



Responsabilidad por incumplimiento de contrato de alarma de seguridad. ¿Puede aplicarse la doctrina de la pérdida de oportunidad?

Fernando Gómez Hervás
Abogado

Sumario

I. Introducción.

II. El contrato de seguridad, vigilancia y alarma. Contenido típico, y sujetos intervinientes

1. Contenido obligacional y naturaleza jurídica
 - 1.1 Obligaciones y funciones de la prestadora del servicio
 - 1.2 Naturaleza jurídica según el Tribunal Supremo Sujetos intervinientes
 - 1.3 Obligaciones del contratante, arrendatario del servicio.
2. sujetos intervinientes
 - A.- Empresa de seguridad privada.
 - II.- Arrendatario del servicio de alarma de seguridad.

III. Prestación defectuosa del servicio: carga de la prueba.

1. Incumplimientos contractuales de la prestadora del servicio.
2. Carga de la prueba.

IV. La responsabilidad contractual de la empresa de seguridad:

- A) Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. Validez y eficacia.
- B) Carga de la prueba del daño (bienes robados, dañados, etc.)
- C) Nexos de causalidad entre el defecto en la prestación del servicio y el daño finalmente sufrido:
 - 1- La concurrencia de culpas entre contratista y prestatario.
 - 2- La moderación ex art. 1103 CC.
 - 3- La aplicabilidad de la figura de la pérdida de oportunidades como modo de moderar la responsabilidad por el daño final.
 - 3.1.- Aproximación al concepto, definición y elementos por la doctrina y la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidades.
 - 3.2.- Aspectos que permitirían su toma en consideración por los Tribunales.
- D) Prescripción de la acción.

V. La intervención de las Aseguradoras

VI. Valoración jurisprudencial y conclusiones.

Bibliografía.

Este artículo se basa en mi Trabajo de Fin de Máster en Responsabilidad Civil, 3ª edición, de la Universidad de Granada, organizado por la FEJ de esa Ciudad. Agradecimientos: a mi tutor el Ilmo. Sr. D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO sus sabios y expertos consejos, y por ser fuente de inspiración, a los directores y todo el claustro de profesores del Máster. A Ana por su cariño, paciencia y comprensión, y a mis padres por todo.

I.- Introducción.

En el presente trabajo se intentará estudiar el recorrido habitual hasta llegar al montante indemnizatorio que se reconoce en los casos en que hay una prestación defectuosa del servicio de sistemas y dispositivos de alarmas de seguridad e interviene un tercero ajeno, que es el causante directo del daño –el ladrón– que materialmente produce la intrusión, los daños y las sustracciones de bienes. Se trata de aproximarse al contenido del contrato y su finalidad relacionándolo con la influencia del incumplimiento contractual en la relación de causalidad y en el criterio de imputación de la responsabilidad, la interpretación que de ello está haciendo la jurisprudencia y los contornos legales que delimitan este tema en varias vertientes.

El tema es poliédrico y transversal, porque, si bien, el núcleo central es la relación de causalidad cuando se produce un fallo de funcionamiento de la alarma de seguridad, la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio y su graduación en función de la certidumbre o incertidumbre causal, en estos supuestos entran en juego otros aspectos y factores relacionados que serán tratados y comentados.

II.- El contrato de seguridad, vigilancia y alarma. contenido típico, y sujetos intervinientes.

1.- Contenido obligacional y naturaleza jurídica.

Su contenido, regulación y desarrollo se conforma en base, de una parte, a la construcción jurisprudencial sobre las bases de lo que regula el Código Civil para los contratos de arrendamientos de servicios, arts. 1254, 1542 y 1544, y de otra, a la normativa administrativa especial o sectorial sobre seguridad privada, la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada (LSP 2014, en adelante) que vino a derogar la anterior Ley 23/1992, de 30 de julio con la misma denominación (en adelante LSP 1992). ITURMENDI MORALES, realizó

un estudio más centrado en la antigua LSP de 1992 y en la RC de las empresas de seguridad privada¹

1.1 Obligaciones y funciones de la prestadora del servicio.

La regulación sectorial actual se contiene, como se ha dicho, en la LSP 2014, como Ley especial que deroga la anterior LSP 1992, que fue desarrollada por el Reglamento de Seguridad Privada aprobado mediante R.D. 2364/1994, de 9 de diciembre. Esta normativa es esencialmente de carácter administrativo y sirve para definir y delimitar las actividades que son de seguridad privada, las personas y entidades autorizadas a desarrollar esa actividad, el régimen de las empresas, personal y de autorizaciones para su desarrollo, el registro, supervisión y control del ejercicio. En su momento, la LSP de 1992, supuso una novedad legislativa que procuró integrar en un solo texto legal diversa normativa dispersa. En relación con el objeto de este trabajo, como elemento que influya en la existencia de falta de cumplimiento contractual, era escasa la consideración de infracciones dentro de esta actividad: Infracción grave art. 22.2.h) No transmitir a los servicios policiales las señales de alarma que se registren en las centrales privadas, hacerlo con retraso injustificado o comunicar falsas incidencias. E infracción leve en el art. 24 de la LSP 1992.

El concepto seguridad privada, sus actividades y servicios se definen en el artículo 2, de la LSP 2014. En los apartados señalados con las letras a), f) y g) del artículo 5.1 de la vigente LSP 2014, se definen las actividades que van a ser objeto de estudio en este trabajo. El Artículo 47 de la LSP, trata de los Servicios de gestión de alarmas.

Por su parte el artículo 52.1. b) reconoce las de seguridad electrónica y alarmas como medidas de seguridad. En el nº 2 del art. 52 se autoriza la regulación reglamentaria de las características, elementos y finalidades de las medidas de seguridad que deberán contar con la evaluación de los organismos de certificación acreditados. En el ROP de 2014 se regulan las alarmas, sus centrales y su funcionamiento en los artículos 42 a 51.

La SAP de Alicante, ponente SOLER PASCUAL,

¹Ver artículo en "Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, ISSN-e 1887-7001, Nº. 46, 2013, págs. 23-48.

23/10/2014, ROJ: A 3037/2014² cita como requisito reglamentario de elaborar y entregar un proyecto acorde al lugar del servicio previamente a la instalación del sistema.

Es importante destacar que se exige la formalización por escrito de los contratos sobre actividades de seguridad privada debiéndose comunicar a la Administración, en el plazo de tres días y previo a su inicio, (artículo 13 LSP 2014, art. 6 LSP 1992).

1.2 Naturaleza Jurídica Según El Tribunal Supremo:

Hay una única Sentencia del Tribunal Supremo que lo ha tratado, la del 21 de febrero de 2011, sección 1ª, Ponente Excmo. Sr. Gimeno-Bayón Cobos Roj: STS 1678/2011), en su fundamento de derecho décimo³ y otra *in fine* de 6 de mayo de 2002, ROJ 3161/2002 que trata el tema.

² Dice la sentencia en su FD 3º: “ Nos referimos al artículo 42-2 de la citada norma donde se dispone lo siguiente: « En los supuestos de instalación de medidas de seguridad obligatorias, en empresas o entidades privadas que carezcan de departamento de seguridad, o cuando tales empresas o entidades se vayan a conectar a centrales de alarmas: a) La instalación deberá ser precedida de la elaboración y entrega al usuario de un proyecto de instalación, con niveles de cobertura adecuados a las características Arquitectónicas del recinto y del riesgo a cubrir, de acuerdo con los criterios técnicos de la propia empresa instaladora y, eventualmente, los de la dependencia policial competente, todo ello con objeto de alcanzar el máximo grado posible de eficacia del sistema, de fiabilidad en la verificación de las alarmas, de colaboración del usuario, y de evitación de falsas alarmas. b) Una vez realizada la instalación, las empresas instaladoras efectuarán las comprobaciones necesarias para asegurarse de que se cumple su finalidad preventiva y protectora, y de que es conforme con el proyecto Contratado y con las disposiciones reguladoras de la materia, debiendo entregar a la entidad o establecimiento usuarios un certificado en el que conste el resultado positivo de las comprobaciones efectuadas «.

³ “72. Carente de regulación específica en nuestro ordenamiento, el arrendamiento de servicios de vigilancia y alarma debe calificarse como contrato de medios que exige del prestador del servicio desplegar la actividad estipulada con la diligencia propia de un profesional del sector en el que despliega su actividad - *lex artis ad hoc* -, pero no garantiza el resultado o fin perseguido por aquella prestación, pudiendo afirmarse en línea de principios que deviene imposible garantizar la seguridad absoluta de los bienes protegidos ante el posible despliegue de medios sofisticados y la constante evolución del estado de la técnica para la superación de las medidas de vigilancia y control. 73. En el caso objeto de decisión en virtud del contrato de arrendamiento de servicios de seguridad la empresa de alarmas se comprometía, no a evitar la posible comisión de robos en el inmueble protegido, pero sí a responder del normal funcionamiento del sistema que con carácter previo examinó y consideró apropiado para el fin perseguido -evitar la sustracción de mercancías de un elevado valor y fácil colocación en el mercado-...”

Sobre la naturaleza del contrato, también *in fine* de 5/06/2009 de la Audiencia Provincial de Valencia, S. 7ª; SAP de Madrid, S. 21 de 31/03/2009; SAP de Madrid, S. 9ª, de 20/10/2011; de la misma Audiencia y sección de fecha 11/03/2011; la SAP de Barcelona, S. 19ª, de 10/12/2015 (Roj: SAP B 13140/2015)⁴ que a su vez cita otra de la Audiencia Provincial de Madrid de 13/06/2013, S. 10ª (ROJ: SAP M 10415/2013), *in fine* de 29/01/2015⁵ “Efectivamente, como ya pusiera de manifiesto esta A.P. Sección 11ª, en Sentencia de 30/06/2011, Rollo 52/11, citando la de 29/04/2010, Recurso: 670/2009, y la dictada el 6/06/2007, Rollo 734/06, citando la *in fine* de la A.P. de Barcelona de 30/12/2004 , en caso similar naturaleza al aquí enjuiciado, [“...el contrato suscrito por las partes es un contrato de arrendamiento de servicios y no de obra, y ello en base a criterios doctrinales aceptados en jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 4.2.1950, entre otras)...”], y SAP de Asturias de 10 de octubre de 2014.

1.3 Obligaciones del contratante, arrendatario del servicio:

Las obligaciones del arrendatario o contratante del servicio básicamente son dos: 1) pagar el precio, tanto el convenido para la instalación del equipo o dispositivo de seguridad y alarma, como el de las cuotas periódicas por recibir la prestación del servicio; y 2) el cumplimiento de las revisiones preceptivas de los sistemas o medidas de seguridad obligatorias que tengan instalados, ex artículo 59.2 a) de la LSP 2014.

Además de esas obligaciones contractuales y legales, corresponden otras obligaciones al arrendatario del servicio de seguridad y alarma para que éste pueda ser prestado con efectividad, idoneidad y la debida diligencia por quien está obligado a ello: 1) Activar o conectar el aparato o dispositivo de alarma instalado⁶. 2) comunicar a la prestadora cualquier incidencia detectada que pueda alterar o disminuir el correcto funcionamiento del dispositivo, so pena de aplicarle culpa en concurrencia o exclusiva por ello en caso de robo o intrusión⁷. 3) Mantener conservado y en buen estado

⁴ Ver F.D. tercero: “En virtud de contrato de arrendamiento de servicios de seguridad concertado, JARC, se comprometía, no a evitar la posible comisión de robos, sino a responder del normal funcionamiento de un sistema de seguridad, consistente en una alarma de robo con conexión telefónica con la Central receptora de alarmas; con una finalidad esencialmente preventiva y protectora, por tanto, como se ha expuesto, el objeto está en la actividad, y en estos términos, son los únicos posibles para exigir una responsabilidad.”

⁵ Ver FD segundo, nº 2, Roj: SAP M 8343/2015.

⁶ SAP de León, S. 2ª, de 15/05/2014, ROJ LE 465/2014 y SAP M de 17/05/2013, sección 9. Roj: SAP M 8517/2013.

