tarde al impactar contra el suelo bajo un vehículo estacionado, provocando que se desprendieran esquirlas de metal que hirieron a varios espectadores. El cohete, que presentaba un defecto en uno de sus elementos, había sido fabricado por "Pirotecnia Villena, S. Coop. V.". El Ayuntamiento había mantenido la zona de seguridad mínima reglamentaria entre el área de fuego y el espacio destinado a los espectadores.

¹⁴ En este sentido, SSTS, 1^a, 20.4.1993 (RJ 3103); 6.4.2001 (RJ 3636) y 22.7.2003 (RJ 5852).

¹⁵ En este sentido, SAP Cuenca, 14.1.2004 (RJ 793) y SAP Málaga, 4.2.2005 (Jur 2005\85796) citadas por Ana M^a COLÁS ESCANDÓN (2006), "La responsabilidad derivada del art. 1910 y su aplicación en la práctica", *Aranzadi Civil* 4/2006, pp. 2135-2176

Disposiciones estudiadas: artículo 1902 CC.

Demanda: Doce espectadores perjudicados demandaron a la “Asociación de Vecinos Grupo Montserrat”, organizadora del espectáculo, al Ayuntamiento de Terrassa, a “Pirotecnia Villena, S. Coop. V.”, a su aseguradora y a Jesús Ángel, encargado de la empresa, y solicitaron indemnizaciones por daños y perjuicios por una suma total de 617.247,04 €.

Procedimiento: El JPI nº 1 de Terrassa (3.3.1998) desestimó las demandas por ausencia de relación de causalidad, al considerar que los daños eran imputables a un defecto de la mecha fabricada por una empresa no demandada. La AP de Barcelona (Sección 1^a, 12.5.2000) estimó en parte el recurso de apelación, condenó al Ayuntamiento de Terrassa, a “Pirotecnia Villena, S. Coop. V.” y a su aseguradora a pagar solidariamente 354.042,8 €, y absolvió al resto de demandados. Consideró que en la producción del accidente habían concurrido dos causas: en un 50% el defecto del cohete, aunque no se probó que la mecha fuera el elemento defectuoso, y en el otro 50 % la falta de las medidas de seguridad necesarias, por insuficiencia de la distancia de seguridad y por haber permitido el aparcamiento de vehículos.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la aseguradora de la pirotécnica y estimó el del Ayuntamiento de Terrassa fundado en infracción del artículo 1902 CC. Fijó la responsabilidad del Ayuntamiento de Terrassa en un 30% de los daños pues éste “debió analizar con atención la determinación del área de seguridad, para personas y vehículos, por lo que no debe ser exonerado, (...) pero en ningún caso ese comportamiento puede ponerse en el mismo nivel que el hecho de disparar un cohete que no se encontraba en buenas condiciones” (FD 8^o).

Comentario: El Tribunal aprecia la concurrencia de dos causas en la causación del accidente: la actuación claramente negligente de la empresa pirotécnica fabricante del cohete defectuoso, y la omisión de las medidas de seguridad necesarias por parte del Ayuntamiento autorizante, aunque esta última con una contribución causal menor que la anterior en el resultado dañoso¹⁶. La Sentencia destaca porque es uno de los pocos casos en los que el TS aplica la regla de la parcialidad en la distribución de la responsabilidad entre los sujetos responsables, ya que desde los años 60 la jurisprudencia de derecho de daños ha optado de forma constante por la regla de la solidaridad, evitando de este modo el Tribunal que los responsables se vean obligados a iniciar un segundo proceso para determinar sus respectivas cuotas¹⁷.

¹⁶ En el mismo período, la STS, 20.10.2007 (RJ 8667; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), que resuelve un supuesto en que un espectador sufrió lesiones en un ojo como consecuencia del impacto de un fragmento de material incandescente desprendido tras la explosión de unos artificios pirotécnicos, condena al Ayuntamiento organizador por omisión de las medidas de seguridad adecuadas y absuelve a la empresa pirotécnica porque la fabricación, instalación y lanzamiento fue correcta.

¹⁷ Véase entre otras las SSTS, 24.3.1991 y 13.10.1994 que condenan solidariamente al Ayuntamiento y a la empresa pirotécnica en supuestos de hecho muy parecidos al de la sentencia comentada.

El TS recurre a la teoría de la responsabilidad por riesgo para atribuir la responsabilidad al Ayuntamiento, confirmando así la jurisprudencia consolidada en esta materia, que se basa en el riesgo considerablemente anormal que implican los espectáculos pirotécnicos para la integridad física de las personas que participan en ellos¹⁸. No obstante, la Sentencia, siguiendo esta línea jurisprudencial, no objetiviza de forma absoluta la responsabilidad del Ayuntamiento organizador del evento, sino que exige una conducta adecuada para producir el resultado dañoso, que se concreta en la falta de adopción de todas las medidas necesarias para evitar la producción de los daños materiales y corporales, resultando insuficiente la diligencia reglamentaria¹⁹, pues la realidad fáctica evidenció que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles resultaron ineficaces.

36. STS, 1^a, 16.10.2007 (RJ 7102). MP: Jesús Corbal Fernández

Ausencia de responsabilidad civil del empleador por el suicidio de un cliente que ingirió el producto tóxico que un dependiente le había vendido (Remoteness Causation).

Hechos: El 14.10.1995, Santiago, de 20 años de edad y en tratamiento por esquizofrenia paranoide, entró en un establecimiento destinado a la venta de productos ortopédicos, instrumentos de laboratorio y sustancias químicas. Tras mostrar una tarjeta de un taller de joyería en el que supuestamente trabajaba, adquirió una botella de un producto (no consta) que contenía cianuro potásico, a pesar de que su madre había advertido a Rita, propietaria del negocio, que se abstuviera de facilitar a su hijo tal clase de producto (extremo que no se probó durante el proceso). Posteriormente, Santiago ingirió el contenido de la botella, lo cual le causó la muerte por intoxicación.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC.

Demanda: Clara, Rafael, Armando, Araceli y Verónica, padres y hermanos, respectivamente, de Santiago, demandaron a Rita y a su compañía aseguradora, "Caja de Seguros Reunidos, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA" (CASER) y solicitaron una indemnización de 84.141,69 € para cada uno de los padres y 18.030,63 € para cada uno de los hermanos.

¹⁸ Antonio ORTI VALLEJO (2006), "Capítulo XVI. La responsabilidad civil en la práctica de actividades de ocio peligrosas", en Fernando REGLERO CAMPOS (coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, p. 1663; y Áurea RAMOS MAESTRE (2007), "La responsabilidad civil por accidentes pirotécnicos: análisis jurisprudencial", en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (coord.) *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, pp. 1223-1240.

¹⁹ Órdenes Ministeriales de 20.10.1988 por la que se regula la manipulación y uso de artificios en la realización de espectáculos públicos de fuegos artificiales (BOE núm. 260, de 29.10.1988) y de 2.4.1989 que modifica la anterior (BOE núm. 260, de 3.3.1989).

Procedimiento: El JPI nº 6 de León (20.4.1998) desestimó la demanda. La AP León (Sección 1ª, 5.6.2000) desestimó el recurso de apelación interpuesto por los familiares de Santiago y confirmó la sentencia de instancia.

El TS desestimó el recurso de casación. La comercialización de la sustancia vendida no estaba condicionada a ninguna exigencia reglamentaria, el comprador era una persona mayor de edad, de apariencia normal y sin el menor síntoma de que padeciera un trastorno psíquico y que conocía perfectamente el carácter tóxico del producto comprado. Por todo ello, no cabe exigir al empleado que vendió el producto una diligencia superior a la que observó en su momento, sino que el resultado se debe exclusivamente a la conducta de Santiago.

Comentario²⁰: En este caso, el TS resuelve acertadamente lo que constituye un supuesto claro de ausencia de responsabilidad por falta de nexo causal entre la venta del producto tóxico y la muerte de quien lo compró. Consecuentemente, como reconoce la Sala Primera tras recoger en el FD 5º los elementos fácticos relevantes, “no cabe derivar que el resultado [de la venta] era previsible ni se incidió en un comportamiento negligente”. Efectivamente, la venta del producto en cuestión no fue negligente porque el fallecido bien podría haber conseguido su objetivo con la ingesta de, por ejemplo, salfumán o algún otro producto tóxico que, como el que adquirió, no estuviera sometido a exigencia reglamentaria alguna, sino que era de libre comercio.

En el ámbito de la causalidad, como señala MÚRTULA LAFUENTE (2008), ninguno de los criterios de imputación objetiva que tradicionalmente ha aplicado el TS es satisfactorio a la hora de establecer el vínculo de causalidad entre uno y otro evento. Es más, tratándose de un suicidio, la jurisprudencia suele considerar que la acción consciente y voluntaria del suicida excluye la imputación de aquellas terceras personas, a no ser que la conducta fuera previsible por éstas y cayera dentro de su esfera de control. Así, en este caso, y a pesar de la esquizofrenia paranoide que padecía, quedó probado que “el comprador conocía las características tóxicas del producto y, precisamente, lo adquirió para provocarse la muerte” (FD 7º).

Por otra parte, y como indica el TS a mayor abundamiento, no se le pueden exigir al empleado más deberes de cuidado que los propios de su profesión. El conocimiento de las dolencias del comprador claramente excedía de dichos deberes. Por ello, la inexistencia de responsabilidad civil del empleado ex artículo 1902 CC impide aplicar, a su vez, el artículo 1903 CC para trasladar dicha responsabilidad a la empleadora por culpa in eligendo o in vigilando, a pesar de la advertencia (no probada) que la madre del fallecido había dirigido a la demandada semanas atrás.

²⁰ Sentencia comentada por Virginia MÚRTULA LAFUENTE (2008), “Comentario a la Sentencia de 16 de octubre de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 76, Enero/Abril 2008, págs. 441 - 457.

35. STS, 1^a, 19.6.2007 (RJ 5572). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

El padre no tiene derecho a reclamar los daños derivados de la infracción del consentimiento informado de la madre que da a luz a un niño con síndrome de Down.

Hechos: El 16.12.1994, Virginia, de 29 años de edad, dio a luz en el Centro Hospitalario Clideba a un niño con síndrome de Down, César. Con arreglo a la lex artis ad hoc, Juan Pedro, el ginecólogo que trató a Virginia no apreció la concurrencia de circunstancias de riesgo que aconsejaran practicar la prueba de la amniocentesis. Juan Pedro conocía que, a causa de un trastorno depresivo agudo, la madre había tomado durante la gestación fármacos contraindicados, que la paciente fue sometida a radiografías y que en un embarazo anterior se le había recomendado reposo absoluto. Además, a lo largo de la gestación se manifestaron otros factores de riesgo: falta de movimientos del feto, excesivo perímetro craneal y una única posición fetal. Los padres llegaron a informar incluso de la existencia de un familiar que padecía síndrome de Down.

Disposiciones estudiadas: artículos 1101, 1124, 1544 y 1902 CC; y artículo 10.4 y 10.5 de la [Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad](#) (BOE nº 102, de 29.4.1986) - precepto reproducido por los artículos 4 y 5 de la [Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#) (BOE nº 274, de 15.11.2002) -.

Demanda: César y Virginia, padres del niño, demandaron a Juan Pedro, y solicitaron una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Procedimiento: El JPI nº 6 de Badajoz (30.1.1998) estimó la demanda y condenó a los herederos del demandado, fallecido, a pagar la indemnización que se determine en ejecución de sentencia, fijando como bases: la edad media de vida del niño; los gastos médicos, educacionales y de cuidado personal; y el daño moral de los padres. La AP de Badajoz (Sección 1^a, 31.12.1999) estimó el recurso de apelación y absolvio al demandado.

César y Virginia se habían separado cuando interpusieron sendos recursos de casación contra la SAP, pero finalmente sólo fue admitido a trámite el primero de ellos, ya que el preparado por Virginia fue declarado desierto por Auto de 16 de marzo de 2004. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por César por carecer de legitimación para reclamar la indemnización de un daño derivado de la infracción del derecho a la información de la paciente, pues éste tiene naturaleza personalísima.

Comentario: La AP no había apreciado la responsabilidad del ginecólogo porque los demandantes no habían probado su negligencia. En cambio, el TS estimó que la conducta del facultativo había sido negligente y la existencia de relación de causalidad entre aquélla y la vulneración del derecho a la información de la paciente (FD 5º). Sin embargo, el TS deniega la indemnización al padre del niño porque la madre, como paciente, es la única titular del

consentimiento informado, “un derecho a la libertad personal, a decidir sobre sí mismo en lo referente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo” (FD 7º).

El daño derivado del nacimiento de un niño con síndrome de Down por la vulneración del consentimiento informado no es patrimonial, sino moral. El daño indemnizable en wrongfule birth es la pérdida por la madre de la oportunidad de abortar. La Sentencia afirma que: “[e]l Dr. Juan Pedro incumple este deber de información para con su paciente: debió y no lo hizo, informarla amplia y detalladamente de la existencia de la prueba de la amniocentesis, incluidos los riesgos que conlleva; poner a disposición de su paciente todos los medios para el desarrollo de la mencionada prueba y permitir que fuera la paciente y no él, quien decidiera si procedía o no su práctica, asumiendo los riesgos que ello pudiera reportarle” (FD 5º).

Si sólo tienen derecho a indemnización aquellas mujeres que, de haber sido informadas a tiempo, hubiesen abortado, la cuestión que surge es la siguiente: ¿cuál es el bien jurídico protegido, el derecho a la información de la gestante o su derecho a abortar? La información sobre el estado del feto tiene valor en sí misma, incluso para una mujer que opte por no someterse al aborto eugenésico, puesto que conocerla tiene consecuencias sobre la planificación del futuro. Tales consecuencias también se proyectarían sobre el padre del niño, porque el daño a indemnizar sería patrimonial y no moral.

34. STS, 1ª, 28.5.2007 (RJ 3131). MP: Encarna Roca Trías

La afectación grave de la integridad física del pasajero en un accidente fortuito de navegación aérea vale 21.035,42 €.

Hechos: José Augusto trabajaba como retén de incendios forestales para “TRAGSA”, sociedad que había contratado con “Helicópteros, S.A.” (en adelante, “HELICSA”) los medios aéreos para la campaña 1991-92. El 18.9.1992, a causa de una tormenta, el helicóptero que transportaba a José Augusto se vio afectado por una turbulencia, chocó contra la ladera de una montaña y se incendió. Como consecuencia del accidente, José Augusto sufrió lesiones que determinaron una incapacidad permanente total.

Disposiciones estudiadas: artículos 116, 117, 120 y 121 de la [Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea](#) (BOE nº 176, de 23.7.1960), en adelante LNA.

Demandado: José Augusto demandó a “HELICSA” y a “La Unión y el Fénix, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.” (ahora, “Allianz, Seguros y Reaseguros”) y solicitó una indemnización de 135.040,03 €.

Procedimiento: El JPI de Purchena (23.9.1998) estimó la demanda y condenó a “HELICSA” y a su aseguradora, “La Unión y el Fénix, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.”, al pago de

110.586,23 €. La AP de Almería (Sección 2^a, 31.3.2000) estimó en parte el recurso de apelación de los demandados y les condenó al pago de 18.030,36 €.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por José Augusto y aumentó la indemnización a 21.035,42 €. Si bien el accidente aéreo constituyó un caso fortuito, el transportista y sus dependientes están sujetos a un régimen de responsabilidad objetiva y, si el accidente produce la muerte o la incapacidad permanente de la víctima, “la cuantía a indemnizar consiste en una cantidad fija (...), sin que sea posible la moderación por parte del Tribunal, que sí lo es en los otros casos de lesiones” (FD 5^o).

33. STS, 1^a, 17.5.2007 (RJ 3542). MP: Jesús Corbal Fernández

Responsabilidad civil directa del empleador, absuelto en el proceso penal, por daños dolosos causados por su dependiente.

Hechos: El 1.8.1992, al finalizar su jornada laboral, Gabriel, vigilante jurado de “Segur Ibérica, S.A.” sometido a tratamiento psiquiátrico, disparó, con un arma propiedad de la empresa, a su antigua compañera y madre de sus dos hijos, y a Magdalena, hermana de aquella, mantando la primera e hiriendo en un brazo a la segunda. La empresa, en contra de lo dispuesto en el artículo 10.4. del Real Decreto 629/1978, carecía de armero o caja de seguridad para el depósito de las armas y había autorizado a sus empleados que mantuvieran la tenencia de las mismas con posterioridad al fin del servicio. En la causa penal, la STS, 2^a, 26.3.1997 (RJ 2512) había condenado a Gabriel a sendos delitos de asesinato y lesiones graves, así como a pagar 240.404,84 € a los hijos de la víctima y 17.429,35 € a Magdalena. Respecto a “Segur Ibérica, S.A.”, la absolvió de la responsabilidad civil subsidiaria ex artículo 22 CP de 1973, al considerar que la actividad dolosa del dependiente se había desarrollado fuera de su lugar de trabajo, al margen de la jornada laboral y por causas y fines personales.

Disposiciones estudiadas: artículo 1902 CC, artículo 22 del Código Penal de 1973 y artículo 10.4 del Real Decreto 629/1978, de 10 de marzo sobre Vigilancia y Seguridad.

