



Roj: **SAP PO 1626/2021 - ECLI:ES:APPO:2021:1626**

Id Cendoj: **36038370012021100423**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2021**

Nº de Recurso: **637/2020**

Nº de Resolución: **386/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1, PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00386/2021

Modelo: N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Teléfono: 986805108 **Fax:** 986803962

Correo electrónico: seccion1.ap.pontevedra@xustiza.gal

Equipo/usuario: CA

N.I.G. 36038 42 1 2017 0003888

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000637 /2020

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000753 /2017

Recurrente: Gervasio

Procurador: ISABEL SANJUAN FERNANDEZ

Abogado: JOSE MARIA LOZOYA PEREZ

Recurrido: DIRECCION000

Procurador: MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR

Abogado: ANDRES MALVAR PINTOS

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D. FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 386/21

En PONTEVEDRA, a veintitrés de junio de dos mil veintiuno.



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000753 /2017, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000637 /2020, en los que aparece como parte *apelante* D. Gervasio , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. ISABEL SANJUAN FERNANDEZ, asistido por el Abogado D. JOSE MARIA LOZOYA PEREZ, y como parte *apelada* DIRECCION000 , representado por el Procurador de los tribunales, Sra. MONTSERRAT FERNANDEZ NAZAR, asistido por el Abogado D. ANDRES MALVAR PINTOS, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. **D. EUGENIO FRANCISCO MÍGUEZ TABARÉS**, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontevedra con fecha 13 de marzo de 2020, se dictó sentencia con el siguiente fallo:

"Desestimar íntegramente la demanda formulada por el Procurador Sr. Sanjuán Fernández, en nombre y representación de Gervasio , frente a la mercantil DIRECCION000 . (DIRECCION001), representada por la Procuradora Sra. Fernández Názar, y absolver a la demandada de las pretensiones formuladas frente a la misma, y todo ello con imposición de costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Con fecha 8 de mayo de 2020 se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"Que debo rectificar la sentencia de 13 de marzo de 2020 dictada en autos de juicio ordinario 753/17, en el siguiente sentido:

Suprimir el cuarto párrafo del Fundamento de Derecho 1º por ser ajenos a este pleito, teniendo el mismo la siguiente redacción:

"La parte demandada, la mercantil DIRECCION000 ., se opuso a la demanda alegando la prescripción de la acción ejercitada ya que los daños que se denuncian tendrían carácter permanente pudiendo la actora tener conocimiento del alcance de los mismos desde el año 2004 ya que en estas fechas se encontraba al final del tratamiento de modo que las revisiones anuales que llevó a cabo con posterioridad a esta fecha no tuvieron carácter curativo sino paliativo pues las lesiones y secuelas estaban estabilizadas con anterioridad. Además, se dice en relación con las reclamaciones extrajudiciales realizadas a la demandada que no constan justificante de recepción en varias ocasiones mientras que otras veces ni siquiera fueron entregadas. Asimismo hubo años en que ni se hizo reclamación alguna, como en 2016. En cuanto a la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de la demandada, AXA, tampoco consta que hayan recibido notificación alguna de reclamación extrajudicial por estos hechos desde el año 2011 y hasta 2013. En relación con el fondo del asunto se alega que la demandada cumplió con las obligaciones que le incumbían, dotando al establecimiento de personal de seguridad y manteniendo el mismo en las debidas condiciones de seguridad y limpieza, no pudiendo imputarse a ella que una persona arroje a otra un vaso sea de forma voluntaria o no, ya que se trataría de un hecho imprevisible y ajeno a su control. Por todo ello interesa la íntegra desestimación de la demanda formulada con imposición de costas a la parte actora".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la Procuradora doña Isabel Sanjuán Fernández, en representación de don Gervasio , interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Cumplimentados los trámites legales y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala. Se señaló el día 9 de junio de 2021 para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

En la demanda que ha dado origen al presente proceso don Gervasio ejercita acción de responsabilidad civil extracontractual contra la sociedad DIRECCION000 ., como titular de la Discoteca DIRECCION002 sita en AVENIDA000 nº NUM000 de DIRECCION003 , por las lesiones sufridas por el demandante en su ojo derecho el día 19 de mayo de 2002 cuando se encontraba en el citado establecimiento.

La sentencia de instancia desestimó la demanda al acoger la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada.

La parte demandante recurre la sentencia impugnando el acogimiento de la prescripción de la acción, para lo cual reitera la solicitud de admisión de prueba documental y testifical denegada en la instancia. Alega la



existencia de error en la valoración de la prueba respecto a las reclamaciones extrajudiciales efectuadas a la compañía aseguradora, a la fijación del momento de estabilización de las lesiones y a las normas sobre interrupción de la prescripción. Asimismo impugna el pronunciamiento sobre imposición de costas contenido en la sentencia de instancia.