⁷ SAP Madrid, S. 12, del 12 febrero 2015, Roj: SAP M 2563/2015

de funcionamiento, libre de obstáculos que limiten su función. 4) También es exigible al arrendatario del servicio la correcta y completa declaración e información del riesgo y vulnerabilidad del inmueble o instalación que se pretende proteger⁸. 5) El arrendatario del servicio debe atender diligentemente los avisos y llamadas que reciba desde la CRA o dependencias de la empresa contratista, procurando tener actualizados sus números de teléfono y atendiendo las llamadas que reciba.⁹ Ver la SAP de Valencia de 18/12/2014, S. 6ª, Roj: SAP V 5646/2014.¹⁰

2.- Sujetos intervinientes.

Básicamente son dos, la empresa de seguridad que presta el servicio como arrendadora del mismo, y el cliente, ya sea particular o empresa, que contrata y arrienda el servicio de seguridad y alarma con conexión a central receptora de alarmas. Es posible en algunos casos observados en el estudio y análisis jurisprudencial, que la arrendadora subcontrate parte del servicio de seguridad, a su vez, con otra empresa de seguridad. O bien, en pocos casos del estudio, que el cliente sea propietario de los aparatos y dispositivos de seguridad y alarma, incumbiéndoles su mantenimiento y correcto funcionamiento, detectando y comunicando intrusiones a la empresa de seguridad, que se encargaría de

entonces de actuar conforme al protocolo legal y servicio contratado. Este podría ser el caso de una importante empresa de distribución farmacéutica con un almacén en una nave en un pueblo de Córdoba, disponiendo de un sistema de regulación y control de la temperatura del frigorífico donde se conservan los fármacos a temperatura estable, dicho sistema y el termostato de control es de propiedad e incumbencia de la arrendataria del servicio de alarma, dicho termostato es el que debe enviar una señal de alarma si se produce una oscilación de temperatura. El termostato se averió y se produjo una bajada de temperatura que provocó la congelación y pérdida de mercancía por cuantioso importe, la alarma no saltó para avisar de ese enfriamiento brusco del almacén por un mal funcionamiento de su termostato, no comunicó a la CRA dicha contingencia y se produjo el daño de la mercancía, no siendo la empresa receptora de alarmas la propietaria ni responsable del mantenimiento del termostato ni del resto de instalación y no quedando probado que el fallo de comunicación de la alerta se debiera a ellos, se revocó en la apelación la condena de la instancia al pago de 83.918 euros por no considerar la Audiencia responsable del fallo de alarma y comunicación a la empresa de seguridad¹¹.

A.- Empresa de seguridad privada. Como arrendadora del servicio de alarmas de seguridad solamente podrá ser una empresa de seguridad privada, que tienen la exclusividad para prestar el servicio, debiendo estar inscritas en el registro administrativo correspondiente, artículo 38.2 LSP 2014, y someterse a los requisitos generales y especiales que contiene la Ley de Seguridad Privada y su reglamento.

Las definiciones y conceptos figuran en la LSP 2014, El artículo 2.7 de define a la Empresa de seguridad privada. Las actividades de seguridad privada solo pueden prestarse por empresas de seguridad privada, artículo 5.2 de la LSP 2014. Continuando con el reiterado artículo 5 de la Ley de Seguridad Privada vigente, su número 3 autoriza previa autorización la constitución de centrales receptoras de alarma. Por extensión y analogía de lo que **ALONSO PÉREZ, Mª T.**¹² explica para la colegiación profesional, la autorización previa administrativa y la inscripción en el

⁸ Interesante en este punto la SAP de Palencia, S. 1, del 5 de octubre de 2015, en el caso de un robo el mismo día que se instala la alarma en una casa, donde el Juzgado de 1ª Instancia reconoce y condena al pago a la arrendadora de la totalidad de la reclamación cifrada 341.815 euros más intereses, la Audiencia mantiene el sentido del fallo y desestima los motivos de fondo de la apelación, considerando que existe responsabilidad, pero modera y rebaja el quantum indemnizatorio a 225.000 euros exactos (descuenta más que el valor de unos lingotes cuya preexistencia no considera probada), y al tener objetos y joyas de tan extraordinario valor, concluye que, debería haberlo comunicado a la empresa de seguridad para que hubiera previsto o al menos hubiera podido considerarlo, a la hora de diseñar e instalar el sistema, es llamativo que no se justifica el motivo de ese importe indemnizatorio concreto.

⁹ Ilustrativo de ello lo relatado en la SAP de Madrid, S. 12, de 12/02/2015, en la que consta grabación de conversación con cliente avisándole de la alarma y a pesar de ello optó por esperar a un segundo salto de alarma. La asegurada del robo del perjudicado reclamaba 20.140 euros y a pesar de la conducta pasiva de éste, le fueron reconocidos 6.844 euros en la instancia y confirmados en la apelación por fallos en el servicio e incumplimiento contractual de la arrendadora. Roj: SAP M 2563/2015, aplican la moderación del artículo 1103 CC.

¹⁰ pero que desestimó la demanda en la instancia y en la apelación, absolviendo a la empresa de seguridad y a su aseguradora de la RC al considerar probado que la alarma saltó sin tener contratado el servicio de ACUDA, ni depósito de llaves ni el aviso a los servicios policiales, se contactó con los responsables de la joyería y estos dejaron pasar varias horas hasta que decidieron que se avisara a la policía

¹¹ SAP de Madrid, S. 11, del 10/10/2014 Roj: SAP M 14306/2014

¹² ALONSO PÉREZ, Mª T. "El Arrendamiento de servicios", Cap. I del Tomo IV de "CONTRATOS civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias", director Yzquierdo Tolsada. Ed. Aranzadi 2014, pág. 88.



Registro administrativo correspondiente son presupuestos de legitimación para contratar. La autorización e inscripción administrativa determina que todos los que tienen tal condición se vean sometidos a una misma normativa profesional y el efecto de esta normativa sectorial adquiere relevancia en la configuración de cada uno de los requisitos esenciales del contrato. La citada autorización no puede entenderse como requisito de capacidad para contratar, porque no se trata de proteger a quien no ostenta la cualidad de autorizado, sino para con los que con él contratan. Se trataría de un presupuesto habilitante para la contratación de este tipo de servicios.

- ▣.- Arrendatario del servicio de alarma de seguridad. Los receptores o arrendatarios del servicio, o contratantes, pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas, ya sean actuando como particulares o como empresarios, que pueden ser receptores finales del servicio o que dicho servicio lo integren en su actividad o proceso productivo. Es importante distinguirlo, y así lo hace en ocasiones la jurisprudencia, cuando por la contratista se alegan ciertas cláusulas contractuales incorporadas al contrato habitualmente, que generalmente

suele ser de adhesión, que sirven para limitar (por ejemplo al coste anual del servicio x 10) o eximir de responsabilidad a la arrendadora en caso de negligencia suya por mal funcionamiento del equipo, incumplimiento contractual o prestación defectuosa.

Tras aprobarse la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, se redefine el concepto de consumidor y de usuario considerando como tales a “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, considerando también consumidores a “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Sin embargo, sigue habiendo sentencias que, por ejemplo, consideran consumidor a una gestoría porque el sistema de alarma instalado no se integra de manera directa ni indirecta en su actividad¹³.

¹³ Ver SAP de Alicante, S. 8ª de 03/07/2015, Roj: SAP A 1514/201, aplicándole la legislación protectora como consumidora de la LGDCU.

III.- Prestación defectuosa del servicio. carga de la prueba.

1.- Incumplimientos contractuales de la prestadora del servicio de seguridad y alarma.

De lo expuesto en los epígrafes previos se desprenden y explican las obligaciones que le competen a la contratista, conjunto de obligaciones, diligencia y compromisos que se fundamentan en los pactos contractuales, en los preceptos legales, en la realidad social y el desarrollo habitual en el tráfico empresarial e industrial de la época en la que se preste el servicio. Por ello, debe poner todo el interés y diligencia en la puesta a disposición del arrendatario de todos los medios y en la forma pactada o que se considere adecuado en consonancia con las circunstancias de la relación y las partes. La contratista puede hacer lo mismo o más de lo que le corresponde, pero nunca menos, porque sino incurrirá en incumplimiento o defectuosidad. La empresa contratista debe responder por sus actos culposos, ocurridos durante o con ocasión de la prestación del servicio. Evidentemente, se debe producir un daño, que generalmente en estos casos es solo patrimonial, deberá quedar probado el acto culposo que genera la responsabilidad, que exista nexo causal o relación de causalidad, y la cuantificación de dicho daño. Después profundizaremos en estos aspectos.

La conducta será culposa, negligente o sin la diligencia exigible, se revisará su actuación como profesionales especializados en la materia, conocedores de la técnica, expertos y con la pericia que se suponen en la actividad que desarrollan, ya que siendo profesional o empresario, le es exigible una diligencia superior que la de un buen padre de familia, conforme a lo previsible al constituirse la obligación (1.107 C.C.).

Obligación de diligencia cualificada: cuando nos referimos a servicios de carácter profesional el parámetro de comportamiento diligente se refleja en el concepto de buen profesional. El prestador del servicio debe seguir las reglas de la ciencia y la técnica que corresponda. En definitiva, el prestador del servicio debe prestarlo de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, es decir, a lo que, en esas circunstancias concretas, debe hacerse según los dictados de la especialidad para intentar obtener la satisfacción de interés del prestatario. La circunstancia de que la principal obligación el prestador del servicio en un arrendamiento de servicios sea la de aplicar las normas de su disciplina de

manera diligente tiene serias implicaciones y consecuencias en materia de responsabilidad por incumplimiento.¹⁴ De lo cual, si la empresa no cumple con dichas funciones o las que consten pactadas en el contrato o lo hace de manera defectuosa por su negligencia o la de sus dependientes, estaremos ante un caso de responsabilidad civil contractual de los artículos 1.101, 1.103, 1.104, 1.107 y 1903 del C.C., salvo que concurra causa de fuerza mayor, art. 1.105 C.C.

Sin ánimo de ser exhaustivo, sino enunciativo, en una relación de incumplimientos, ya que la casuística en muy amplia actualmente de estos contratos, relaciono los casos más típicos y habituales según la jurisprudencia consultada de los últimos seis ó 7 años:

.- Incorrecta o fallida instalación por motivos técnicos o defectos en los trabajos realizados para colocar el sistema de alarma en su conjunto. Cabe discutir si sería un contrato de servicios, o de obra, con obligación de resultado¹⁵.

.- Incorrecta o inadecuada instalación del sistema de alarma por un mal proyecto o diseño del mismo, errores en la ubicación, pocos dispositivos instalados, su mala calidad, no haberse dotado de otros dispositivos para proteger el lugar, omitir otros que se han manifestado útiles o necesarios (sensores antisísmicos¹⁶, para evitar butrones)¹⁷. Según se dice en la citada SAP de Madrid de 23/2/2015 “no se trata de instalar un adorno o unas luces donde indique el cliente”. O por no prever la arrendadora el uso de inhibidores, asequibles para cualquiera actualmente: “Los inhibidores de frecuencia se encuentran en el mercado libre desde 121€ (inhibidores.com), e incluso pueden ser de fabricación casera siguiendo los planos e instrucciones que pueden encontrarse fácilmente en Internet, y con la peculiaridad de que las señales de radio son las más fáciles de interferir dado que la banda de frecuencia de esos detectores es conocida. Dicho de otro modo hay

¹⁴ ALONSO PÉREZ, M^a T. “El Arrendamiento de servicios”, de “CONTRATOS...”, obra citada pág. 117.

¹⁵ SAP de Madrid del 10/02/2015, S. 21. Roj: SAP M 2174/2015, es imposible conectar la alarma, y la empresa de seguridad no lo soluciona de inmediato, produciéndose el robo esa noche.

