

¿LITIGAMOS CON LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD?

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD PRIVADA.

María Fernanda Vidal Pérez

Abogada-Doctora en Derecho Profesora de Derecho Procesal

SUMARIO

- I.- INTRODUCCIÓN.
- II.- MARCO Y AMBITO NORMATIVO. LA IMPORTANCIA DE LA TECNOLOGÍA.
- III.- EL CONTRATO DE SEGURIDAD PRIVADA O CONTRATO DE ALARMA.
- 1.- Contrato de arrendamiento de servicios especial y normado. Algunas obligaciones específicas de las empresas de seguridad.
- 2.- Responsabilidad contractual ex artículos 1101 y 1104 del Código Civil. Algunos supuestos frecuentes. Concurrencia de empresas en la actividad. La aplicación o no del RD Legislativo 1/2007. ¿La publicidad como parte del contrato? Los niveles de seguridad: Orden INT 316/2011 de 1 de febrero, en relación con las obligaciones de la empresa de seguridad.
 - 2.1.- Responsabilidad contractual ex artículo 1101 y 1104 del Código Civil. Algunos supuestos frecuentes: correlación con las obligaciones específicas. Equilibrio contractual.
 - 2.2- Concurrencia de empresas en la actividad.
 - 2.3.- La aplicación o no del RD Legislativo 1/2007. ¿La publicidad como parte del contrato?
 - 3.- La prescripción.

IV- EL PROCESO CIVIL Y LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD.

- 1.- Diligencias preliminares. La importancia de la denuncia.
- 2.- Competencia territorial.
- 3.- La acción que se ejercita: Artículo 5 de la LEC. Acción declarativa y de condena o simplemente de condena: Hechos constitutivos de la acción. Acción ex artículo 43 Ley de Contrato de Seguro. Legitimación. ¿La tiene el tomador? Especial mención a las empresas fotovoltaicas.
 - 3.1- La acción que se ejercita: Artículo 5 de la LEC: Acción declarativa y de condena o simplemente de condena: Hechos constitutivos de la acción.
 - 3.2.- Legitimación. Acción ex artículo 43 Ley de Contrato de Seguro. ¿La tiene el tomador? Especial mención a las empresas fotovoltaicas.
 - 3.3.- La carga y valoración de la prueba.
 - V.- LIMITACIÓNES A LA IMDEMNIZACION: LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. FACULTAD MODERADORA.
 - 1.- Exclusión de conceptos indemnizatorios: Daños a la edificación.
- 2.- Cláusulas limitativas de responsabilidad como parte del contenido del contrato, y su relación con las condiciones generales de la contratación: Ley 7/1998 de 13 de abril.
 - 3.- Facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 1103 del Código Civil.

I.- INTRODUCCIÓN.

En el año 2007 inicié dos andaduras procesales. De un lado, los procesos contra las compañías eléctricas (suministradoras y/o comercializadoras), y de otro, los procesos contra las empresas de seguridad, normalmente a través de la acción subrogatoria de la aseguradora. En ambos casos me había llamado la atención el cierto desequilibrio existente entre la empresa prestadora de servicios y el cliente.

Es por ello que las cuestiones que analizo son más bien fruto de la experiencia de estos años de procesos, y de ahí que haya pretendido dar un contenido práctico a este trabajo. La hipótesis en las que me voy a centrar son las más habituales, a saber: El particular o empresa que contrata un sistema de alarma para proteger su vivienda y su intimidad misma; y la de las empresas, que hacen lo mismo para tratar de proteger su negocio, no siempre con éxito.

II.- MARCO Y AMBITO NORMATIVO. LA IMPORTANCIA DE LA TECONOLOGÍA.

La regulación se centra, básicamente, en el Código Civil, en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, así como en textos más específicos, como son en la Ley 5/2014 de Seguridad Privada, y su Reglamento de desarrollo, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, aunque con subordinación a la legislación estatal.

La regulación inicial más moderna la encontramos en la Ley 23/1992, de 30 de julio de Seguridad Privada, en cuyo desarrollo se dicta el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada, que continúa en vigor, pese a la derogación de la Ley 23/1992 y su sustitución por la Ley 5/2014.