Para el caso de acogerse el recurso y entrar en el fondo del asunto, la parte actora reitera lo manifestado en la demanda sobre la forma de ocurrencia de los hechos y la producción de las lesiones, con declaración de responsabilidad de la demandada, y se remite al escrito de fecha 12 de abril de 2019 que fija la indemnización en la suma de 134.494,68 euros, cuantía que reiteró en el escrito de interposición del recurso de apelación y en las conclusiones de la vista celebrada en segunda instancia, pese a que en el hecho sexto.b) del escrito de interposición del recurso elevaba el importe a la cantidad de 167.006 euros.

SEGUNDO.- Prescripción .

Se discrepa entre las partes acerca de la fecha en la que debe considerarse que se ha producido la estabilización de las lesiones. En el informe de sanidad emitido con fecha 15 de febrero de 2019, ratificado y aclarado en la vista por el médico forense don Augusto , se estableció un período de curación de 805 días, lo que supone que la estabilización tuvo lugar a finales del año 2004. El testigo don Bartolomé , director médico del DIRECCION004 de Barcelona (DIRECCION005) que ha depuesto en esta alzada, no ha concretado la fecha de estabilización, señala que de hecho no se ha dado aún de alta al paciente en el centro toda vez que sigue a tratamiento por las secuelas derivadas de la lesión, habiendo sido intervenido en distintas ocasiones con la pretensión de mantener el globo ocular.

La fecha de estabilización de las lesiones resulta relevante a la hora de determinar las lesiones y secuelas con las indemnizaciones correspondientes. Así la STS de 8 de marzo de 2006 afirma que "es jurisprudencia constante de la Sala la de que, mientras permanece la actividad médica en el sentido de la posible curación de las lesiones, debe esperarse al diagnóstico final de ella, pues sólo en base a su resultado y el alcance de la misma (bien sobre la incapacidad temporal, en caso de curación, bien sobre ello mismo unido a las secuelas o incapacidades resultantes en definitiva), se pueden reclamar los daños y secuelas causados y realizarse su cuantificación indemnizatoria".

Además esa fecha también puede resultar crucial para valorar la posible prescripción de la acción, excepción que en este procedimiento ha sido opuesta por la parte demandada y acogida por la juez a quo. Sin embargo en el presente litigio no resulta relevante, como seguidamente analizaremos, a la vista de las reclamaciones extrajudiciales que fueron efectuadas por el lesionado a la entidad demandada ya con anterioridad a la fecha que en el informe forense de sanidad se fijó como de estabilización de las lesiones.

La parte recurrente alega la existencia de error en la valoración de la prueba en relación con lo dispuesto en los artículos 1973 y 1974 CC respecto a las reclamaciones extrajudiciales efectuadas a la compañía aseguradora, primero a WINTERTHUR y luego a AXA. El artículo 1974 CC establece que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, por lo que la responsabilidad entre el asegurado y la aseguradora con base en un contrato de seguro tiene el carácter de obligación solidaria en sentido propio, tal y como se declara, entre otras, en la STS de 14 de Marzo de 2019 (nº 161/2019), por lo que resultaría de aplicación el citado artículo 1974.1 CC. Sin embargo en este caso no se ha probado que WINTERTHUR (posteriormente AXA) era la compañía aseguradora que cubría la responsabilidad civil de la sociedad DIRECCION000 .. Así, en las Diligencias Preliminares 784/16 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Pontevedra la entidad AXA certifica que no consta en su base de datos que la entidad DIRECCION000 . tenga suscrita póliza de seguro de responsabilidad civil. Obra asimismo en autos respuesta de AXA de fecha 11 de febrero de 2020 en la que se informa que dicha compañía no dispone de información, expedientes o comunicaciones relativos a la póliza NUM001 que se dice suscrita por DIRECCION000 .. La propia parte demandante no plantea la demanda contra dicha aseguradora, por lo que las reclamaciones extrajudiciales dirigidas frente a la misma no tienen la virtualidad de ser oponibles respecto a la sociedad demandada DIRECCION000 . a los efectos interruptivos del artículo 1974 CC, ya que no consta la realidad del aseguramiento.