Demandas: Erica, madre de la víctima, en nombre y representación de su dos nietos, y Magdalena demandaron a “Segur Ibérica, S.A.” y solicitaron 300.506,05 € y 24.040,48 € por daños y perjuicios, respectivamente, con base en el artículo 1902 CC.

Procedimiento: El JPI nº 8 de Cádiz (27.9.1999) estimó en parte la demanda y condenó a “Segur Ibérica, S.A.” a pagar 1.586.671,96 € a Erica y 11.503,37 € a Magdalena. La AP de Cádiz (Sección 4^a, 29.2.2000) confirmó la SJPI.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por “Segur Ibérica, S.A.” fundado en la infracción del artículo 1902 CC por inexistencia de relación de causalidad entre la conducta del empleador y los daños. La STS apreció que aunque el autor directo e inmediato del hecho fue el condenado penalmente, éste había utilizado un arma perteneciente a la empresa de seguridad, la

cual había omitido un deber de cuidado al no controlar su tenencia y disponibilidad con medida alguna, o cuando menos en lo reglamentariamente exigible, por lo que contribuyó de modo relevante en la creación del resultado jurídicamente desaprobado.

Comentario: En la Sentencia comentada el Tribunal aplica varios criterios de imputación objetiva para afirmar la relación de causalidad entre la omisión de la empresa de seguridad y el daño. En primer lugar, se vale de los criterios de fin de protección de la norma e incremento del riesgo porque “si la entidad demandada hubiera cumplido la normativa reglamentaria habría evitado la disponibilidad del arma y el incremento del riesgo derivado de la posibilidad de utilización privada” (FD 2º). En segundo lugar, considera que el daño también es imputable a la empresa en virtud de la doctrina de la causalidad adecuada porque “no cabía descartar como extraordinariamente improbable (“ex ante” y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido” (FD 2º). Por último, excluye la aplicación del criterio de prohibición de regreso pues la omisión de la empresa de seguridad “opera como contribución causal, y con la entidad suficiente para que la actuación del empleado no absorba en exclusiva el desencadenante causal” (FD 2º).

La Sentencia de la Sala 1ª del TS llega a un resultado contrario al que había alcanzado la Sentencia de la Sala 2ª, que absolvió a la empresa de seguridad de la responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por su empleado (artículo 22 CP de 1973)²¹. La Sentencia civil no analiza la responsabilidad civil solidaria de la empresa de seguridad por los hechos de su dependiente (artículo 1903.4 CC), sino que evita el efecto de cosa juzgada de la Sentencia penal anterior, condenando a ésta como responsable civil directo por omisión de un deber de cuidado propio (artículo 1902 CC), acción que los perjudicados no pudieron ejercitar en el proceso penal porque, aún basada en los mismos hechos, no está prevista en el CP ni en la LECrim (STS, 1ª, 7.2.1991, RJ 1151)²².

Por último, si bien la Sentencia penal apreció la falta de conexión del daño con las tareas propias del vigilante jurado, uno de los criterios que la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS ha venido utilizando para considerar que el daño ocurre en el desempeño de las obligaciones o servicios del dependiente es el uso de instrumentos de trabajo en la comisión del delito. El caso paradigmático es el de delitos o faltas cometidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado como consecuencia del uso de armas reglamentarias fuera de las horas de servicio. El TS niega la responsabilidad subsidiaria de la Administración cuando no pudo hacer nada para reducir el riesgo de producción del daño porque aunque el agente utilizó un arma reglamentaria este podía llevársela fuera del horario de trabajo [STS, 2ª, 8.5.1996 (RJ 3802)], pero afirma su responsabilidad

²¹ Que se corresponde con el artículo 120.4 del Código de 1995.

²² La STS, 1ª, 7.2.1991 (RJ 1151) afirma que “(...) las acciones que no pudieron ejercitarse en el proceso penal porque, aún basadas en los mismos hechos, no están previstas en el Código punitivo ni en la Ley procedural que le sirve de cauce, por nacer de otra fuente (1089 del C. civil, de la Ley, de los contratos y cuasi contratos, o de los actos u omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia), es llano que pueden ejercitarse ante el orden jurisdiccional civil, una vez terminado el proceso penal, sin que pueda oponérsele con éxito la excepción de cosa juzgada (...)”.

cuando la posesión del arma reglamentaria fuera de horas de servicio comporta el incumplimiento de una norma reglamentaria que obliga a los miembros de la policía local a depositar las armas en las dependencias municipales una vez finalizado su servicio [STS, 2^a, 29.2.1996 (RJ 925)].

32. STS, 3^a, 28.2.2007 (RJ 1994). MP: Agustín Puente Prieto

Daños permanentes, daños continuados y dies a quo del plazo de prescripción aplicable a cada uno de ellos.

Hechos: El 31.7.1991, Amparo, de 27 años y afectada de una malformación arteriovenosa en la zona temporo-parietal izquierda, se sometió a una intervención quirúrgica en el "Hospital Universitario Marqués de Valdecilla" (Santander) para la embolización de la malformación. En el curso de la intervención se rompió el microcatéter que le habían colocado, lo cual le provocó un infarto cerebral que, a su vez, causó un déficit neurológico consistente en una isquemia del lóbulo parietal izquierdo y una alteración del lenguaje con disfasia. El 4.6.1999, un dictamen del Médico Forense constató que "las posibilidades de mejoría son prácticamente nulas", y un mes más tarde, el 14.7.1999, el JPI nº 3 de Burgos confirmó la incapacidad absoluta de Amparo.

Disposiciones estudiadas: artículo 142.5 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Demanda: María Cristina, en nombre y representación de su hija, demandó al "INSALUD" y solicitó una indemnización (no consta la cuantía), que el "INSALUD" denegó por silencio administrativo.

Procedimiento: La AN (7.5.2003) estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por María Cristina y condenó al "INSALUD" al pago de 420.708,47 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el "INSALUD" en el que alegaba la prescripción de la acción de daños. El TS calificó los daños como continuados y, a pesar de que el daño tuvo lugar el 31.7.1991, fijó como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción el 4.6.1999, fecha del dictamen del Médico Forense, al entender que no fue hasta esta fecha cuando se concretaron los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

Comentario: El TS recoge en esta sentencia la distinción, no siempre bien utilizada por nuestros tribunales, entre daños permanentes y daños continuados y analiza las diferencias entre ambos tipos a efectos del dies a quo del plazo de prescripción. Así, de acuerdo con el TS, los daños permanentes son aquéllos cuyas secuelas son conocidas, irreversibles e inalterables en el tiempo. Por su parte, los daños continuados se caracterizan porque las secuelas del acto lesivo se prolongan a lo largo del tiempo y sin solución de continuidad. La diferencia entre uno y otro tipo de daño radica, por tanto, en el momento de estabilización y conocimiento de las secuelas.

De la misma manera, en materia de prescripción de daños causados por el funcionamiento normal o anormal de las administraciones públicas, la regla general establece que el dies a quo es "la curación o la determinación del alcance de las secuelas". Sin embargo, y de conformidad con el párrafo anterior, el tipo de daño condiciona el momento de inicio del cómputo, tal y como ha establecido la jurisprudencia del TS. Así, cuando el daño es permanente, el resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de manera que el cómputo del plazo se inicia en el momento del diagnóstico definitivo o del alta médica. Esta solución, por el contrario, es difícil de trasladar sin más a los daños continuados: la propia naturaleza del daño hace que los efectos lesivos se prolonguen en el tiempo, de forma que, según las circunstancias, o no se podrá conocer el alcance definitivo del daño por la constante evolución (a mejor o, normalmente, a peor) de las secuelas o, en caso de que los efectos se estabilicen y sea posible determinar el alcance, ello será, como ocurre en este caso, pasado un lapso importante de tiempo. Por ello, cada nuevo resultado lesivo que se siga del daño original contará con su propio plazo de prescripción, de forma que, en última instancia, el plazo de prescripción no se iniciará definitivamente en tanto no se alcance un estado de razonable estabilidad de la lesión.

Para apreciar mejor la diferencia entre ambos tipos de daño, proponemos los siguientes ejemplos:

- a. La amputación del tercio inferior de una pierna como consecuencia de un diagnóstico y tras dos meses de tratamiento equivocados. En este caso el daño es permanente, pero sus efectos definitivos no se han conocido sino pasado un tiempo del hecho dañoso, que será cuando, conocido el alcance definitivo del daño, se inicie el cómputo del plazo de prescripción.
- b. El contagio transfusional de Hepatitis C por un paciente durante una intervención quirúrgica. En este caso el daño es continuado y, previsiblemente, la enfermedad seguirá una evolución negativa que, imaginemos, pasa por un aumento de las transaminasas y, posteriormente, deriva en cirrosis. Así, cada etapa de la enfermedad que permita concretar de una forma razonable un daño dará lugar a una posible reclamación, cada una de ellas con su pertinente plazo de prescripción. En caso de que se pueda establecer con carácter estable el alcance definitivo de las lesiones, a partir de entonces comenzará a contar en último plazo de prescripción.

En el presente caso, el TS estimó que los daños eran de tipo continuado y que el plazo de prescripción debía iniciarse en la fecha en que el dictamen del Médico Forense determinó la irreversibilidad de las afecciones de la paciente. Por ello, el hecho de que la reclamación llegase pasados siete años desde el accidente, en este caso, la operación, no implica que la acción hubiera prescrito, pues las dolencias de la paciente evolucionaron durante este tiempo sin conocerse el alcance definitivo hasta entonces.

Comentario²³: Tal y como señala la propia Sentencia en su FD 2º, la fecha del siniestro, 18.9.1992, determina que sea aplicable la LNA y no la normativa comunitaria vigente que regula la responsabilidad civil de las compañías aéreas por accidentes en el transporte de pasajeros y su equipaje: el [Reglamento \(CE\) nº 2027/97, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente](#), modificado por el [Reglamento \(CE\) nº 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002](#) (DOCE L nº 140/2, de 30.5.2002).

La LNA establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad del transportista y sus dependientes por los daños personales y patrimoniales que sufre el viajero (artículo 116) y las personas que se encuentren en la superficie terrestre (artículo 119) como consecuencia de un accidente:

- a) La responsabilidad objetiva del artículo 120, que incluye expresamente el caso fortuito, sujeta la indemnización a los techos indemnizatorios (caps) de los artículos 117, 118 y 119.
- b) Un régimen de responsabilidad por dolo o culpa grave (artículo 121 LNA), sin sujeción a límite indemnizatorio alguno.

En cuanto a las reglas de cuantificación de los daños en ausencia de culpa por parte de los transportistas, la singularidad de la LNA reside en el baremo por muerte e incapacidad total permanente del artículo 117.3 LNA, pues, a diferencia del resto de cuantías establecidas en la citada ley, no fija una indemnización máxima, sino que la tasa en 21.035,42 € (3.500.000 pesetas).

Si el accidente hubiera ocurrido en la fecha de cierre de este comentario, el juez podría haber concedido una indemnización de hasta 102.963,36 €²⁴, de acuerdo con el techo indemnizatorio previsto por el artículo 21 del [Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional](#) (BOE nº 122, de 20.5.2004), al cual remite el Reglamento (CE) nº 2027/97, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

31. STS, 1º, 26.1.2007 (RJ 1873). MP: Clemente Auger Liñán

Ausencia de culpa de los padres por daños letales que sufre su hijo menor cuando está bajo su custodia.

²³ Véase Álvaro LUNA YERGA, Sonia RAMOS GONZÁLEZ e Ignacio MARÍN GARCÍA (2006), “Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida”, *InDret* 3/2006, pp. 21 – 24.

²⁴ Valor en euros a 22.7.2008 del techo indemnizatorio previsto por el art. 21 del Convenio de Montreal (100.000 derechos especiales de giro, [Special Drawing Rights](#)).

Hechos: El 30.7.1994, Lucio y Cecilia fueron a visitar el Museo Gaudí anejo al “Templo Expiatorio de la Sagrada Familia” (Barcelona) junto a sus hijos, Lorenzo, de 5 años de edad, y Rocío, también menor de edad. En el museo había expuestas varias esculturas a las que el público podía acercarse e incluso tocar sin que existieran medidas de seguridad o carteles de advertencia que lo impidieran. Una de las obras de la exposición era un conjunto escultórico de varias piezas ensambladas, con estructura asimétrica, de inestabilidad acusada y cuya parte más saliente estaba a una altura de 1,45 m. Lorenzo, de 1,13 m. de altura, se acercó y se colgó de ella. La estatua basculó y las tres piezas superiores del conjunto cedieron y cayeron encima del menor, causándole la muerte por rotura de la base del cráneo.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC

Demanda: Lucio y Cecilia, en nombre propio y en representación de Rocío, demandaron a la “Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia” y solicitaron una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Procedimiento: El JPI nº 30 de Barcelona (16.9.1998) estimó la demanda y condenó a la demandada al pago de la indemnización a determinar en ejecución de sentencia. La AP Barcelona (Sección 16^a, 22.10.1999) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la “Junta Constructora”, revocó la sentencia de instancia, apreció concurrencia de culpas de los padres, y condenó a la demandada al pago de 40.067,47 € para cada uno de los padres y 12.020,24 € para la hermana en concepto de daño moral, así como 3.400,27 € en concepto de daños materiales por los gastos del sepelio.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Lucio y Cecilia, revocó en parte la sentencia de apelación y condenó a la “Junta Constructora” al pago de 60.101,21 € a cada progenitor y 18.030,63 € a la hermana en concepto de daño moral, más 5.100,41 € en concepto de daños materiales. “[N]o puede admitirse la relevancia causal que la SAP aprecia en la conducta de los padres del menor, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño (...). [A]ún cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus padres, no quedaba excluida la causación del accidente” (FD 3º).

Comentario: el TS distingue en su razonamiento jurídico la causalidad fáctica (el peso del menor causó la caída de la escultura) de la causalidad jurídica (la “Junta Constructora” creó el riesgo de la caída) y se vale de esta última para condenar a la “Junta Constructora” y absolver a los padres. En el plano fáctico, el peso del menor causó la caída de la escultura; pero en el plano jurídico, el accidente ocurrió por el riesgo que la “Junta Constructora” creó al colocar una escultura inestable en el recinto y permitir el libre acceso a la misma.

En efecto, el museo no había adoptado medidas visibles de advertencia ni de seguridad para evitar que los visitantes se acercaran a las obras allí expuestas, a diferencia de otros muchos recintos, que se valen incluso de un sencillo cordón para impedir el acceso a las obras de arte. La

falta de medidas preventivas, sumada a la inestabilidad de la escultura de la que se colgó el menor, supuso la creación de un riesgo extraordinario, superior al habitual en un museo.

A tenor de los razonamientos del TS, si el propio museo no adoptó medida de seguridad alguna para impedir el acceso a las esculturas, sino que permitía incluso acercarse y tocar las piezas expuestas, no puede, una vez ocurrido el accidente, escudarse en la falta de cuidado de los padres para exonerarse de responsabilidad. A la vista de la actuación del museo, los padres confiaron en la seguridad del recinto y asumieron que no había un riesgo extraordinario cuando se permitía al público acercarse y tocar las obras de arte expuestas. Por ello, concluye el TS, a pesar de que el menor se desasiera de la mano de su padre al inicio de la visita por llamarle la atención la escultura, “[n]o cabe apreciar la concurrencia de una conducta omisiva de los padres del menor fallecido que tenga relevancia causal en la producción del daño” (FD 3º).

Sin embargo, la solución que aplica el TS en este caso es infrecuente en su jurisprudencia. En los casos en que el menor sufre el daño estando bajo el cuidado de sus padres, además de la negligencia del sujeto responsable, el TS suele apreciar culpa in vigilando de los padres para minorar la indemnización por daños de aquél.

30. STS, 1^a, 20.12.2006 (RJ 9248). MP: José Antonio Seijas Quintana *

Ausencia de responsabilidad de la clínica por las negligencias médicas de sus profesionales no contratados.

Hechos: con ocasión de la extracción de un quiste, la Sra. Melisa contrató los servicios médicos del ginecólogo Armando, quien formaba parte del cuadro médico de la “Mutua de Telefónica de España, S.A.”, a la que a su vez pertenecía el marido de la paciente y que también la cubría. Dado el concierto de dicha Mutua con la “Clínica Girona, S.A.”, la operación se llevó a cabo en dicha clínica, donde como consecuencia de una negligencia médica se le tuvo que extirpar un ovario a la paciente. La Mutua pagó los gastos de asistencia.

Disposiciones estudiadas: art. 1903 CC.

Demandado: Melisa demandó al ginecólogo, a “Clínica Girona, S.A.” y a aseguradora “Winterthur”, y solicitó una indemnización de 438.925,15 € u otra cantidad que se considerara más ajustada a derecho.

Procedimiento: el JPI nº 5 de Girona (11.12.1998) condenó a los demandados al pago de 69.610,6 €. La AP de Girona (Sección 2^a, 18.11.1999) estimó el recurso de apelación de la “Clínica Girona S.A.” y de su compañía de seguros y, en parte, los de la actora y el ginecólogo, por lo que la AP

* La selección y comentarios de las sentencias de 2006 han sido realizados por Sonia Ramos, Esther Farnós, Laura Alascio y Rosa Milà.

revocó la SJPI, absolvió a la Clínica y a su compañía de seguros y fijó la indemnización en 78.545,98 €.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la actora y confirmó la SAP: “[E]l facultativo que realizó la intervención y que causó el daño (...) no formaba parte de la plantilla de la Clínica (...) y las lesiones sufridas son atribuibles exclusivamente a una mala praxis médica (...) [E]s evidente la inaplicación al caso del art. 1903 del Código Civil (...) [L]a Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones (...) y a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios (...) y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción u omisión culposa (...) del profesional que intervino (...) pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios asistenciales para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1902 (...) No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto del médico” (F.D. 1º).