¹⁶ SAP de Madrid, 28/03/2011, S. 10, TOL2.137.830, que condenó a empresa de seguridad al pago de la diferencia entre 1.796.940 euros y 916.080 euros, a los que se condenó al pago al asegurador del robo de la arrendataria del servicio, por no haber previsto el robo por butrón y la colocación de sensores sísmicos y la ubicación de los volumétricos, aparte de otros fallos en el sistema que no saltó.

¹⁷ SAP de Madrid, S. 21 del 29/3/2011 Roj: SAP M 3677/2011

incumplimiento por prestación absolutamente ineficaz, pues está al alcance de cualquiera eliminar la primera barrera de detención de intrusos y de activación de la alarma.”¹⁸

.- Fallos o nulo funcionamiento en la detección de intrusiones: de los detectores volumétricos, antisísmicos, de captación de imágenes, magnéticos, etc.

.- No salta la alarma, por lo que no se activa la cadena de avisos a CRA y sucesivos, a pesar de detectarse la intrusión.

.- Cuando se recibe aviso de alarma en la CRA pero no se actúa avisando al cliente, servicio “ACUDA” o a los servicios policiales para que se pueda verificar su veracidad.

.- Personación in situ del servicio ACUDA o de personal de la contratista pero no intervienen para comprobar la intrusión ó robo, ni verifican, o verifican poco, el estado del lugar a proteger, en casos en que los autores incluso puedan estar actuando in fraganti. □ no entrando al inmueble a pesar de contar con llaves de acceso depositadas por el cliente. O una vez personados y con sospechas de robo no avisar a nadie para su intervención¹⁹

.- En relación con el diseño y la instalación del sistema de alarma, no prever el posible uso de medios, ya sean burdos o sofisticados, para interrumpir las señales de alarma que se envían a la CRA y servicios policiales. En referencia a los cortes de cables de conexión o el uso de inhibidores de frecuencia, normalmente de radio²⁰

En la LSP 2014 se describen y relacionan a efectos punitivos los incumplimientos de obligaciones legales que pueden servir al actor para ayudar probar la existencia de un incumplimiento en el servicio y la graduación de su gravedad, sirviéndose de dicha norma que considera infracciones *muy graves*, las incluidas en las letras d), n) y p) del artículo 57.1 de la LSP 2014. Son Infracciones *graves* según el artículo 57.2 letras a), e), j) y n). Y por último, son calificadas como Infracciones *leves*, las del art. 57.3: a).

Cabe recordar la doctrina jurisprudencial relativa a que la presencia de una infracción

administrativa «per se» no es bastante para imponer el resarcimiento por vía de actuación culposa, toda vez que se precisa la inexcusable concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad (entre otras, STS de 15/04/1985 TOL1.736.617), y a que toda indemnización de daños y perjuicios requiere como elemento indispensable la imputabilidad al agente de las causas que pudieren producirlos (entre otras, STS de 20/02/1953).²¹

2.- Carga de la prueba

Corresponde al actor probar con certeza los hechos constitutivos en que fundamente su pretensión y por ende la del concreto acto culposo, ya sea negligencia, falta de diligencia o culpa, que haya sido el causante del incumplimiento contractual, de la ausencia de funcionamiento ya sea total o parcial, del sistema de seguridad de alarma, sus conexiones o sus avisos al CRA. En este punto, el actor cuenta con graves limitaciones en muchas ocasiones, debido a su ausencia de conocimientos técnicos, al estado en que ha quedado la central de alarma tras su sabotaje, cuando, por ejemplo, ha sido arrancada de cuajo y aplastada, y se le pide que indique con exactitud cual fue el fallo concreto. En ciertos casos, ni siquiera el informe pericial que acompaña a la demanda concreta con exactitud y certeza el origen del fallo de funcionamiento. En otros casos, las Audiencias, están trasladando la carga de la prueba de que todo funcionó correctamente a la demandada, como poseedora de los conocimientos técnicos e industriales del producto y del aparato objeto de controversia, y por tener a su alcance herramientas y tecnología que le permite mayor capacidad probatoria, siempre y cuando haya certidumbre sobre el hecho de que la alarma no saltó o no funcionó o no emitió el aviso de salto o intrusión a la CRA. Llevando a efecto el principio de facilidad probatoria recogido en el artículo 217.7 de la LEC y según doctrina jurisprudencial reiterada. Ver SAP de Madrid, S. 12ª, de 25/09/2014²², que considera mayor facilidad probatoria de las empresas de seguridad debido

²¹ De la STS 8/10/2001, Roj: STS 7635/2001, F.D. cuarto.

²² “Esta Sala ha señalado anteriormente (Sentencia de 27 de febrero de 2008) que en aquellos contratos en los que el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes contratantes implica la posesión de conocimientos técnicos, será dicha parte quien a su vez se ve obligada a determinar si las actuaciones que se realizan o los medios que se utilizan para el cumplimiento de sus obligaciones son idóneos para ello, ya que es dicha parte, poseedora de conocimientos específicos en la materia, la que puede y debe determinar, mediante la aplicación precisamente de dichos conocimientos técnicos, si dichos medios o actuaciones son aptos para cumplir su cometido.” Roj: SAP M 15314/2014

¹⁸ SAP de Madrid, de 14/05/2015, S. 14ª, Roj: SAP M 8075/2015.

¹⁹ SAP de Madrid de 17/05/2013, S. 13, Roj: SAP M 9300/2013, personado el vigilante de la empresa de seguridad tras saltar la alarma, aunque no poseía llaves de acceso no dio aviso a los servicios policiales.

²⁰ SAP de Barcelona, S. 1ª de 18/05/2015, Roj: SAP B 3949/2015

a sus conocimientos técnicos, y la SAP de Madrid, S. 14, del 19/12/2014, F.D quinto, o SAP de Asturias, Gijón, S. 7ª, del 10/10/2014 que cita otra de esa Audiencia misma del 12/02/2010²³. Siendo relevantes el fallo o incorrecto funcionamiento del dispositivo y la causa de ello, si el Tribunal considera que son dudosos, por lo tanto inciertos, debe desestimar la demanda con las consecuencias negativas para el actor, art. 217.1 LEC. Esencial es que el actor pruebe con certeza la *existencia de la relación contractual*, y el pago del precio. En este punto, cuando el actor sea usuario o consumidor, o así sea considerado, será importante alegar la existencia, en su caso, de cláusulas abusivas, por nulas, incorporadas al contrato de adhesión, por la contratista, aunque dicha nulidad pueda ser apreciada de oficio por el Tribunal. O bien, si es empresario o profesional, o podría tener esa condición, alegar la nulidad de todo lo que contenga el contrato que se pueda considerar abusivo o no se haya aceptado de manera expresa, al amparo del artículo 7, no incorporación, y 8, nulidad (si es contraria a la Ley), de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

IV.- La responsabilidad contractual de la empresa de seguridad:

Con carácter previo, parece interesante comentar las premisas y conclusiones de la SAP de Madrid, secc. 9, de 3 de noviembre de 2014, en la que se estima la apelación presentada por la aseguradora del perjudicado por el robo (mediante la subrogación del art. 43 LCS), tras haber visto desestimada su demanda en la instancia. Y aunque la sentencia de apelación considera que la alarma no tiene efecto impeditivo, sino disuasorio, del robo, estima la reclamación y condena a la indemnización total reclamada, descontando solamente los importes de daños que no considera probados o los escasos provocados para acceder al recinto controlado por la alarma, condenando a la arrendadora del servicio al pago de 66.264 euros. Este tipo de argumentos se reiteran en abundantes sentencias, pero en este caso concreto llama la atención que aunque solo se le considere un elemento disuasorio y que

aún en caso de funcionar correctamente no sea impeditivo del robo de bienes por terceros (los ladrones), la empresa de seguridad deba soportar la totalidad de la carga de la responsabilidad indemnizatoria si se demuestra que el sistema “disuasorio” que “no impeditivo” no funcionó por culpa suya.²⁴ Lo cual, opino que es *contradictorio* ya que *si funcionando bien el servicio de alarma no sirve para impedir la comisión del robo, su nulo o defectuoso funcionamiento no podría llevar aparejada la responsabilidad automática y por el total del importe de lo sustraído a cargo de la prestadora del servicio por su culpa mediando la autoría de terceros como responsables directos del robo*. Habría que cuantificar el valor de esa disuasión, que debería ser inferior al valor del todo.

A).- Cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. (Análisis de su validez, según el arrendatario tenga o no la condición de consumidor).

El uso mayoritario de contratos de adhesión entre las empresas de seguridad que concurren al mercado y los clientes que captan conlleva la redacción unilateral del contrato con sus cláusulas y condiciones por parte del empresario. Ante ello el cliente suscribe el contrato que se le pone a la firma, en el que solamente se modifican sus datos personales y las condiciones particulares del contrato. En muchas ocasiones, especialmente pienso, tras revisar numerosa jurisprudencia, en las empresas con gran cuota de mercado que incorporan a sus modelos de contratos cláusulas limitativas de su responsabilidad en caso de fallo del funcionamiento del sistema que comercializan. Esa limitación de indemnización suele estipularse unilateralmente en decuplicar el precio anual del servicio contratado, aunque existe recomendación en el sector de que sea un quintuplo.

En ese caso o en otros se usa un modelo de contrato que muchas sentencias critican y reprochan, llegando a declarar su nulidad, se

²³ Ver por todas la STS 13/05/2016, Ponente Excmo. Sr. PANTALEON, Roj: STS 2042/2016 “Los referidos principios permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación; pero la mera imposibilidad probatoria de un hecho no puede traducirse, sin más, en un desplazamiento de la carga de la prueba, pues ello requiere que sea factible para la parte a la que tal desplazamiento habría de perjudicar: así lo han declarado, entre otras, las Sentencias de esta Sala 949/2004, de 8 de octubre (Rec. 2651/1998), 133/2010, de 9 de marzo (Rec. 1988/2005), 859/2010, de 31 de diciembre (Rec. 1886/2006) y 400/2012, de 12 de junio (Rec. 703/2009).”

²⁴ ROJ SAP M 16820/2014, Ponente, Ilmo. Sr. Gordillo Alvarez Valdés, se reproduce parte del texto comentado: “*siendo cierto que la contratación de un sistema de alarma o seguridad solo tiene finalidad disuasoria y no puede impedir un robo o intrusión ilegítima, ello es así cuando el sistema ha funcionado y a pesar de ello se ha cometido la sustracción o daño, de tal forma que si la alarma no funciona, la demandada, salvo que pruebe una causa justificada, ha incumplido sus obligaciones o lo ha hecho negligentemente y ello determina, ex art. 1.101 C.Civil, el derecho de la perjudicada ...a exigir una indemnización por el daño derivado de ese incumplimiento (S. AP Madrid de 25.2.12). Es decir, si bien nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de servicios (S AP Madrid, de 11.3.2014) y si se demuestra que el sistema contratado no funcionó el no enviar las señales correspondientes a pesar de estar conectada, salvo que la compañía demuestre que no funcionó la alarma por causas a ella no imputables, responderá del daño.*”

coloca la cláusula dentro de hojas aparte, se introduce una aceptación genérica de todas las condiciones y cláusulas contractuales que suele ir en una esquina inferior de la hoja de firma de las condiciones particulares o de la domiciliación bancaria de recibos, separada del lugar de firma. Otras versan sobre la imposición al cliente de la carga de la prueba de una manera desproporcionada.

Todo esto es muy relevante puesto que si el contratante tiene la condición de consumidor o usuario y esa cláusula puede considerarse abusiva por los motivos del art. 82 y ss. del TRLGDCU 1/2007, cabe ser apreciada de oficio dicha nulidad por el tribunal que conozca del asunto previa audiencia de las partes, al amparo de la Directa 93/13/CEE y la doctrina jurisprudencial desarrollada por el TJUE y el T.S. en España ya que la empresa demandada suele alegarla siempre en su contestación y defensa. Dicho control de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas no se puede producir cuando el arrendatario es considerado empresario o profesional o actúa como tal, en este caso debe ser alegado.