Por el contrario sí que hay que tomar en consideración las reclamaciones extrajudiciales que mediante burofax dirigió el demandante a la entidad demandada, lo que tiene relevancia a los efectos de interrupción de la prescripción con base en lo dispuesto en el artículo 1973 CC. En la sentencia de instancia se estimó la prescripción de la acción porque no consta que entre el 25 de mayo de 2015 y el 28 de abril de 2017 se haya realizado reclamación extrajudicial alguna que interrumpa el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2 CC. En esta alzada se ha admitido como prueba documental la reclamación extrajudicial de 18 de mayo de 2016 dirigida mediante burofax por el actor a DIRECCION000 . que justifica la interrupción prescriptiva con base en el artículo 1973 CC. Como ya se expresó en el auto que admitió la prueba en el rollo de apelación,



hay que partir del hecho de que el demandante debe acompañar con su demanda aquellos documentos que sirven de base a su reclamación y frente a los hechos obstativos que plantee la parte demandada, como es la alegación de prescripción, deberá acreditar la parte actora la corrección y vigencia de la acción ejercitada. El hecho de que no haya acompañado con su escrito de demanda la totalidad de burofaxes remitidos al demandado entre 2003 y 2017 no obsta a que, al oponer la demandada la prescripción de la acción, pueda la parte demandante en la fase de proposición de prueba (que tiene lugar en la audiencia previa) aportar todos aquellos otros documentos que estime pertinentes para combatir la excepción perentoria planteada de adverso.

Con respecto a la prescripción existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre la misma, tal y como resume la STS de 2 de noviembre de 2005: "La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 (en igual sentido las de 16 de enero de 2003, 30 de septiembre de 1993 y 6 de noviembre de 1987) declara lo siguiente: la doctrina de este Tribunal, abandonando la rigidez de la interpretación estrictamente dogmática de la prescripción que venía siguiéndose hasta aproximadamente el último decenio e inspirándose en unos criterios hermeneúticos de carácter lógico-sociológico, siempre más dúctiles y acomodables a las exigencias de la vida real, criterios que el artículo 3.1 del Código Civil más que pregonar, impone, ha señalado como idea básica para la exégesis de los artículos 1969 y 1973 del Código Civil, el que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (Sentencias de 8 de octubre de 1981, 31 de enero de 1983, 2 de febrero y 16 de julio de 1984, 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987); esta construcción finalista de la prescripción, verdadera "alma mater" o "pieza angular" de la misma, tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades, como en consideraciones de necesidad y utilidad social; consecuencia todo ello, es, que cual tiene igualmente declarado esta Sala reiteradamente en su indicada última fase o etapa interpretativa de la prescripción, cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias".

En el presente caso obran unidos a las actuaciones quince burofaxes enviados por don Gervasio a la sociedad DIRECCION000 . entre el 11 de junio de 2003 y el 28 de abril de 2017, interrumpiendo cada uno de ellos la prescripción de la acción. Todos los burofaxes, excepto uno al que más adelante nos referiremos, fueron enviados a la AVENIDA000 nº NUM000 de DIRECCION003 , siendo en tres ocasiones recogidos por el administrador de la sociedad o su hija y en las restantes se hace constar por el Servicio de Correos como "no entregado, desconocido". Toda vez que las comunicaciones han sido enviadas ya, y de forma anual ininterrumpida, desde el año 2003, pierde relevancia, como ya hemos señalado con anterioridad, la concreta fecha de estabilización de las lesiones a los efectos de la valoración de la prescripción de la acción.

En relación con el carácter recepticio de la comunicación (lo que guarda relación con aquellas ocasiones en que el burofax no llegó a ser entregado) debemos acudir al criterio establecido en la STS de 2 de marzo de 2020 (nº 142/2020). En dicha sentencia, tras reiterar la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prescripción contenida en la STS de 2 de noviembre de 2005 ya citada, se añade: "Sin embargo también hay que tener en cuenta a la hora de valorar la concurrencia de la prescripción, como recuerda la STS Sala 1ª, de 27 de septiembre de 2005 "...la que sostiene que el acto interruptivo exige, no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (sentencia de 13 de octubre de 1994), exigiéndose para la constancia del "animus conservandi" por parte del acreedor la formulación de la misma pretensión frente al deudor (SSTS, 1ª, de 18 de septiembre de 1987 y 21 de julio de 2004)".

Se precisa en la indicada sentencia de 2 de marzo de 2020:

"2.- A la hora de valorar si se ha acreditado o no la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos o, por el contrario, el deseo de su conservación y mantenimiento, es cuando se ha de acudir al examen de los medios idóneos para su acreditación.

3.- La sentencia n.º 74/2019, de 5 de febrero, remite a la sentencia n.º 97/2015, de 24 de febrero, que afirma lo siguiente:

"La sala, en su labor unificadora de criterios judiciales, ha precisado, entre otros pronunciamientos sobre la materia, en (STS de 16 de noviembre de 1998, Rc. 1075/1994), que la interrupción de la prescripción extintiva por la vía de la reclamación extrajudicial, supone una singularidad en nuestro derecho en relación al derecho comparado. Es más, nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1.973, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos, puede servir para tal fin; es por lo que siguiendo una importante corriente doctrinal, se puede afirmar que



esta cuestión puede plantear un problema de prueba -de la existencia de la reclamación y de su fecha- pero no un problema de forma. Y en este sentido se explicita la sentencia de esta Sala de 6 de diciembre de 1.968."