Comentario: la sentencia resuelve si el centro sanitario privado debe responder civilmente ex art. 1903.4 CC por las negligencias médicas de los profesionales sanitarios cuando éstos no pertenecen a su cuadro médico y la clínica se limita a permitir que utilicen sus instalaciones y a proporcionar los medios técnicos necesarios para llevar a cabo el acto médico. El TS, en el caso, niega la existencia de una relación de dependencia entre el centro y el profesional médico – incluso funcional o económica-, y desplaza la responsabilidad civil del centro del art. 1903.4 al art. 1902 CC, limitándola a los daños derivados de actos y omisiones negligentes propios. La sentencia repite, con matices, el fallo de las anteriores SSTS, 1ª, 10.5.2006, RJ 2399; 4.10.2004, RJ 6066; 23.12.2002, RJ 914; 18.10.2001, RJ 8645; 14.5.2001, RJ 6204; 23.3.1993, RJ 2545; 11.11.1991, RJ 8720. Sin embargo, otra línea jurisprudencial de la Sala 1ª matiza el rigor de la jurisprudencia anterior y afirma que la responsabilidad del centro médico ex art. 1903.4 CC no precisa de una clara relación de dependencia, como lo es la laboral, sino que basta que el centro se reserve facultades de fiscalización, vigilancia y control (SSTS, 1ª, 19.6.2001, RJ 4974; 8.4.1996, RJ 2882).

La Sala 1ª ya había aplicado este concepto amplio de relación de dependencia para ampliar el círculo de responsables en casos de arrendamientos de obra y servicios, es decir, no sólo en casos de obligaciones de resultado, sino también de medios, más próximas a las que caracterizan el ejercicio de la medicina curativa (véanse, entre otras, las SSTS, 1ª, 3.4.2006, RJ 1871; 2.11.2001, RJ 9641; y 3.10.1997, RJ 7089). En efecto, no es razonable ni conforme a derecho que no esté sujeto a responsabilidad quien aparece y se presenta en el tráfico y ante el público como principal y desarrolla, en el marco de la organización creada, la misma actividad que el profesional que aparece como agente suyo. Tampoco cabe proteger a la organización con el resultado de privar de la protección del artículo 1903.4 CC a la víctima, quien quedaría expuesta a un riesgo superior de insolvencia total o parcial de un único agente condenado. Y, por último, una organización debe retener el control de lo que ocurre en su esfera de actividad profesional (Retained Control²⁵), que coincide en su naturaleza con la actividad propia del profesional mismo²⁶.

²⁵Dan B. DOBBS, *The Law of Torts*, St. Paul, Minnn. West Group, 2000, págs. 668-671.

29. STS 20.12.2006 (RJ 439). MP: Juan Antonio Xiol Ríos

Concurrencia de culpas en el caso de menores.

Hechos: el 19.3.1994, tras la mascletá del día de San José en Xirivella (Valencia), Marco Antonio, de 13 años, recogió un artificio sin explosionar de la falla Don José María, el cual explotó con posterioridad. Como consecuencia del accidente, Marco Antonio sufrió incapacidad para sus ocupaciones habituales durante 60 días y secuelas consistentes en la amputación de la mano derecha, pérdida de la movilidad de la muñeca y cicatrices visibles en cuello y pómulo. El recinto sólo estaba protegido por dos cintas de tela adhesiva que permitían fácilmente el acceso.

Disposiciones estudiadas: arts. 1902 y 1903 CC

Demanda: María Rosa, en nombre de su hijo Marco Antonio, demandó al Ayuntamiento de Xirivella, a la “Comisión Directiva de la Falla Don José María de Xirivella”, comitente del espectáculo pirotécnico, a Raúl, pirotécnico, y a “AGF Unión fénix, S.A.”, y solicitó una indemnización a determinar en ejecución de sentencia.

Procedimiento: el JPI nº 3 de Mislata (11.11.1997) estimó la demanda. La AP de Valencia (Sección 7ª, 29.1.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por “AGF Unión fénix, S.A.”, revocó en parte la SJPI y condenó a los codemandados al pago de 12.020,24 €. La AP calculó la indemnización aplicando orientativamente el baremo (L 30/95) y la redujo en un 50% al apreciar concurrencia de culpa de la víctima.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por la demandante y casó la SAP en el sentido de aumentar la indemnización a 81.000 €. El Tribunal apreció una notoria desproporción entre las bases del sistema legal del baremo asumido a título orientativo (L 30/1995) y la indemnización fijada en la SAP, pues de su aplicación derivaba una cantidad de 90.000 €. Asimismo, consideró que la actuación del menor sólo contribuyó en un 10% en la causación del accidente: “A los

²⁶ Fuera de nuestra jurisdicción, el caso de referencia en el *Common Law* es *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital* (33 Ill.2d 326, 211 N.E. 2d 253 (1965), en el cual un traumatólogo había tratado al actor de una fractura en la pierna en el hospital demandado, pero el paciente acabó sufriendo una gangrena: el actor demandó al hospital alegando que éste a) debería haber dispuesto de enfermeros o enfermeras suficientemente preparados para reconocer los primeros síntomas de la gangrena; y b) debería haber supervisado de algún modo efectivo el tratamiento médico. El Tribunal de Illinois resolvió que, efectivamente, los deberes del hospital no eran delegables e inició con esta decisión una jurisprudencia hoy pacífica.

En España, el caso de referencia, que no establece jurisprudencia civil -pues procede de la Sala Tercera del Tribunal Supremo-, pero que aplica normas civiles -arts. 1902 y concordantes del CC -, es el ya citado en la selección de sentencias de 2004, resuelto por la Sentencia de la STS, 3ª, 22.11.2004 (RJ 20): un dique de una balsa de residuos mineros, propiedad de Boliden Apirsa, cede y, como consecuencia, se produce el vertido de su contenido al río Guadiamar a su paso por Aznalcóllar (Sevilla). El Tribunal declara la responsabilidad no delegable de la empresa minera titular de la explotación.

demandados les es imputable una omisión concreta y específica de medidas de seguridad que debieron adoptar y no adoptaron y que adquirió relevancia respecto del resultado en virtud de un descuido evidente que se añadió a dicha omisión (...). Por el contrario, al menor accidentado únicamente se le imputa el conocimiento de la peligrosidad de los artificios que cabe presumir dada su edad, por lo que resulta evidente que la relevancia causal es notoriamente inferior, dado que a dicha edad cabe suponer (...) un grado considerable de inclinación lúdica y desprecio a los peligros" (F.D. 9º).

Comentario: esta Sentencia plantea dos cuestiones. En primer lugar, da razón de la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que rectificando criterios iniciales, ha aceptado la aplicación de los baremos para valorar los daños personales causados en ámbitos distintos a los accidentes de circulación [STS, 1ª, 19.5.2006 (RJ 3276); 10.2.2006 (RJ 674); y 11.11.2005 (RJ 9883)], sin que ello suponga "admitir la existencia de una laguna legal" (F.D. 5º)²⁷. La cuestión nueva que aporta el Tribunal Supremo es la relativa a la necesidad de aplicar estrictamente el baremo si el juzgador lo escoge de manera orientativa: "la valoración dada por [AP en el caso] nada [tenía] que ver con la que realmente correspondería de haberse aplicado estrictamente aun cuando lo fuera de modo orientativo" (F.D. 6º).

En segundo lugar, en relación con la distribución de la culpa entre los demandados y el menor, no opera el principio de confianza como criterio de exoneración de la responsabilidad de la organización, pues ésta se encontraba en condiciones de anticipar la presencia de niños o adolescentes en su esfera de influencia y, en particular, al llevar a cabo una actividad que puede resultar atractiva para ellos, la de los artificios pirotécnicos, debió elevar su estándar de diligencia y adecuarlo a la mayor probabilidad de accidentes²⁸.

28. STS, 3ª, 30.6.2006 (RJ 6580). MP: Enrique Lecumberri Martí

Responsabilidad patrimonial de la Administración por la privación de la posibilidad de abortar.

Hechos: durante el seguimiento médico del embarazo de María Cristina en los primeros meses del año 2000, se le practicaron varias pruebas que no detectaron las malformaciones con las que nació su hijo. Consta probado que un correcto barrido ecográfico hubiera detectado los defectos del feto en el 100% de los casos.

Procedimiento: María Cristina y Carlos José reclamaron a la "Consellería de Sanidad e Servicios Sociais" una indemnización de 72.000 € en concepto de daño moral derivado de la privación de

²⁷ Para un análisis más exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la aplicación orientativa de los baremos véase Álvaro LUNA, Sonia RAMOS e Ignacio MARÍN (2006), "Guía de Baremos. Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación y por prisión indebida", *InDret* 3/2006 (www.indret.com).

²⁸ Josep FERRER I RIBA y Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, "Niños y adolescentes", *InDret* 1/2000.

optar por la interrupción del embarazo, que el Consejero denegó de manera presunta y, posteriormente, mediante resolución de 20.11.2001.

El TSJ Galicia (Sección 1^a, 29.9.2004) desestimó el recurso contencioso administrativo.

El TS estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora, casó la STSJ Galicia y estimó íntegramente la reclamación: “en los supuestos de daño moral (...) sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitable, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de (...) responsabilidad patrimonial” (F.D. 4º).

Comentario: la cuestión central de la acción de daños en los supuestos de nacimientos de hijos con malformaciones en los cuales el médico no había informado a la madre de las mismas (*wrongful birth*) es la identificación del daño que resulta indemnizable. El principal daño a tener en cuenta en este tipo de acciones debería ser el moral, consistente en la privación del derecho a decidir libremente sobre la aceptación o rechazo de un determinado tratamiento médico²⁹, y no el corporal, consistente en las malformaciones sufridas por el hijo, ni tampoco los económicos asociados a los mayores cuidados que requiere el hijo. En efecto, sólo el daño moral es imputable a la infracción de un deber de diligencia, esto es, el deber inexcusable de los médicos de informar de las enfermedades previsibles del feto, fundamentado en el derecho de autonomía del paciente, previsto en el art. 4 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y documentación clínica y, en último término, en el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

En cambio, el daño corporal y sus consecuencias económicas no son imputables causalmente a ninguna negligencia médica, por lo que la prueba de la infracción del deber de información sólo es causa del resarcimiento del daño moral definido anteriormente. La sentencia comentada sólo llega hasta aquí y, de hecho, no podía ir más allá porque los actores limitaron el *petitum* de la demanda a tal partida de daño.

Sin embargo, el Tribunal abre la puerta a la indemnización de otras partidas cuando analiza la relación de causalidad no verificable entre el conocimiento por la madre de las malformaciones del feto y la posibilidad de abortar por causas eugenésicas. En contra de una línea jurisprudencial de la Sala Primera (SSTS, 1^a, 7.7.2002, RJ 5216; 4.2.1999, RJ 1999), que atribuye la carga de la prueba a la víctima, el Tribunal, siguiendo en este punto la jurisprudencia norteamericana en

²⁹ “Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma” (F.D. 4º, STS, 1^a, 10.5.2006, RJ 2399; 21.12.2005, RJ 10149; y 8.9.2003, RJ 6065; entre otras).

casos de errores en el diagnóstico prenatal, así como la propia jurisprudencia de la Sala Tercera (STS, 3^a, 18.5.2002, RJ 5740; 14.7.2001, RJ 6693), hace recaer sobre el médico la carga de probar que la decisión de la madre de continuar con el embarazo habría sido la misma con un diagnóstico acertado.

El Tribunal no resuelve cuál es el alcance de los daños indemnizables y, hasta la fecha, no existe una jurisprudencia uniforme al efecto³⁰. En todo caso, creemos que los daños indemnizables no deberían equivaler a todos los daños derivados del parto, morales y económicos, porque así se estarían equiparando los casos de privación del derecho de la madre a decidir sobre la continuación del embarazo con los casos de daños físicos causados al feto por negligencias médicas.

27. STS, 3^a, 27.6.2006 (RJ 4752). MP: Margarita Robles Fernández

Responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio.

Hechos: el 13.3.1997, Penélope, de 50 años de edad, se cayó en una escalera de mármol de la sede de la Delegación del Gobierno de Andalucía en Granada, donde trabajaba como funcionaria. A consecuencia de la caída sufrió fractura de coxis, esguince en su tobillo izquierdo y diversas contusiones, lo que agravó la enfermedad degenerativa ósea que padecía. La escalera tenía más de un siglo y sus peldaños estaban desgastados y carecían de bandas antideslizantes.

Disposiciones estudiadas: art. 106.2 CE; art. 139 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre³¹.

Procedimiento: Penélope reclamó a la Consejería de Gobernación y Justicia de Andalucía una indemnización de 473.372,76 €, que ésta denegó mediante Resolución de 13.5.1998.

El TSJ Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1^a, 5.10.2001) desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la víctima, pues consideró que la caída fue fortuita y no debida al estado de la escalera.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Penélope y condenó a la Consejería al pago de 120.000 €: “[e]n unas condiciones de uso como las de las escaleras a las que nos venimos refiriendo, resultaba imprescindible la instalación de mecanismos tendentes a la prevención de posibles accidentes y al no haberlo hecho así la Administración demandada, es evidente que debe predicarse la responsabilidad patrimonial de la misma, al concurrir los requisitos definidores de

³⁰ Vid. Miquel MARTÍN CASALS y Josep SOLÉ FELIU (2004), “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1^a, 18.12.2003”, en *InDret* 2/2004 (www.indret.com).

³¹ Por la que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (DOL núm. 393, de 30.12.1989).

dicha responsabilidad" (F.D. 4º). Asimismo, la Administración debió instalar elementos antideslizantes en la escalera, de acuerdo con lo previsto por la Directiva 89/654/CEE, que tenía efecto directo vertical desde el 31.12.1992, fecha en la que finalizó el plazo de transposición. El Real Decreto 486/1997, de 14 de abril³², la transpuso al ordenamiento jurídico español.

Comentario: los daños causados por caídas fortuitas son riesgos generales de la vida que, por lo general, la víctima debe asumir. Sin embargo, en el caso la caída era previsible debido al mal estado de la escalera, aunque no lo eran los daños causados. La víctima padecía una enfermedad ósea degenerativa que el accidente agravó. La cuantía indemnizatoria, 120.000 €, da razón de la gravedad de las lesiones.

El caso recuerda a los que en las jurisdicciones estadounidenses se resuelven mediante la aplicación de la Eggshell Skull Doctrine. De acuerdo con esta doctrina, los Tribunales condenan a indemnizar el total de los daños causados a las víctimas con condiciones preexistentes que las hacen especialmente vulnerables, incluso cuando los daños son imprevisibles. Existe una explicación económica para ello: si no se indemnizara el total de estos daños, los causantes potenciales no los tendrían en cuenta en el cálculo del nivel de precaución óptimo³³.

26. STS, 1^a, 31.5.2006 (RJ 3494). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de empresa por incremento del riesgo.

Hechos: el 6.5.1989 y durante la 13^a etapa de la 44^a edición de la Vuelta Ciclista a España, que partía de Benasque con dirección a Jaca, uno de los participantes de un grupo de 180 ciclistas sufrió lesiones muy graves como consecuencia de la caída sufrida en el interior de un túnel insuficientemente iluminado con dos focos halógenos situados a unos 50 metros de la boca norte del túnel y diversas bombillas en el resto del recorrido. Antes de la carrera, su Director había indicado al Comisario de la misma que se habían tomado las medidas oportunas y que se cumplían todas las disposiciones. "Unipublic, S.A.", encargada de la organización y control de la carrera, había advertido del peligro al Jefe de la Unidad de Huesca de la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón, quien, a su vez, había encargado de forma verbal la iluminación a una empresa de Sabiñánigo.

Disposiciones estudiadas: arts. 1103, 1902 y 1903 CC.

Demandado: Bruno demandó a "Unipublic, S.A." y "Caja de Seguros Reunidos, S.A." y solicitó una indemnización de 480.810 €.

³² Por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo (BOE núm. 97, de 23.4.1997).

³³ Omri BEN-SHAHAR (2000), "Causation and Forseeability", en BOUKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume II: Tort Law & Unjust Enrichment*, Cheltenham-Eward Elgar, p. 663, (disponible en encyclo.findlaw.com), y la doctrina allí citada.

Procedimiento: el JPI de Boltaña (31.7.1998) estimó en parte la demanda y condenó a los demandados al pago de 360.607,26 € más el interés anual del 20% desde la fecha del siniestro. La AP de Huesca (15.7.1999) desestimó los recursos de apelación de los demandados, estimó el del actor y revocó la SJPI en el sentido de fijar la indemnización en 480.809,68 €.