Como bien indica en su Exposición de Motivos la Ley 5/2014, y como indicaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 23/1992, con esta segunda de 1992 se pretendió otorgar un régimen uniforme a la materia, si bien, pronto se apreció su insuficiencia. Es por ello por lo que la Ley 5/2014 nace con vocación de otorgar un marco normativo global a las actividades y empresas y profesionales de la seguridad privada, poniendo el acento en su complementariedad con la actuación pública de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del

Estado, pero con la supremacía de éstos, así como el control público sobre las actividades de seguridad privada, la prevalencia de la legislación estatal, y el ámbito competencial de las Comunidades autónomas de signo más ejecutivo.

La Ley 5/2014 regula la prestación de actividades y servicios de seguridad privada, o las realizadas en el sector privado, ya sea por personas físicas o jurídicas (artículo1). entendiendo por seguridad privada "el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestados por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades" (artículo 2.1).

A tenor del precitado artículo 2, el objeto o la finalidad de la seguridad privada es garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades; finalidad ésta que es desarrollada en el artículo 4 de la ley que, como veremos, guarda íntima conexión con artículo 23 del Reglamento y al juicio de idoneidad ante contractus, que del mismo resulta. El artículo 4 establece como finalidades de la seguridad privada las siguientes:

- "a) Satisfacer las necesidades legítimas de seguridad o de información de los usuarios de seguridad privada, velando por la indemnidad o privacidad de las personas o bienes cuya seguridad o investigación se le encomiende frente a posibles vulneraciones de derechos, amenazas deliberadas y riesgos accidentales o derivados de la naturaleza.
- b) Contribuir a garantizar la seguridad pública, a prevenir infracciones y a aportar información a los procedimientos relacionados con sus actuaciones e investigaciones.
- Complementar el monopolio la seguridad que corresponde al Estado, integrando funcionalmente sus medios y capacidades como un recurso externo de la seguridad pública."

Por su parte, en el artículo 2 de la Ley se contienen también una serie de definiciones, v de ellas resultan los elementos subjetivos que intervienen en la seguridad privada. Del contenido de este precepto y por lo que es objeto de este artículo, destacamos los siguientes extremos:

1.- Al servicio de fin antes expuesto, se distingue, con una dimensión absolutamente activa: De un lado, las "actividades de seguridad privada", entendidas como los ámbitos de actuación material. Y de otro lado, los servicios de la seguridad privada, entendidos como las acciones en que se materializan las actividades. En realidad, y por lo que a nuestras reflexiones atañe, podríamos decir, que son las distintas actuaciones para obtener el fin, y los medios (sobre todo tecnológicos) empleados al efecto.

De forma mucho más sencilla y clara: ¿Quién no ha pensado en alguna ocasión instalar en su casa o negocio lo que llamamos alarma? Esta sencilla palabra "alarma", encierra el tipo de actuación y los medios (tecnológicos) empleados para conseguir la finalidad perseguida por la seguridad privada.

- 2.- Insiste de forma casi reiterativa, en que las actividades y servicios de la seguridad que se regula son privados.
- 3.- Los elementos subjetivos de la seguridad privada son, de un lado, con quien se contrata los servicios de seguridad privada o prestadores de servicios de seguridad privada ("las empresas de seguridad privada, los despachos de detectives y el personal habilitado para el ejercicio de funciones de seguridad privada", sic); y de otro los usuarios de la seguridad privada, o "las personas físicas o jurídicas que, de forma voluntaria u obligatoria, contratan servicios o adoptan medidas de seguridad privada".

Luego perceptor del servicio puede serlo tanto persona física como jurídica, pública como privada, pero el prestador del servicio sólo puede serlo una persona física o jurídica, pública o privada.