4.- Por consiguiente si la interrupción de la prescripción no está sujeta a forma, la ratio decidendi se ha de limitar a una cuestión de prueba de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago.

De ahí que la sentencia 877/2005, de 2 de noviembre, afirme que "el intercambio de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocesal del plazo de prescripción (sentencias de 16 de marzo de 1961, 22 de septiembre de 1984 y 12 de julio de 1990, entre otras)". También se citan la de 21 de noviembre de 1997 y 21 de marzo de 2000.

Lo mismo cabe predicar de la remisión de telegramas.

Ahora bien, tiene sentado la sala (sentencia 972/2011, de 10 de enero) que: "Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS 13 de octubre de 1994, rec. n.º 2177/1991, 27 de septiembre de 2005, rec. n.º 433/1999, 12 de noviembre de 2007, rec. n.º 2059/2000, 6 de mayo de 2010, rec. n.º 1020 /2005), y su acreditación es carga de quien lo alega."

5.- En el caso concreto que se enjuicia ha quedado acreditado que se remitieron los telegramas y el contenido de los mismos, denotador de la conservación de los derechos.

Lo único que se pone en tela de juicio es la recepción, pues al encontrarse cerrado el domicilio, se dejó aviso en las circunstancias que recogen las sentencias de las instancias.

Sin embargo, y ello es una cuestión de hecho, cuya apreciación compete a la sala de instancia (SSTS de 29 de junio de 1964, 11 de febrero de 1966, 30 de diciembre de 1967, 2 de junio de 1987, 14 de mayo de 1996, 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003), la sentencia recurrida, que confirma la de la primera instancia, infiere que los avisos de telegrama llegaron a su destinatario, por lo que no puede perjudicar a la parte demandante que los demandados no los recogieran. Para rechazar cualquier maquinación fraudulenta de la parte actora, se destaca en la sentencia que se remitieron al domicilio que consta en el poder notarial aportado a autos y en el que se les efectuó el emplazamiento para contestar la demanda.

Una vez constatada la recepción, que el destinatario obvie saber su contenido, que por otra parte lo intuye al constar el remitente, no puede perjudicar a este, pues, como afirma la sentencia de 24 de diciembre de 1994:

"Si bien la declaración de voluntad en que consiste la reclamación extrajudicial a la que el art. 1973 del Código Civil reconoce la virtud de interrumpir la prescripción extintiva, tiene naturaleza receptiva por lo que debe ir dirigida al sujeto pasivo y recibida por éste, aunque sus efectos se producen desde la fecha de la emisión y no de la recepción, no es necesario que el sujeto a quien va dirigida llegue efectivamente a conocer la reclamación siendo bastante a los indicados efectos su recepción".

En el presente caso los burofaxes fueron enviados a la AVENIDA000 nº NUM000 en DIRECCION003 , sede de la sociedad demandada tal y como expresamente reconoció el administrador de la misma en la vista del juicio, y, como ya hemos indicado, algunos fueron recibidos en dicha dirección, por lo que la no recogida de las restantes comunicaciones solo puede ser imputable a la propia demandada.

Sí hay un burofax que se envió a unas señas distintas, el de 8 de mayo de 2013 que se remitió a la AVENIDA000 nº NUM002 de DIRECCION006 , pero se entiende válido porque entre los años 2009 y 2012 no habían sido recogidos los burofaxes en la AVENIDA000 en DIRECCION003 y la parte actora intenta la comunicación en una dirección diferente. Justifica la remisión al nuevo domicilio al ser el que consta como de la sociedad DIRECCION000 . en las páginas web Link by Me y de Iberinform, tal y como acredita documentalmente con la demanda.

A través de los burofaxes el demandante expresó una voluntad activa y manifiesta dirigida a la conservación del derecho, lo que llevó a cabo de forma clara e inequívoca, especificando la concreta reclamación planteada, dando así cumplimiento a la jurisprudencia que exige que la voluntad "se patentice clara y fehacientemente" (STS de 7 de julio de 1983) o que se muestre "suficientemente manifestada" (STS de 6 de noviembre de 1987). El hecho de que el burofax haya sido remitido personalmente por el propio demandante o por una persona en su nombre, bien su padre (cuando sucedieron los hechos el actor era menor de edad) o bien por un abogado en nombre de aquel, resulta irrelevante a los efectos de otorgar validez a la reclamación y consiguiente interrupción de la prescripción.



Lo expresado nos lleva a considerar que la acción ejercitada no se encuentra prescrita.