El TS desestimó el recurso de casación de “Unipublic, S.A.” y confirmó la SAP: “[f]unciones inherentes a la organización son (...) la de adoptar las medidas necesarias para evitar los riesgos propios de esta práctica deportiva, riesgos que son distintos de los que la propia competición genera y que, a diferencia de aquellos, los profesionales conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad (...) Es [la] falta de medidas de seguridad la que aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño (...) [E]l daño aparecía como probable y lógico para quien organizaba la carrera y éste no se hubiera materializado de haberse celebrado en un escenario más favorable para la integridad y salud del ciclista” (F.D. 3º).

Comentario: la práctica de actividades deportivas de riesgo, como el ciclismo profesional, no escapa a la responsabilidad del art. 1902 CC cuando el daño deriva de riesgos creados por un tercero que asume la función de velar por la seguridad de la competición y crea razonablemente entre los participantes la expectativa de que desarrollará tal función diligentemente. El TS fundamenta la responsabilidad de la organización demandada en la infracción de deberes de cuidado cuyo cumplimiento hubiera reducido o evitado los daños, en la creación de riesgos adicionales a los que por ser inherentes al deporte son aceptados por quienes lo practican, o bien en la vulneración de la confianza que la organización genera razonablemente entre los participantes.

25. STS, 1^a, 9.3.2006 (RJ 1882). MP: José Antonio Seijas Quintana

Asunción de riesgo en la práctica deportiva.

Hechos: el 16.11.1991, Luis Manuel, quien jugaba a golf en el “Club de Golf Terramar” de Sitges, falleció tras recibir el impacto de una pelota lanzada por Ismael, que se encontraba en una calle distinta y separada de la de la víctima por una arboleda que impedía la visualización entre los dos jugadores. El lanzamiento en cuestión había sido técnicamente incorrecto a causa del viento que soplaban en la zona.

Disposiciones estudiadas: arts. 1104 y 1902 CC.

Demandado: Lucía, viuda del fallecido, en su nombre y en el de sus hijos, demandó a Ismael, al “Club de Golf Terramar”, “La Estrella S.A. de Seguros” y “Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros”, y solicitó una indemnización de 281.237 € de las tres primeras y de 1.803 € de la cuarta.

Procedimiento: el JPI nº 2 de Vilanova i la Geltrú (22.5.1996) estimó en parte la demanda y condenó al pago de 111.908 €, con el límite de 1.803 € para "Plus Ultra Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros". La AP de Barcelona (Sección 15^a, 12.5.1999) estimó los recursos de "Club de Golf Terramar", "La Estrella S.A. de Seguros" e Ismael, a quienes absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por Lucía: "[I]a idea del riesgo, fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materiales peligrosos, y en los beneficios que a través de ello se obtienen, en modo alguno puede trasladarse a la práctica deportiva, no organizativa, para fundamentar un régimen de responsabilidad distinto del de la culpa. Se asume el riesgo desde la idea de que se conoce y se participa de él y de que el jugador es consciente de que no existe en el desarrollo de una buena práctica deportiva, más allá de lo que impone la actividad en concreto, porque confía en la actuación de los demás" (F.D. 3º).

Comentario: la sentencia aplica el criterio de la asunción del riesgo para exonerar de responsabilidad a los demandados, confirmando la doctrina del TS sobre responsabilidad en la práctica del deporte, según la cual los riesgos que éste implica deben ser asumidos por quienes lo practican, a no ser que hayan sido creados negligentemente por un tercero. Circunstancia que el Tribunal no aprecia en la actuación del jugador que lanzó la pelota.

Desde un punto de vista analítico, es relevante la distinción que el TS realiza en el caso entre asunción del riesgo y responsabilidad por riesgo. En efecto, el concepto tradicional de responsabilidad por riesgo, entendida como la imputación de daños derivados de actividades de riesgo a quienes las explotan y se benefician de ellas, no es aplicable al caso, pues la causa de los daños escapa al control de la organización que gestiona el campo de golf. No forma parte de los riesgos que tiene que anticipar y prever la organización que una pelota lanzada se desvíe de su trayectoria correcta a causa del viento.

24. STS, 1^a, 8.3.2006 (RJ 1076). MP: José Antonio Seijas Quintana

Responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos.

Hechos: el 22.6.1993, cinco menores adquirieron dos botellas de ácido clorhídrico y un rollo de papel de aluminio a Paula y Marco Antonio, trabajadores del supermercado propiedad de "Supermercats Jodofi, S.L.", situado en el Camping Mas Patotxes de Pals. El objetivo de los menores era realizar un experimento consistente en hacer explotar una botella de Coca-Cola. Una vez finalizado el experimento, guardaron la botella de ácido en una tubería de unas obras que se llevaban a cabo en el mismo camping. Más tarde, otros menores de más corta edad encontraron la botella y se vertió líquido sobre uno de ellos, Eloy, quien perdió la visión de su ojo izquierdo y sufrió varias secuelas físicas y psicológicas.

Disposiciones estudiadas: arts. 1902 y 1903 CC, 26 Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Demanda: los padres de la víctima, Alberto y Esperanza, demandaron a Paula, Marco Antonio, "Supermercats Jodofi S.L.", "Camping Mas Patotxes, S.L.", las aseguradoras "Eagle Star, S.A." y "Zurich, S.A.", a Mariano y su hijo, Ángel y su hijo, Jorge y su hijo, y Juan Ignacio y su hijo, y solicitaron 120.202 € por la pérdida de visión del ojo (o 60.010 € en caso de que recuperara parcialmente la visión), 4.712 € por los días de baja y 8.644,35 € por los gastos médicos.

Procedimiento: el JPI nº 3 de la Bisbal (23.12.1997) estimó en parte la demanda y condenó a los padres e hijos demandados al pago de 58.505,64 €.

La AP de Girona (Sección 1^a, 24.3.1999) estimó en parte el recurso de Alberto y Esperanza; asimismo, estimó sólo los recursos de Jorge y su hijo, y de Ángel y su hijo, a quienes absolvio, y condenó a los demás padres e hijos, a los vendedores, a "Supermercats Jodofi, S.L.", "Camping Mas Patotxes, S.L." y a las aseguradoras al pago de 168.027 €.

El TS estimó los recursos de Alberto y Esperanza y condenó a los padres que habían sido absueltos por la AP, al camping y a su aseguradora. Asimismo, estimó los recursos de "Eagle Star, S.A." y "Supermercats Jodofi, S.L.", a las que absolvio junto con los vendedores y los otros menores condenados por la AP. Con independencia de que no se hubiera probado cuál de los menores ocultó el producto sobrante, existió un acuerdo de voluntades para la actividad creadora del riesgo, lo que sirve como criterio de imputación objetiva y común del daño, repercutible en los padres de los menores por la trasgresión de su deber de vigilancia sobre los hijos sometidos a su potestad.

Comentario³⁴: el TS sólo considera relevantes a efectos de responsabilidad la actuación del camping, del supermercado y de los padres. No, en cambio, la de los menores, a diferencia de la AP. A los dos primeros les aplica el régimen tradicional de responsabilidad por culpa con resultados contrarios.

Respecto al supermercado, y a diferencia, otra vez, de la decisión de la AP, el Tribunal no admite que la venta de ácido clorhídrico a menores sea considerada como conducta negligente, pues este producto es de venta libre y la actuación de los empleados del supermercado es totalmente independiente del uso correcto o incorrecto que se haga del producto.

Sin embargo, el TS considera acertada la decisión de la AP, que condena al camping, dado que el experimento funcionó, y, de hecho, la botella explosionó, por lo que hubo falta de vigilancia por parte de los empleados del recinto, que no se percataron de las actividades de los menores.

El juicio de culpa es menos relevante para el Tribunal en el caso de los padres para con la actuación de sus hijos, pues no es nuevo que la responsabilidad de los padres en la jurisprudencia de la Sala 1^a del TS ex artículo 1903.2 CC es quasi objetiva.

³⁴ Sentencia comentada por Laura GÁZQUEZ SERRANO en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 73, 2007, pp. 343-367, y por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 17, 2006, pp. 247-263.

Cabe destacar, por último, el uso de la solidaridad como remedio para solventar un problema de incertidumbre causal: en efecto, el Tribunal imputa solidariamente los daños a todos los padres demandados porque, si bien no es seguro qué menores intervinieron en cada fase del experimento, constata que hubo un acuerdo de voluntades entre ellos para realizarlo y, más tarde, esconder la botella de ácido clorhídrico sin prever que pudieran encontrarla otros menores.

23. STS, 1^a, 27.2.2006 (RJ 694). MP: Encarnación Rocas Trias

Ausencia de responsabilidad de la compañía ferroviaria por no haber incrementado el riesgo de daños.

Hechos: el 16.9.1993, José Pablo esperaba el tren, cuando cayó a la vía como consecuencia de un ataque epiléptico. El maquinista que, en esos momentos, entraba a la estación a una velocidad muy baja, advirtió la situación e intentó detener el tren. No obstante, José Pablo falleció después de estar, durante al menos una hora, atrapado por el mecanismo de seguridad del tren diseñado para evitar el descarrilamiento en casos de obstáculos en la vía.

Disposiciones estudiadas: artículo 1902 CC.

Demanda: Germán y Fátima, padres de la víctima, demandaron a Everardo, maquinista, a "RENFE" y a "Hércules, Compañía de Seguros", y solicitaron una indemnización de 48.080,97 €.

Procedimiento: el JPI nº 5 de Valencia (2.12.1997) estimó en parte la demanda, absolvió a Everardo y condenó a "RENFE" y a "Hércules, Compañía de Seguros" al pago de 36.060,73 €. La AP de Valencia (Sección 7^a, 31.3.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, revocó la SJPI y desestimó la demanda.

El TS desestimó el recurso de casación de los actores al no apreciar creación de un riesgo por parte de la compañía ferroviaria, "a quien no se puede imputar que un mecanismo pensado y diseñado para proporcionar mayor seguridad a los trenes en los accidentes, produjera un daño en una situación totalmente distinta" (F.D. 3º).

Comentario: no se puede responsabilizar a la compañía ferroviaria de un daño imprevisible derivado de la activación de un mecanismo pensado para fomentar la seguridad de los viajeros. Una posible lectura de la sentencia en términos de costes de los accidentes es la siguiente: la víctima debe soportar los costes los de daños sufridos cuando éstos son menores que aquéllos que evita el mecanismo de frenado del tren. Además, no puede desconocerse que, en último término, los daños traen causa en el ataque epiléptico que sufrió la víctima, hecho fácilmente calificable como imprevisible³⁵.

³⁵ El TS falló en sentido contrario en un caso similar resuelto por la STS, 1^a, de 14.6.2006 (RJ 3537; MP: Román García Varela), en el que un epiléptico, tras sufrir un ataque, cayó en una charca y murió ahogado. Con fundamento en la culpa exclusiva de la víctima (F.D. 2º), el TS desestimó el recurso de casación interpuesto por los padres contra la absolución del Ayuntamiento.

22. STS, 1^a, 27.1.2006 (RJ 615). MP: Pedro González Poveda

Responsabilidad de empresa y de los padres por los daños causados por sus hijos.

Hechos: José Augusto, de 10 años, y su hermano Rafael, de 7, se encontraban en un paso elevado situado en el punto kilométrico 92,5 de la autopista A-9, cuando el primero arrojó una piedra de unos 25 cm. y 2,5 Kg., de forma intencionada, desde la barandilla del puente hacia la calzada. La piedra atravesó el parabrisas de un autobús e impactó contra Carlos Miguel, uno de los ocupantes del vehículo. Como consecuencia del accidente, Carlos Miguel sufrió una contusión torácica que le provocó la muerte.

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC.

Demanda: Estíbaliz, madre de Carlos Miguel, demandó a Evaristo e Inés, padres de José Augusto, y a "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.", y solicitó una indemnización de 180.303,63 €.

Procedimiento: el JPI nº 1 de Padrón (24.10.1995) estimó en parte la demanda y condenó a Evaristo e Inés y a "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A." al pago de 90.151,82 €. La AP de La Coruña (Sección 3^a, 10.3.1999) estimó el recurso de apelación interpuesto por "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A.", a la que absolvió.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Estíbaliz, revocó la SAP y confirmó la SJPI. "Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A." contribuyó con su actuación negligente en la producción del resultado dañoso, al no haber fijado en el puente las medidas que hubieran podido paliar y dificultar el riesgo creado. Según el Tribunal, la conducta de los menores no interrumpió el nexo causal, pues no se aprecia dolo en su actuación dada su falta de discernimiento para apreciar la gravedad y las consecuencias de sus actos.

Comentario³⁶: la empresa concesionaria de la autopista responde solidariamente porque no había adoptado las medidas de seguridad que hubieran evitado los daños causados por el menor que arrojó la piedra o, en otros términos, porque había incrementado el riesgo de daños. Se trata, por lo tanto, de un caso de concurrencia de causas: la actuación del menor y la omisión de la empresa concesionaria. Ambas tienen relevancia jurídica: la primera porque es imputable a la culpa in vigilando de los padres; la segunda, porque el Tribunal atribuye a la empresa concesionaria la adopción de la diligencia necesaria para evitar este tipo de accidentes, exigencia que sitúa la responsabilidad de la empresa al borde de la responsabilidad objetiva. No es la primera vez que

³⁶ Comentada por Fernando DE FRANCO PAZ (2007), "Fallecimiento por el impacto de una piedra arrojada desde un puente situado sobre una autopista de peaje. Doctrina de la causalidad adecuada. Interrupción del nexo causal", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 73, pp. 153-164.

el Tribunal Supremo utiliza este razonamiento para asegurar una indemnización a la víctima mediante la condena a una entidad que ofrece mayores garantías de solvencia.

Para alcanzar esta solución no hubiera sido necesario que el TS entrara en la problemática cuestión de la imputabilidad subjetiva de los daños cuando el causante es un menor de entre 7 y 15 años, ni en la eficacia de la conducta del menor para interrumpir el nexo causal en relación con la actuación de la empresa. Según el Tribunal, “no cabe calificar la conducta de los menores, de siete y diez años de edad, como «torpe, intencional y dañosa», (...)” (F.D. 2º), por lo que la actuación del menor no interrumpe la relación de causalidad.

La jurisprudencia de la Sala 1ª del TS tiende a juzgar la conducta de los menores con edades comprendidas entre 7 y 15 años en términos de negligencia, pero el estándar de diligencia exigible es más leve que el de los adultos. Hay que tener en cuenta también que, si bien los tribunales tienden a excusar travesuras y avatares de los juegos propios de la infancia, no hacen lo mismo con la conducta claramente despectiva de peligros que todo niño de su edad debería prever, y tampoco la conducta antijurídica: los terceros no tienen por qué anticipar y prevenir el daño conexo a un acto voluntario, arriesgado y a veces incluso ilícito cometido en vísperas de la pubertad³⁷.

Asimismo, son relevantes los parámetros que el legislador utiliza en distintas leyes especiales: así, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (BOE nº 11, de 13.1.2000), considera penal y civilmente responsables a los menores de edad desde que cumplen los catorce años (arts. 1.1 y 61.3 LORPM)³⁸.

21. STS, 1ª, 2.1.2006 (RJ 129). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Responsabilidad de empresa.

Hechos: “Viaprom Televisión, S.A.” (en adelante, “Viaprom S.A.”) contrató a Carlos Manuel, cámara profesional, para la grabación desde un helicóptero de tomas aéreas de la estación de esquí “Sol y Nieve” de Sierra Nevada. Con este fin, contrató, a su vez, los servicios de “Helisol, S.A.” que, por su parte, había arrendado a “Heliswiss Ibérica, S.L.” un helicóptero de su propiedad y los servicios de uno de sus pilotos, conservando la segunda las facultades de gestión y control de la navegación. El 29.1.1990, Carlos Manuel viajaba con los pasajeros José Carlos y Abelardo a bordo del helicóptero, que volaba con una elevación menor a la establecida en el Reglamento de Circulación Aérea³⁹, cuando una fuerte ráfaga de viento desestabilizó la aeronave

³⁷ Josep FERRER I RIBA y Covadonga RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, “Niños y adolescentes”, *InDret 1/2000*, pp. 7 y ss.

³⁸ Esther GÓMEZ CALLE (2003), “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en L. FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 461 y ss.

³⁹ Aprobado por Real Decreto 57/2002, de 18 de enero (BOE núm. 17, de 19.1.2002).

y la hizo estrellarse contra el suelo. Como consecuencia del accidente, el piloto falleció y los pasajeros sufrieron graves heridas (sin especificar).

Disposiciones estudiadas: artículos 1902 y 1903 CC; artículo 124 Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.

Demanda: Carlos Manuel, de una parte, y José Carlos, Abelardo y “Viaprom, S.A.”, de otra, demandaron a “Heliswiss Ibérica, S.L.”, a “Helisol, S.A.” y a “La Unión y el Fénix Español, S.A.”, y solicitaron sendas indemnizaciones (no consta cuantía).

Procedimiento: el JPI nº 8 de Granada (23.6.1997) estimó en parte las demandas y condenó a las demandadas a pagar 192.936 € a Carlos Manuel, 72.871,76 € a José Carlos, 11.777,77 € a Abelardo y 24.166,70 € a “Viaprom S.A.”. La AP de Granada (Sección 3^a, 1.2.1999) desestimó el recurso de apelación interpuesto por “Heliswiss Ibérica, S.L.” y estimó el de Carlos Manuel, en el sentido de aumentar su indemnización a 237.740,43 €, y el de “Helisol, S.A.”, a la que absolvió.