Por otra parte, si la cláusula no se aceptó expresamente, se podrá determinar su no incorporación al contrato en virtud de lo previsto en el art. 7 de la LCGC 7/1998, y podrán declararse nulas, ya no solo para el caso de consumidor o usuario, sino en general si son contrarias a lo dispuesto en esa Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, art. 8 LCGC. Por ello, es menester que, si el perjudicado es o se puede considerar empresario, invoque la no incorporación y la nulidad de las cláusulas que considere nulas o abusivas, ya que el Juzgado no entrará de oficio si no se solicita en la demanda o reconvencción.²⁵

B).- Carga de la prueba del daño.

Debe probarse *la preexistencia y titularidad de los bienes o derechos dañados*, menoscabados, perdidos o sustraídos por los que se reclama, de

²⁵ SAP de La Coruña, S. 6ª en Santiago de Compostela, de 30/06/2015, Roj: SAP C 1889/2015, que no considera usuaria a la empresaria arrendataria a los efectos de especial protección legal y no le aplica la LGDCU para la nulidad de oficio pero si aplica el art. 7 LGDCU, no incorporación de la cláusula al contrato por no reunir requisitos. Cita otras muchas SAPS que si admiten limitación RC contractual, entre ellas SAP Granada S. 3, de 17/11/2014 nº 278/14. Sin embargo SAP de Madrid, de 8/07/2015 si aplica nulidad cláusula a empresa arrendataria por considerarla usuaria o consumidora.

cualquier manera que sea aceptada en Derecho y que al Juzgador corresponde valorar. La valoración de los daños, de los efectos o bienes sustraídos, conforme a un informe pericial, la mayor de las veces o aportando documentación justificativa de su precio o valor, que sea objetiva e imparcial²⁶. En el contrato de seguro contra daños, la descripción de los objetos robados en la póliza de seguro constituye una presunción favorable al asegurado, artículo 38.2º LCS, que puede usarse también a efectos probatorios en sede de reclamación de responsabilidad civil.

Igualmente se han de acreditar los daños materiales sufridos en el continente que se encontraran bajo la esfera de protección de la alarma, la jurisprudencia suele excluir, con acertado criterio los daños exteriores, en cierres, puertas o fachadas que no cuenten con dispositivos a su alcance de detección de intrusiones.

Si así lo alega la demandada, puede que se practique prueba para acreditar que no ha sido totalmente resarcido el arrendatario del servicio por su aseguradora como consecuencia del robo y a efectos de delimitar con justicia el objeto de la reclamación. Igualmente la aseguradora que se subroga en los derechos de su asegurado por la vía del artículo 43 LCS debe probar el pago de la indemnización que después reclama a la empresa de seguridad o su aseguradora.

Controversia sobre la indemnidad y el alcance de la indemnización: Como se ha dejado apuntado previamente existe cierta controversia en la doctrina, y cierta parte de la jurisprudencia de las Audiencias provinciales en aplicar la regla del TODO ó NADA, en los supuestos que se están tratando. Por aplicación del principio de indemnidad al perjudicado se le habría de resarcir para recuperar idéntica situación al momento inmediatamente anterior del hecho causante del daño. En la abrumadora mayoría de sentencias estudiadas, no se pone en relación la gravedad e intensidad del incumplimiento con el principio de indemnidad, ni se hace un juicio del curso causal, ni del hecho futuro incierto para saber cuáles habrían sido las consecuencias, dañosas, o no, si la alarma hubiera funcionado correctamente, y tal parece

²⁶ SAP de Pontevedra, Vigo, S. 6ª, 9/12/2014, Roj: SAP PO 2465/2014 que no considera probada la existencia de dinero en efectivo en caja fuerte supuestamente depositado hace meses en una nave de una empresa de neumáticos por terceros para constituir una presunta empresa de recaudatados

que la empresa de seguridad terminara siendo una aseguradora del robo, con la desventaja de que para ella no operarían limitaciones de sumas o capitales asegurados como en las pólizas de seguro al uso.

Una vez que se produzca uno de los eventos indicados u otros similares acñacables a la contratista de alarma, se devenga el derecho del arrendatario a ser indemnizado, siempre y cuando se produzca la existencia de un daño demostrado, esté cuantificado, exista relación de causalidad entre el incumplimiento contractual y la producción del daño y no se trate de caso fortuito (1.105 C.C.). Precepto básico en este aspecto es el artículo 1.101 del C.C. al producirse los daños y perjuicios mediando negligencia o morosidad en el ámbito del cumplimiento de una obligación derivada de contrato, Vid. Cita²⁷ no se contempla la aplicación del art. 1102 ya que solo se entiende como procedente de culpa o negligencia el origen del daño causado al perjudicado, en este caso, el contratante o arrendatario de los servicios de vigilancia y alarma, como propietario o titular de un derecho real sobre los bienes dañados. La responsable será la entidad arrendadora de esos servicios, siempre que se cumplan los requisitos para su materialización. En estos supuestos el precepto citado se aplica y refiere con intensidad por la jurisprudencia junto al artículo 1104 CC.

El artículo 1.107 del CC contempla la responsabilidad del deudor de buena fe por los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. Este precepto legal, junto a los artículos del CC citados y el 1.104, nos proporcionan el soporte legal básico para articular y desarrollar una reclamación de responsabilidad civil contra la contratista que no cumpliera con lo pactado produciéndose daños y perjuicios en el patrimonio del arrendatario. Cuestión aparte, es si procede la indemnización por el total del daño o se tendría que moderar o graduar la indemnización por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades como plantea **PASQUAU LIAÑO, M.**²⁸

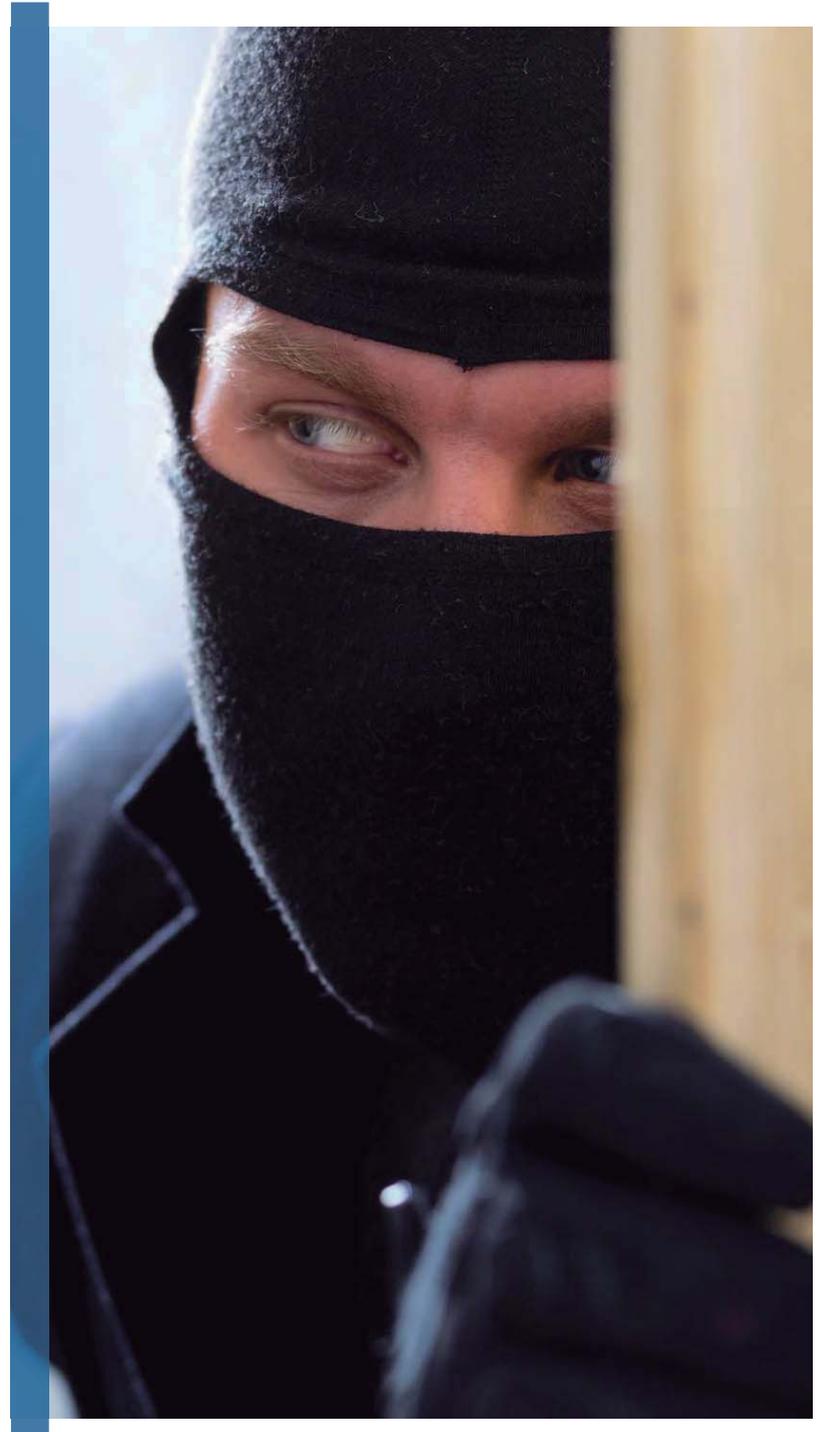
²⁷ Análisis y estudio del precepto por ASUA GONZÁLEZ, C. en "Comentarios al C.C" T. VI, Director BERCOVITZ RGUEZ-CANO, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, págs. 8059-8071

²⁸ PASQUAU LIAÑO, M., En "Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidades", en Manual Daño, Responsabilidad y Seguro, Director Herrador Guardia, M.J., Ed. F. Lefebvre 2016, epígrafes §6 y §23.

C).- Nexos de causalidad entre el defecto en la prestación del servicio y el daño finalmente sufrido:

1. La concurrencia de culpas.

Concurrencia de culpas, no es descartable esta posibilidad basada en negligencia o falta de diligencia del arrendatario, y de hecho en ciertas sentencias de Audiencias Provinciales se contempla, ya sea para rechazar el argumento de oposición o defensa de la parte demandada o bien porque tras la vista y análisis de los hechos



considere que existió concurrencia de culpas del arrendatario de servicios al no haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia, que es la que entiendo exigible, art. 1.104.2º CC, ya sea en la protección de sus propios bienes como en sus relaciones con la arrendadora como al no atender los avisos y comunicaciones ésta. Es habitual que la demandada efectúe este alegato en su defensa, pero como tal, no ha de surtir efectividad y ser estimado por los Tribunales si no se prueba cumplidamente como hecho extintivo o impeditivo de lo que se alega en su contra (art. 217.3 LEC).

En la SAP de Madrid, de 5/10/2015, S. 18ª, sin embargo se rechaza ese argumento esgrimido en la primera instancia y estimado por el Juzgado *a quo* para moderar la indemnización, no lo considera válido como fundamento de la moderación de la indemnización aplicada para reducirla un 50%, y lo sustituye por otro razonamiento para basar su fallo aplicando, no obstante, el mismo porcentaje reductor de la indemnización que aplicó el Juzgado, cuando menos es llamativa la decisión y donde se apoya.