TERCERO.- La responsabilidad civil extracontractual. Doctrina jurisprudencial.

La parte demandante fundamenta su acción en los artículos 1902, 1903 y 1910 CC invocando la existencia de responsabilidad por parte del titular del establecimiento, pero no precisa la concreta actuación culposa o negligente que se imputa en este caso a la sociedad demandada.

En la STS de 18 de marzo de 2016 (nº 185/2016) se analizan cuestiones relativas a si la responsabilidad civil extracontractual es, y en qué medida, subjetiva o por culpa u objetiva o por riesgo; de cuál sea el nivel de pericia y diligencia exigibles para no incurrir en culpa; y de la distribución de la carga de prueba sobre la existencia o no de culpa.

En la citada sentencia se señalan las tesis esenciales contempladas en la doctrina jurisprudencial existente al respecto:

"1. La creación de un riesgo, del que el resultado dañoso sea realización, no es elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva o por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro o beneficio para quien la desempeña. Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa -demostración de que «faltaba algo por prevenir»-, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 CC.

2. La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado «reproche culpabilístico».

3. El riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad; y ello tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia requerido. No cabe considerar exigible una pericia extrema y una diligencia exquisita, cuando sea normal el riesgo creado por la conducta causante del daño. La creación de un riesgo superior al normal -el desempeño de una actividad peligrosa- reclama, empero, una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. La falta de adopción o «agotamiento» de las más exigentes medidas de cuidado en su caso requeridas justifica atribuir responsabilidad (por culpa o subjetiva) por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo así creado: que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa.

4. El carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño -el que la misma genere un riesgo extraordinario de causar daño a otro- puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas, regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Del tenor del artículo 1902 CC, en relación con el artículo 217.2 LEC, se desprende que corresponde al dañado demandante la carga de la prueba de la culpa del causante del daño demandado. No será así, cuando «una disposición legal expresa» (art. 217.6 LEC) imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o cuando tal inversión de la carga de la prueba venga reclamada por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» a los que se refiere el artículo 217.7 LEC.

5. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, el tribunal podrá imputar a culpa del demandado el resultado dañoso acaecido, cuando, por las especiales características de éste y conforme a una máxima de la experiencia, pertenezca a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (sean realización de un riesgo creado) por impericia o negligencia, y no proporcione el demandado al tribunal una explicación causal de ese resultado dañoso que, como excepción a aquella máxima, excluya la culpa por su parte".

La STS de 15 de marzo de 2021 (nº 141/2021) en el fundamento jurídico cuarto.3 analiza la doctrina del riesgo en su configuración jurisprudencial. Dicha sentencia declara:

"En ausencia de una cláusula general reguladora de la materia, esta Sala ha venido elaborando la denominada doctrina del riesgo, sometida a las limitaciones impuestas por la obligación de conciliarla con el sistema subjetivista de responsabilidad propio de nuestro Código Civil, que impide atribuir de forma exclusiva al riesgo la consideración de título legítimo de imputación del daño.

Manifestación al respecto la encontramos en la sentencia 720/2008, de 23 de julio, en la que destacamos sendos aspectos de relevancia, como puntos de partida a considerar:



«En primer lugar, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC (SSTS 6-6-07 en recurso nº 2169/00, 26-9-06 en recurso nº 930/03, 6-9-05 en recurso nº 981/99, 4-7-05 en recurso nº 52/99, 31-12-03 en recurso nº 531/98 y 6-4-00 en recurso nº 1982/95).

En segundo lugar, la aplicación de la doctrina del riesgo en el ámbito de la responsabilidad civil exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal (STS 24-1-03 en recurso nº 2031/97, con cita de las de 20-3-96, 26-12-97, 2-3-00 y 6-11-02)».

Se señala también en la sentencia:

"Por su parte, la sentencia 187/2012, de 29 de marzo, advierte que nuestro derecho no ha aceptado una generalización en la inversión de la carga de la prueba, salvo en los casos de daños derivados de actividades anormalmente peligrosas, en las que se requiere un mayor rigor en la diligencia desplegada para evitar el daño, y así:

«La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS 16 de febrero, 4 de marzo de 2009; 11 de diciembre de 2009; 31 de mayo de 2011). Pero al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta (SSTS 9 de febrero y 14 de mayo 2011)».

Esta doctrina se reproduce igualmente en sentencias posteriores como las 299/2018, de 24 de mayo y 678/2019, de 17 de diciembre, entre otras.