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la propietaria del helicóptero. El accidente se debió al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad del piloto, pues en el vuelo “no se observaron las prescripciones del Reglamento de Circulación Aérea” (F.D. 2^o). La responsabilidad por hecho ajeno no corresponde a “Helisol, S.A.”, que había asumido “limitadas facultades respecto de la utilización comercial de la aeronave” y aunque “daba instrucciones de vuelo al piloto”, al contradecir éstas la seguridad del vuelo, la decisión final sobre su ejecución correspondía al piloto. Por otro lado, “Heliswiss Ibérica, S.L.” responde por los daños causados por su dependiente, pues había retenido “en cuanto propietaria, la posesión y el control de la aeronave a través de la dotación, lo que supone, más que un arrendamiento de cosa, un arrendamiento de obra o locatio operis que [le] obliga (...) a la obtención de un resultado (los viajes encargados por la arrendataria), que es precisamente lo que retribuye el precio convenido, y no la detención o el uso de la aeronave” (F.D. 4^o).

Comentario: uno de los requisitos de la responsabilidad vicaria es la existencia de una relación entre principal y agente que legitima al primero para controlar los actos del segundo⁴⁰. En este caso, el TS aprecia una relación de dependencia entre el piloto y la empresa propietaria de la aeronave, “Heliswiss Ibérica, S.L.”, que se había reservado la gestión y control de la navegación, por lo que ejercía funciones de control, vigilancia y dirección en las labores encargadas al piloto. A su vez y por esa misma regla, el Tribunal niega la dependencia del piloto respecto a “Helisol, S.A.”. Además, aquél no debía obedecer las instrucciones de vuelo que la sociedad le había dado al ser contrarias al Reglamento de Circulación Aérea y disponer de autonomía en la toma de decisiones sobre la seguridad del vuelo.

⁴⁰ Pablo SALVADOR y Carlos GÓMEZ (2002), “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, InDret 3/2002 (www.indret.com), p. 5.

20. STS, 3^a, 30.11.2005 (RJ 2006\1395). MP: Rafael Fernández Valverde *

El Estado debe ser solidario con las víctimas del terrorismo.

Hechos: el 9.7.1976, durante la celebración de una fiesta popular en Santurce, una manifestación no autorizada y, al parecer, de ideología opuesta a la de los asistentes a la celebración, recorrió diversas calles de la localidad, produciéndose refriegas con las fuerzas de seguridad. En una de ellas, diversos manifestantes no identificados, efectuaron disparos, uno de los cuales alcanzó mortalmente a Lina, asistente a la celebración. Como consecuencia de los hechos, el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao incoó diligencias previas que fueron sobreseídas el 7.12.1976.

Disposiciones estudiadas: art. 2 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo (BOE nº 242, de 9.10.1999).

Procedimiento: Álvaro, Tomás, Jaime y Sara, viudo e hijos de la víctima, reclamaron al Ministerio de Interior una indemnización por acto terrorista conforme a lo establecido en la Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo, que fue denegada por resolución de 12.12.2000.

Viudo e hijos de la víctima interpusieron recurso contencioso-administrativo contra este acto que fue estimado por la AN (Sección 8^a, 27.3.2002), que anuló la resolución impugnada y reconoció que Lina había fallecido como resultado de una acción de las incluidas en el ámbito protector de la Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la Administración General del Estado al considerar que “los individuos no identificados, al parecer de ideología opuesta a la de los concentrados», y a quienes se considera autores de los disparos que causaron la muerte de la madre [sic]⁴¹ del recurrente, pueden, perfectamente ser considerados como incluidos en el tercer supuesto del artículo 2.1 de la Ley 32/1999, de 8 de octubre; esto es que la madre [sic] del recurrente fue víctima de los «hechos perpetrados por persona o personas (...) que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana», sin resultar preciso, como hemos reiterado, ni la concurrencia técnica de un delito de terrorismo según el Código Penal, ni la acreditación de la pertenencia de los mismos a grupos o bandas armadas” (F.D. 6º).

Comentario: la sentencia considera los hechos descritos más arriba como “hechos perpetrados por persona o personas (...) que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y la seguridad ciudadana” y, así, da cabida a la aplicación de la Ley de solidaridad con las víctimas del terrorismo según lo establecido en su art. 2. Esta Ley prevé que el Estado asuma las indemnizaciones por daños físicos o psicofísicos a las víctimas del terrorismo, siempre y cuando

* La selección y comentarios de las sentencias de 2005 han sido realizados por Antonio Fernández Crende.

⁴¹ En su argumentación, el Tribunal Supremo hace suyos los fundamentos de la Audiencia Nacional, pero, al parecer, extracta incorrectamente parte de la sentencia de instancia pues hace referencia a la “madre del recurrente”, cuando, en casación, era recurrente la Administración General del Estado.

aquéllas hubieran transmitido al Estado las acciones civiles de las que fueran titulares para que éste se subrogue en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente al resarcimiento.

Sin embargo, los remedios establecidos por esta Ley no se rigen por un principio de responsabilidad, sino de solidaridad, y pretenden evitar que las víctimas de estos sucesos queden sin indemnización debido a la insolvencia del demandado o, como advierte V. MÚRTULA LAPUENTE⁴², a la imposibilidad de probar la causalidad cuando el autor material es un miembro indeterminado de un grupo, como sucede en el caso comentado. Sólo en este contexto cabe sostener un concepto tan amplio de terrorismo.

19. STS, 3^a, 18.10.2005 (RJ 2006\307). MP: Enrique Lecumberri Martí

La Administración penitenciaria debe tratar coactivamente a los presos enfermos como depositaria de su vida, salud e integridad física.

Hechos: el 10.3.1995, Juan María ingresó en el centro penitenciario Madrid 1, donde se le practicó una analítica de ingreso que puso de manifiesto VIH positivo, hepatitis B y C y tuberculosis. En abril de 1996, el recluso fue trasladado al centro penitenciario Madrid 2, donde se le continuaron realizando analíticas y exploraciones cada 2 ó 4 meses. Con respecto al tratamiento contra el VIH, del 16.5.1997 al 5.6.1997, el recluso fue ingresado en el Hospital Carlos III de Madrid cuyo informe hizo constar la negativa del paciente a recibir tratamiento antirretrovírico, así como, el 5.11.1997, fue atendido por el especialista de medicina interna del Hospital General Penitenciario de Madrid con la misma negativa. Con respecto al tratamiento de la tuberculosis, en mayo de 1996, Juan María fue incluido en el programa de prevención y control de la tuberculosis del centro Madrid 2 en cuyo historial se hizo constar repetidas negativas del paciente a que se le practicara quimioprofilaxis. Finalmente, en noviembre de 1997, el recluso falleció.

Disposiciones estudiadas: arts. 139 y 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE nº 285, 27.11.1992), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE nº 12, 14.1.1999).

Procedimiento: el padre del fallecido, también llamado Juan María, reclamó al Ministerio Interior una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración, que fue denegada por silencio negativo.

Juan María, padre, interpuso recurso contencioso-administrativo contra este acto presunto que fue desestimado por la AN (Sección 8^a, 31.10.2000) al considerar que no hubo relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la muerte del hijo del actor.

⁴² V. MÚRTULA LAPUENTE (2005), *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*, Dykinson, Madrid, pp. 343 y ss; y --- (2006), "Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil", *InDret* 2/2006, working paper nº 351, p. 14.

El TS estimó parcialmente el recurso de casación, casó la sentencia de instancia y condenó a la Administración al pago de 12.020,24 € al actor. El TS afirmó que “aunque fue correcta la actuación de los servicios médico-sanitarios(...), sin embargo, tuvieron que adoptar, ante las reiteradas negativas de aquél a someterse a la medicación que se le diagnosticaba, las medidas reglamentarias oportunas con la correspondiente autorización de la Dirección del centro penitenciario, a fin de que se cumpliera el tratamiento indicado” (F.D. 4º).

Comentario: esta sentencia sostiene la posición de garante de la Administración penitenciaria respecto de los presos que necesiten asistencia sanitaria y declara la culpa de ésta al no haber administrado coercitivamente el tratamiento indicado al recluso. Así, sigue la tendencia iniciada por la STC 120/1990, de 27 de junio (MP: Fernando García-Mon y González Regueral)⁴³ que legitimó la asistencia médica coactiva a tres reclusos miembros del GRAPO que se habían declarado en huelga de hambre para forzar al Gobierno a que concentrara todos los reclusos del grupo en una misma cárcel.

No obstante, entre uno y otro caso hay diferencias sustanciales. En el comentado, no hay indicios de que el recluso se negara al tratamiento para intentar presionar de algún modo a la Administración, sino que era una opción estrictamente personal y que sólo afectaba a él. Por ello, había buenos argumentos legales –véase art. 10.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (BOE nº 102, de 29.4.1986), vigente en el momento de los hechos- y jurisprudenciales – véase voto particular de Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Herrero a la STC 120/1990- para haber respetado la decisión del recluso.

18. STS, 1ª, 11.10.2005 (RJ 8769). MP: Pedro González Poveda

Agencia de viajes, por falta de previsibilidad, mayorista, por falta de información, y víctima, por asunción del riesgo, son culpables concurrentes de lo sucedido.

Hechos: Pablo concertó con “Viajes Iguazú, S.L.” un viaje turístico a Egipto ofertado por la empresa mayorista “Viamed, S.A.”. En agosto de 1994, durante el viaje a Egipto, Pablo se encontraba realizando una excursión en autobús por una zona conflictiva del país cuando se produjo un ataque terrorista como consecuencia del cual sufrió lesiones (no constan).

Disposiciones estudiadas: arts. 1101, 1105, 1902 CC y 25 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios (BOE nº 176, de 24.7.1984).

⁴³ Véase comentario a la sentencia y otras consideraciones en J.C. SEUBA TORREBLANCA (2003), *La autonomía privada del paciente. En especial, decisiones relativas a la disposición de la vida*, Segundo ejercicio para la provisión del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, Inédito.

Demanda: Pablo demandó a “Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas” (en adelante, “AEDAVE”), a “Asociación Catalana de Viajes” (en adelante, “ACAV”), a “Viajes Iguazú, S.L.” y a “Viamed, S.A.”, y solicitó una indemnización 50.485 €.

Procedimiento: el JPI nº 10 de Madrid (18.3.1997) estimó en parte la demanda, apreció excepción de falta de legitimación respecto a “AEDAVE” y “ACAN” y condenó a “Viajes Iguazú” y a “Viamed, S.A.” a pagar 8.053,56 €. La AP de Madrid (Sección 10^a, 29.1.1999) desestimó los recursos de apelación interpuestos por “Viajes Iguazú” y “Viamed, S.A.” y estima en parte el interpuesto por Pablo en el sentido de aumentar la indemnización a 24.942 €.

El TS desestimó los recursos de casación interpuestos por “Viajes Iguazú”, “Viamed, S.A.” y Pablo. “Viajes Iguazú” alegó caso fortuito, sin embargo, el Tribunal desestimó el recurso “debido a que falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidados requeridos con arreglo a las circunstancias del caso, lo que hace inaplicable la excepción del art. 1105, al no darse la situación de imprevisibilidad o irresistibilidad requeridas por el precepto” (F.D. 3º). Respecto de “Viamed, S.A.”, el Tribunal afirmó que ésta había omitido información relevante, pues “la falta de información sobre las condiciones de seguridad para los viajeros en la zona donde iba a desarrollarse parte, al menos, del itinerario por ella ofertado, y tal conducta de la recurrente no puede sino calificarse de negligente al no poner en conocimiento de sus clientes las circunstancias de seguridad existentes en la zona” (F.D. 6º). Finalmente, Pablo también contribuyó al resultado, pues “la aceptación por el demandante de la realización del viaje en autobús por la zona en que se produjo el ataque terrorista, conociendo la conflictividad que existía en ella, públicamente conocida, impide calificar de ilógico o arbitrario el juicio de valor que hace la Sala de instancia sobre la contribución causal de la conducta del demandante” (F.D. 9º).

Comentario: la sentencia pondera, por un lado, la culpa de la agencia de viajes y de la mayorista y, por el otro, la del viajero. Respecto de las primeras, el Tribunal parece sustentar su argumentación en la posición de garante o en los deberes de protección⁴⁴ que éstas asumieron contractualmente, deberes que incumplieron por omisión de la atención y cuidados con arreglo a las circunstancias del caso y de la información sobre las condiciones de seguridad en la zona⁴⁵.

Respecto del viajero, tras reconocer que la culpa que se le atribuye no deriva del incumplimiento de una obligación contractual (F.D. 9º), aplica una regla de concurrencia de culpas propia de la responsabilidad extracontractual y basada en la asunción del riesgo por parte de la víctima.

⁴⁴ Véase F. GÓMEZ POMAR (2005), “El guardián del viajero: la posición de garante de las empresas de transporte”, *InDret 2/2005*, working paper nº 280.

⁴⁵ La STS, 1^a, 2.2.2006 (MP: José Antonio Seijas Quintana) condenó en el mismo sentido a “Viamed, SA” y a “Europa Travel, SA” a indemnizar a Alberto y Marisol por las lesiones sufridas y por la muerte de su hijo como consecuencia del mismo atentado terrorista en Egipto. En este caso, la asunción del riesgo por parte de la víctima no se planteó en casación, pero posiblemente se tuvo en cuenta en la instancia puesto que los actores solicitaron, aparte de la indemnización por lesiones, 901.518,157 € por la muerte de su hijo y la Audiencia Provincial condenó a los demandados a pagar un importe muy inferior, 150.253,02 €.

17. STS, 2^a, 26.9.2005 (RJ 7336). MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre

Los captores responden de los daños sufridos por la víctima durante su huída (Criterio de provocación, provocation).

Hechos: Rafael y Víctor Manuel, junto a dos hombres no identificados, abordaron a Benito en la calle, le introdujeron en un coche y, tras varias amenazas pistola en mano, le arrebataron 150 € en efectivo, un teléfono móvil valorado en 400 € y una cadena de plata de 50 €. A continuación, le llevaron a una vivienda y, allí, le mostraron cinta adhesiva, cables, alicates y bisturí, además de las pistolas. Le dijeron que se desnudara, momento en el que la víctima, atemorizada, se lanzó contra la puerta de cristal del salón para huir del lugar. En su huída, Benito resultó herido en la rodilla derecha que requirió intervención quirúrgica, estuvo 240 días impedido para sus ocupaciones habituales y le quedó como secuela una cicatriz dolorosa en la misma rodilla, además de sufrir daños materiales en su ropa.

Disposiciones estudiadas: arts. 109 y 116 CP.

Procedimiento: el JI nº 25 de Madrid incoó procedimiento abreviado y lo remitió a la AP de Madrid. La SAP (Sección 6^a, 4.10.2004) condenó a Rafael y Víctor Manuel como autores del delito de robo con intimidación en las personas, un delito de detención ilegal y un delito contra la integridad moral a penas de tres, cuatro y un año de prisión, respectivamente, y a indemnizar a Benito con 150 €, 400 € por el teléfono y 50 € por la cadena sustraída.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Benito, casó y anuló la sentencia de instancia y dictó una nueva en la que condenó a Rafael y Víctor Manuel a indemnizar al recurrente también con 21.600 € por las lesiones, con 3.083.41 € por las secuelas y daño moral y con 81.30 € por los daños en la ropa. El Tribunal afirmó literalmente que “[e]n el caso que se analiza la situación coactiva o la presión ocasionada por el delito contra la integridad moral fue la desencadenante de las lesiones y daños sufridos. El perjudicado no se las produjo por su propia voluntad. Si existía algún resquicio para eludir la acción criminal, no puede impedírselle esa posibilidad, obligándole a soportar aquel delito y no consta que hubiera podido eludir la acción criminal sin tales riesgos, traducidos en daños corporales y materiales, que, por lo tanto, deben considerarse vinculados y objetivamente imputables a la acción delictiva anterior de los acusados, tipificada en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP” (F.D. 2º).

Comentario⁴⁶: en este caso, el Tribunal se plantea si, a pesar de que el delito contra la integridad moral tipificado en el art. 173.1 CP no tenga como bien jurídico protegido ni la integridad física ni el patrimonio de la víctima, puede responsabilizar a los culpables de ese delito por las lesiones y daños materiales sufridos por la víctima durante su huída.

⁴⁶ Comentada en A. FERNÁNDEZ CRENDE (2006), “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación”, InDret 1/2006, working paper nº 313.

El Tribunal da una respuesta afirmativa tras fundamentarla mediante el criterio de la provocación en sede de imputación objetiva, que ha sido diseñado por la doctrina⁴⁷ para hacer responsable a quien haya creado ilegítimamente un peligro para alguna otra persona o sus bienes de cualesquiera daños sufridos durante la persecución para atraparle o durante el intento de proteger los bienes jurídicos puestos en peligro.

16. STS, 1^a, 6.9.2005 (RJ 6745). MP: Vicente Luis Montés Penadés

Los padres no tienen derecho a indemnización por la muerte de su hija al no haber cuidado de ella diligentemente.

Hechos: una niña de 4 años falleció ahogada al caer en la alberca de un cortijo propiedad de Lucio, quien había arrendado el pozo, la casa y las naves de ese mismo cortijo a los padres de la menor. Éstos, el día del accidente, fueron a trabajar junto con sus otros hijos y dejaron a la menor en el cortijo de unos vecinos, pero la menor salió a visitar a unas amigas y, entonces, fue cuando cayó a la alberca que se hallaba a nivel de suelo y sin protección alguna.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC.

