

MANUAL

**FRANCIS
LEFEBVRE**

**Derecho de Daños
(cuestiones actuales)**

2020



Esta obra ha sido realizada por iniciativa y bajo la coordinación de **Francis Lefebvre** sobre la base de un estudio técnico realizado por un equipo de autores coordinados por Mariano José Herrador Guardia

Director:

Mariano José Herrador Guardia
Abogado

Autores:

PILAR ÁLVAREZ OLALLA
JOAQUÍN ATAZ LÓPEZ
EDUARDO BAENA RUIZ
RAQUEL BLÁZQUEZ MARTÍN
JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
ÁNGEL CARRASCO PERERA
FRANCISCO DE PAULA BLASCO GASCÓ
PILAR DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ
ANTONIO GARCÍA PAREDES

CARMEN JEREZ DELGADO
CHRISTIAN LAHNSTEIN
JULIÁN LÓPEZ RICHART
ANDREA MACÍ MORILLO
FRANCISCO MARÍN CASTÁN
LUIS MEDINA ALCOZ
RAFAEL SARAZÁ JIMENA
JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 59,28 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18190-29-2
Depósito legal: M-12101-2020
Impreso en España
por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

Página

PARTE I. PARTE GENERAL

Capítulo 1. Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños	17
Capítulo 2. Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana	53
Capítulo 3. Responsabilidad civil y grandes riesgos.	101
Capítulo 4. Criterios relevantes de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el proceso judicial de daños: jurisdicción, competencia, capacidad, legitimación, arquitectura de la demanda, contenido de la audiencia previa, prueba, efectos prejudiciales y acceso a los recursos extraordinarios	121

PARTE II. PARTE ESPECIAL

Capítulo 5. Indemnizaciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia.	167
Capítulo 6. Daños causados por las cosas: una nueva visión a raíz de la robótica y de la inteligencia artificial.	199
Capítulo 7. Responsabilidad de las redes sociales y otros prestadores de servicios de alojamiento por los contenidos generados por sus usuarios	237
Capítulo 8. Protección de datos personales y responsabilidad civil.	281

PARTE III. SOBRE EL DAÑO

Capítulo 9. Responsabilidad y daño por prisión provisional cuando existe sentencia absolutoria.	333
Capítulo 10. Daño derivado de la falta de información médica.	343
Capítulo 11. Veinte años de la Ley de Ordenación de la Edificación en la jurisprudencia	403
Capítulo 12. Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual	425

PARTE IV. SOBRE EL SEGURO

Capítulo 13. Responsabilidad de la Administración Pública sanitaria versus acción directa del art.76 de la Ley de Contrato de Seguro.	465
Capítulo 14. Intereses moratorios del art.20 de la Ley de Contrato de Seguro: supuestos de inaplicación y «dies a quo»	479
Capítulo 15. Cláusulas «claim made»: problemas y soluciones de aplicación	589

PARTE V. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LA JUSTICIA

Capítulo 16. Propuesta sobre la oralidad en la segunda instancia.	627
Capítulo 17. Propuestas sobre la responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal: fundamento, ámbito de aplicación y posición del juez ante la llamada responsabilidad por oportunidad perdida, causa anónima y cuota de mercado.	631
Capítulo 18. Propuesta de mejora sobre la fijación de indemnizaciones en violencia de género	635
Índice Analítico	639

Abreviaturas

ALECr	Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento criminal de 27 de julio de 2011
CDJ	Cuadernos de Derecho judicial
CEDM	Convenio europeo de Derechos humanos
CF	(RML) Ciencia forense. Revista de medicina legal
CIDD	Congreso internacional sobre el Derecho de daños
CM	Convenio de Montreal
DCE	Dir 2000/31/CE sobre Comercio electrónico
DPO	Doctrina de la pérdida de oportunidad
EVD	Estatuto de la víctima del delito (L 4/2015)
FGE	Fiscalía General del Estado
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LBRAP	Ley básica reguladora de la autonomía del paciente
LCS	Ley de contrato de seguro (L 50/1980)
LDC	Ley de defensa de la competencia (L 15/2007)
LECr	Ley de enjuiciamiento criminal
LGDCU	Texto refundido Ley general de defensa de los consumidores y usuarios (RDLeg 1/2007)
LGS	Ley general de sanidad (L 14/1985)
LNM	Ley navegación marítima (L 14/2014)
LOE	Ley de ordenación de la edificación (L 38/1999)
LOSSEAR	Ley ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (L 20/2015)
LOSSP	Ley ordenación y supervisión de los seguros privados (L 30/1995)
LPAC	Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (L 39/2015)
LPRL	Ley de prevención de riesgos laborales (31/1995)
LRCSVM	Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RDLeg 8/2004)
LRCSVM	Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RD 8/2004)
LRJPAC	Ley régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (L 30/1992)
LRJS	Ley reguladora de la jurisdicción social (36/2011)
LRJSP	Ley de régimen jurídico del sector público (L 40/2015)
LSSI	L 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
LTRHA	Ley de técnicas de reproducción humana asistida (L 14/2006)
LTSV	Texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (RDLeg 6/2015)
MiDID	Markets in financial instruments directive
PCPP	Propuesta de Código procesal penal de 2013
PTEL	Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil
ReCESCO	Revista CESCO de Derecho del consumo
RGPD	Reglamento general de protección de datos
RSOA	Reglamento del seguro obligatorio (RD 1507/2008)
s.r.	sin referencia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tratado	FUE Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TyD	Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico

UE	Unión Europea
WP	Working paper

Agradecimientos

Comencemos bien las cosas siendo agradecidos, como corresponde a quien es bien nacido, pues ni este libro ni el *V Congreso Internacional sobre el Derecho de daños* (en adelante CIDD) con motivo del cual se realiza, hubieran existido si no es por la contribución decisiva de varias personas e instituciones. Y no existe en español ninguna palabra más adecuada, para dar honra y alabanza a quien lo merece, que la de gracias.

Así que en dosis elevadísimas le damos las gracias al Consejo General de la Abogacía Española y a la aseguradora MAPFRE pues con su generoso y por adelantado respaldo, hemos podido acometer la organización del V CIDD que, junto al imprescindible sustento de la editorial Lefebvre para la edición del presente libro, lo han hecho todo realidad. Nuestra gratitud se torna en afecto sincero hacia las personas de esas instituciones que han luchado por apoyarnos.

Nos alegra mucho ver que la universidad sigue valorando muy positivamente la búsqueda de la excelencia formativa en nuestras iniciativas para un mejor conocimiento y aplicación del Derecho de daños. Así que muchas gracias también a la apoyatura formal de tres universidades: Autónoma de Madrid, Universidad de A Coruña y la nueva incorporación de la Universidad Rey Juan Carlos. Abrigamos muchas ilusiones para tener nuevas incorporaciones en el futuro inmediato.