La sentencia 523/2015, de 22 de septiembre, en ese esfuerzo delimitador, fija el contorno de la doctrina jurisprudencial del riesgo, sin considerarla expresión de una responsabilidad objetiva o por el resultado; por otra parte, condiciona su aplicación proporcionalmente a la gravedad del daño, y de esta forma justifica ser más riguroso en la exigencia del nivel de la diligencia debida, con admisión de una suerte de presunción de culpa y sus implicaciones sobre la inversión de la carga de la prueba, todo ello para favorecer la posición de las víctimas en sus pretensiones resarcitorias de los daños sufridos, lo que se explica de esta forma:

«La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS 28 de julio 2008)».

La sentencia finaliza exponiendo:

"Más recientemente, la sentencia 124/2017, de 24 de febrero, insistiendo en tales ideas, reitera que:

«[...] Riesgo lo hay en todas las actividades de la vida diaria, por lo que el Tribunal Supremo ha restringido su aplicación a los supuestos en que la actividad desarrollada genera un riesgo muy cualificado, pese a que legalmente no se considere como constitutivos de una responsabilidad objetiva [Ts. 21 de mayo del 2009 (RJ Aranzadi 3030), 10 de diciembre de 2008 (RJ Aranzadi 16 de 2009), 7 de enero de 2008 (RJ Aranzadi 203), 30 de mayo de 2007 (RJ Aranzadi 4338)]».

De dicha doctrina, en el punto 4 del fundamento jurídico cuarto de la propia sentencia se extraen las siguientes conclusiones:

I. En primer lugar, que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en el ámbito de nuestro derecho, sino que corresponde al legislador la atribución del régimen jurídico de la responsabilidad objetiva a una concreta y específica actividad. No existe en el marco de nuestro ordenamiento jurídico una cláusula general de responsabilidad objetiva para casos como el que conforma el objeto del presente proceso. Nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa).

II. La doctrina del riesgo se encuentra, por otra parte, circunscrita a aquellas actividades anormalmente peligrosas, no es extrapolable a las ordinarias, usuales o habituales de la vida. Los daños susceptibles de



ser causados con la actividad peligrosa han de ser especialmente significativos por su frecuencia, alcance o gravedad y fundamentalmente si afectan a la salud de las personas. No se extiende la aplicación de la mentada doctrina a aquellos otros que son fácilmente prevenibles.

En este sentido, no se consideró aplicable a casos relativos a la caída al suelo en una peluquería (sentencia 1042/1993, de 12 de noviembre); explotación de un negocio de calzado (sentencia 679/1994, 9 de julio); riesgos generales de la vida (sentencias 1363/2007, de 17 de diciembre o 701/2015, de 22 de diciembre, así como las citadas en ellas); muerte por ahogamiento en una piscina (sentencias 747/2008, de 30 de julio y 678/2019, de 17 de diciembre); caída en un escalón de un restaurante (sentencia 149/2010, de 25 de marzo); ubicación o características de la puerta de acceso a un cuarto de calderas (sentencia 385/2011, de 31 de mayo); lesiones al pisar el cristal de un vaso en una sala de fiestas (sentencia 185/2016, de 18 de marzo) entre otros supuestos contemplados.

No obstante, sí se aplicó, por ejemplo, en los casos de explotación de la minería (sentencia 1250/2006, de 27 de noviembre); explosión de una bombona de gas (sentencia 1200/2008, de 16 de diciembre), transporte ferroviario (sentencias 791/2008, de 28 de julio y 44/2010, de 18 de febrero); fabricación y almacenamiento de material pirotécnico (sentencia 279/2011, de 11 de abril); explotación de trenes suburbanos (sentencias 927/2006, de 26 de septiembre; 645/2014, de 5 de noviembre o 627/2017, de 21 de noviembre), ejecución de obras con utilización de explosivos (sentencia 26/2012, de 30 de enero) o explosión por acumulación de gas (sentencia 299/2018, de 24 de mayo) entre otros.

III. Para los supuestos de daños derivados de actividades especial o anormalmente peligrosas se eleva considerablemente el umbral del deber de diligencia exigible a quien la explota, controla o debe controlar, en proporción al eventual y potencial riesgo que genere para terceros ajenos a la misma. No cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontremos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas.

IV. Se facilita la posición jurídica de la víctima, mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa".

CUARTO.- Análisis del supuesto concreto.

Es un hecho no controvertido que el siniestro tuvo lugar el día 19 de mayo de 2002 sobre las 1:15 horas cuando don Gervasio, que entonces tenía 15 años, se encontraba con dos hermanos y unos amigos en la Discoteca DIRECCION002 sita en AVENIDA000 nº NUM000 de DIRECCION003 y mientras estaba sentado recibió el impacto de un vaso de cristal en su ojo derecho, lo que le produjo desgarró palpebral y perforación ocular con pérdida de sustancia. Fue inicialmente intervenido quirúrgicamente en el Complejo Hospitalario de Pontevedra siendo posteriormente remitido por el servicio de oftalmología de dicho centro al DIRECCION004 de Barcelona (DIRECCION005) donde ha seguido tratamiento y ha sido intervenido en varias ocasiones, pese a lo cual se ha producido la pérdida funcional del globo ocular derecho.