Pues bien, al margen de las contempladas en el artículo 6 de la Ley, e incidiendo en el objeto de la seguridad privada, el artículo 5 regula qué constituyen actividades de la seguridad privada, a saber:

Artículo 5 Actividades de seguridad privada

- 1. Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes:
- a) La vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos.
- b) El acompañamiento, defensa protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de autoridad.
- c) El depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas y billetes, títulosvalores, joyas, metales preciosos, antigüedades, obras de arte u otros objetos que, por su valor económico, histórico o cultural, y expectativas que generen, puedan requerir vigilancia y protección especial.
- d) El depósito y custodia de explosivos, cartuchería metálica, sustancias. armas. materias, mercancías y cualesquiera objetos que por su peligrosidad precisen de vigilancia y protección especial.
- e) El transporte y distribución de los objetos a que se refieren los dos párrafos anteriores.
- f) La instalación y mantenimiento de aparatos, equipos, dispositivos y sistemas de seguridad conectados a centrales receptoras de alarmas o a centros de control o de videovigilancia.
- g) La explotación de centrales para la conexión, recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de las señales de alarma, así como la monitorización de cualesquiera señales de dispositivos auxiliares para la seguridad de personas, de bienes muebles o inmuebles o de cumplimiento de medidas impuestas, y la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en estos casos.
- h) La investigación privada en relación a personas, hechos o delitos sólo perseguibles a instancia de parte.
- 2. Los servicios sobre las actividades relacionadas en los párrafos a) a g) del apartado anterior únicamente podrán prestarse por empresas de seguridad privada, sin perjuicio de las competencias de las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad. Los despachos de detectives podrán prestar, con carácter exclusivo y excluyente, servicios sobre la actividad a la que se refiere el párrafo h) del apartado anterior.

3. Las entidades públicas o privadas podrán constituir, previa autorización del Ministerio del Interior o del órgano autonómico competente, centrales receptoras de alarmas de uso propio para la conexión, recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de las señales de alarma que reciban de los sistemas de seguridad instalados en bienes inmuebles o muebles de su titularidad, sin que puedan dar, a través de las mismas, ningún tipo de servicio de seguridad a terceros.

Centrándonos, pues, en la actividad de vigilancia y protección de lugares, cosas y personas (artículo 5.1.a, f y g de la Ley), estas actividades se pueden desarrollar por la empresas de seguridad mediante los servicios vigilantes o guardas rurales (artículo 41 de la Ley), incluso con urso de armas de fuego (artículo 40 de la Ley), o con el uso de cámaras y videocámaras con grabación de imagen o sonido (sean videovigilancia o no- artículo 42), pudiendo realizarse por las empresas de seguridad, por personal no vigilante de seguridad, cuando la utilización de cámaras o videocámaras sea principalmente la comprobación del estado de instalaciones o bienes, el control de accesos a aparcamientos y garajes, o las actividades que se desarrollan desde los centros de control y otros puntos, zonas o áreas de las autopistas de peaje. Por tanto, la vigilancia y protección de lugares, personas y cosas con el empleo de cámaras y video cámaras con grabación de imagen

y sonido, es lo que, de forma más sencilla, vamos a llamar sistema de seguridad; y que en el texto de la Ley se contempla como medidas tecnológicas, es decir, medidas de "de seguridad electrónica, orientadas a detectar o advertir cualquier tipo de amenaza, peligro, presencia o intento de asalto o intrusión que pudiera producirse, mediante la activación de cualquier tipo de dispositivos electrónicos" (artículo 52).

Para la prestación de estos servicios, las empresas de seguridad han de tener en cuenta una serie de principios rectores y de actuación (artículos 8 y 30 de la Ley), y "sus normas de desarrollo, con arreglo a las estipulaciones del contrato" (artículo 38 de la Ley), estando sometidas a un control administrativo (artículos 52 y 53 y ss. de la Ley).

Con la paulatina liberalización de los servicios, y con la aplicación de la legislación básica en esta materia, podemos distinguir "funciones" diferentes que pueden contratadas o recaer o no sobre la misma empresa de seguridad:1.- Vigilancia (sistema de acuda y/o depósito de llaves); 2.-Empresa instaladora del sistema; 3.- Empresa mantenedora; 4.- Empresa receptora y gestora o explotadora del sistema (central receptora de alarma o CRA).