Los contenidos no hubieran existido sin el trabajo inicial y preparatorio del Comité Científico con el que venimos preparando la imprescindible selección de temas a tratar y de ponentes para analizarlos. Su gran altura jurídica y humana los hace imprescindibles. Como imprescindibles son todos y cada uno de los autores de las ponencias, a los que le agradecemos no sólo su excelente trabajo sino, mucho más aún, su exquisita disposición profesional, su cercanía humana y decidido apoyo para exponerlas en medio de circunstancias generales difíciles.

Hemos de transmitir nuestra gratitud también al CSIC, por su cobertura para la celebración del Congreso; al ICAM, a Sepin, a la Mutualidad de la Abogacía y a Epifanía Iure, por su colaboración para el buen fin de nuestros proyectos. Aunque nada hubiese podido llegar a buen puerto sin la intervención generosa y decidida de todos y cada uno de los componentes del Bufete Herrador, que han prestado al director el sustento vital necesario para la organización del Congreso y para que, juntos, sigamos avanzando en el mejor conocimiento de la materia que nos ocupa y preocupa profesionalmente.

Pero tanta ilusión desbordante y esfuerzos necesarios (redoblados por las circunstancias de que el V CIDD se celebró superando los muchos obstáculos impuestos por las circunstancias que lo envolvieron, los días 12 y 13 de marzo de 2020, inmersos en la pandemia del COVID-19), que no se hubieran desplegado si no tuviéramos muy presente que, la finalidad esencial de este libro, es que goce del beneplácito y aceptación de los congresistas y de los lectores por resultarles útil y provechoso. Para ellos la palabra gracias, la escribimos con mayúsculas.

Prólogo

Seguramente el libro que el amable lector tiene ahora en sus manos no existiría de no darse la estrecha vinculación que tiene con el *Congreso Internacional sobre el Derecho de daños* y, más en concreto, con la quinta edición del mismo que se celebró en Madrid, en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, los días 12 y 13 de marzo de 2020. Este libro contiene todo el material jurídico desgranado en las ponencias y propuestas principales, pues siempre he considerado que dotar a los congresistas, al inicio de las sesiones congresuales, de un libro con todos los contenidos que les ayuden a seguir más vivamente las exposiciones orales de los diferentes autores, es un instrumento de colaboración de alto valor para esas jornadas de intercambio de conocimientos y, fundamentalmente, para la consulta posterior en el despacho cuando tengamos que estudiar y actuar (desde cada punto de vista y desde cada profesión vinculada con la responsabilidad civil y el seguro) sobre nuevos casos en los que profesionalmente tengamos que intervenir. Para compactar un texto sólido, nos ha preocupado siempre contar, junto a los prácticos del Derecho, con los investigadores y los componentes de la doctrina jurídica, de ahí que mantengamos una estrecha vinculación y el respaldo de varias universidades españolas.

Por lo que se refiere al título, *Derecho de daños (cuestiones actuales)*, pretendemos reflejar su contenido, vinculado obviamente al Derecho de daños en toda su amplitud, pero sin ser un manual o una explicación sistematizada de toda la materia. Como bien conoce el especialista o interesado, los congresos profesionales tratan y debaten temas o problemas muy diferentes pero vinculados siempre a la sustancia de la disciplina sobre la que se convocan. Eso hemos procurado en nuestro libro, seleccionar asuntos de interés jurídico vinculados lo más posible a la práctica de la solución de conflictos sobre responsabilidad civil y seguro, tanto de manera extrajudicial como en los procesos judiciales. A ello le hemos añadido la referencia al año 2020 en el que se edita, pues en nuestro criterio da reflejo de que lo que tratamos en él gira entorno al año de su edición y, por lo tanto, se puede percibir la actualidad de su contenido, no en vano los textos se cerraron en el mes de febrero de este año.

En el índice amplio que hemos elaborado, se aprecian la variedad de los temas de los que nos ocupamos, analizados todos por autores muy cualificados e idóneos para cada una de las cuestiones sobre las que se profundiza, dado que hemos buscado siempre la mayor excelencia. La estructura expositiva se distribuye en cinco capítulos que prácticamente coinciden con los bloques en los que se aglutinaron las presentaciones de las ponencias en el congreso. En cada uno de esos capítulos se hace una breve introducción para situarlos dentro del contexto general del libro por lo que a esos apartados nos remitimos con el fin de evitar aquí reiteraciones. No obstante, sí podemos apuntar ahora que van a encontrar diversidad en la selección de los asuntos tratados, pero homogeneidad en su relevancia y actualidad para el especialista en Derecho de daños. Aludiremos tanto a contenidos de interés general o principios generales, como a otros más particulares e incluso novedosos por los que la responsabilidad civil se expande. Todo resulta necesario para quien quiere estar perfectamente formado y actualizado de cara a una intervención más rigurosa en los pleitos por años, razón por la que nos ocupamos asimismo del proceso judicial de daños y del seguro (esencialmente del seguro de responsabilidad civil y su aplicación). Añadimos un último capítulo dedicado a trasladar a la comunidad jurídica algunas propuestas que, en nuestra opinión, redundarían en una mejora de la Justicia, en general, y de la Justicia aplicada al derecho de daños en particular. Esta es ya una tradición en nuestras publicaciones y esperamos que el legislador las tenga en cuenta algún día.

Con relación a la forma de abordar por cada autor la ponencia encomendada, hemos establecido unas pautas mínimas de actuación, aunque la flexibilidad es la norma. La plena autonomía de la que han gozado cada uno de los autores para exponer los contenidos, no se ha visto mermada por nuestro deseo de que se comenzase con un sumario de cuanto va a ser tratado, se continuará con la exposición y análisis de todo ello (con una extensión que varía en función del asunto encomendado y del estilo del autor, por lo que hemos respetado la extensión que cada uno ha considerado necesaria para abordar adecuadamente su trabajo). Se realizan al final unas conclusiones (otra característica de nuestro libro), por la misma persona que ha realizado el estudio. Se añade por último, en la mayoría de las ocasiones, un apartado de bibliografía (apartado que es inexistente en aquellos casos en los que se refiere o analiza, fundamentalmente, resoluciones jurisprudenciales).

Concluimos estas primeras páginas mencionando dos actos relevantes e íntimos a la vez, que han sido programados como cierre del **V Congreso Internacional sobre el Derecho de daños**: la conferencia de clausura y la entrega del **Premio Don Justo José Manuel Maza 2019**. Ambos acontecimientos no tienen reflejo en este libro, más allá de la referencia que ahora estamos dando, pero se han programado en el Congreso y no se han incluido en el libro, precisamente como pequeño homenaje a cada una de las personas que han hecho el esfuerzo de participar en las dos intensas jornadas congresuales. La conferencia de clausura la realiza el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el magistrado Manuel Marchena Gómez, quien expone **algunos apuntes sobre casación penal y responsabilidad civil**. Él también será el encargado de realizar la *laudatio* del galardonado (Francisco Sandoval Muñoz, funcionario de la Administración de Justicia) con el referido premio Don Justo, que lleva añadido el nombre del magistrado y Fiscal General del Estado, José Manuel Maza Martín, desde que falleciera este en el año 2018 y al haber sido pieza fundamental y primer presidente de la Asociación Justicia y Opinión que promueve el premio y tan vinculada está con el Congreso y el libro.