En base a la doctrina jurisprudencial reseñada en el fundamento jurídico anterior debemos declarar que en el presente caso no resulta de aplicación la doctrina del riesgo con un cierta objetivación de la responsabilidad, pues no cabe reputar la explotación de una discoteca como actividad anormalmente peligrosa.

En el supuesto analizado en la STS de 18 de marzo de 2016 (nº 185/2016) se ejercitaba una acción de responsabilidad civil extracontractual por las lesiones sufridas por una persona en una sala de fiestas al pisar un cristal roto en la zona de acceso a los baños.

Se afirma en dicha sentencia que no consta a la Sala que exista una norma legal que establezca una responsabilidad civil objetiva o por riesgo para la explotación de salas de fiestas, añadiendo que no cabe calificar el desempeño de esa actividad como anormalmente peligrosa, aunque sí son inherentes a ella algunos riesgos superiores a los normales, entre los que la sentencia considera que se encuentra el que genera la utilización de vasos de cristal, cuya rotura expone a los asistentes -atentos a su esparcimiento y en un ambiente de escasa iluminación- a sufrir eventos dañinos. Se añade que "sí es exigible, sin embargo, que dicho riesgo se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto: a falta de normas reglamentarias que las precisen, aquellas cuyo coste de adopción no supere claramente el beneficio que, para el público asistente, comporte la correlativa disminución de los resultados lesivos de que se trata".



Sin embargo en la reclamación planteada en el presente proceso nos encontramos ante un supuesto de lesiones sufridas por un cliente en el interior de una discoteca que han sido causadas por un hecho absolutamente imprevisible, como es que una persona que estaba en el interior del local reciba el impacto en el rostro de un vaso arrojado por otra persona.

Se ignoran las concretas circunstancias en las que se produjeron los hechos, porque en el informe sobre lesiones enviado por el Comandante del Puesto de la Guardia Civil de DIRECCION003 al Juzgado de Instrucción nº 4 de Pontevedra en las DPPA 610/2002, únicamente se indica que "estando (don Gervasio) en el interior de la citada discoteca (DIRECCION002) con unos amigos que celebraban un cumpleaños, en un momento dado y cuando se encontraba sentado en un sofá, recibió en su ojo derecho el impacto de un vaso de cristal, que este hecho fue accidental y fortuito, sin poder precisar quien arrojó el vaso".

En la vista han declarado como testigos un hermano y dos amigos del demandante, pero tampoco han aportado datos relevantes para poder determinar las concretas circunstancias del siniestro, ya que ninguno de ellos supo decir cómo se produjeron los hechos, no vieron quién arrojó el vaso y solo se percataron de lo que había sucedido cuando vieron cómo don Gervasio se echaba la mano al ojo derecho del que brotaba sangre, observando entonces en el suelo restos de cristales de un vaso de tubo. Aunque indican que en el local se producen peleas con una cierta habitualidad sin embargo afirman que ese día no había ninguna pelea, llegando a afirmar don Federico que fue una casualidad, que alguien tiró el vaso y le dio a su hermano.

El hecho de que una persona sufra algún tipo de percance mientras se encuentra en el interior de un establecimiento de ocio no implica que deba objetivarse la responsabilidad del propietario del local por el mero hecho de desarrollarse en el mismo una actividad que reporta un beneficio económico al titular del negocio. En la STS de 30 de mayo de 2007 (nº 645/2007) se afirma que corresponde al demandante acreditar "la omisión de diligencia exigible por parte de los responsables del establecimiento cuyo empleo hubiese evitado el daño, acorde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, según previene el art. 1.104 del Código Civil, teniendo en cuenta que el hecho de regentar un negocio abierto al público, no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo, y que, aunque así fuera, la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 del Código civil (SSTS 11 de septiembre de 2006; 22 de febrero 2007), como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados (art. 217.6 LEC), y que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006)".

En este caso no apreciamos género alguno de culpa (activa u omisiva) imputable a los titulares de la discoteca, porque las lesiones sufridas por el demandante no consta que hayan sido ocasionadas, por ejemplo, como consecuencia de una pelea en el local, pues en ese caso sí cabría apreciar algún tipo de culpa al no haberse adoptado las medidas de seguridad necesarias para evitar ese tipo de situaciones. No resulta posible determinar qué se podía haber hecho para evitar un acto puntual doloso o gravemente imprudente de un tercero como es arrojar un vaso contra otra persona, por lo que no cabe apreciar la existencia de una omisión negligente o culposa imputable a la demandada.