En la SAP de Baleares S. 5ª, Palma de Mallorca, en la que los perjudicados reclaman en la instancia un total de 104.695 euros de principal a la empresa de seguridad, desestimándoles la demanda en la instancia y estimándoles parcialmente la apelación que solo les reconoce el derecho al 30% a cargo de la demandada debido a la grave falta de diligencia de los actores que ocultaron a la prestadora la tenencia de objetos y joyas de gran valor, no tenían seguro del robo que las cubriera, no las tenían guardadas en caja de seguridad si no en “cajas de zapatos” y además en habitaciones donde no había detectores de intrusión ni otros dispositivos para la alarma, calificándolo de grave irresponsabilidad.²⁹

2. La moderación ex art. 1103 CC.³⁰

De la facultad moderadora judicial en caso de daños causados negligentemente, existe consenso sobre que tal facultad no se proyecta sobre la determinación de responsabilidad sino sobre la extensión de la misma.³¹ O pocas veces la parte demandada alega este precepto, unas veces con alegación de hechos impeditivos o extintivos de los hechos culposos

²⁹ En extracto de la SAP de IB, ROJ SAP IB 1250/2014: *La falta de diligencia imputable a los demandantes viene determinada por no declarar el contenido y el valor en cada una de las zonas (f. 53 de autos), ni indicar los puntos de acceso más practicables, ni solicitar protección específica para las habitaciones donde se hallaban los objetos de valor y en dormitorio y zonas de paso; que imprudentemente habían depositado joyas en una caja “de zapatos”, colocada en el dormitorio de invitados, fácilmente accesible y con salida al exterior, y/o en la única habitación sin sensor; que, chocantemente, no tuvieron caja fuerte; que no hubieron contratado seguro para las joyas y objetos de valor; que sólo contrataron una central y 8 zonas (sensores 1er piso, salón, dormitorio planta baja, entrada, dormitorio piscina, comedor, despacho y cocina). Resulta chocante y sorprendente que los actores tuvieran el dinero, las joyas y los objetos de valor en una habitación sin protección y dentro de “cajas de zapatos”, lo cual constituye una gran irresponsabilidad por su parte.*

³⁰ Análisis y estudio del precepto por ASUA GONZÁLEZ, C. en “Comentarios al C.C” obra ya citada.

³¹ Vid. ASUA GONZÁLEZ, C. en Op. Cit., pág. 8079 y 8080.



que se les imputa, achacables al arrendatario, y otras veces simplemente basándose en otros argumentos³². Dichos argumentos, que se confunden y se mezclan en dichos alegatos, con el daño moral y la pérdida de oportunidades, en otras ocasiones se apoyan defendiendo que aunque la alarma hubiera funcionado correctamente el robo se hubiera producido de todos modos, que el sistema de alarma no es un elemento impeditivo de los robos y de sus consecuencias dañosas, sino que su finalidad es disuasoria y preventiva, SAP de Madrid, S. 8ª, de 21/12/2011 y SAP de Madrid, S. 21, de 31/05/2011 que dice que la instalación de la alarma *no tiene como finalidad impedir la comisión de un delito de robo, sino ser un elemento disuasorio* (dicha afirmación es en cierto modo “alarmante”), Por eso, teniendo en cuenta esa premisa, no cabría indemnizarlo todo, sino solo una parte, reduciendo el todo en el grado o porcentaje en que se estime que el correcto funcionamiento de la alarma sirva para aminorar o reducir las consecuencias del delito. Hay que decir que este alegato defensivo no lo he encontrado reproducido en muchas sentencias de las Audiencias de todas las estudiadas, se hace de forma alternativa o subsidiaria a otros alegatos de defensa dirigidos a reducir la cuantía de la indemnización (concurrencia de culpas, pérdida de oportunidades, pagar el daño moral...) no se suele oponer de manera única, y se introduce siempre tras negar los hechos constitutivos de la negligencia o incumplimiento contractual. La estrategia procesal de la defensa de las empresas de seguridad se basa en negar y oponerse a la “acusación” de negligencia o falta de cumplimiento, sin perjuicio de que puedan existir otros casos fugitivos a mi estudio, por lo que he podido constatar. En ningún caso de las más de cien sentencias de las Audiencias estudiadas he advertido que la defensa de las arrendadoras del servicio, reconozca su falta de cumplimiento y base su defensa solamente en cualquier método para reducir la indemnización de los que se admiten en nuestro ordenamiento jurídico. Existiendo distintas opciones para armar la defensa: 1) que se estudie la gravedad de la negligencia, no se debiéndose penalizar una leve igual que una grave; 2) Proponiendo aplicar un estudio estadístico de probabilidades

³² “A los fines de hacer uso de la facultad moderadora que contempla el invocado en el escrito de contestación artículo 1103 del CC, hay que atender a la previsibilidad o no del perjuicio, valorando en qué medida es o no consecuencia del declarado incumplimiento contractual (SSTS de 6 de mayo de 2002, 20 de abril de 2011 y 19 de febrero de 2014).” F.D. 4ª SAP Barcelona, 107/2016 de 13 de abril

del éxito policial en caso de funcionamiento de alarmas; 3) Solicitando que se indemnice el daño moral y no la pérdida material; 4) o por que se estime conveniente aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidades de evitar en todo o en parte los daños al perjudicado. También es cierto que cuando lo han alegado, aunque sea de manera acumulada con el resto de sus excepciones y oposiciones, poco o ningún éxito procesal han tenido. Son escasísimas las estimaciones judiciales de tales alegatos y en la gran mayoría de los casos cuando se consideran probados los hechos que sustentan el incumplimiento contractual se condena al pago íntegro de la indemnización, excluyendo solamente los daños eñternos a la vivienda o local que se encuentren fuera del campo de actuación del sistema de alarma.³³

Hay otros casos en que se aplica la moderación ex art. 1103 CC, condenando al pago a tanto alzado de una cantidad fija, sin que aparezca suficiente motivación ni el criterio en que se basa, como en la SAP de Madrid de 30/07/2014, secc. 20.

3.- La aplicabilidad de la figura de la pérdida de oportunidades como modo de moderar la responsabilidad por el daño final

3.1. Aproximación al concepto, definición y elementos por la doctrina y la jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidades.

Según **SEOANE SPIEGELBERG**³⁴ esta doctrina, mitigadora, de las exigencias del “onus probandi” nace con la finalidad de solventar las dificultades probatorias que la víctima sufre en la acreditación del nexo causal [el autor cita la STS DEL 8/02/2000, EDJ 2107 para glosar la exigencia jurisprudencial para el actor de la carga de la prueba del nexo causal]. Se gesta a finales del S. XIX y principios del XX en Inglaterra y Francia expandiéndose por otros ordenamientos jurídicos que terminan por acogerla. Hoy en día tiene reflejo en el art. 7.4.3 de los Principios UNIDROIT, en el art. 163 Parte General del Código Europeo de Contratos, así como en el art. 3:106 de los Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil. la mentada doctrina parte de la imperfección del conocimiento humano que carece del atributo de la certeza. No podemos jugar a ser dioses, como escribía Dworkin, debiendo

³³ SAP de Madrid, S. 11ª, de 19/02/2016, Roj: SAP M1764/2016; SAP de Madrid, S. 12ª de 27/11/2014, SAP de Madrid, S. 11ª de 29/06/2015; SAP Barcelona 13/04/2016, S. 16ª, Roj: SAP B 3558/2016.

³⁴ SEOANE SPIEGELBERG, “Justificación de la responsabilidad civil ante los Tribunales: la carga de la prueba”, Ponencias XII Congreso nacional Asoc. E. de abogados especializados en RCS, Coord. López y Gª de la Serrana, J. y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012.

los humanos ser conscientes de nuestras propias limitaciones. Podemos exclusivamente movernos en términos de probabilidad, y precisamente sobre tal concepto se construye la doctrina de la pérdida de oportunidad o de *la chance*, que opera como verdadero remedio ante la *incertidumbre causal*. Siendo realmente pretencioso afirmar que el proceso opera como paliativo del radical principio del todo o la nada a la hora de determinar la relación causal entre un hecho y un resultado acaecido”

Uno de los autores que más han escrito y desarrollado doctrinalmente esta construcción jurídica ha sido **MEDINA ALCOZ, LUIS**: “*la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la oportunidad perdida*”³⁵. “La exigencia de la incertidumbre causal encierra así una serie de criterios que permiten restringir en alguna medida el ámbito de aplicación de la teoría de la *chance*. 1) No se aplica cuando la probabilidad es nula, escasa o insignificante, pues puede descartarse con práctica seguridad que haya nexos causales, sin que, por tanto, la víctima tenga derecho a indemnización. Tampoco cuando esa probabilidad es alta o suficiente, pues puede tenerse por cierto el lazo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total⁶⁶. 2) Del mismo modo, la doctrina no resulta aplicable a supuestos en que el daño cuya conexión causal es sólo posible aún no se ha materializado ni a los casos en que acontecimientos venideros pueden razonablemente propiciar su reparación. 3) No se maneja tampoco, en fin, cuando el perjudicado ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.”³⁶

Si se alza en ese tipo de caso el umbral probatorio al grado de certeza, una reclamación de tal clase no prosperaría, que es lo que pretende evitar esta doctrina expuesta, acogida por una moderna jurisprudencia, que ha superado otra línea jurisprudencial, ya desfasada, como la expresada en la STS

11/11/1997³⁷, que consideraba “totalmente imposible saber sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de la conjeturas cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por no personación del procurador demandado) recursos de apelación.” Por lo que la indemnización ha de centrarse en la probabilidad, no en el daño real sufrido, lo que exige un esfuerzo delimitador con incidencia en el concreto monto indemnizatorio con explicitación razonada.³⁸

Según **MEDINA ALCOZ, L.**, la incertidumbre causal ha de ser intrínseca³⁹. Y para **FEMENÍA LÓPEZ**⁴⁰, en la pérdida de oportunidades son necesarios unos requisitos:

a).-La certeza de la pérdida de oportunidad, ya que ésta constituye el daño indemnizable;

b) Que la pérdida de oportunidad impida la realización de un acontecimiento futuro potencialmente beneficioso para el perjudicado, siendo esta probabilidad la que sirva para determinar el monto de la cuantía indemnizatoria. Algunos autores lo clasifican como un “daño futuro cierto”;

c) La falta de certidumbre acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado, como pone de manifiesto **MEDINA CRESPO**⁴¹, en la pérdida de oportunidades se parte de un hecho incierto (el perjuicio consistente en la pérdida de ganancia a la que

³⁷ ROJ STS 6739/1997

³⁸ SEOANE SPIEGELBERG, op. Cit. Pág. 285

³⁹ MEDINA ALCOZ, L. Se aplica así en supuestos de falta de prueba del nexo causal, cuando el perjudicado, después de agotar los recursos que tenía a su disposición, sólo consigue demostrar que las posibilidades de consecución de una ventaja habrían sido serias y reales de no haber intervenido el hecho ilícito. La incertidumbre causal extrínseca se produce cuando el perjudicado o interesado en probar el nexo causal ha dejado de emplear los medios probatorios que, estando a su alcance, habrían podido articular un juicio (más) seguro en torno a la existencia del lazo causal.. “La Teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado”, Thomson Civitas, 2007, pág. 99.

⁴⁰ FEMENÍA LÓPEZ, P.J., “La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades”, Derecho de Daños, Coord. Herrador Guardia, SEPIN 2011, págs. 448 y 450.

⁴¹ MEDINA CRESPO, M., en La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia. T. III. Vol. II. Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales de lege ferenda, cit. P. 169.

³⁵ “La doctrina de la pérdida de oportunidad se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice ” MEDINA ALCOZ, L., “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidad” Revista de la Asoc. Española de Abogados Especializados en R.C.S., nº 30, 2º T 2009, pág. 47-48

³⁶ MEDINA ALCOZ, L., Op. Cit. 1 Págs. 46 y 47.

se aspiraba) aunque existe la certidumbre de su posibilidad y, por tanto, la certidumbre de su frustración, que constituye propiamente un daño (perjuicio resarcible); *d*) La culpa del demandado; *e*) La relación de causalidad entre el hecho culpable y la pérdida de oportunidad sufrida. La doctrina de la oportunidad perdida supone una alternativa a la teoría general de la causalidad ya que ésta obliga a que el peso de la incertidumbre recaiga sobre un solo sujeto: el agente dañoso cuando se rebaja el estándar ordinario de prueba ante las dificultades que plantea la misma, para afirmar un nexo causal dudoso y ordenar la reparación total del daño padecido; o sobre la víctima cuando se mantiene el estándar ordinario de prueba, liberándose de toda responsabilidad al agente (posiblemente dañoso). Se opta por la regla del TODO o NADA⁴². Con el matiz de que en la doctrina de la pérdida de oportunidades se distribuye el peso de esa incertidumbre entre las dos partes implicadas: el agente responde sólo en proporción a la medida en que fuera autor del menoscabo, de tal forma que se brinda una solución equilibrada en la que, por un lado, se evita que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias y, por otro no se le obliga a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado.⁴³ *f*) Para que la oportunidad sea susceptible de reparación, ella debe cubrir un interés actual del reclamante, y “debe exigirse que la víctima se encuentre en situación fáctica o jurídica para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso...”. Estos son los requisitos recopilados por **FEMENÍA LÓPEZ**, como se la referido.