Demandado: los padres de la menor, Carlos Alberto y Encarna, demandaron a Lucio y solicitaron una indemnización por daños y perjuicios (no consta cantidad).

Procedimiento: el JPI nº 2 de Loja (29.11.1997) desestimó la demanda. La AP de Granada (Sección 4^a, 21.1.1999) estimó en parte el recurso, revocó la SJPI y condenó al demandado al pago de 18.030,36 € al apreciar concurrencia de culpas.

El TS declaró haber lugar interpuesto por el demandado y revocó la SAP en el sentido de absolver al recurrente al considerar que no hubo nexo causal entre el comportamiento de éste y el daño en virtud del criterio de competencia de la víctima aplicado a los padres de la menor: “el control de la situación correspondía a la víctima o, si se prefiere otra expresión, a la parte que como tal se presenta, dadas las características del supuesto de hecho. Estaríamos ante una hipótesis cercana, adaptando al conflicto concreto la teoría formulada en general, a lo que se ha denominado en la doctrina competencia de la víctima [...] dicho sea entendiendo como víctima no al menor sólo, que ha sufrido el daño en su persona, sino a quienes están legitimados para reclamar la indemnización por ser partícipes del dolor a cuyo pretium, en definitiva, nos estamos refiriendo” (F.D. 3º).

⁴⁷ Definición tomada de F. PANTALEÓN PRIETO (1993), “Comentario al artículo 1902 CC”, en Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 1986.

Comentario: el Tribunal Supremo excluye la relación de causalidad mediante la aplicación del criterio de competencia de la víctima –entendida ésta no como la menor fallecida, sino como los padres que reclamaron por la muerte de su hija- en el ámbito de la imputación objetiva.

Así, L. DÍEZ-PICAZO (1999, p. 345)⁴⁸ realiza las siguientes consideraciones sobre el criterio de competencia de la víctima: “[l]a configuración de un contacto social puede hacer que el control de una situación no le competa sólo al autor del daño, sino también a la víctima. A veces es el mismo comportamiento de la víctima el que funda que sea a ella a quien haya de imputarse una consecuencia lesiva y puede ocurrir que la víctima se encuentre en tan desgraciada situación por obra del destino o por infortunio. De esta suerte, aunque el autor conozca las consecuencias lesivas de su comportamiento, puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella, cuando él se ha comportado conforme a su rol”.

En esta ocasión, el Tribunal sostiene esta tesis, pero tampoco habría sido extraño que hubiera resuelto el caso con estándares de imputación subjetiva en el ámbito de la culpa o negligencia aplicando una regla de culpa comparativa.

15. STS, 1^a, 6.7.2005 (RJ 9531). MP: Antonio Romero Lorenzo

El empresario no tiene el deber de controlar a los empleados que permanezcan en las instalaciones fuera de su jornada laboral.

Hechos: el 12.12.1996, Matías, quien trabajaba para “Centro Comercial Conauto, S.A.”, permaneció en una de las naves de la empresa para arreglar un vehículo propio ya finalizada su jornada laboral. Mientras tanto, Imanol, otro trabajador de la empresa, soldaba con CO₂ la puerta de un turismo que apoyaba sobre dos bidones, uno de los cuales había contenido disolvente de limpieza inflamable, cuando este último explotó como consecuencia de la alta temperatura causada por la soldadura, desprendiendo hacia arriba su parte superior que golpeó en la careta protectora de Matías, quien cayó hacia atrás golpeándose la parte posterior de la cabeza en el suelo y falleció en el acto.

Disposiciones estudiadas: arts. 1101 y 1902 CC y arts. 15.4, 17 y 19 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE nº 269, de 10.11.1995).

Demandado: María Pilar, viuda de Matías, en su nombre y en el de sus dos hijos, demandó a Imanol y a “Centro Comercial Conauto, S.A.”, y solicitó una indemnización de 180.304 €.

Procedimiento: el JPI de Aoiz (12.11.1997) estimó en parte la demanda, y condenó a Imanol y a “Comercial Conauto, S.A.” al pago de 45.076 € a María Pilar y 22.538 € a cada uno de los hijos de la víctima. La AP de Navarra (Sección 3^a, 5.11.1998) estimó el recurso, revocó la SJPI y absolvio a los demandados.

⁴⁸ L. DÍEZ-PICAZO (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.

El TS desestimó el recurso de casación al no considerar bien citado ningún precepto sobre valoración legal de la prueba por parte de la recurrente que intentó atacar la base probatoria utilizada por la Audiencia Provincial para absolver a los demandados que se había sustentado en que “el fallecido no había recibido orden de la empresa ni del encargado para llevar a cabo la labor que realizaba; sin que pueda exigirse a las entidades demandadas que vigilen a fin de que sus empleados no permanezcan en sus instalaciones después de la jornada laboral, pues tal estancia fuera de horario normal, sin que el trabajador se lo haga saber a la empresa, excede del control de la misma” (F.D. 2º).

Comentario: un ejemplo de accidente de un trabajador que tiene la peculiaridad de que éste lo sufre fuera de su jornada y habiéndose quedado en la nave de la empresa para realizar una tarea por cuenta y en beneficio propio y sin haber recibido orden alguna del empresario. Estas circunstancias del caso dificultan considerar el accidente como un “accidente de trabajo” de acuerdo con lo establecido en el art. 115 del 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 29.6.1994) lo que daría lugar a la acción protectora de la Seguridad Social.

Cuestión distinta es si los daños derivados del accidente pueden ser resarcidos a la víctima por medio de los remedios generales de la responsabilidad extracontractual, arts. 1902 y 1903 CC (aunque el abogado de la parte recurrente no cita el segundo), posibilidad que el Tribunal cierra con toda rotundidad al considerar que la conducta del trabajador que se quedó en el lugar de trabajo después de haber concluido su jornada constituyó culpa exclusiva.

14. STS, 2ª, 25.4.2005 (RJ 6547). MP: Carlos Granados Pérez

Confirmación de la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana, las arcas donde aferrarse.

Hechos: entre 1989 y 1993, “Ardystil”, “Aero-Bris”, “Aero-Reig”, “Aeroman, S.L.”, “Aerotex, S.L.” y “Aerografía Textil, S.L.”, situadas en la zona industrial de Alcoy, Muro de Alcoy y Cocentaina, se dedicaban a la estampación textil aerográfica por medio de pistolas neumáticas que eran cargadas con una mezcla de petróleo, ácido acético y diversos productos de “Bayer” para lo que no eran aptos y, asimismo, utilizaban tricloroetano 1.1.1 para la limpieza de las telas. Además, las empresas contaban con diferentes fuentes de calor, carecían de ventilación adecuada y no disponían de mascarillas con filtros en buen estado para todos sus trabajadores. La combinación de los productos mencionados y de las fuentes de calor causó a los trabajadores diferentes afecciones respiratorias: en la empresa “Ardystil”, cinco trabajadoras fallecieron a causa de bronquitis obliterantes con neumonías organizadas (BONO) y veintiún trabajadores contrajeron aquella enfermedad o neumopatías, a pesar de que, el 6.9.1990, el inspector de trabajo Franco realizó una inspección y promovió sendas actas de infracción y de liquidación referidas a la falta de alta de cuatro trabajadores, pero no comprobó el cumplimiento de las medidas de

seguridad e higiene; en el resto de empresas, un trabajador falleció por BONO y cuarenta y tres contrajeron neumopatías.

Disposiciones estudiadas: arts. 21 y 22 CP de 1973.

Procedimiento: el JI nº 3 de Alcoy instruyó procedimiento abreviado. La SAP Alicante (Sección 3ª, 30.6.2003) condenó a Franco como autor de un delito de imprudencia temeraria y a María, propietaria de "Ardystil", como autora responsable de un delito de imprudencia temeraria profesional y de un delito contra la seguridad de los trabajadores a sendas penas de prisión; al resto de empresarios como autores de sendos delitos contra la salud de los trabajadores por imprudencia a penas de multa y, como autores de sendas faltas de imprudencia antirreglamentaria, a arresto menor; a todos los anteriores y a "Unión Alcoyana, S.L.", aseguradora de "Aeroman, S.L.", "Aerotex, S.L." y "Aerografía Textil, S.L.", a pagar indemnizaciones por muerte a los cónyuges, parejas de hecho y familiares de los fallecidos y por los días de baja y las secuelas a los perjudicados y a responder frente al Servicio Valenciano de Salud por los gastos sanitarios del tratamiento de los trabajadores; y a la Generalitat Valenciana a responder subsidiariamente de las indemnizaciones a los trabajadores de "Ardystil".

El TS, en lo que aquí no interesa y tras estimar sendos recursos de casación interpuestos por Franco y Armando, propietario de "Aero-Bris", mantuvo el resto de pronunciamientos, incluido el de responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat Valenciana por los daños sufridos por los trabajadores: "el derogado artículo 22 del Código [Penal] de 1973 extendía su ámbito a la responsabilidad civil del Estado y demás entes públicos, que en el Código vigente residencia en un artículo propio, el artículo 121, cuyos presupuestos igualmente concurren en el caso que examinamos, ya que el Inspector de Trabajo actuó en el ejercicio de su cargo y funciones cuando llevó a cabo la inspección de la empresa Ardystil" (F.D. Único del recurso interpuesto por la Generalitat Valenciana).

Comentario: J. PIÑEIRO SALGUERO y A. RUBÍ PUIG (2003, p. 9)⁴⁹ ya pusieron de manifiesto los paralelismos entre el caso Ardystil y el de la Colza: problemas de prueba de la causalidad, carácter masivo de los daños y búsqueda de un responsable solvente. Se reproducen aquí las críticas a convertir al Estado en un asegurador universal de riesgos por mediación del derecho de daños, cuando se puede establecer un sistema asistencial más barato de gestionar.

13. STS, 2ª, 24.2.2005 (RJ 2030). MP: Francisco Monterde Ferrer

Las personas jurídicas no pueden sufrir daño moral.

⁴⁹ Véase J. PIÑEIRO SALGUERO/ A. RUBÍ PUIG (2003), "Ardystil II: un fallo esperado", *InDret 4/2003*, working paper nº 179. Y también, J. PIÑEIRO SALGUERO/ A. RUBÍ PUIG (2002), "El síndrome Ardystil", *InDret 4/2002*, working paper nº 108.

Hechos: el 8.2.1989, Alejandro y su esposa Paloma constituyeron una sociedad en Castellón (en adelante, “la sociedad”), cuyo nombre y forma societaria no constan, y que tenía por objeto la comercialización, compraventa y fabricación de prendas de vestir. Esta sociedad mantuvo relaciones comerciales con “Confecciones Salri, S.A.”, a la cual adeudó 44.268,42 € por medio de letras de cambio que resultaron impagadas a fecha de vencimiento. Por ello, el 25.3.1993, “Confecciones Salri, S.A.” presentó demanda ejecutiva turnada al JPI nº 7 de Castellón que, el 19.10.1993, señaló diligencia de embargo. Cuando se procedió al registro del domicilio de la sociedad, ésta había desaparecido como tal y en el local se hallaba desarrollando su actividad la empresa “Magar’s” regentada por Paloma. Posteriormente, el 12.11.1993, Alejandro y Paloma, con la finalidad de eludir el pago de la deuda y ocultar sus bienes, constituyeron “Danza, Disfraces y Baño, S.L.” a la que transmitieron todo el activo, fondo de comercio y cartera de clientes de la sociedad. Como consecuencia del impago, “Confecciones Salri, S.A.” sufrió una “situación económica crítica” (A.H. 2º).

Disposiciones estudiadas: arts. 109, 110 y 113 CP.

Procedimiento: el JPI nº 3 de Castellón incoó procedimiento abreviado. La SAP Castellón (Sección 2ª, 21.1.2004) condenó a Alejandro y a Paloma como autores de un delito de insolvencia punible a sendas penas de prisión y multa y, asimismo, a indemnizar a “Confecciones Salri, S.A.” con 50.268,42 €, de los cuales 6.000 € en concepto de daño moral. Finalmente, declaró la responsabilidad civil directa y solidaria de las empresas “Magar’s” y “Danzas, Disfraces y Baño, S.L.”.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por Alejandro y Paloma, casó la sentencia de instancia y dictó una nueva en el sentido de eliminar la partida de 6.000 € relativa a los daños morales. El TS consideró que “la categoría del daño moral y su propia existencia sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano. La expresión agraviado, con su extensión a familia o a terceros, que emplea el art. 113 CP, parte, sin duda de esta idea” (F.D. 2º). Sin embargo, afirmó: “[e]videntemente, la fama, el crédito o la reputación de una persona jurídica, como daño material podrá ser reparado, pero no como daño moral” (F.D. 2º).

Comentario⁵⁰: en esta sentencia, el Tribunal Supremo sostiene una postura respecto al daño moral de las personas jurídicas que InDret viene defendiendo desde hace algunos años. En este sentido, F. GÓMEZ POMAR (2002, p. 4)⁵¹ afirma que “económicamente, la existencia de un daño no patrimonial de una empresa es una contradicción en los términos. Las empresas y, en general, las organizaciones, no son entidades capaces de experimentar utilidad o bienestar. Sólo los

⁵⁰ Comentada por A. Mª RODRÍGUEZ GUITIÁN (2006), “Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?”, *InDret* 2/2006, working paper nº 334.

⁵¹ F. GÓMEZ POMAR (2002), “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 20.2.2002: el daño moral de las personas jurídicas”, *InDret* 4/2002, working paper nº 105. Véase también F. GÓMEZ POMAR (2000), “Daño moral”, *InDret* 1/2000, working paper nº 6.

individuos (...) tienen preferencias sobre el mundo que se traducen en funciones de utilidad. Las empresas, desde el punto de vista económico, se analizan como entes que disponen, más modestamente en términos conceptuales, nada más que de funciones de producción y de ingresos".

Sin embargo, A. M^a RODRÍGUEZ GUITIÁN (2006, p. 11) admite el daño moral de las personas jurídicas y exige al demandante que pruebe una circunstancia excepcional que sea indicaria del mismo.

12. STS, 1^a, 8.2.2005 (RJ 949). MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

Responsabilidad contractual del centro médico para evitar la prescripción de la acción.

Hechos: el 26.10.1990, José se sometió a una vasectomía practicada por el Dr. Bruno en el centro médico "Equip Multidisciplinar d'Atenció i Informació" (en adelante, "EMAI"). Con posterioridad, su esposa Paloma se quedó embarazada y dio a luz a una niña, por lo que José se hizo sendas pruebas de paternidad y fertilidad que dieron positivo. El 1.10.1992, el mismo médico le practicó una nueva vasectomía en el mismo centro, constituido entonces en sociedad limitada (en adelante, "EMAI, S.L."). A pesar de ello, Paloma volvió a quedarse embarazada, aunque el 16.6.1994 sufrió un aborto por causas naturales.

Disposiciones estudiadas: arts. 1101, 1544, 1902 y 1903 CC.

Demandado: José y Paloma demandaron al Dr. Bruno, a "EMAI, S.L." y a "Winterthur Seguros, S.A." por responsabilidad contractual ex arts. 1101 y 1544 CC y, acumulativamente, por responsabilidad extracontractual ex art. 1902 y 1903 CC; y solicitaron una indemnización de 54.091,09 € "por los gastos económicos que han de afrontar para atender a su hija" (F.D. 1^o b).

Procedimiento: el JPI nº 36 de Barcelona (12.12.1997) estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a pagar una indemnización de 45.256,21 €. La AP de Barcelona (Sección 16^a, 30.7.1998) desestimó el recurso y confirmó íntegramente la SJPI.

El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por "EMAI, S.L." al considerar que: a) esta entidad había sucedido a EMAI en todos sus derechos y obligaciones, pues "se da entre ambas sociedades, la unidad de negocio y de actuación que las unifica en sus responsabilidades, lo que en derecho laboral, con fundamento jurídico traspasable en estos aspectos a este campo civil, se llama sucesión o continuación de empresas" (F.D. 2^o); b) en este caso, existe la posibilidad de acumular ambas acciones e, incluso, "es más clara aún la aplicación del concepto de arrendamiento de servicios, con su vínculo contractual, a la clínica" (F.D. 3^o); c) la acción del demandante no había prescrito y, en todo caso, el dies a quo debería ser el del segundo embarazo debido a que "la actuación de ambas sociedades, como continuadoras una de otra, y del médico dentro de ellas (a las que sigue la aseguradora), hacen que la actividad sea seguida" (F.D. 4^o); y d) la acción de la demandante tampoco había prescrito ampliando a su favor la eficacia de la

prescripción contractual, pues “no se trata, la actuación aquí de marido y mujer, de unas actividades separadas, sino claramente unidas por una petición con una fuerte solidaridad activa, ya que el resultado que se busca para la actuación médico-clínica, es único, dado que la vasectomía practicada a aquél, debe de tener efecto en ella y ambos resultados no se deben desconectar, teniendo un mismo fin, el de la posibilidad de seguir realizando ambos una vida sexual activa, sin el temor al resultado del embarazo” (F.D. 4º).

Comentario: en este caso de negligencia médica, consistente en la práctica de dos vasectomías sucesivas erróneas, el Tribunal mezcla, de forma confusa, argumentos de responsabilidad contractual y extracontractual para resolver problemas de prescripción.