Se invoca también por la parte demandante la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente en el momento de los hechos) con el derecho del usuario a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le han irrogado por la utilización de los servicios. En el escrito de interposición del recurso de apelación se citan también los artículos 11 y 147 TRLGDCU.

Estos preceptos han sido analizados en la ya citada STS de 18 de marzo de 2016 (nº 185/2016). En la misma se dispone:

"El artículo 147 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dispone: «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores o usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio».

El citado artículo 147 LGDCU ha de aplicarse con cautela, a falta de doctrina jurisprudencial establecida al respecto, dada la inconcreción con la que está descrito su supuesto de hecho: que lo aproxima al carácter de un principio general, modulable en atención a la naturaleza del servicio de que se trate; al modo empresarial, o no, de su prestación; y al rol que en ésta desempeñe un usuario típico. Y deberá ponderarse si el evento dañoso acaecido evidencia, o no, un defecto - un déficit de la seguridad que legítimamente cabía esperar- del servicio



prestado; y tener presente «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio»: así lo prescribe el apartado 7 del artículo 217 LEC, también para la aplicación de lo dispuesto en el apartado 6 del mismo artículo.

7º) El artículo 11 LGDCU , tras disponer que «los bienes y servicios puestos en el mercado deben ser seguros», establece que «se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un elevado nivel de protección de la salud y seguridad de las personas».

En dicha sentencia el Alto Tribunal concluyó que correspondía a la demandada la carga de probar la falta de culpa por su parte por haber adoptado todas las medidas precisas, pero, como ya hemos indicado con anterioridad, en dicha sentencia se analiza un supuesto de lesiones por haber pisado un cliente un cristal roto que estaba en el suelo del local y en ese caso sí que cabe imputar algún tipo de culpa (siquiera leve) al titular de la explotación del negocio por no tener las instalaciones en perfecto estado. No es esa la situación analizada en el presente caso, pues en el mismo no cabe, en expresión de la STS de 18 de marzo de 2016, imputar un déficit de la seguridad que legítimamente cabía esperar.

Se invoca también por la parte actora el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en relación con las obligaciones exigibles a DIRECCION000 ., como empresa organizadora de espectáculos o actividades recreativas, de adoptar todas las medidas precisas de seguridad, higiene y tranquilidad, así como ante el hecho de que el demandante en la fecha en que ocurrió el siniestro tenía 15 años por lo que no se le debía haber permitido el acceso a la discoteca. Reiteramos que no se concreta cuál es la actuación u omisión que cabe reprochar a la demandada y respecto a la infracción de haber permitido el acceso de un menor de 16 años al recinto se ignoran las concretas circunstancias en que tal hecho tuvo lugar, es decir, si no existieron controles de edad o si pese a existir fueron burlados por los jóvenes que accedían a las instalaciones. En este supuesto el demandante entró en la discoteca acompañado además de por unos amigos por dos hermanos mayores de 16 años. En todo caso ese único dato resulta irrelevante a los efectos de apreciar la existencia de responsabilidad civil en la demandada, porque la eventual infracción reglamentaria debe guardar relación directa con el acaecimiento del siniestro, lo que no ocurre en este asunto.

Todo lo expresado lleva a desestimar la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercitada.

QUINTO.- Costas de primera instancia.

En el motivo quinto del recurso de apelación se impugna la imposición de costas efectuada en la sentencia de instancia.

En el presente caso cabe apreciar la existencia de dudas de hecho, no solo en relación con la fecha de fijación de la estabilización lesional a los efectos de la interrupción de la prescripción como alega la parte recurrente, sino, y especialmente, al no resultar del todo concretadas las circunstancias en la que se produjo el siniestro, pues el arrojar un vaso contra otra persona implica una actuación culposa, cuando no susceptible de ser encuadrada como de dolo eventual, y la falta de información completa sobre lo acaecido impide poder determinar si hay algún tipo de culpa que pueda imputarse a la demandada. Resulta así de aplicación lo establecido en el artículo 394.1 in fine LEC, lo que lleva a estimar en este punto el recurso y declarar no haber lugar a la imposición de las costas procesales causadas en la instancia.

SEXTO.- Costas de apelación.

En materia de costas causadas en esta alzada resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC, conforme al cual en caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Isabel Sanjuán Fernández, en representación de don Gervasio , contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pontevedra, revocamos la misma en el sentido de no hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, manteniendo la desestimación de la acción ejercitada en la demanda y sin que proceda hacer especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación para el caso de que se acredite interés casacional o, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, en base a lo establecido en el artículo 477 LEC, debiendo interponerse dentro de los veinte días siguientes a su notificación en la forma establecida en el artículo 479 LEC.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