Así resulta, además, del artículo 47 de la Ley 5/2014. Y este precepto resulta esencial habida cuenta que, a los efectos, de una eventual exigencia de responsabilidad, es preciso determinar a priori, con intervención de un perito, cual ha sido el origen y causa de los hechos determinantes del daño.



Dicho de otra forma, dónde reside el fallo o prestación anormal o defectuosa de la actividad y del servicio de seguridad privado, lo que nos llevaría a poder o no individualizar la responsabilidad, y, con ello, cuál o cuales, de las empresas, ostentan la posición jurídica, conforme al Derecho, para que les sea exigible la responsabilidad. No encontramos, pues, con un eventual supuesto de responsabilidad civil solidaria y/o mancomunada.

Para que exista un actividad, servicio y medidas de seguridad, que es lo que hemos venido en llamar "sistema de seguridad o alarma", es preciso que exista una empresa que lo instale, otra que lo conecte con quien debe recibir las señales de los dispositivos electrónicos (CRA) y actúe recibiéndolos, y otra empresa que mantenga el sistema. De manera que, ante una intrusión en un lugar, la CRA recibe las señales y puede verificar, en su caso, por los sistemas de comprobación de audio y video imagen el estado del lugar, si es o no una falsa alarma, y en su caso, dar aviso a fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sin perjuicio de su protocolo específico, donde usualmente se indica la o las personas a las que se debe de avisar caso de que se produjera un "salto de alarma", sean pertenecientes al propio usuario o sean vigilantes o guardas rurales.

Y es que no es infrecuente que, por un lado, se pacten servicios complementarios como puede ser el "servicio de acuda", es decir, el desplazamiento al lugar dónde, por ejemplo, se puede estar cometiendo un robo, pero no que no permite el acceso al interior del local. Pero también a veces, es usual se pacte el "servicio de custodia de llaves", lo que permitiría, juntamente con el anterior de acuda, desplazarse al lugar donde supuestamente se estuviera cometiendo un robo, y acceder al interior del local.

Y, a su vez, en todo este proceso de actuación, influye y mucho, el tipo de dispositivos o detectores o sensores contratados, que pueden ser de lo más variados, y que dependen del desarrollo o nivel tecnológico de la empresa con la que se contrata. Entre ellos, los más habituales son los que podemos llamar magnéticos, los fotodetectores, videosensores, las sirenas interiores y exteriores y las cámaras. Pues bien, reconociendo mis limitaciones técnicas, pero tratando de aportar una información práctica y útil, y teniendo presente que no es objeto de estudio los aspectos tecnológicos de un sistema de seguridad, pues, insisto, escapan de mi competencia, y esperando contar con la benevolencia del lector, realizo por ello unos someros y fáciles comentarios, con la simple finalidad de poder aproximar la experiencia adquirida en estos procesos a quien me lee.

Los primeros, es decir, los magnéticos, disponen de sensores o imanes, de manera que cuando se intenta forzar desde el exterior una puerta o una ventana, o incluso un techo, activan el dispositivo que transmite una señal (de alarma) a la CRA.

Los fotodetectores actúan como detectores de movimiento, como reacción a la alteración en la luz emitiendo señales de alarma. Suelen tener un sensor de infrarrojos que detecta el movimiento, provoca un salto de alarma y transmite a la CRA una ráfaga de imágenes. Cuando, además, genera grabación de imágenes de vídeo, entonces podemos hablar de videodetector.

Pero no son los únicos dispositivos pues también pueden existir otros, como la barrera microondas, las sirenas que actúan con emisión de sonido de alerta continuado ya estén en el exterior, o en el interior, similar a las señales acústicas de los vehículos de emergencias. Lo relevante es que, para poder entender la importancia de la tecnología empleada y de responsabilidad de las empresas de seguridad, es necesario quedarnos con unas ideas muy básicas: Se contrata un sistema de seguridad con una empresa, que puede ser o no, además, la que lo instala y la que lo mantiene, es decir, la que efectúa las revisiones periódicas del sistema.