Nos reconforta pensar que el mucho trabajo y esfuerzo empleado generosamente por todos los intervinientes en este libro y en el Congreso que le da vida, encuentre su recompensa en la utilidad del mismo para todos los que acudan a su consulta, por estar escudriñando en la solución de algún problema vinculado con el Derecho de daños.

MARIANO JOSÉ HERRADOR GUARDIA

Abogado. Director del Bufete HERRADOR

Director del Congreso Internacional sobre el Derecho de daños y de este libro



INTRODUCCIÓN

El primer bloque de estudios de los que componen el presente libro, está dedicado a cuestiones variadas pero de interés general para el **Derecho de daños en España** y en nuestro entorno. Se analizan asuntos de particular provecho tanto para los estudiosos de la materia como para los prácticos del Derecho de daños que intervienen en los pleitos donde se plantean problemas relacionados con la responsabilidad civil y el seguro.

Siempre partimos en nuestros libros derivados de todas las ediciones del Congreso Internacional sobre el Derecho de daños, de una ponencia inaugural que es tradicional e importantísima para nosotros, cual es la que encomendamos a algún destacado miembro de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a quien pedimos que nos exponga la Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños. Venimos considerando que tan relevante asunto es, para quienes están dedicados a intervenir en la resolución de estos numerosos y trascendentes litigios, la más sólida guía. Ha sido el presidente de la sala quien ha asumido el trabajo, Francisco Marín Castán. La referencias con las que ha partido el autor son las del cierre de nuestra anterior publicación de marzo de 2018, por lo que se ha centrado en reflejar y comentar las **novedades jurisprudenciales** que todo buen profesional jurídico debe de tener muy en cuenta para orientar certeramente sus actuaciones en el foro. La lectura de este primer apartado del libro es tan imprescindible como provechosa.

La segunda ponencia que recogemos transita más por el también necesario camino de la reflexión y la consecuente propuesta, lo que es positivo para avanzar en la más afinada **resolución de los conflictos por daños**. Para poder reflexionar y sugerir hay que tener amplios y sólidos conocimientos jurídicos, como los tiene el catedrático de Derecho Civil, Ángel Carrasco Pereda, quien ha aceptado realizar una Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. Unos de los pilares fundamentales de la responsabilidad civil como es la culpa y su prueba, así como sus inherentes criterios de imputación, necesitan ser objeto continuo de adecuación a la cambiante realidad social a la que se aplican. El profesor Carrasco dice muchas e interesantes cosas a los especialistas que acuden al congreso internacional en su quinta edición y a los lectores de nuestro libro.

Buscamos siempre aportaciones de profesionales internacionales que nos aporten su visión sobre alguna cuestión interesante que enriquezca nuestros puntos de vista. El jurista alemán, con gran experiencia en el mundo del reaseguro, Christian Lahns-tein, ha trabajado en diferentes temas a lo largo de su extensa carrera profesional, pero se centra ahora en presentarnos sus reflexiones sobre la Responsabilidad civil y grandes riesgos. Vivimos en un país desarrollado y estamos en tiempos de muchos problemas globalizados, donde somos testigos de grandes catástrofes o donde se producen siniestros que producen daños que afectan a un gran número de perjudicados. Ante ello el papel del seguro es trascendente y hemos de saber cómo estamos y hacia dónde vamos.

Este primer bloque lo cerramos con otro tipo de temas a los que concedemos siempre espacio por considerarlos imprescindibles: los relacionados con los **aspectos procesales de la acción por daños**. Creemos que coincidimos todos en considerar que, tan importante es para el buen fin de un pleito por daños acertar en las cuestiones de fondo como en las procesales. La legislación aplicable y, especialmente, las diferentes interpretaciones de los tribunales, no siempre aportan la necesaria seguridad jurídica procesal. Con la intención de que conozcamos los criterios relevantes de la sala Primera del Tribunal Supremo sobre el proceso judicial de daños, le hemos pedido a la magistrada coordinadora del gabinete técnico de la Sala de lo Civil de nuestro Alto Tribunal, Raquel Blázquez Martín, que analice y señale, con el rigor y la intensidad habituales en ella, los sustentos consolidados sobre: competen-

cia, capacidad, legitimación de las partes, arquitectura de la demanda, contenido de la audiencia previa, prueba, efectos prejudiciales y acceso a los recursos extraordinarios. No hemos pretendido agotar todas las posibilidades de aspectos procesales relevantes, pero sin duda que los tratados tienen actualidad e interés, sumándose a otros muchos aspectos revisados ya en libros anteriores nuestros.

CAPÍTULO 1

Jurisprudencia consolidada y vigente del Tribunal Supremo en los pleitos por daños

FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

A.	Introducción.....	17
B.	Prescripción.....	18
C.	Causalidad, imputación, riesgo, pérdida de oportunidad.....	23
D.	El daño y su indemnización. En especial, el daño moral.....	25
E.	Responsabilidad por daños en determinados ámbitos.....	27
F.	Seguro de responsabilidad civil.....	39
G.	Breve referencia a la Ley 57/1968.....	48
H.	Conclusiones.....	50

A. Introducción

La coincidencia en el título de esta ponencia con la que presenté en el **anterior congreso de 2018** se explica porque desde entonces la Sala de lo Civil ha dictado un buen número de sentencias relevantes en materia de responsabilidad civil que o bien reiteran jurisprudencia consolidada, o bien consolidan doctrina jurisprudencial, o bien fijan doctrina de valor equivalente a la consolidada.

Como la ponencia del anterior congreso está publicada y por tanto al alcance de todos, las sentencias a las que me referiré en esta ponencia de 2020 serán las dictadas en 2018 y 2019, ordenadas por materias y destacando, dentro de cada apartado, las que considero especialmente trascendentes.

Toda selección implica un alto grado de subjetividad, comenzando por el propio ámbito conceptual del Derecho de daños, pero creo haberme ajustado al propósito de exponer una amplia panorámica de la jurisprudencia civil sobre la materia durante los dos últimos años que, como se verá, ha tenido que abordar numerosas e importantes cuestiones relativas al seguro de responsabilidad civil, algunas muy directamente relacionadas con el **Derecho de la Unión Europea** sobre el seguro obligatorio de automóviles, materia armonizada en la que las dudas interpretativas han requerido el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La fijación de doctrina jurisprudencial conforme a la LEC art.487.3 ha tenido su reflejo en varias sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil sobre cuestiones tan controvertidas como la indemnización de los daños materiales en caso de **colisión recíproca de vehículos** sin determinación del grado de culpa de cada conductor, las cláusulas de delimitación temporal de los seguros de responsabilidad civil profesional o, en fin, la acción directa contra la compañía de seguros en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que demuestra la imparable relevancia del seguro en el moderno Derecho de daños.