Por último, **GASCÓN ABELLÁN, M.** define la Teoría de la Pérdida de oportunidades.⁴⁴ Como acertadamente indica **PASQUAU LIAÑO**, sobre esta doctrina y la solución dada por el

⁴² PASQUAU LIAÑO, M. “Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos...”, Ponencias XII Congreso nacional Asoc. E. de abogados especializados en RCS, Coord. J. L. y G^a de la Serrana y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012, págs. 218 y ss.

⁴³ MEDINA ALCOZ, L., Op. Cit. 1, pág. 32

⁴⁴ “... La Teoría de la oportunidad perdida (TOP) puede caracterizarse sin esfuerzo del siguiente modo: *como un remedio normativo para casos de incertidumbre, que incide sobre la prueba del nexo causal estableciendo una presunción iuris tantum que goza de fundamento empírico serio, y por tanto, facilitando la prueba (a la parte perjudicada) y rebajando el estándar de prueba. La TOP, por último, es también un criterio de cálculo de la indemnización.*” En: Prueba de la causalidad en pleitos de daños y “pérdida de oportunidad”. Derecho de Daños, Coord. Herrador Guardia, SEPIN 2011, págs. 213-214

en su sentencia de 16 de enero de 2012⁴⁵ (por omisión de información al paciente antes de someterse a una intervención quirúrgica de un riesgo inherente a dicha intervención, estadísticamente inferior al 0,4% y tras una buena praxis profesional conforme a la *lex artis*, el paciente sufrió gravísimas secuelas al producirse el hecho asociado al riesgo del que no recibió información) gravitan varios elementos típicos de la responsabilidad civil⁴⁶.

3.2.- Aspectos que permitirían su toma en consideración por los tribunales.

En primer lugar, reseñar que esta cuestión o problemática ya ha sido planteada expresamente por el Catedrático y Magistrado **PASQUAU LIAÑO**⁴⁷ y que en gran medida ha servido de fuente inspiradora esencial del presente trabajo. Una vez sentados y admitidos los requisitos y caracteres que definen la doctrina de la pérdida de oportunidades, haciendo repaso de ellos aplicados al caso concreto de un incumplimiento de prestación de servicios de alarma de seguridad, analicemos si sería posible al menos su toma en consideración a la hora de resolver este tipo de asuntos.

a.- *Certeza de la pérdida de oportunidad:* se cumpliría, si se prueba el incumplimiento contractual por el negligente funcionamiento o nulo funcionamiento del sistema de alarma. Se pierde la oportunidad de evitar o aminorar las consecuencias dañosas del hecho o delictivo, de obtener elementos probatorios (captación de imágenes) para la identificación y persecución de los autores materiales y con ello recuperar los objetos sustraídos, de capturar a los autores in fraganti o iniciar su persecución inmediata, etc.

b.- *La pérdida de oportunidad impide la realización de un acontecimiento futuro potencialmente beneficioso para el perjudicado,* como es la de disfrutar pacíficamente de su propiedad y/o posesión, sin verse privado o

⁴⁵ ROJ: STS 2215/2009.

⁴⁶ “[... las razones para cargar la responsabilidad a una persona (criterio de imputación), el propio concepto de daño, y la apreciación del nexo de causalidad en los supuestos de juicios causales hipotéticos...]” en “Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos...”, Ponencias XII Congreso nacional Asoc. E. de abogados especializados en RCS, Coord. J. L. y G^a de la Serrana y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012, págs. 181 y ss.

⁴⁷ “Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidades”, en Manual Daño, Responsabilidad y Seguro, Director Herrador Guardia, M.J., Ed. Lefebvre 2016, epígrafes §6 *Alarmas que no funcionan* y §23.

menoscabado en su patrimonio económico o personal, si sufrió lesiones en el robo. Existe certidumbre de su posibilidad, antes lo tenía.

c.- *La falta de certidumbre acerca de la consecución del resultado perseguido o esperado.* Es un hecho futuro, y como tal incierto, el que habría sucedido de haberse prestado el servicio conforme a lo pactado y exigible. No hay certeza sobre la evitación, disuasión del robo o minoración o inexistencia de consecuencias dañosas, y en qué grado.

d.- *Culpa del demandado,* negligencia o falta de la diligencia que le es exigible, fallos en el sistema o dispositivo de alarma, aunque los autores materiales de los hechos sean otros, la culpa vendría determinada por la acción u omisión que produce el incumplimiento contractual en su obligación de medios, en su prestación del servicio.

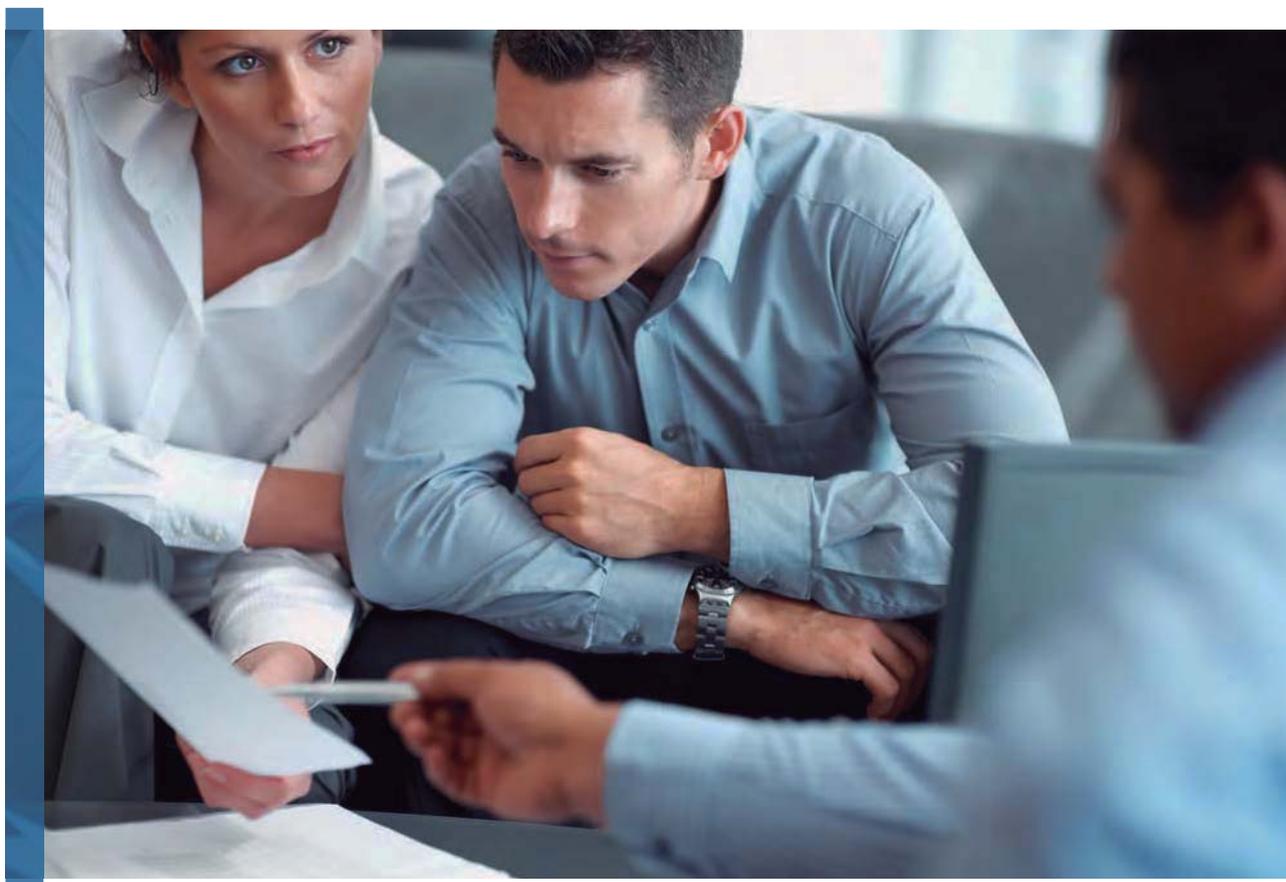
e.- *La relación de causalidad entre el hecho culpable y la pérdida de oportunidad sufrida.* La circunstancia de no funcionar el sistema de alarma o su protocolo de funcionamiento como debiera determina la pérdida de oportunidad de que el sistema cumpla con sus finalidades y objetivos: impeditivos, disuasorios, de evitación,

de obtención de elementos probatorios para la persecución de los autores materiales del delito. Haciendo una salvedad que sería si el sistema fuera total y absolutamente inidóneo para la finalidad perseguida de prestar el servicio que se ha descrito en este trabajo, es decir, el incumplimiento contractual ha de ser calificado, al menos, como *factor coadyuvante* causalmente, pues si se lograra probar con certeza que era un sistema de seguridad completamente inidóneo para evitar los hechos dañosos, seguramente sería defendible que, al no existir ningún sustrato causal, no podría fundamentarse responsabilidad por el robo.⁴⁸

f.- *La oportunidad debe cubrir un interés actual del reclamante,* es decir, que la víctima esté en situación fáctica ó jurídica para aspirar a la obtención de esas ventajas al momento del evento dañoso. Es evidente en el caso de estudio que la víctima tenía un patrimonio del cual se ha visto privado o perjudicado. Se le ha privado de la oportunidad de no sufrir una pérdida o daño. Estaba en situación de mantener su patrimonio.

En su demanda, en este tipo de casos

⁴⁸ PASQUAU LIAÑO, vid. Op. Cit. "Una valoración crítica de la aplicación..." 2016 §6



al actor se le debería exigir, en opinión del autor de este trabajo, además del resto de la carga probatoria relacionada con la reclamación de responsabilidad (relación contractual, negligencia, preexistencia, valoración, etc.) respecto a la relación de causalidad, probar con certeza que el funcionamiento correcto de la alarma o que el cumplimiento exacto del contrato ▯abría disminuido notablemente el daño o lo habría evitado en un alto porcentaje, si fuera superior al 75-80% para ser indemnizado por la totalidad del daño⁴⁹. ▯ratándose de un hecho futurible si la probabilidad de producirse la frustración del robo se estima entre el 25% (otros autores rebajan al 15% el límite inferior para desestimar totalmente la demanda) y el 75-80% (por encima sería un escenario de reconocimiento total del quantum indemnizatorio), habría que aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad como se ha descrito previamente, y no el todo o nada.⁵⁰

g.- La jurisprudencia mayoritaria de la Audiencias Provinciales, la rechazan en reclamaciones por falta de cumplimiento de servicios de alarmas de seguridad. Escasas sentencias que sí la tienen en cuenta y la aplican a estos casos. La SAP de Alicante, de 2 de octubre de 2014, ROJ: SAP A 3009/2014, ponente Ilmo. Sr. Soler Pascual, que tras sufrir dos intrusiones sucesivas un mismo local con alarma instalada, no funcionando en ninguna ocasión, considera aplicable la doctrina de oportunidades, si se me permite, *sui generis*, puesto que concede el 100% de lo solicitado, por lo que se puede deducir que estimó que la probabilidad estadística de evitar el robo sería superior al 75-80%, y por ello quizás hubiera sido deseable descartar dicha doctrina y aplicar la teoría general de la causalidad para fundamentar la sentencia, en la que solo se aplica una minoración del 50% sobre el importe de

los daños en el continente producidos en la primera intrusión⁵¹.