Ahora bien, el sistema de seguridad, lo normal es que tenga que estar conectado a una CRA, de ahí que parte del sistema se ubique en el lugar que ha de ser vigilado o protegido, y otra parte en la propia empresa de seguridad que llamaremos a estos fines CRA.

Pensemos, por ejemplo, en una nave de almacén de determinados productos. Lo normal es que el sistema tenga en la nave la instalación correspondiente a un módulo de acceso (a veces llamado llave) que permite la conexión/desconexión del sistema en sí mismo y, con ello, en relación a la CRA. En esa misma nave, tendrá que haber un módulo o centralita que es a dónde dirigen sus señales los distintos dispositivos o sensores cuando actúan, y desde la centralita, con el correspondiente dispositivo al efecto, se transmiten las señales que son recibidas con unos segundos de retardo en la CRA, por lo que, además, ha de existir una vía de comunicación con la CRA ya sea, por ejemplo, por línea telefónica, o por módulos complementarios que permitan que caso de sabotaje de una línea telefónica, se pueda seguir transmitiendo la señal. Caso de intrusión en la nave, si los ladrones localizan la centralita, ésta antes de que pueda ser inutilizada, ha de haber recibido y transmitido a la CRA las señales recibidas de los dispositivos o sensores, y la señal misma de que se puede estar tratando de inutilizar o desactivar la centralita.

A su vez, según lo contratado en cada caso, podremos llegar incluso a tener un servicio en la CRA en la que se monitoricen las imágenes de la nave de forma continuada, o bien, se permita el acceso por audio y/o vídeo para comprobación de cualquier posible intrusión.

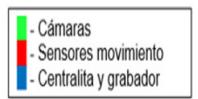
Si alguno o alguno de los dispositivos o sensores actúan, vía centralita y módulos de transmisión, remiten sus señales a la CRA que debe de disponer de un sistema para recoger

esas señales, y traducirlas en un listado de incidencias del sistema de alarma o de seguridad. Estas incidencias se pueden o deben consultar en el disco duro de la empresa prestadora del servicio y, en ocasiones, se permite su acceso, a modo de listado al propio cliente o usuario.

De ahí la importancia del diseño del sistema de seguridad, de la instalación misma (y el certificado de que se ha hecho y conectado a la CRA), y el correcto mantenimiento de lo instalado, del que también debiera de haber constancia.

Pues volviendo al inicio, recordamos que diseño, instalación, mantenimiento y CRA, pueden o no coincidir en una misma empresa de seguridad. Para que nos podemos hacer una idea más grafica de lo que vengo exponiendo, reproduzco la imagen de unas naves y la instalación de sus sensores o dispositivos.





En foto adjunta indicamos puntos donde se encuentran los 5 sensores y recorrido que debe hacer el vigilante.

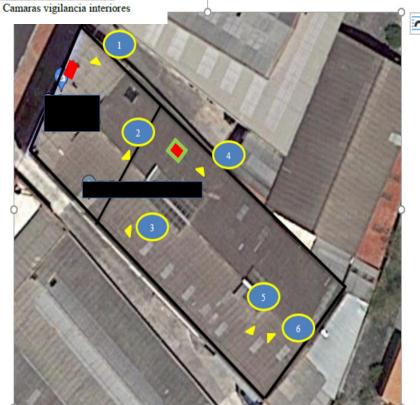


Detalle sensores (ronda vigilante)