Lo más interesante de la sentencia es que el Tribunal amplia la eficacia de la prescripción contractual a la codemandante, esposa de quien efectivamente había contratado la realización de ambas vasectomías con el centro médico. Esto implica reconocer una eficacia del contrato frente a terceros, que, sin duda, resulta muy forzada.

Quizás, como apunta el F.D. 4º, otra vía para evitar la prescripción de la acción de la codemandante, más acertadamente en sede de responsabilidad extracontractual, hubiera sido considerar ambas vasectomías como una actuación continuada del centro médico y posponer el dies a quo a la fecha en que el matrimonio tuvo conocimiento del segundo embarazo.

11. STS, 1ª, 3.2.2005 (RJ 1458). MP: Xavier O'Callaghan Muñoz

No hay fines concurrenceales ni daños indemnizables.

Hechos: en enero de 1995, “Eroski, Sociedad Cooperativa de Consumidores y Usuarios” (en adelante, “Eroski”) publicó en su revista corporativa, cuyo ámbito de difusión es el País Vasco, un artículo titulado “Queso fresco, con mucho cuidado”, en el que se realizaba un estudio comparativo de siete marcas comerciales de queso fresco de Burgos y se afirmaba que la muestra del fabricado por “Mantequería Las Nieves, S.A.” tenía el germe listeria y que su envase carecía de fecha de caducidad. El artículo fue reportado por otros medios de prensa del mismo ámbito territorial y de zonas limítrofes sin que tal difusión hubiera sido propiciada por “Eroski”.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC y arts. 1, 2, 3, 5, 9 y 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE nº 10, de 11.1.1991), en adelante LCD.

Demandado: “Mantequería Las Nieves, S.A.” demandó a “Eroski” fundamentando su demanda en la LCD, y, subsidiariamente, en el art. 1902 CC; y solicitó una indemnización de 150.253 € por daños morales y de 809.599,37 € por daños y perjuicios materiales y la publicación de la sentencia en los mismos medios de prensa que difundieron la noticia.

Procedimiento: el JPI nº 1 de Durango (14.6.1996) desestimó íntegramente la demanda. La AP de Bilbao (Sección 5ª, 30.7.1998) desestimó el recurso y confirmó la SJPI.

El TS declaró no haber lugar al recurso. En primer lugar, consideró que la LCD no era aplicable al caso, pues “la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una sociedad o asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de la competencia desleal. [...] [L]a sociedad demandada no es una empresa concurrente, su publicación no se incardina en la previsión de los artículos 1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal” (F.D. 3º). En segundo lugar, no apreció responsabilidad extracontractual al tratarse de una actuación diligente y no haber nexo causal: “Eroski se ve amparada en su derecho a defender una información que estima veraz y, por tanto, no negligente. [...] [N]o hay nexo causal entre aquella información y un daño patrimonial sufrido” (F.D. 4º).

Comentario⁵²: esta sentencia suscita un par de cuestiones: en primer lugar, sobre la aplicabilidad de la LCD, la afirmación categórica que realiza el TS no parece suficientemente argumentada. Dice el Tribunal, “[L]a sociedad demandada no es una empresa concurrente”, pero el art. 3.2 LCD no exige tal requisito subjetivo, pues establece que “[l]a aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”. Prosigue, “la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de competencia desleal”. Continua errado el Tribunal, puesto que, para excluir la aplicabilidad de la LCD, está realizando un juicio propio del art. 9 LCD que regula los actos de denigración.

En segundo lugar, sobre la procedencia de un remedio indemnizatorio, la solución a la que llega el Tribunal parece algo más razonable. A falta de indicios que demuestren alguna práctica carente de buena fe como podría ser la posibilidad de chantaje reputacional o alguna forma de oportunismo por parte de “Eroski”, la publicación de un artículo informativo debe quedar amparada precisamente por el derecho a la libertad de información, siempre y cuando la publicación sea veraz y haya sido contrastada diligentemente.

10. STS, 1^a, 10.12.2004 (RJ 2005\13808). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta *

No hay responsabilidad de la Administración por los daños sufridos por socorristas improvisados.

Hechos: el 18.8.1990, José Manuel intentó socorrer a otra persona que se estaba ahogando en la playa de Cullera (Valencia) en una zona alejada de la de uso habitual de los bañistas, sin que existiera en las cercanías miembros del servicios de socorristas municipales y cuando el mar estaba picado. A pesar de que una zodiac de socorristas acudió a rescatarles, ambos fallecieron.

⁵² Comentada por A. RUBÍ PUIG (2005), “Competencia desleal y libertad de expresión”, InDret 3/2005, working paper nº 291.

* La selección y comentarios de las sentencias de 2004 han sido realizados por Antonio Fernández Crende.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Demanda: la viuda, en nombre propio y en el de su hijo, demandó al Ayuntamiento de Cullera y solicitó una indemnización de 120.202,42 €.

Procedimiento: el JPI nº 1 de Sueca estimó la demanda (2.7.1996) y condenó al Ayuntamiento al pago de 102.172 €, de los cuales 72.121,45 € para la actora y 30.050,60 € para su hijo. La AP de Valencia (Sección 8^a, 4.5.1998) estimó el recurso de apelación, revocó la SJPI y absolió al Ayuntamiento.

El TS desestimó el recurso de casación al considerar que la actuación de la víctima fue negligente, pues no tuvo en consideración el mal estado del mar, y que la del equipo de salvamento fue adecuada: “el hecho en cuestión no puede ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable -el Ayuntamiento de Cullera- ya que aparte de la actuación personal del fallecido creadora del riesgo por su comportamiento, que aunque impregnado de un sentimiento solidario de amistad y altruismo, no tuvo en cuenta el mal cariz que presentaba el mar, que en ese momento suponía un peligro serio” (F.D. 1º).

Comentario: en el caso debe tenerse en cuenta el criterio de la provocación⁵³, según el cual debe afirmarse la imputación objetiva del daño cuando el dañado asume el riesgo del que finalmente resulta víctima en su intento de salvar la vida, integridad física o bienes de un tercero en situación de peligro creada negligentemente por este último.

Obviando la posible responsabilidad de la persona a quien se intentó salvar⁵⁴ -que la actora parece olvidar aferrándose a una entidad más solvente, el Ayuntamiento-, la cuestión radica en determinar si el Ayuntamiento, en concreto, los servicios de salvamento, incumplieron, por omisión, el deber de interrumpir el curso causal anteriormente mencionado.

En mi opinión, dada la autopuesta en peligro -o, dicho de otro modo, la asunción del riesgo- por parte de los bañistas, la Administración no incumplió su deber de protección y salvamento, pues no tiene la obligación de prever todo tipo de accidentes ni de proveer servicios de salvamento de forma que se reduzca el número de accidentes hasta cero, incluyendo los gravemente negligentes.

En este sentido, según el TS, la actuación de los servicios de salvamento fue “lógica y correcta”, pues “no se puede exigir que haya una abundancia tal de socorristas que puedan actuar de inmediato” (F.D. 1º).

⁵³ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 347.

⁵⁴ R. RAGUÉS I VALLÈS (2001), “Acciones de salvamento y responsabilidad por daños”, *InDret* 2/2001, working paper nº 49.

9. STS, 3^a, 22.11.2004 (RJ 2005\20). MP: Ricardo Enríquez Sancho

Responsabilidad no delegable de la empresa minera titular de la explotación.

Hechos: en 1978, "Andaluza de Piritas, SA" (Apirsa) encargó a Intecsa un proyecto de construcción de un dique de contención para una balsa de almacenamiento de residuos mineros en Aznalcóllar (Sevilla), proyecto que, al parecer, fue ejecutado por "Dragados y Construcciones, SA". En marzo de 1996, "Boliden Apirsa, SL", que había sucedido a Apirsa, encargó a Geocisa un informe sobre la estabilidad de la balsa y, en junio de ese mismo año, un proyecto de recrecimiento del dique. El control de la instalación fue igualmente encomendado a esta última empresa.

El 25.4.1998 se produjo la rotura del dique y el consiguiente vertido de su contenido en un afluente del río Guadalquivir, el Guadiamar, cuyo cauce fue invadido por gran cantidad de lodos contaminantes que dañaron la flora y la fauna del sistema hídrico.

Disposiciones estudiadas: art. 110.1 Ley 29/1985, de Aguas: "Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior (...)".

Procedimiento: el mismo día 25.4.1998, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir incoó expediente administrativo a Boliden, que fue suspendido debido a que el JPI nº 2 de Sanlúcar la Mayor inició diligencias previas penales. Las actuaciones penales fueron posteriormente archivadas, por lo que el expediente fue reanudado y, finalmente, resuelto por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2.8.2002, que sancionó a Boliden con una multa de 601.012,1 € y le impuso la obligación de pagar 2.870.181,66 € por los daños al dominio público hidráulico y de abonar 41.606.316,75 € por los gastos originados por la reposición del terreno al estado anterior a los hechos.

Boliden interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Ministros, que el TS estimó en parte en el sentido de deducir algunas partidas del gasto de reposición, valoradas en 1.352.772,12 €. Sin embargo, en lo sustancial, mantuvo el resto de pronunciamientos, pues a Boliden le era imputable "la culpa en la elección de esa empresa [Geocisa] y la culpa por no haberse implicado más directamente en la vigilancia de unos instrumentos de control creados para mantener la seguridad en una situación de riesgo creada por ella en el ejercicio de su actividad" (F.D. 11º).

Comentario⁵⁵: el caso de responsabilidad civil del año 2004 sobre el que se pueden hacer dos reflexiones: la primera, de orden institucional, el derecho administrativo español todavía concibe la jurisdicción contencioso-administrativa como simple revisora de actos, por lo que no facilita

⁵⁵ Comentada, en este mismo número de InDret, por P. SALVADOR CODERCH/ A. FERNÁNDEZ CRENDE (2005), "España c. Boliden Apirsa. Comentario a la STS, 3^a, 22.11.2004", InDret 3/2005, working paper nº 292.

que el presunto infractor de la normativa administrativa -Boliden- y, en consecuencia, posible responsable civil de los daños causados, pueda llamar al expediente y al proceso judicial que lo revisa a otros posibles corresponsables -Geocisa-.

La segunda, de orden material, el Tribunal resuelve el caso con una afirmación categórica: "la responsabilidad administrativa no es delegable" (F.D. 11º). Haciéndolo así, ha dejado pasar la oportunidad de sentar una auténtica jurisprudencia, pues si bien es cierto que, en el caso, la explotación minera era potencialmente peligrosa y justificaba la existencia de deberes no delegables, no es cierto que, en el ámbito de la contratación independiente de servicios, todos hayan de serlo.

8. STS, 1^a, 22.9.2004 (RJ 5681). MP: Luis Martínez-Calcerrara y Gómez

Daño moral, el precio del sudor no derramado.

Hechos: el 15.10.1973, se produjo un incendio en la fábrica situada en la Calle Badajoz, 157, de Barcelona de la entidad "Cartonera Española J. Rius, SA" ocasionando la pérdida de los puestos de trabajo de diversos empleados. Como consecuencia del incendio, se incoaron diligencias penales contra el director de la entidad, Luis Manuel, y contra el director del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Jesús Miguel. Contra el primero de ellos se dictó auto de procesamiento sobreseyéndose, el 16.5.1977, las actuaciones y, contra el segundo, no se llegó a dictar auto de procesamiento.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"; art. 1903 CC: "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. (...) [Son responsables] igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones".

Demandado: ocho empleados demandaron a "Cartonera Española J. Rius, SA", al director de la entidad, Luis Manuel, y al director del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Jesús Miguel, y solicitaron una indemnización por los daños patrimoniales y morales sufridos (no consta fecha de interposición de la demanda a efectos de prescripción).

Procedimiento: el JPI nº 7 de Barcelona (22.1.1996) desestimó la demanda y la AP de Barcelona (Sección 14^a, 12.6.1998) confirmó íntegramente la SJPI.

El TS estimó en parte el recurso de casación interpuesto por los actores. En cuanto a Luis Manuel, tras considerar que la acción no había prescrito pues no había transcurrido un año desde el auto de sobreseimiento y una reclamación vía telegrama, le condenó, en aplicación de la

responsabilidad por riesgo, al pago de 6.000 € a cada uno de los actores por daños morales; en cuanto a Jesús Miguel, consideró que la acción había prescrito.

Comentario⁵⁶: obviando cuestiones de prescripción y de dilación del proceso, es muy discutible tanto la aplicación de una regla de responsabilidad por riesgo como la valoración de los daños que realiza el Tribunal.

Respecto de la aplicación de una regla de responsabilidad por riesgo a la conducta del director de la entidad debe argumentarse que no toda actividad empresarial es intrínsecamente peligrosa y, por tanto, siéndole de aplicación el art. 1902 CC, lo más a que debería haber llegado el Tribunal es a una inversión de la carga de la prueba. Cuestión aparte es la posible responsabilidad vicaria del titular o dueño de la entidad “Cartonera Española J. Rius, SA” en virtud del párrafo cuarto del art. 1903 CC, sobre la cual el Tribunal no se pronuncia, quizás porque también había prescrito la acción.

En relación con la valoración de los daños, el Tribunal, debido a problemas de prueba derivados de la excesiva dilación del proceso, parece abrir el camino a la indemnización mediante la partida de daños morales⁵⁷, cuando lo más adecuado hubiera sido indemnizar la pérdida de ingresos ocasionada a los trabajadores por la privación forzosa de sus puestos de trabajo.

7. STS, 1^a, 8.7.2004 (RJ 5112). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

No hay intimidad entre rejas.

Hechos: el 23.10.1994, el diario “El País” publicó una fotografía del financiero Francisco Javier de la Rosa mientras comía un bocadillo en una celda de la Cárcel Modelo de Barcelona, donde cumplía prisión preventiva acusado de sendos delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad. A pie de fotografía, se leía el texto siguiente: “D. Francisco Javier de la R.M. come en la celda. El financiero Francisco Javier de la R.M., encarcelado desde la madrugada del martes en la Modelo de Barcelona, recibió ayer la primera visita de su mujer, Mercedes M., quien declaró que su marido, con el que permaneció durante 20 minutos, echaba mucho de menos a sus hijos (...”).

Disposiciones estudiadas: arts. 9.2 y 9.3 Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: “2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

⁵⁶ Comentada por F. GÓMEZ POMAR (2005), “El sudor de la frente y el daño moral”, *InDret 1/2005*, working paper nº 264.

⁵⁷ F. GÓMEZ POMAR (2000), “Daño moral”, *InDret 1/2000*, working paper nº 6.

3. 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".

Demanda: Francisco Javier de la Rosa demandó al diario "El País", a su director, Jesús C., y al fotógrafo, Carles R., y solicitó que se declarara la intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen y que se condenara a los demandados a publicar la sentencia, a destruir los clichés, planchas de imprenta u otros soportes, a abstenerse de realizar actos semejantes en el futuro y a indemnizarle por daños morales en la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia.

Procedimiento: el JPI nº 2 de Madrid (14.3.1996) estimó íntegramente la demanda y la AP de Madrid (Sección 12^a, 22.9.1988) desestimó el recurso de apelación y confirmó la SJPI.

El TS estimó el recurso de casación interpuesto por los demandados, revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda. El Tribunal consideró que los hechos descritos estaban amparados por el derecho a la información ponderando la notoriedad pública del personaje y la veracidad e interés general de la noticia. Añade, además, que la captación de la imagen del demandante en las circunstancias relatadas no constituyó una intromisión en la intimidad personal del mismo, puesto que "dificilmente puede sostenerse una equiparación entre el domicilio -sede física en que se desarrolla la vida privada- y la habitación destinada a celda (...) la captación de la imagen física no se produjo en un espacio respecto del cual el demandante dispusiera de un derecho a impedir la entrada y su reproducción, que permitía verle detrás de una ventana enrejada en el acto de comer, no descubría actos íntimos de su vida" (F.D. 1º).

Comentario⁵⁸: un claro conflicto entre sendos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art 18.1 CE) y el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz (art 20.1.d CE), que, en este caso, es resuelto a favor de la libertad de información.

6. STS, 1^a, 12.5.2004 (RJ 2736). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La causa de la causa es causa del mal causado.

Hechos: un perro de raza doberman, propiedad de Lázaro, entró en la finca de Millán y Claudia, vecinos y amigos del mismo Lázaro, y comenzó a pelearse con el perro de éstos. Tras separar a los perros y resguardarse en el garaje de su casa, Millán, que sufría una afección crónica grave

⁵⁸ Comentada por M.A. GILI SALDAÑA (2005), "Publicación de la fotografía de un recluso, el antiguo financiero De la Rosa, mientras comía un bocadillo en la cárcel. Comentario a la STS, 1^a, 8.7.2004", *InDret 1/2005*, working paper nº 259.

consistente en placas ateromatosas obstructivas en las coronarias, sufrió una parada cardiaca que le provocó la muerte.

Disposiciones estudiadas: art. 1.905 CC: "El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido".

Demanda: la viuda, Claudia, demandó a su vecino, Lázaro, y solicitó una indemnización de 55.896,18 € por daños y perjuicios.