Por otra parte, llama la atención el buen número de sentencias dictadas en materia de **prescripción o de mora del asegurado** (LCS art.20), pese a la existencia de jurisprudencia consolidada en estos dos ámbitos del Derecho de daños. Unas veces la explicación puede encontrarse en la contumacia de las compañías de seguros que se resisten a indemnizar al perjudicado, pero otras, sobre todo en materia de prescripción, la razón está en que la diversidad de circunstancias que puede presentar la

vida real dificulta la solución del caso concreto por más consolidada que esté la jurisprudencia.

B. Prescripción

1.	Plazo de prescripción: acciones contra la Administración sanitaria (TS 6-6-19, núm 326/2019). Por responsabilidad civil derivada de infracción penal (TS 13-5-19, núm 287/2019) y fundadas en la L 57/1968 (TS 5-6-19, núm 320/2019)	18
2.	Comienzo del plazo de prescripción: especial consideración de daños continuados y permanentes (TS 7-11-19, núm 596/2019), daños por filtración de agua (TS 20-2-19, núm 114/2019) y daños por irrupción de un jabalí en la calzada (TS 14-2-19, núm 94/2019) ..	19
3.	Interrupción de la prescripción	22

Por ser el tiempo un factor previo y determinante del éxito de la acción, me ha parecido conveniente comenzar por la jurisprudencia relativa a la prescripción, ya que su apreciación excluye de entrada el **análisis de los elementos de la responsabilidad civil**.

Como se verá a continuación, siguen presentándose dudas cuando la apreciación de la prescripción depende de que el daño se considere continuado o permanente, o cuando exista incertidumbre acerca del sujeto responsable.

La interrupción o el comienzo del plazo de prescripción siguen planteando problemas, especialmente en los casos de **actuaciones penales previas**, y el propio plazo de prescripción aplicable ha requerido precisiones jurisprudenciales para salvar las diferencias de criterios entre las Audiencias Provinciales.

1. Plazo de prescripción: acciones contra la Administración sanitaria (TS 6-6-19, núm 326/2019). Por responsabilidad civil derivada de infracción penal (TS 13-5-19, núm 287/2019) y fundadas en la L 57/1968 (TS 5-6-19, núm 320/2019)

La sentencia TS 6-6-19, núm 326/2019, analiza la jurisprudencia sobre el plazo de prescripción aplicable a las acciones contra la Administración sanitaria, destacando el punto de inflexión que supuso el voto particular integrado en la sentencia de 30 de diciembre de 1999 porque su criterio ya sería seguido por la sentencia de 12 de febrero de 2000.

Tras citar las sentencias TS Pleno 3-10-15, núm 546/2015, y 29-5-09, núm 414/2009, que reitera como jurisprudencia consolidada que «la acción de responsabilidad civil dirigida contra la Administración Sanitaria está sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968 del Código Civil para la responsabilidad extracontractual», el TS 6-6-19, núm 326/2019 declara como «criterio jurisprudencial consolidado» que «las relaciones entre el paciente o usuario del servicio sanitario y el ente público que lo dispensa no son, en puridad, contractuales». La consecuencia es que las reclamaciones que se formulen contra la **entidad aseguradora** del ente ante la jurisdicción civil o contra el propio ente público han de basarse en la responsabilidad extracontractual, y la acción se encuentra sujeta al plazo anual de prescripción.

Sobre el plazo de prescripción aplicable a las acciones por responsabilidad civil derivada de la **infracción penal**, el TS 13-5-19, núm 287/2019, en un caso de juicio de faltas con reserva de acciones civiles, finalizado con sentencia condenatoria, reitera como jurisprudencia consolidada desde tiempo atrás, citando sentencias de 1984, 1990 y 1993, que cuando la acción ejercitada tiene su origen en un delito o falta declarado por la jurisdicción penal, no es aplicable la prescripción corta del CC art.1968.2, que solo se refiere a los supuestos de culpa extracontractual civil, sino el plazo general del CC art.1964.

En cuanto a las acciones fundadas en la L 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en la que siguen centrándose los recursos ante la Sala de lo Civil pese a su derogación en 2015 mediante la reforma de la Ley de Ordenación de la Edificación, la sentencia TS 5-6-19, núm 320/2019, resuelve las dudas que se habían planteado acerca del plazo de prescrip-

ción de la acción contra la **garante de la devolución de los anticipos** cuando la garantía era un seguro y no un aval.

Las dudas derivaban de la existencia de un **plazo especial** en la LCS art.23 (2 años) que podría favorecer a las garantes aseguradoras en comparación con las garantes avalistas, ya que respecto de estas la jurisprudencia ya se había pronunciado en el sentido de que el plazo de prescripción era el general del CC art.1964, aplicable también a las entidades de crédito responsables según la L 57/1968 art.1.2. Por otra parte, la mención de la LCS art.23 en la sentencia TS 20-12-18, núm 516/2018, podía hacer pensar que era aplicable a las acciones contra las garantes aseguradoras, razón por la que se dictó un auto aclarándola en el sentido de que en realidad no resolvía esta cuestión.

Pues bien, la controversia se zanja en el fundamento jurídico segundo de la sentencia mediante esta argumentación:

«Es cierto que la sentencia de esta sala 643/2006, de 15 de julio, en la que se apoya la sentencia recurrida, declaró no prescrita la acción por haberse interrumpido la prescripción en virtud de un intento de solución extrajudicial, desde el presupuesto de considerar aplicable el **plazo de dos años** del art.23 LCS. Y también lo es que la sentencia 555/2016, de 21 de septiembre, no descartó el plazo de prescripción del art.23 LCS, aunque en un caso no regido por la Ley 57/1968 porque el objeto de la compraventa había sido un establecimiento destinado a oficina de farmacia.

Sin embargo, la sentencia 3/2003, de 17 de enero, consideró aplicable el **plazo general** del art.1964 CC, y no el del art.23 LCS, por ser el asegurado un simple beneficiario del seguro concertado entre el vendedor y el asegurador y, por tanto, "exento de obligaciones".

Por su parte el auto de 27 de septiembre de 2018, dictado en aclaración de la sentencia 516/2018, de 20 de diciembre, puntualizó que la mención del **plazo de prescripción** del art.23 LCS en el fundamento de derecho segundo de dicha sentencia no formaba parte de su razón decisoria y que tal mención no significaba que el plazo de prescripción de la acción contra la aseguradora, fundado en la Ley 57/1968, fuera en todo caso el previsto en el art.23 LCS.