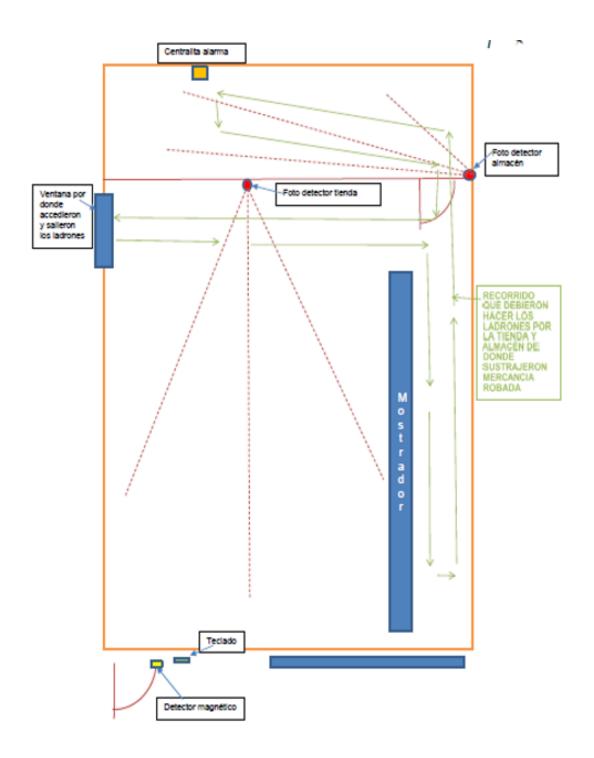








Resumen de ubicación de protecciones del local asegurado, en circulo se numera la ubicación de los sensores con cámara, a excepción del número 2 que únicamente dispone de sensor de movimiento. En rojo representamos el sensor de movimiento con grabación y el cuadrado rojo y verde corresponde con la centralita.



En suma, si algo pretendo dejar claro, es que tan importante es el nivel tecnológico del sistema, como el contrato que se haya pactado.

III.- EL CONTRATO DE SEGURIDAD PRIVADA O CONTRATO DE ALARMA.

1.- CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS ESPECIAL Y NORMADO. ALGUNAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD.

La actividad y servicio de seguridad privada que analizamos, y que, de forma particular, llamamos "contrato de alarma", tiene su base un contrato de arrendamiento de servicios, es decir, de medios, pero no de resultados, y, por tanto, en el ámbito de los artículos 1254, 1542 y 1544 del Código Civil. La propia Ley 5/2014 insiste, de forma incluso reiterativa, en la idea de la prestación de un servicio.

Al respecto, partiendo de la única sentencia del Tribunal Supremo existente, la jurisprudencia menor parece ser pacífica. El Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 21 de febrero de 2011 (número 46/2011, ROJ STS 1678/2011) establece lo siguiente:

"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. 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-, por lo que, demostrada la extrema vulnerabilidad del sistema de alarmas para cualquiera que conociese el emplazamiento de sus elementos esenciales, debe estimarse incumplido el contrato, sin que quepa exonerar a la incumplidora de su obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados."

Con cita en esta sentencia, la jurisprudencia menor que se ha ido dictando, lo considera como un contrato de arrendamiento de servicios o como un contrato de arrendamiento de servicios atípico. Así, se pronuncian diversas sentencias de las Audiencias Provinciales. ¹

1 Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª. Sentencia 467/2020 de 25 Nov. 2020, Rec. 723/2019; Audiencia Provincial de Almería, Sección 1ª, Sentencia 495/2019 de 12 Jul. 2019, Rec. 143/2018; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021; Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 144/2021 de 29 Jul. 2021, Rec. 46/2021; Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 158/2019 de 19 Mar. 2019, Rec. 931/2018; Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, Sentencia 287/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 15/2020; Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 55/2021 de 26 Feb. 2021, Rec. 461/2020; Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 327/2020 de 13 May. 2020, Rec. 1083/2019; Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, Sentencia 727/2020 de 12 Nov. 2020, Rec. 543/2017; Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia 367/2009 de 12 Nov. 2009, Rec. 489/2009; Audiencia

Ahora bien, en paulatino estudio de la jurisprudencia, que refleja a través del proceso, la evolución tecnológica, ha ido introduciendo matices a esa concepción de arrendamiento de servicios, vinculándolo con la praxis profesional o, dicho de otra forma, con el nivel de competencia de las empresas de seguridad. Y si bien, comparto este matiz, entiendo que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios especial y normado, en la medida en que la Ley 5/2014, pese a que no regula directamente estos contratos, sin embargo, sí establece las obligaciones que deben ser observadas por las empresas de seguridad por lo que, de alguna forma, norma el contenido del contrato, y, por ende, es esa legislación especial la que viene a matizar la responsabilidad de las empresas de seguridad. Téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo citada es del año 2011, es decir, anterior a la Ley 5/2014.