Otra sentencia del mismo ponente, SOLER PASCUAL, ROJ: SAP A 3037/2014⁵² por la falta de funcionamiento de una alarma de un taller que permitió al ladrón acceder a la sala donde estaba la central y desconectarla sin que el dispositivo avisara a la CRA de tal contingencia y que se resuelve de forma idéntica a la anterior, considerando que hay

⁵¹ "F.D. CUARTO.- Pues bien, como el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración en la identificación de una alerta de seguridad, el carácter instrumental que tiene el conocimiento del hecho al tiempo en que se produce determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades). El daño por pérdida de oportunidades en un caso como el que nos ocupa, es sólo relativamente hipotético y debe dar lugar a indemnización porque hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. En efecto, la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional y la falta de identificación de la alarma producida en las instalaciones de su cliente. Siendo así, la conclusión que alcanzamos es que la negligencia de la empresa supuso la pérdida de la oportunidad de frustrar el hecho delictivo en la primera de las intrusiones, e íntegramente en la segunda y, desde luego, de la posibilidad de la detención de los responsable en el acto, lo que entendemos implica que la responsabilidad patrimonial de la empresa de seguridad es por el total del hecho con la sola excepción del daño causado para la primera de las intrusiones. Debe por tanto condenarse a la demandada a asumir el coste de los daños y pérdidas padecidos por el cliente en los términos que fueron abonados por la aseguradora que con su conducta dejó constancia de la realidad del daño, de la preexistencia de los objetos sustraídos y de la titularidad del asegurado de los mismos, con la única excepción del importe de 716,28 euros -la mitad de la tasación por daños y pérdidas del continente-, correspondiente a los daños de la primera de las intrusiones."

⁵² Vid. F.D. quinto: "... Por tanto hemos entendido que si hay un fallo en dichos objetivos, que son medios respecto de la intrusión, hay una co-causalidad en la producción de los daños pues cabe la hipótesis del menor resultado en atención a la inmediata comunicación policial. Lo que hay como consecuencia del fallo del sistema, no es otra cosa que una pérdida de oportunidad de evitar el delito, tanto más de disminuir el daño y, finalmente, de identificar y detener en su caso, a los autores de los hechos. /..." y en párrafos posteriores extracto: "...Siendo así, la conclusión que alcanzamos es que la negligencia de la empresa supuso la pérdida de la oportunidad de frustrar el hecho delictivo y, desde luego, de la posibilidad de la detención de los responsables en el acto, lo que entendemos implica que la responsabilidad patrimonial de la empresa de seguridad es por el total del hecho con la sola excepción de del daño causado para la intrusión inicial en el establecimiento. /..."

⁴⁹ Vid. SAP Barcelona, 5/12/2014, sobre el cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito a cargo de la demandante en una reclamación de pérdida de oportunidad procesal. (Gonquis SL contra procurador).

⁵⁰ Vid. PASQUAU LIAÑO, op. Cit. "Una valoración crítica de la aplicación..., conclusión I.

pérdida de oportunidad por reunirse los requisitos doctrinales pero sin embargo a la hora de indemnizar lo hace por el total, descontando solo los gastos de daños a elementos fuera de control de la alarma. Lo cual es contradictorio con la esencia y finalidad de la doctrina en cuanto a ser un método de cálculo probabilístico de la indemnización, cuando no existe una certidumbre causal total sobre los daños, o superior a un 75-80%, puesto que entonces según los principios de la doctrina, se debe aplicar la teoría general de causalidad, el TODO o NADA. En estas dos sentencias existe una interpretación parcial de la doctrina, ya que reconoce el fundamento o premisa de aplicabilidad pero no la correspondiente técnica del cálculo estadístico o probabilístico que lleva necesariamente asociado.

Jurisprudencia de interés, donde aparece, aunque solo sea nombrada, la DPO: Algo similar a la pérdida de oportunidades, pero sin justificarlo o motivarlo, en la SAP De Burgos, S.ª de 15/07/2014. La SAP de Córdoba nº 227/2013, S. 1ª de 20/12/2013, que la aplica en la instancia pero estiman la apelación de la empresa de seguridad y revocan la aplicación del 15% a la indemnización reclamada que se concedió en la instancia.

La de Madrid, S. 10ª, de 13/06/2013 que cita de soslayo la doctrina sin aplicarla. SAP de Madrid, S. 8ª, de 21/12/2011, la apelada alega subsidiariamente que, en todo caso, se apreciaría una pérdida de oportunidad, la Audiencia obvia y omite comentarlo.

Otra curiosa, si se me permite, es la de Madrid, de 31/05/2011, S. 21, en la que la demandada apelada alega (F.D. 1º párrafo 4º) que en caso de aceptarse la RC solo sería por daño moral o por pérdida de oportunidad, confundiendo los dos conceptos, la sentencia descarta el daño moral por no haberse solicitado, justicia rogada, y calla sobre la DPO.

En otra sentencia de Madrid, S. 10ª, del 13/06/2013, FD 11º, resuelve sobre la defensa subsidiaria basada en aplicar la pérdida de oportunidad, planteada por la demandada, no se atiende porque la alarma no funcionó y porque *son hipótesis y conjeturas* (como incertidumbre sobre futuribles) sobre lo sucedido si hubiera funcionado.

En las SAP de Madrid, S. 12, del 27/11/2014, se revoca y reprocha la aplicación de la moderación ex art. 1103 que hizo el juzgador de instancia, que adujo que no concurría culpa grave en la actuación de la demandada para apoyarlo y en el F.D. quinto, apartado 7º desecha cualquier viso de aplicar cualquier doctrina o fundamentación que atenúe el total importe de los daños y sustracciones como monto indemnizatoria acudiendo a la previsibilidad (¿no se trataría de un hecho futurible o incierto?) de los daños causados⁵³.

D.- Prescripción de la acción.

Tratándose de responsabilidad civil contractual y al amparo de lo previsto en el artículo 1.964 C.C. el plazo actual para ejercitar la acción es de cinco años, en vigor desde el 7 de octubre de 2015 merced a la modificación operada por la D.F. Primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LEC. Asimismo, se aclara que el cómputo de este plazo de prescripción empieza a computarse desde el momento en que se pudiera exigir el cumplimiento de la obligación incumplida y que, en el caso de obligaciones “continuadas” o de tracto sucesivo, el plazo comenzará cada vez que se incumplan.

Esta modificación entró en vigor el 7 de octubre de 2015, debiendo aplicarse conforme a lo previsto en la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, que se remite al artículo 1939 del Código Civil, en cuya virtud debe entenderse que la prescripción iniciada antes de la referida entrada en vigor se regirá por la regla anterior (quince años), si bien si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años), la prescripción surtirá efecto. Es decir, la prescripción iniciada antes del 7 de octubre de 2015 surtirá efecto cuando se alcance antes bien el quinto aniversario de dicha entrada en vigor o bien la fecha en la que finalice el plazo de quince años desde su inicio.

⁵³ *“Teniendo en cuenta que eran previsibles los daños causados, en el caso del incumplimiento de las obligaciones de la parte demandada, ésta debe responder de la totalidad de dichos daños y perjuicios, sin que en modo alguno pueda reducirse la indemnización de los daños al daño moral, o a la pérdida de una expectativa de derechos, en la medida que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento son el importe total de los daños reclamados, y no unos hipotéticos daños morales, “que no se entiende en qué consiste, o en una pérdida de expectativa de derechos, que tampoco se entiende a qué derechos afectan, cuando la realidad y consecuencia del incumplimiento de la actora han sido los daños reclamados y tasados en virtud del correspondiente informe pericial. (SAP Madrid secc. 9, de 20 de octubre de 2.011).”*

Contundente la STS de 23/04/2009 (sobre oponibilidad de la cláusula de delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil frente a la víctima que ejercita la acción directa del artículo 76 LCS), y que explicita claramente la virtualidad de la cobertura temporal del riesgo -cláusula *claims made*- y su eficacia frente a la acción directa del tercero víctima o perjudicado. Así las cosas, se señala en el fundamento octavo:

“[...] Existía, por tanto, una delimitación del periodo temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el artículo 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008: “*En conclusión, nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar a perjudicado [...]*”. Al no haberse podido oponer dichas cláusulas a la aseguradora, se ha vulnerado la norma del artículo 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato”.⁵⁴ En opinión de **YZQUIERDO TOLSADA**⁵⁵, esas cláusulas sí son oponibles al tercero reclamante, según la jurisprudencia, aunque si el artículo 73, pº 2º LCS las califica expresamente como limitativas, deberían cumplir los requisitos previstos en el inciso final del artículo 3: que estén destacadas de modo especial y específicamente aceptadas por escrito.

La responsabilidad del asegurador de la RC y el demandado es solidaria impropia ante la acción del perjudicado, entendiendo que existe solidaridad en la responsabilidad, que no en la obligación. Y hablando de la prescripción extintiva y la solidaridad

impropia, **SEOANE SPIEGELBERG**⁵⁶, en base a lo resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de marzo de 2003⁵⁷, considera que la interrupción de la prescripción con respecto a un deudor solidario no afecta al resto de deudores no interpelados, contrariamente a lo previsto en el art. 1974 C.C., para la solidaridad propia.

V.- La intervención de las aseguradoras (del prestador del servicio y del arrendatario).

El concepto de robo a efectos de su aseguramiento viene escuetamente regulado y definido en los artículos 50 a 53 de la L.C.S. Deliberadamente o no, la LCS ha huido de los encorsetamientos semánticos y sus significantes, evitando una calificación técnico jurídica de robo estricta y pura, según opina **VEIGA COPO**, A. Tratado del contrato de Seguro, T. II págs. 148-150. La cobertura comprende también el daño causado por la comisión del delito en cualquiera de sus formas. Pero para la cobertura concreta del siniestro habrá de estarse a la redacción y contenido del contrato de seguro que se trate, lo efectivamente pactado.

El asegurado debe probar la existencia del robo o sustracción, hablando en sentido amplio, y la preexistencia de los objetos, dinero y bienes asegurados en el momento de siniestro, así como su valor, para poder exigir la indemnización de la aseguradora. En caso de desacuerdo, habrá de acudir al procedimiento pericial del artículo 38 LCS. Es normal que en este seguro, que junto a la sustracción ilegítima como *condicio sine qua non* para el abono de la indemnización el transcurso de un determinado plazo temporal sin que la cosa sea recuperada para hacer efectiva aquella⁵⁸.

Es habitual u ordinario en la práctica que la aseguradora a la hora de presupuestar la prima a pagar por el asegurado se informe sobre las medidas de seguridad adoptadas e instaladas por el asegurado en el bien a proteger, entre ellas la tenencia de alarma, de tal manera que en función de la presencia mayor o menor de éstas sea el precio a pagar o bien que incluso rehúse su aseguramiento si considera que no tiene una mínima o adecuada protección en relación

⁵⁴ **VEIGA COPO**, A.B. Tratado de Seguros” T. II, Civitas Aranzadi, 2014. T. II pág. 362. Sobre esta sentencia **SOTO NIE-TO**, “Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil”, Diario La Ley, 8/03/2010, págs. 1 y ss.

⁵⁵ **YZQUIERDO TOLSADA** En Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, T. VIII, p. 818, Ed. Cizur Menor Aranzadi, 2014.

⁵⁶ **SEOANE SPIEGELBERG** “Problemática de la intervención de terceros en los procesos de responsabilidad civil”, Ponencias sobre RC Y Derecho de circulación, XV Congreso nacional de la Asociación de abogados especializados en RCS, Coord. López y Gª de la Serrana, J. y Cano Herrera, L.J., SEPÍN 2016, pág. 104 y ss.

⁵⁷ ROJ: STS 1754/2003.

⁵⁸ **VEIGA COPO**, A. op. Cit. Pag. 157

con los bienes y capitales que se pretenden asegurar. Como en el caso de alguna sentencia que reprochó a la aseguradora que demandaba a la empresa de alarmas, su poca diligencia a la hora de asegurar el local objeto del robo sin verificar antes el estado de funcionamiento y el diseño de la instalación del dispositivo de alarma.