A su vez la sentencia 781/2014, de 16 de enero de 2015, de pleno, consideró que el plazo de prescripción de la acción contra el banco depositario de los anticipos que no hubiera exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro (art.1-2.ª de la Ley 57/1968) era el general del art.1964 CC y no el de un año del art.1968-2.º del mismo Código, y este criterio se reiteró en la sentencia 636/2017, de 23 de noviembre.

CUARTO.- Decisión de la sala: bajo el régimen de la Ley 57/1968 el plazo de prescripción es el general del art.1964 CC

En trance de sentar un **criterio uniforme** sobre el plazo de prescripción contra la entidad aseguradora bajo el régimen de la Ley 57/1968, esta sala considera que es el general del art.1964 CC (para el presente caso, quince años).

La razón fundamental es que el art.1-1.ª de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario (art.1-1.ª), y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto –y considerablemente más corto– en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el art.7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos "tendrán el carácter de irrenunciables".

En consecuencia, procede estimar el motivo y casar la sentencia recurrida por ser evidente que cuando se interpuso la demanda no habían transcurrido quince años desde la fecha establecida para la entrega de la vivienda».

2. Comienzo del plazo de prescripción: especial consideración de daños continuados y permanentes (TS 7-11-19, núm 596/2019), daños por filtración de agua (TS 20-2-19, núm 114/2019) y daños por irrupción de un jabalí en la calzada (TS 14-2-19, núm 94/2019)

La estrecha relación entre el comienzo del plazo de prescripción y el **carácter permanente o continuado del daño** justifica la cita en extenso de la sentencia TS 7-11-19, núm 596/2019, sobre intromisión ilegítima en el **derecho al honor** por la difusión de un relato en Internet, ya que si bien no trata de la prescripción sino de la caducidad, analiza muy pormenorizadamente la diferencia entre daños permanen-

tes y continuados e incluso admite la posibilidad de que subsista la acción respecto de una parte de los daños.

«1.- Para resolver este motivo, debe recordarse en primer lugar la **jurisprudencia** que distingue entre daños permanentes y daños continuados. El daño duradero o permanente es el que se produce en un momento determinado, pero persiste a lo largo del tiempo, con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya ajenos a la acción u omisión del demandado. En caso de daño duradero o permanente, el plazo de ejercicio de la acción comienza a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el artículo 1968.2.º del Código Civil, es decir, desde que el afectado tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable. De otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el art.9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción y la caducidad.

2.- En cambio, en caso de daños continuados, esto es, los de producción sucesiva causados por una conducta continuada en el tiempo, no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la producción del resultado definitivo. Si bien ha de matizarse que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la producción de los daños.

3.- La recurrente, para apoyar su tesis de que la **publicación en Internet** y a través de redes sociales de la obra cuestionada ha provocado daños continuados, hace referencia a la jurisprudencia de este tribunal sobre la infracción del derecho al honor provocado por la inclusión indebida de los datos personales en un registro de morosos. Pero la publicación de una obra ofensiva al honor en Internet y la inclusión de datos personales en un registro de morosos son situaciones muy diferentes que provocan daños de distinta naturaleza, aunque en ambas tenga incidencia el uso de medios informáticos y tecnologías de la comunicación.

4.- Los daños producidos por la **inclusión indebida de datos personales en un fichero** de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados. Como hemos declarado en sentencias anteriores, la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persiste durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor ajeno hasta que no se cancela o se produce la baja del demandante en los citados registros. La finalidad de este tipo de ficheros automatizados es justamente que las empresas asociadas, que son las que suministran a la responsable del tratamiento los datos sobre solvencia patrimonial, puedan, a su vez, consultar los datos comunicados al fichero por otras empresas asociadas, cada vez que se dispongan a contratar con un tercero, por lo que la potencialidad lesiva es consustancial a la permanencia de los datos en el fichero automatizado, con independencia de que el registro sea o no efectivamente consultado. Además, durante todo el tiempo que los datos son objeto de tratamiento en el fichero sobre solvencia patrimonial, tanto la empresa que ha comunicado los datos como la que es titular del fichero, tienen lo que, salvando la conveniente distancia respecto del correlativo concepto penal, puede considerarse como "dominio del hecho", puesto que en cualquier momento de ese periodo tanto una como otra podía haber puesto fin a la conducta a la que se imputa la producción de la intromisión en el derecho del afectado.

5.- Por el contrario, en la **publicación de una obra considerada ofensiva** por el afectado no concurren estas circunstancias. No existe una finalidad de intercambio permanente de información, como existe en el registro de morosos, ni concurre tampoco el "dominio del hecho" en los términos en que lo tienen la empresa asociada, suministradora de los datos, y la empresa responsable del fichero de solvencia patrimonial, puesto que en Internet la difusión de la obra puede propagarse sin intervención de quien la ha publicado por primera vez en la red. A ello no obsta que los efectos lesivos del honor puedan permanecer en el tiempo, con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ajenos a la acción u omisión del demandado.

6.- La consecuencia de lo expuesto es que la publicación de la obra en Internet, y no solo en papel, no modifica la **calificación de los daños**, que siguen siendo en principio de carácter permanente, no continuado, sin perjuicio de que la mayor difusión que pueda alcanzar por este medio pueda ser tomada en consideración a otros efectos, como la gravedad del daño causado.

7.- Ahora bien, lo que es objeto de la demanda no es solo la publicación de la **obra en papel** y en algunas páginas web de Internet en el año 2011, sino la conducta continuada del demandado, explicitada en los correos electrónicos que envió a La Región durante los años 2015 y 2016, pues el demandado realizó nuevas acciones de difusión de su obra.

8.- Por tanto, si la conducta del demandado se hubiera limitado a la publicación del relato en 2011, la acción estaría caducada, por más que factores ajenos a la conducta del demandado hubieran continuado o incluso agravado los daños sufridos por el afectado. Pero a lo

largo de 2015 y 2016 el demandado llevó a cabo lo que denominó una "campaña de publicación de la obra de teatro en las redes sociales". Entendemos que se trata de una conducta relevante de **difusión de la obra**, diferenciada de la primera publicación llevada a cabo en 2011, que muestra la existencia de una conducta del demandado continuada en el tiempo, susceptible de producir daños de forma sucesiva respecto de la publicación original, que determina que la acción de protección del derecho al honor no esté caducada, al menos respecto de las acciones llevadas a cabo en 2015 y 2016, que constituyen una etapa diferenciada respecto de la primera publicación.»

La sentencia TS 14-2-19, núm 114/2019, merece una especial atención por rechazar que hubiera prescrito la acción por los daños en una vivienda a causa de unas **filtraciones de agua** que comenzaron mucho tiempo atrás, en 1993.

La explicación está en los pleitos que precedieron al litigio en el que acabó dictándose la sentencia del Tribunal Supremo.

Hubo un primer pleito en el que quien luego sería también demandante en el litigio de la sentencia 94/2019, demandó en el año 2000, junto con el propietario de **otra vivienda también dañada**, a los propietarios de los pisos superiores, pero a este primer pleito se acumuló el promovido a su vez por estos contra la comunidad de propietarios.