En este sentido, resulta esencial el artículo 23 del Reglamento de Seguridad, que, en desarrollo de la ley, establece lo siguiente: Adecuación de los servicios a los riesgos:

"Las empresas inscritas y autorizadas para el desarrollo de las actividades a que se refieren los párrafos a), b), c) y d) del artículo 1 de este Reglamento, antes de formalizar la contratación de un servicio de seguridad, deberán determinar bajo su responsabilidad la adecuación del servicio a prestar respecto a la seguridad de las personas y bienes protegidos, así como la del personal de seguridad que haya de prestar el servicio, teniendo en cuenta los riesgos a cubrir, formulando, en consecuencia, por escrito, las indicaciones procedentes."

Tanto del tenor de este precepto como de otros contenidos en el Reglamento se coligen, entre otras, las siguientes obligaciones:

Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 45/2009 de 30 Ene. 2009, Rec. 257/2008; Sentencia 210/2021 de 19 May. 2021, Rec. 378/2020; Sección 9ª, Sentencia 120/2021 de 11 Mar. 2021, Rec. 11/2021; Sección 25ª, Sentencia 163/2021 de 30 Abr. 2021, Rec. 89/2021; Sección 25ª, Sentencia 176/2021 de 6 May. 2021, Rec. 2/2021; Sección 11ª, Sentencia 160/2021 de 6 May. 2021, Rec. 525/2020; Sección 13ª, Sentencia 210/2021 de 19 May. 2021, Rec. 378/2020; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 113/2019 de 18 Mar. 2019, Rec. 5/2019; Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, Sentencia 223/2020 de 4 May. 2020, Rec. 344/2018; Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1ª, Sentencia 428/2019 de 12 Sep. 2019, Rec. 792/2018; Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, Sentencia 279/2020 de 19 May. 2020, Rec. 827/2019; Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, Sentencia 108/2021 de 7 Abr. 2021, Rec. 406/2020.

1.- Obligaciones previas a la contratación del sistema de seguridad:

Determinar por escrito la adecuación del servicio a los fines a prestar (tratar de prevenir y evitar el robo, en este caso). Previsión de los riesgos a cubrir. Constando por escrito las indicaciones procedentes. En mi criterio, supone un la labor de "enjuiciamiento", es decir, la emisión de un juicio de idoneidad, que junto con la "información" y la "instrucción", son constantes en el texto del Reglamento.

- 2.- Contratación por escrito (artículo 9.2 de la Ley), con obligación de comunicación a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad antes del inicio de la prestación del servicio, hasta el punto de que, si resultaran deficientes o ineficaces ejerciendo facultades Administración, de tuición, puede denegarles el inicio de la prestación del servicio (artículos 20 y 21 del Reglamento)
- 3.- Debe existir un certificado de qué se ha instalado y cómo se conecta a la central de alarma, lo que exige la previa existencia de un proyecto de instalación que se ha de entregar al usuario, "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" (artículo 42.2 Reglamento), debiendo estar homologado el sistema instalado (artículos 3 y 4 de la Orden INT 316/2011 de 1 de Febrero, en lo sucesivo Orden INT 316/2011).
- 4.- Y una vez instalado lo que se haya contratado "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" (artículo 42.3 del Reglamento). Y en desarrollo de estos extremos la Orden INT 316/2011, en su artículo 1.3 establece que "en cumplimiento del artículo 47 del Reglamento Seguridad Privada, las empresas de seguridad de instalación y mantenimiento y las empresas explotadoras de centrales de alarmas, estarán obligadas, antes de efectuar la

conexión, a instruir al usuario, por escrito, del funcionamiento del servicio, informándole de las características técnicas y funcionales del sistema y de las responsabilidades que lleva consigo su incorporación al mismo."

- 5.- Obligación de mantenimiento de lo instalado, de forma presencial al menos una vez al año, y con posibilidad de que sea trimestral o de otra periodicidad (artículo 43 del Reglamento v artículo 5 de la Orden INT 316/2011).
- 5.- Obligación de atención permanente de la CRA por al menos dos personas (artículo 48.1 del Reglamento), matizando la Orden INT 316/2011 que en realidad deberán ser atendidas permanentemente por los operadores que resulten necesarios para la prestación de los servicios, en un número adecuado y proporcional al número de conexiones que tengan contratadas, nunca inferior a dos por turno ordinario de trabajo, encargándose del buen funcionamiento de los receptores y de la transmisión de las alarmas que reciban.