Una vez que la aseguradora ha indemnizado a su asegurado por haber sufrido un robo puede ejercitar la Acción de subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro (L.C.S. en lo sucesivo). Es muy habitual que la aseguradora del arrendatario del servicio de alarma, accione contra la contratista arrendadora del servicio reclamando la responsabilidad civil de ésta secundaria a una negligencia o culpa que supuso incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso⁵⁹.

Responsabilidad civil directa de la aseguradora de la arrendadora del servicio. Seguro obligatorio.

Las empresas de seguridad deben disponer de un seguro de responsabilidad civil que responda ante los riesgos provocados por su actividad y que cubra sus incumplimientos contractuales provocados por su actividad. El contrato de seguro de responsabilidad civil está regulado en los artículos 73 a 76 de la L.C.S. El artículo 75, hasta su derogación con efectos desde el 1 de enero de 2016, establecía la obligatoriedad de contratar un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de aquellas actividades que se determinaran por el Gobierno por su especial peligrosidad. La existencia de ciertas actividades con una marcada impronta de riesgo y peligrosidad imponen la necesidad de una cobertura aseguradora.⁶⁰ El Artículo 76 L.C.S prevé la acción directa.

El perjudicado o su aseguradora en virtud de este precepto pueden dirigir su reclamación directamente contra la aseguradora de la contratista como responsable a la que se le imputa la negligencia que ha derivado en incumplimiento contractual. Para ello es preciso, lógicamente que la parte perjudicada sea conocedora de la aseguradora a la que reclamar y de la cobertura del contrato, ya sea porque haya sido informada de ello

voluntariamente por la contratista, porque así conste en el contrato o por haberse tramitado diligencias preliminares para su averiguación como acto preparatorio del juicio.

Seguro obligatorio. Para recibir la autorización administrativa y posterior inscripción en el Registro Nacional de Seguridad Privada o en el correspondiente autonómico, es preceptivo suscribir un contrato de seguro de responsabilidad civil o constituir otras garantías financieras en la cuantía y con las condiciones que se determinen reglamentariamente, según dispone el artículo 19.1 e) de la LSP 2014. En caso de que el contrato de seguro contenga cláusulas de limitación cuantitativa de la indemnización, éstas son oponibles y aplicables a terceros, en el caso de reclamación por importe superior al límite contratado la aseguradora pagará hasta donde tenga convenido con su asegurado, o bien, si el asegurado ha excedido por partes anteriores el límite indemnizatorio.

El derecho del tercero perjudicado a dirigir su reclamación directamente contra la aseguradora del causante del daño no nace del contrato (aunque presuponga la existencia de éste) sino del acto dañoso del asegurado. Legitimados para el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora lo han de ser quienes lo serían si la reclamación se viniese a ejercitar sólo contra el asegurado causante del daño, **YZQUIERDO TOLSADA**⁶¹, Es por ello que ostentará también legitimación activa el asegurador del robo o daños del perjudicado que puede reclamar en virtud del derecho legal de subrogación del artículo 43 LCS hasta el límite del importe que a su vez haya satisfecho como indemnización.

El asegurador de la responsabilidad civil de la contratista podrá ser demandado conjuntamente con su asegurada. Esto no es necesario pero sí conveniente hacerlo, dando lugar con ello a un *litisconsorcio simple o voluntario* que permite que se diluciden en un mismo procedimiento la responsabilidad del asegurado y la cobertura del siniestro por el asegurador, ver **YZQUIERDO TOLSADA**⁶². *Existencia de solidaridad impropia* (ATAZ LÓPEZ, entre otros, dentro de una doctrina y jurisprudencia pacífica)⁶³ **VEIGA COPO** indica que el asegurador

⁵⁹ Ver SAP nº 68/2015 de Madrid de 13 de febrero de 2015 y SAP de Madrid, nº 439/2015 de 25 de noviembre.

⁶⁰ VEIGA COPO, A. "Tratado de Seguros" T. II, obra cit., pág. 1204 y 1205.

⁶¹ En Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, T. VIII, Ed. Cizur Menor Aranzadi, 2014. p. 805 y ss.

⁶² YZQUIERDO TOLSADA, op. Cit. P. 807.

⁶³ Ver ATAZ LÓPEZ: "La llamada solidaridad impropia en la jurisprudencia del TS", AEARCS, Cáceres, 2006, epígrafe 2.1.2.c).

se convierte, hasta cierto punto y sin duda, en una suerte de *codeudor solidario*.⁶⁴ Ver ¶ sentencias donde se declara solidaridad de aseguradora y empresa: SAP de La Coruña, S. 6ª, de 30/06/2015 que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación Z (la aseguradora del perjudicado), se condena a S. D. a indemnizar a Z. en 138.615,64 euros, y a XL I.CL indemnizar a Z, solidariamente con la anterior, en 58.615,64 euros de la referida cantidad, más los intereses legales de dichas sumas -con solidaridad en cuanto a las cuantías en que coincidan, y la de Madrid de 25/11/2015.

Sobre excepciones oponibles e inoponibles, **YZQUIERDO TOLSADA**, op. Cit. Págs. 808 y ss.

VI. Valoración jurisprudencial y conclusiones.

Aparentemente, una parte los Juzgados de 1ª instancia estarían considerando de manera no uniforme los requisitos y elementos para determinar la existencia de responsabilidad. Podría deducirse, tras leer Sentencias de las Audiencias, que escuetamente refieren las de instancia impugnadas, que hay uniformidad parcial en el tratamiento de casos similares o idénticos en muchas ocasiones en lo esencial de lo fáctico. Aplicando criterios o estándares distintos para tratar los requisitos de la prueba y su valoración, su distribución de carga en función de la facilidad probatoria y la relación de causalidad. Unos cuando aplican la moderación lo hacen a “*ojo de buen cubero*”, dicho sea respetuosamente y a efectos ilustrativos, con base en el 1103 CC, otros no, y casi ninguno contempla la doctrina de la pérdida de oportunidades, cosa que tampoco hacen las Audiencias. Es muy indicativo de ello, que se estimen muchas apelaciones, ya sea total o parcialmente, tras desestimarse su pretensión en primera instancia y que parece manifestar mayor claridad en los conceptos.

Hay distintos criterios sobre lo que constituye o no incumplimiento, aunque hay que estar al caso concreto. En las Audiencias, generalmente existe mayor uniformidad en el tratamiento de estos casos en función de una correcta definición y concreción de la naturaleza de los contratos



⁶⁴ Veiga Copo, A. B., Op. Cit. Pág. 318.



y su análisis caso a caso, para discernir si ha habido fallo en el funcionamiento, si eso ha sido determinado por culpa del prestador del servicio, si eso constituye un incumplimiento contractual, de una parte. Y de otra sentado lo anterior, entrar en la prueba relativa al daño, su preexistencia, su valor, etc. en la relación de causalidad, se detienen menos, ya que prácticamente hacen aplicación automática de la teoría general de la causalidad, y solo aplican esporádicamente una reducción de la indemnización por falta de prueba del daño o por apreciar alguna culpa o negligencia del arrendatario, pero se echa de menos una motivación mayor en la justificación de esa moderación y a qué criterios obedece cuantitativamente hablando. Lo que se pretende con este trabajo es analizar y cuestionar si el incumplimiento contractual debe conllevar una responsabilidad automática y resarcirse el 100% del daño cierto probado. El estudio de la existencia de una incertidumbre causal y que el curso de los hechos a los que se les confiere certeza al concederse la indemnización total por la pérdida, no sería incierto o hipotético, y por tanto se debería analizar la probabilidad e intensidad de su acaecimiento para distribuir equitativamente sus consecuencias.

Sobre la alegación de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades, nunca la hace el actor perjudicado, como es típico en otros supuestos de reclamación por incumplimientos de prestación de servicios, negligencias profesionales básicamente, sino que lo alega en su defensa el demandado, y nunca cómo alegato exclusivo, haciéndolo de manera tibia y subsidiaria al alegato basado en la negación de su culpa o del incumplimiento, lo que es paradigmático de lo que sucede en estos supuestos. Haciendo esta alegación para que se les reduzca la condena indemnizatoria. Porque cuando se estima la acción, en un alto porcentaje de casos en fase de apelación, suele ser por el total reclamado menos descuentos insignificantes por falta de prueba de preexistencia, de su valor o daños de escasa cuantía al forzar el acceso al inmueble.

La problemática y complejidad del cálculo probabilístico inherente a la doctrina de la pérdida de oportunidad, primariamente para estudiar el hecho futuro incierto,

el hipotético curso causal si no se hubiera producido el incumplimiento contractual, quizás sea el escollo mayor para adentrarse y experimentar con esa opción. De ello se debería derivar una estimación porcentual, pudiendo ser el resultado directo o quizás otra operación matemática para llegar al montante indemnizatorio, eso probablemente sea lo idealmente justo en opinión de algunos, entre los que me incluyo, pero ciertamente muy complicado de llevarlo a cabo actualmente. Es de suponer que entre la doctrina científica, los profesionales jurídicos y la jurisprudencia sepamos dar respuesta acertada a las cuestiones que se suscitan. Debería acudir a estadísticas o factores que ayuden a llegar al resultado probabilístico, deo apuntados algunos: Tiempo medio de respuesta de los servicios policiales ante aviso de alarma; influencia reductora de la alarma en la tarificación de la prima de seguro de robo estadísticas elaboradas por las empresas de seguridad (quizás la publicación de estos datos podrían ser adversos comercialmente), etc.

Bibliografía:

- ALONSO PÉREZ, M^a T. "El Arrendamiento de servicios", Cap. I del Tomo IV de "CONTRATOS civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias", director Yzquierdo Tolsada. Ed. Aranzadi 2014.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. en "Comentarios al C.C." T. VI, Director BERCOVITZ RGUEZ-CANO, Ed. Tirant lo Blanch, 2013.
- FEMENÍA LÓPEZ, P.J., "La indemnización por daños personales ante la falta de ganancias: lucro cesante y pérdida de oportunidades", Derecho de Daños, Coord. Herrador Guardia, SEPIN 2011.
- ITURMENDI MORALES, "Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en RCS, ISSN-e 1887-7001, N^o. 46, 2013, págs. 23-48.
- MEDINA ALCOZ, L., "La Teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho de daños público y privado", Thomson Civitas, 2007.
- MEDINA ALCOZ, L., "Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidad" Revista de la Asoc. Española de Abogados Espec. en R.C.S., n^o 30, 2^oT 2009.
- MEDINA CRESPO, La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia. T. III. Vol. II. Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales de lege ferenda. Dykinson, 2000.
- PASQUAU LIAÑO, M. "Responsabilidad civil por inadecuada o insuficiente información al paciente de riesgos propios de la intervención médico quirúrgica: cuándo se responde y como se determina el importe indemnizatorio", Ponencias XII C. Nacional Asoc. E. de abogados espec. en RCS, Coord. J. L. y G^a de la Serrana y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012.
- PASQUAU LIAÑO, M. "Una valoración crítica de la aplicación jurisprudencial de la doctrina de la pérdida de oportunidades", en Manual Daño, Responsabilidad y Seguro, Director Herrador Guardia, M.J., Ed. F. Lefebvre 2016.
- SEOANE SPIEGELBERG, "Justificación de la responsabilidad civil ante los Tribunales: la carga de la prueba", Ponencias XII C. Nacional Asoc. E. de Abogados especializados en RCS, Coord. López y G^a de la Serrana, J. y Estrella Ruiz, F., SEPIN 2012.
- SEOANE SPIEGELBERG "Problemática de la intervención de terceros en los procesos de responsabilidad civil", Ponencias sobre RC y Dcho. de circulación, XV C. Nacional de la Asoc. de Abogados Espec. en RCS, Coord. López y G^a de la Serrana, J. y Cano H., L.J., SEPÍN 2015.
- SOTO NIETO, "Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil", Diario La Ley, 8/03/2010, artículo.
- VEIGA COPO, A.B., "Tratado de Seguros" T. II, Civitas Aranzadi, 2014. T. II.
- YZQUIERDO TOLSADA En Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, T. VIII, cap. 9, Ed. Cizur Menor Aranzadi, 2014.