Hasta 2008 no se dictó sentencia en primera instancia, que condenó a la comunidad de propietarios a reparar las terrazas-cubierta de los pisos superiores.

Confirmada esta primera sentencia en apelación, el propietario que nos interesa demandó a la comunidad de propietarios para que le indemnizara por los daños sufridos. La sentencia de primera instancia estimó su demanda, pero la sentencia de apelación la desestimó por considerar prescrita la acción contra la **comunidad de propietarios** ya que no la había demandado con anterioridad.

El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso y rechaza la prescripción por dos tipos de razones combinadas entre sí: en primer lugar, porque los daños **no eran permanentes sino continuados**, ya que siguieron produciéndose y agrandándose, de forma que el plazo de prescripción no podía comenzar a correr antes de que los daños cesaran y pudiera cuantificarse su alcance definitivo; y en segundo lugar, porque del CC art.1969 se desprende que no basta con el conocimiento del daño sino que es necesario, además, el conocimiento de la identidad del responsable.

Precisamente las dificultades del perjudicado para identificar al responsable son las que justifican que la sentencia TS 14-2-19, núm 94/2019, también rechace la prescripción apreciada por la sentencia recurrida.

En este caso las informaciones oficiales sobre el **terreno de aprovechamiento cinegético** correspondiente al punto kilométrico en el que irrumpió un jabalí fueron tan extremadamente confusas que dieron lugar a que el perjudicado interpusiera una primera demanda contra una entidad como titular del terreno pero desistiera de la misma al informar el gobierno autonómico que el terreno pertenecía a otra entidad diferente. El perjudicado demandó entonces a esta, pero otra información oficial indicó que la verdadera titular del terreno era aquella primera entidad.

Nuestro perjudicado volvió por tanto a demandar a la primera entidad, pero se encontró con que la Audiencia consideró prescrita la acción porque la demanda contra la segunda entidad no había interrumpido la prescripción de la acción contra la primera.

El Tribunal Supremo, en cambio, estima el recurso de casación de tan sufrido perjudicado, aplicando también el CC art.1969, porque lo que impidió al perjudicado demandar al presunto responsable fue la **actuación de la Administración**.

Tras citar la doctrina de la sala (sentencia 594/2015 y las que en esta se citan), la sentencia 94/2019 concluye:

«Esta aptitud plena para litigar, disponiendo de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para sostener la acción, no ha concurrido en los ahora recurrentes hasta tanto, con carácter definitivo, la Administración ha dado una respuesta final y cierta a la cuestión referida a la identidad del posible responsable del suceso, lo que lleva a concluir que las actuaciones judiciales anteriores al presente pleito se han producido en el vacío y que únicamente cuando la Administración precisó definitivamente el lugar de donde se entiende que procedía el

animal causante del accidente "se ha podido ejercitar" la acción en los términos previstos en el artículo 1969 CC.»

Sobre el comienzo del plazo de prescripción merecen también destacarse la sentencia TS 10-5-19, núm 260/2019, que para los casos en que se dicta auto de **cuantía máxima** a cargo del seguro obligatorio de vehículos de motor sitúa el día inicial en el de la notificación de dicho auto; la sentencia TS 6-6-19, núm 326/2019, que considera daño permanente la **extirpación de un riñón** y en consecuencia rechaza que el día inicial pueda ser el de un control urológico tres años después; o, en fin, la sentencia TS 13-11-18, núm 629/2018, sobre daño moral en las **relaciones familiares**, a la que luego me referiré.

Por lo demás, se mantiene la jurisprudencia de que la pendencia de actuaciones penales impide el comienzo o interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil [sentencia TS 16-4-18, núm 221/2018]. Estos efectos los producen también las actuaciones de la **jurisdicción de menores**, cuestión de la que trata la sentencia TS 3-7-18, núm 416/2018, sobre un caso especialmente llamativo porque entre el hecho dañoso y la demanda mediaron más de nueve años. La sentencia desestima el recurso de casación de los demandados fundándose en que el demandante había confiado en la persecución penal de los hechos:

«El demandante, lego en derecho, confió en las instituciones, a la espera de que decidiesen sobre la agresión padecida, sin estar personado en el procedimiento penal (lo estaba en el civil). Como expresa la sentencia 721/2016, de 5 de diciembre, no puede predicarse de ello que obrase de modo negligente o con falta de lealtad procesal. Si ha visto retrasado el ejercicio de la acción no se ha debido ni a su dejadez ni a su ausencia de voluntad en la conservación de la misma sino a la tardía respuesta que recibió sobre el curso del procedimiento impidiéndole conocer la inviabilidad de la acción penal hasta el momento que refieren ambas sentencias.»

3. Interrupción de la prescripción

El Tribunal Supremo ha tenido que seguir pronunciándose sobre la interrupción de la prescripción a pesar de existir una **consolidada jurisprudencia** al respecto. Así, la sentencia TS 14-3-19, núm 161/2019, reiterando doctrina jurisprudencial muy consolidada, declara que la **reclamación al asegurado** interrumpe la prescripción de la acción contra su aseguradora, y lo explica así:

«2.- La sentencia recurrida yerra por contemplar un supuesto de hecho que no es el que aquí se plantea.

No se trata de que el conductor del vehículo y la entidad aseguradora concurriesen en el origen del daño y, al no poderse individualizar su responsabilidad, la sentencia la declare solidaria.

La entidad aseguradora no concurre con su conducta a la producción del daño sino que aseguraba su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al art.76 LCS, pudo demandar solamente a la aseguradora y no al conductor asegurado, causante y origen del daño.

Por tanto, se trata de una solidaridad propia que viene impuesta *ex lege*, a la que se ha de aplicar las reglas previstas para ella y en especial la previsión contenida en el art.1974 CC».

A su vez, la sentencia TS 18-7-19, núm 449/2019, considera que una **acción meramente declarativa** contra la aseguradora de la Administración sanitaria interrumpe la prescripción de la posterior acción de condena tras haberse desestimado la primera por falta de legitimación pasiva *ad causam* de la aseguradora para soportar una acción declarativa.

La sentencia TS 5-2-19, núm 74/2019, resuelve que la prescripción se interrumpe por **reclamación mediante carta certificada** aunque no conste acuse de recibo, pues no constaba su devolución por falta de entrega y se había remitido al mismo domicilio reseñado luego por el demandado en su contestación a la demanda.

Sobre los **efectos interruptores de una demanda** de la que se desiste, la sentencia TS 3-7-18, núm 419/2018, fundándose en la jurisprudencia de la sala, reitera la «tesis mixta» de que, en caso de desistimiento, la demanda solo interrumpe la pres-

cripción si se hubiera llegado a comunicar a los demandados, siendo indiferente que al desistir se haga o no una expresa reserva de acciones civiles.