Procedimiento: el JPI nº 3 de Tortosa (17.11.1997) estimó íntegramente la demanda y condenó al demandado al pago de 55.896,18 € a la actora. La AP de Tarragona (Sección 3^a, 3.2.1998) estimó en parte el recurso de apelación y rebajó la cuantía de la indemnización a 27.948,08 € al apreciar concurrencia de culpa de la víctima que forcejeó con los perros para intentar separarlos conociendo su grave estado de salud.

El TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto por Lázaro al afirmar la existencia de nexo causal entre la entrada del perro en la finca ajena y la parada cardiaca sufrida por el dueño de la finca, puesto que, haciendo suyo un informe forense, "el desenlace -muerte- era de prever debido a estas placas ateromatosas obstructivas de las coronarias" (F.D. 2^o).

Comentario: un caso que cualquier buen manual de derecho de daños debería citar en su capítulo de causalidad e imputación objetiva.

El art. 1905 CC prevé la responsabilidad objetiva del poseedor de un animal por los daños que éste cause. El poseedor del animal, entonces, sólo podrá exonerar su responsabilidad mediante criterios de imputación objetiva que rompan el nexo causal entre la acción u omisión - normalmente, omisión en la vigilancia o aseguramiento del animal- y el daño producido.

En España, en la imputación objetiva se suele utilizar, entre otros, el test de la adecuación⁵⁹: la conducta del demandado es una causa adecuada del daño padecido por la víctima si, ex ante, la causación del daño era previsible -no muy improbable- por parte del demandado. En este sentido, el Tribunal viene a decir que el resultado era previsible, cuestión cuanto menos controvertida.

En el Common Law, sin embargo, un Tribunal que resolviera un caso similar al comentado podría haber aplicado diversos tests⁶⁰: remoteness test, aquél que excluye las causas más remotas, foresight test, que excluye las causas más imprevisibles o improbables y harm-within-the-risk

⁵⁹ P. SALVADOR CODERCH (2002), "Causalidad y responsabilidad. 2^a edición", *InDret* 3/2002, working paper nº 94.

⁶⁰ Véase K. S. ABRAHAM (2002), *The Forms and Functions of Tort Law*, 2nd ed., New York Foundation Press, New York, pp. 118-136.

test, que excluye las causas cuyo riesgo típico no se ha materializado, finalmente, en el daño en cuestión.

5. STS, 3^a, 3.5.2004 (RJ 2694). MP: Ramón Trillo Torres

Intervención de los cuerpos de seguridad españoles, más vale maña que fuerza.

Hechos: durante los días 26 a 29 de julio de 1994, los pesqueros españoles de la flota bonitera del Cantábrico bloquearon el acceso de diversos puertos del norte de España, entre ellos el de Santander. Como consecuencia, el ferry de bandera francesa "Val de Loire", que hacía la línea Plymouth-Santander, no pudo hacer su entrada en dicho puerto y tuvo que desviarse a Roscoff (Bretaña).

Disposiciones estudiadas: art. 139.1 Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: "1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

Procedimiento: la armadora del ferry, "Bretagne, Angleterre, Irlande, SA" (Bretagne), y la empresa titular de los establecimientos de restauración del mismo, "Serestel, SA" (Serestel), reclamaron al Ministerio de Justicia e Interior español una indemnización de daños y perjuicios consistente en los gastos derivados de compensar económicamente a sus pasajeros y en los daños morales padecidos por la inactividad de las fuerzas de seguridad españolas. El Ministerio denegó la reclamación por silencio negativo.

Las entidades Bretagne y Serestel interpusieron recurso contencioso-administrativo contra este acto presunto que fue desestimado por la AN (Sección 1^a, 9.4.1999) al considerar que "la Administración, en evitación de males mayores, optó por acudir, no al uso legítimo de la fuerza, sino al control, la vigilancia, la contención y a las reuniones con los pescadores y autoridades francesas para atajar la situación, por lo que no hubo pasividad y el funcionamiento del servicio de mantenimiento del orden fue normal".

El TS declaró no haber lugar al recurso de casación al considerar que la intervención dolosa de terceros rompió el nexo causal entre el funcionamiento normal del servicio de las fuerzas de seguridad españolas y el daño causado.

Comentario: una aplicación de los criterios de prohibición de regreso y de posición de garante en el ámbito de la imputación objetiva⁶¹. Conforme a la prohibición de regreso no cabe retroceder en el curso causal e imputar a un agente -en este caso, a la Administración pública- las

⁶¹ P. SALVADOR CODERCH (2002), "Causalidad y responsabilidad. 2^a edición", InDret 3/2002, working paper nº 94 y L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, p. 344.

consecuencias de un determinado resultado originado por el comportamiento ilícito de terceros – los pescadores-, a no ser que el primero incumpliera un deber propio de su posición de garante.

En este sentido, la Sentencia afirma que, atendiendo a las circunstancias del caso, las fuerzas de seguridad españolas actuaron normal y correctamente y, por tanto, no incumplieron su deber de garante.

4. STS, 2^a, 25.3.2004 (RJ 3641). MP: Julián Sánchez Melgar

El titular del establecimiento responde subsidiariamente por todo lo que pase dentro del recinto.

Hechos: la madrugada del 12.3.2000, en un complejo lúdico de Adamuz (Córdoba) formado por una discoteca, una hamburguesería y un patio adyacente, se celebraba una fiesta de disfraces con asistencia de 300 a 400 personas, a la que acudió Alfredo disfrazado de caníbal negro. Cuando éste se hallaba en la hamburguesería, Braulio le vio y dijo a sus amigos en tono jocoso: "voy a quemar al negro". Acto seguido le prendió fuego al ropa de Alfredo, que era de lycra y ardió rápidamente. Alfredo sufrió quemaduras de segundo grado en tobillos y pies, precisó tratamiento médico y dos intervenciones quirúrgicas, estuvo 30 días de baja y, como secuelas, le quedaron amplias cicatrices en la parte inferior de las piernas. El complejo lúdico en el que sucedieron los hechos era propiedad de Inocencio, que tenía suscrita una póliza de seguro multirriesgo con "El Ocaso, SA", y de Salvador y carecía de personal de vigilancia y seguridad.

Disposiciones estudiadas: art. 120.3 CP: "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción"; art. 51.d Real Decreto 2816/1982 por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas: "Las Empresas [artículo 50] vendrán obligadas a: d) Responder por los daños que, en relación con la organización o como consecuencia de la celebración del espectáculo o la realización de la actividad, se produzcan a los que en él participen o lo presencien, o a otras personas, siempre que los mismos les sean imputables por imprevisión, negligencia o incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Reglamento y sin que el aseguramiento obligatorio de los mismos pueda excluir el carácter principal y solidario de su responsabilidad".

Procedimiento: el JI nº 1 de Montoso instruyó el sumario que fue remitido a la AP de Córdoba (Sección 3^a, 18.12.2002) que condenó a Braulio a 3 años de prisión como autor de un delito de lesiones y a indemnizar a Alfredo con 39.000 € por las lesiones y secuelas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de los propietarios del complejo lúdico, Inocencio y Salvador, y la responsabilidad directa de la aseguradora "El Ocaso, SA".

El TS desestimó los recursos de casación interpuestos por Braulio, Inocencio, Salvador y "El Ocaso, SA". En lo que interesa, Inocencio y Salvador fueron declarados responsables civiles subsidiarios porque el delito sucedió en un recinto de su propiedad en el que no se habían adoptado las medidas de seguridad exigidas por el art. 53 Real Decreto 2816/1982, que dispone "en todos los espectáculos o actividades recreativas en que puedan producirse concentraciones superiores a 100 personas, la Empresa deberá disponer de personal encargado de vigilancia, al que encomendará el buen orden en el desarrollo del espectáculo".

Comentario⁶²: en este caso la infracción de la una norma de policía determina la negligencia por se del titular del establecimiento o del organizador del espectáculo o de la actividad recreativa, que sólo podrán exonerar su responsabilidad subsidiaria por los delitos cometidos por terceros alegando criterios de imputación objetiva como el incremento del riesgo o el fin de protección de la norma.

3. STS, 1^a, 17.3.2004 (RJ 1926). MP: Pedro González Poveda

El principio "Quien contamina, paga" en la Ley de Aguas.

Hechos: el 16.9.1991, CAMPESA (actualmente, "Compañía Logística de Hidrocarburos, SA" (CLH)) sufrió un atentado terrorista en su oleoducto Ta-ba-ge, en el término municipal de Sant Vicenç dels Horts (Barcelona), que ocasionó la filtración de gasolina al acuífero Estrella 4, propiedad de "Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA" (SGAB), situado en la Vall Baixa del río Llobregat. El 5.3.1993, la Junta de Saneamiento de la Generalitat de Catalunya, con base en los arts. 108 y ss de la Ley 29/1985, de Aguas, y los 314 y ss del Real Decreto 849/1986 por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, incoó expediente administrativo que concluyó por Acuerdo del Consejo Ejecutivo de la Generalitat que declaró prescrita la acción para sancionar a CLH, pero le impuso la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico mediante el pago de una indemnización de 992.992,7 €, importe correspondiente al coste de los trabajos de regeneración. CLH interpuso recurso contencioso-administrativo contra este Acuerdo que finalizó por STJC (Sección 3^a, 11.3.1997) en el sentido de apreciar concurrencia de culpas entre CLH, SGAB y la Administración, debido a que los técnicos de estas entidades obviaron las inspecciones pertinentes tras el atentado, y rebajar la indemnización que debía satisfacer CLH a 340.773,86 €.

Disposiciones estudiadas: art. 110.1 Ley 29/1985, de Aguas: "Con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior (...)".

⁶² Comentada por M.R. LLOVERAS FERRER (2004), "Responsabilitat civil subsidiària del titular d'un establiment: localització, infracció normativa i influència causal. Comentari a la STS, 2a, 25.3.2004", *InDret 4/2004*, working paper nº 247.

Demanda: SGAB demandó a CLH y solicitó una indemnización de 483.357,66 €, de los cuales 408.524,17 € por los gastos de regeneración y 74.833,49 € por el lucro cesante por no poder disponer del agua del pozo contaminado.

Procedimiento: el JPI nº 7 de Sant Feliu de Llobregat (23.10.1995) desestimó la demanda al apreciar falta de legitimación activa y falta de jurisdicción. La AP de Barcelona (Sección 11^a, 27.11.1997) desestimó el recurso de apelación y confirmó íntegramente la SJPI.

El TS estimó parcialmente el recurso y, tras considerar que la recurrente, SGAB, no había incurrido en culpa alguna puesto que carecía de medios para constatar la filtración de la gasolina, condenó a CLH al pago de una indemnización de 408.524,17 € por los gastos de regeneración, pero no así los 74.833,49 € por lucro cesante al no considerarlo probado.

Comentario: un caso de cocausación de daños en los que interviene la acción dolosa de un tercero -el atentado terrorista que provocó las filtraciones- y la omisión de CLH -la falta de inspección adecuada del oleoducto después del atentado-, consistente en una infracción administrativa de la Ley de Aguas.

A falta de una regla de distribución de la responsabilidad civil en casos de cocausación o de una regla de exoneración de la responsabilidad civil del infractor por la intervención dolosa de un tercero, la Ley de Aguas sigue anclada en el principio “quien contamina, paga”.

2. STS, 1^a, 12.2.2004 (RJ 1127). MP: Antonio Romero Lorenzo

Negligencia médica por prescripción de Roacutan®.

Hechos: Héctor fue tratado de acné en el Departamento de Dermatología del Centro de Asistencia Primaria Nuestra Señora del Coro, dependiente del Servicio Vasco de Salud (Osakidetza), donde le recetaron el medicamento Roacutan®. A pesar de que los análisis clínicos practicados mensualmente detectaron que este medicamento le había provocado un aumento de los niveles de glucosa en sangre, los facultativos que le atendían no le suspendieron el tratamiento ni disminuyeron su dosis. Finalmente, el paciente desarrolló una diabetes insulinodependiente crónica, que le obliga a realizarse diariamente un control de sangre y orina y a inyectarse tres veces al día dieciocho unidades de insulina.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Demanda: el paciente demandó al Servicio Vasco de Salud y solicitó una indemnización de 390.657,87 € por los daños y perjuicios sufridos.

Procedimiento: el JPI nº 5 de San Sebastián (24.10.1996) desestimó la demanda. La AP de San Sebastián (Sección 2^a, 17.1.1998) estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por el

demandante, revocó la SJPI y condenó al demandado al pago de una indemnización de 60.101,21 € utilizando de forma orientativa el sistema de baremos para accidentes de circulación regulado en el anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificada por la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de los seguros privados y, además, le impuso las costas de ambas instancias.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente los recursos de casación interpuestos por Héctor, en el sentido de aumentar la indemnización a 240.404,84 € apartándose de la aplicación orientativa del sistema de baremos y, por el Servicio Vasco de la Salud, en el sentido de revocar la condena en costas.

Comentario: en el caso comentado, la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo para apreciar la negligencia médica parece indiscutible. Ésta consiste en la falta de una atención rigurosa en el diagnóstico de los resultados de los controles que fueron realizados al paciente mensualmente, agravada por el hecho de que el prospecto del medicamento advertía de sus posibles efectos secundarios.

La argumentación utilizada para aumentar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, en cambio, no lo es. Las razones parecen indicar a un aumento de la cuantía de la indemnización atendiendo a la gravedad del descuido -el TS habla de "error o equivocación especialmente grave" y de "gravedad en el descuido" (F.D. 4º)- cuando, hasta el momento, en el derecho español de daños la indemnización es estrictamente compensatoria y se debe determinar en función del daño causado.

Mientras, en España, sentencias como la comentada se apartan de cualquier intento de aplicar analógica u orientativamente el sistema de baremos vigente para accidentes de circulación; en Estados Unidos, el establecimiento de un sistema de baremos (caps) aplicables a los casos de negligencia médica (medical malpractice) se ha convertido en uno de los pilares de la propuesta de reforma del derecho de daños por parte de la Administración Bush⁶³.

1. STS, 1^a, 23.1.2004 (RJ 1). MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

La penúltima batalla de la Guerra de los Tribunales.

Hechos: el abogado José Luis Mazón, en nombre propio, interpuso dos recursos contencioso-administrativos frente a la inactividad del Tribunal Constitucional consistente en no sacar a concurso-oposición todas las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional que se hallaran cubiertas por libre designación o designación temporal, que, tras la acumulación de los recursos, fueron desestimados por la STS, 3^a, 24.6.2002. José Luis recurrió la mencionada Sentencia en amparo ante "[el] Tribunal Constitucional sustituido por la formación que garantice un examen

⁶³ S. RAMOS GONZÁLEZ/ A. LUNA YERGA (2005), "Bush's Agenda on Tort Reform", *InDret 1/2005*, working paper nº 266.

imparcial" solicitando la abstención de todos los miembros del Tribunal Constitucional y la tramitación de una medida legislativa que garantizara un examen imparcial del caso. El Tribunal Constitucional, sin embargo, inadmitió el recurso por Providencia del Pleno de 18.7.2002 al entender que no se dirigía a aquel Tribunal sino a uno hipotético que lo sustituyera. El abogado insistió en su pretensión e interpuso recurso de súplica contra la Providencia que fue, igualmente, inadmitido por Acuerdo del Pleno de 17.9.2002.

Disposiciones estudiadas: art. 1902 CC.

Demanda: José Luis Mazón demandó en vía civil a los Magistrados del Tribunal Constitucional (excepto a uno, que no había participado en las decisiones precedentes por causa de enfermedad) y solicitó que el Tribunal Supremo les condenara por dolo civil o, subsidiariamente, por culpa grave, a indemnizarle con 11.000 € y, firme la resolución, se arbitrara un procedimiento para ejecutar el mandato legal de destitución de Magistrados previsto en el art. 23.2 LOTC.

Procedimiento: el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso y condenó a cada uno de los once Magistrados demandados a pagar 500 € por daño moral al considerar que la conducta de los Magistrados del Tribunal Constitucional fue antijurídica, pues "se negaron lisa y llanamente a resolver una pretensión de amparo so pretexto de que iba dirigida a una hipotético tribunal, lo que implica un «non liquet» totalmente inadmisible", y gravemente negligente por no dar respuesta lógica a la pretensión de amparo. La indemnización vendría a reparar el daño moral padecido por el recurrente, en palabras del Tribunal Supremo, por el hecho de que "se tambaleen sus creencias como ciudadano de un Estado social y democrático, que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior" (F.D. 5º).

Comentario⁶⁴: la Sentencia comentada resuelve un caso insólito que, de haber funcionado correctamente el entramado institucional en nuestro país, nunca se hubiera decidido en el sentido de condenar, por primera vez, a los Magistrados del Tribunal Constitucional por negligencia grave en la inadmisión de un recurso de amparo que, razonablemente, nunca debería admitirse.

En este sentido, el sensato voto particular de Francisco Marín Castán: el abanico de remedios al alcance de la víctima no puede ser "tan amplio o infinito que exija imperiosamente la creación de un Tribunal Constitucional paralelo o de tantos cuantas sean las respuestas desfavorables a sus intereses de los más altos órganos judiciales".

⁶⁴ Comentada por P. SALVADOR CODERCH/ S. RAMOS GONZÁLEZ / A. LUNA YERGA (2004), "Diseño institucional defectuoso. Comentario a la STS, 1^a, 22.1.2004", *InDret* 2/2004, working paper nº 216.