C. Causalidad, imputación, riesgo, pérdida de oportunidad

Como criterio general, que se corresponde con lo establecido en el CC art.1902, la jurisprudencia mantiene el de la responsabilidad por culpa sin inversión de la **carga de la prueba**.

La sentencia TS 17-12-19, núm 678/2019, sobre la **muerte de un menor** al hundirse en la piscina de una urbanización, confirma la exoneración de la socorrista porque esta actividad «no se presta bajo el régimen de responsabilidad objetiva» y la declaración de responsabilidad requiere, entre otros elementos, el dolo o la culpa del demandado. Tras recordar que, según la jurisprudencia, el baño en una piscina pública no es una actividad generadora de anómalos o excepcionales peligros, «sin perjuicio de que deban ser prevenidos los riesgos propios, que implica el disfrute de dicha actividad de ocio», justifica la falta de culpa de la socorrista demandada por no existir prueba de que el niño se hallase solo, en una situación de peligro; se hundió en el agua sin gritos ni signo alguno de alarma; un vecino vio desde su balcón al niño debajo del agua; y, en fin, dada la voz de alerta por ese vecino, la socorrista se lanzó inmediatamente al agua, sacó al niño, le practicó reanimación cardiorrespiratoria y reclamó una ambulancia.

En conclusión, no era posible imputar jurídicamente a la socorrista el resultado producido.

Los **criterios de imputación objetiva** siguen aplicándose por la jurisprudencia para resolver las dudas sobre el nexo causal entre la acción u omisión del demandado y el daño.

Así lo hace la sentencia TS 7-3-18, núm 122/2018, sobre las **lesiones en el ojo** a la espectadora de un partido de fútbol a consecuencia de un balonazo durante los ejercicios de los jugadores previos al partido.

Tras exponer los criterios de la teoría de la imputación objetiva, la sentencia desestima el recurso de la demandante contra la **sentencia absolutoria del club de fútbol** titular del estadio y su aseguradora con el siguiente razonamiento:

«Lo cierto es que en este caso no se produce causalidad jurídica. Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el **origen del daño** pero el **nexo causal** que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce, como es el que un balón pueda proyectarse con mayor o menor potencia hacia la grada que ocupa reglamentariamente detrás de la portería. La responsabilidad del organizador del evento deportivo no debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por un lance ordinario del juego, al que es ajeno. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder. Surge durante el calentamiento previo de los futbolistas donde es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el curso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo. Y si no hay causalidad no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada necesaria para que el demandado deba responder del daño. 4.- Señala la parte recurrente que no bastan con las prevenciones establecidas en los reglamentos, por espesas que sean y por cabal que se demuestre su acatamiento, si, pese a ellas, acaece el evento dañoso, denotando imprudencia [sentencia 488/1986, de 17 de julio]. Y aun cuando es cierto que, como reitera este Tribunal, puede no resultar suficiente justificación para excluir la responsabilidad la aplicación de las medidas previstas administrativamente, ello no quiere decir que siempre que se produzca un resultado dañoso debe responderse porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los art.1902 y 1903 CC [sentencias 780/2008, de 23 de julio; 16 de octubre de 2007].

La **naturaleza del riesgo**, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que

se produce el acontecimiento dañoso, serán elementos a tener en cuenta, como los tuvo la sentencia recurrida al analizar las consecuencias que resultan por la falta de redes en los fondos de la portería, y es que, además de tratarse de una situación conocida por los espectadores, su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores».

Muy relevante, por la importancia de los daños y el gran número de perjudicados, es la sentencia TS 5-4-19, núm 208/2019, sobre el llamado **incendio de Gargallá**, ocurrido en el año 1994, y su posible conexión con el de Barbats.

Conviene aclarar que el transcurso de tantos años se debe a que hubo una **causa penal previa** cuyo juicio oral se celebró en el año 2007 y finalizó con sentencia absolutoria.

Muy en síntesis, la sentencia del Tribunal Supremo, que ensalza las de ambas instancias del litigio civil y desestima los recursos tanto de la **compañía eléctrica demandada** como de algunos de los muchos demandantes, considera un hecho inatacable que el incendio se debió al sobrecalentamiento de la línea por la deficiente instalación de los fusibles, rechaza un motivo que alegaba que la sentencia recurrida no había considerado probada la caída de chispas sobre los árboles y resuelve cuestiones procesales de sumo interés sobre el ámbito de la aclaración de sentencias y la posibilidad de un juicio declarativo posterior para liquidar el daño sufrido por quienes habían reclamado conjuntamente por el incendio de Gargallá y por el de Barbats después de haberse probado la responsabilidad de la compañía eléctrica demandada únicamente respecto del de Gargallá.

La sentencia se detiene en los puntos relativos a la **causalidad**, la **imputación objetiva** y la **imputación subjetiva** y, muy en síntesis, considera correcto el juicio de la Audiencia al fundar la causalidad en el criterio de la «probabilidad cualificada» en combinación con el de la facilidad probatoria, sin que esto suponga invertir la carga de la prueba.

De la relación entre la prueba del **nexo causal** y la **teoría de la pérdida de oportunidad** trata la sentencia TS 5-2-19, núm 105/2019, sobre un caso de muerte de un bebé por atragantamiento en una guardería.

Esta sentencia asigna a la teoría de la pérdida de oportunidad una función paliativa tanto de las dificultades probatorias sobre el nexo causal como del principio del «todo o nada» a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado dañoso, «pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad».

De ahí que, como las dudas se planteaban en torno a si un rápido traslado a un hospital próximo a la guardería habría podido salvar la vida del bebé, la sala, que recuerda la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidad, considera que «la omisión del traslado inmediato del bebé al centro hospitalario sí supera el nivel mínimo de probabilidad causal, pues, como se ha expuesto, y así aparece acreditado en autos, es lo que prevé el protocolo»; y también que, «al no constar como hecho probado el concreto grado de probabilidad», la cuantía de la indemnización se fija en una cantidad inferior a la que hubiera procedido en caso de prueba plena del nexo causal.

En **juicios de probabilidad** se funda la sentencia TS 21-9-18, núm 520/2018, para desestimar el recurso de una firma auditora de cuentas que impugnaba su condena invocando la incidencia de la crisis económica y la conducta de los socios y administradores de la sociedad auditada, porque razona el Tribunal Supremo la auditoría había comenzado antes de la crisis y «el hecho de que el deber legal de formular las cuentas anuales corresponda a los administradores no comporta, según las propias normas técnicas de auditoría, la exoneración del auditor de efectuar las verificaciones oportunas que permitan detectar la existencia de irregularidades».

Finalmente, la sentencia TS Pleno 4-5-18, núm 299/2018, aplica el criterio de la **responsabilidad por riesgo** a un caso de explosión de gas en un edificio con el resultado del fallecimiento de cinco personas.

Este criterio determina, por un lado, que se estime el motivo de infracción procesal sobre carga de la prueba y, de otro, que se estime el único motivo del recurso de casación, fundado en infracción del CC art.1902 y de la jurisprudencia, recursos ambos interpuestos por la parte demandante para que se condenara a la compañía suministradora demandada.

Así, sobre **carga de la prueba** la sentencia razona:

«El motivo se estima por cuanto la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que "no ha quedado tampoco demostrado que de haberse realizado la revisión reglamentariamente prevista la explosión no se hubiese producido", contradice el principio de la carga probatoria, trasladándola a quien carece de medios para probar lo contrario además de no tener en cuenta el principio de responsabilidad por riesgo, el cual si bien no es de carácter plenamente objetivo –salvo los casos en que así venga establecido por ley– produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro.

Dice la sentencia de esta sala, núm 210/2010, de 5 abril, que

"La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC [SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006] y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. 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 éste 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 las circunstancias profesionales del prestador del servicio le obligaban a asumir activamente la carga de acreditar el verdadero origen del siniestro, lo que la propia sentencia impugnada viene a reconocer que no ha hecho.»

En cuanto a la doctrina de la responsabilidad por **creación de un riesgo**, la sentencia explica:

«Aun cuando existen sentencias de la sala que consideran que en determinados supuestos de explosiones de gas no se aplica la doctrina de la responsabilidad por creación de riesgo, no se trata de supuestos análogos al presente. Así, la sentencia n.º 120/2009, de 19 de febrero, se refiere a la explosión de una bombona de gas y no de un suministro continuado de gas en una instalación, como es el presente caso; y declaró probado que en la bombona suministrada no existía defecto, mientras que en este caso no se ha declarado que la instalación estuviera en buen estado, ni que la explosión se debiera a un acto intencionado del vecino del piso 3º, sino que ante la falta de prueba de la verdadera causa del siniestro se ha hecho recaer sobre los demandantes la carga de acreditar la responsabilidad.

La sentencia n.º 725/2010, de 25 de noviembre, afirma que el nexo causal debe ser acreditado por el actor, pero en el supuesto que examinaba se había declarado probada una **negligencia** en la instalación de las gomas de salida del gas desde la bombona a la cocina, instalación realizada por el demandado, por lo que existía una persona a la que imputar la negligencia, que era ajena a la suministradora.

En definitiva, la incertidumbre sobre la causa o causas del siniestro implica que no puede quedar exonerada de responsabilidad la suministradora y su aseguradora, cuando aquélla era quien contaba con los medios y conocimientos adecuados para dar certeza sobre tales causas y no lo ha hecho, según viene a reconocer la propia sentencia recurrida.»

D. El daño y su indemnización. En especial, el daño moral

Las dificultades para identificar y cuantificar el daño moral siguen preocupando a la jurisprudencia más reciente.

Buen ejemplo de esta jurisprudencia, por el rigor con que se analiza el daño moral y su indemnización, es la sentencia TS 25-4-19, núm 245/2019, sobre un caso de inclusión indebida en un **registro de morosos**.

«3.- La jurisprudencia, reconociendo que el daño moral constituye una "noción dificultosa", le ha dado una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los **criterios res-**

trictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del *pretium doloris*. Ha considerado incluidos en él las intromisiones en el honor e intimidad y los ataques al prestigio profesional, y ha sentado como situación básica para que pueda existir un daño moral indemnizable la consistente en un sufrimiento o padecimiento psíquico, que considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares.

4.- En lo que se refiere a la **cuantía de la indemnización de los daños morales**, hemos declarado que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero ello no imposibilita legalmente para fijar su cuantificación, a cuyo efecto han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso. Se trata, por tanto, de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del art.18.1 de la Constitución, ha de atender a los parámetros previstos en el art.9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio.

5.- Son elementos a tomar en consideración para fijar la indemnización el tiempo que el demandante ha permanecido incluido como moroso en el fichero, la difusión que han tenido estos datos mediante su comunicación a quienes lo han consultado, y el quebranto y la angustia producida por el proceso más o menos complicado que haya tenido que seguir el afectado para la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados.

6.- En el caso objeto del recurso, el tiempo durante el que los datos del demandante estuvieron incluidos en el registro de morosos no fue de cuatro años, como se dice en la sentencia de primera instancia, sino de algo más de tres años y dos meses, por lo que el cálculo de las consultas que pudieron hacerse a tales datos ha de ser inferior al hecho en dicha sentencia. Además, según se afirma en la propia demanda, Caixabank canceló dichos datos en cuanto tuvo conocimiento de la personación del demandante en el proceso de ejecución hipotecaria, por lo que el demandante no tuvo que soportar un proceso complicado para obtener la cancelación de tales datos. Teniendo en cuenta esos datos, que se indemniza exclusivamente el daño moral, que el demandante era un profesional en el sector en el que operan varias de las empresas que consultaron los datos, y tomando en consideración las indemnizaciones medias que este tribunal ha fijado en otros supuestos similares, procede reducir sensiblemente la indemnización, hasta fijarla en la cantidad de 10.000 euros.

7.- Esta cantidad devengará el interés legal, incrementado en dos puntos, desde la fecha de la sentencia de primera instancia, por entender que el incumplimiento de los requisitos impuestos por la normativa de protección de datos para la comunicación de los datos personales del demandante al registro de morosos justificaba que ya desde la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se hubiera fijado una indemnización a su favor».

También sobre inclusión indebida en un registro de morosos, la sentencia TS 21-6-18, núm 388/2018, reitera la jurisprudencia de que no son admisibles las **indemnizaciones puramente simbólicas**, considera que tiene este carácter la de 2.000 euros acordada por la sentencia recurrida y la eleva a 6.000 euros.

En otro caso de inclusión indebida en un registro de morosos, la sentencia TS 7-11-18, núm 613/2018, constata las dificultades de cuantificar no ya el **daño moral** sino el **patrimonial**, que califica de «difuso», y reiterando la doctrina de la sentencia TS 18-2-15, núm 81/2015, fija la indemnización en 10.000 euros atendiendo a la cuantía del préstamo (180.000 euros) que le fue negado a la demandante y al desprestigio profesional y empresarial que supone la inclusión en un registro de morosos.

Por su parte la sentencia TS 18-9-19, núm 479/2019, en un caso de nulidad de **contratos de préstamo al consumo** y tarjetas de crédito por causa torpe ya que el marido falsificó la firma de su esposa -luego demandante- aprovechándose de la negligencia de los empleados del banco que le permitieron sacar los correspondientes documentos de la sucursal, considera que la demandante pudo sufrir un daño moral, pero que este no puede ponerse a cargo de la entidad demandada que como cesionaria del crédito reclamó su pago, pues «los daños morales padecidos por la actora, en cuanto pudieran imputarse a la negligencia de la entidad bancaria que tras permitir la actuación fraudulenta del marido decidió ceder los créditos impugnados, no serían imputables a quien adquiere el crédito y, sin conocer su inexistencia, lo reclama».