Existiendo además la obligación de llevanza de un libro-registro de alarmas, de forma que sea posible su tratamiento y archivo mecanizado e informatizado (artículo 51 del Reglamento de Seguridad Privada, y artículo 6.3 de la Orden INT 316/2011.

6.- Obligación de verificar la alarma en el momento en que se produzca, por los medios técnicos y humanos de que dispongan, y comunicar seguidamente al servicio policial correspondiente las alarmas reales producidas (artículo 48.2 del Reglamento).

Obsérvese se pues, que efectivamente, algo más que un contrato de arrendamiento de servicios en los términos expuestos en el Código Civil, y en el que existe obligaciones previas a la contratación (como son la expresión por escrito de las posibles indicaciones/objeciones a si lo que se contrata esa adecuado o no al fin perseguido-artículo 23; la existencia de un previo proyecto que se ha de entregar al cliente- artículo 42; la comunicación a cuerpos y fuerzas de seguridad, la potestad de fiscalización de la Administración, y de ahí que se le haya de comunicar), y las derivadas de la contratación misma, es decir:

Que se haya cumplido con todo lo anterior.

Que funcione el sistema elegido como adecuado para preservar la posibilidad de robos, y los consiguientes daños a las personas v a los bienes.

Y es así como se entiende, y sin duda como comparto, que la jurisprudencia menor venga exigiendo un plus de competencia o cierto nivel de competencia profesional o casi de lex artis, lo que enlaza con la determinación de la responsabilidad como responsabilidad contractual, sin perjuicio de algunos matices o interrogantes que surgen de la práctica forense, sobre todo para aquellos supuestos en los que no coincide en la misma empresa las funciones de instalación, mantenimiento, conexión a CRA y CRA, y en los supuestos en los que no han sido contratadas tales funciones por el usuario (cliente), y si, normalmente, por la empresa "vendedora" del sistema de alarma.

Tales obligaciones reflejan, en mi criterio, ese cierto desequilibro existente entre la empresa prestadora del servicio y el cliente o usuario que accede al mismo, entendiendo que tales obligaciones y el control mismo por la Administración, son las que tratan de paliar ese desequilibrio frente al prestador del servicio al que se le presume un especial y tecnológico conocimiento actualizado. Es la prestadora del servicio la única que puede asesorar al cliente o usuario. Dicho de otro modo: El que venimos en llamar "contrato de alarma" tienen una importante dimensión o aspecto dinámico, en tanto que es preciso analizar e inspeccionar el objeto que al que se pretende otorgar seguridad privada, enjuiciar sus necesidades para que la finalidad perseguida sea efectiva y vaya más allá de lo escrito en un contrato, implementarlas, mantenerlas en buen estado de funcionamiento, comprobar que tal funcionamiento es real y efectivo, y emplear los dispositivos y la técnica adecuada al lugar concreto. De ahí que la publicidad (- a veces ciertamente agresiva-) debe cumplir las expectativas del futuro y eventual cliente, cuando pasa a ser cliente o usuario real.

En no pocos procesos me he encontrado situaciones donde no había correlación entre lo publicitado, lo ofertado, lo contratado y lo instalado. Esto supone, en mi opinión un claro incumplimiento de las obligaciones específicas de las empresas de seguridad, con la peculiaridad de que el cliente o usuario había permanecido en el desconocimiento de esa falta de correlación hasta que se produce el robo y/o el incendio.

Además, necesariamente, ello nos lleva a cuestionar si es o no aplicable el Real Decreto Legislativo 1/2007 y, con ello, los preceptos que regulan la publicidad, y el concepto mismo de consumidor y usuario.

Por último, he de añadir que quizás el único matiz podría presentarse en cuanto a la instalación del sistema de seguridad se refiere, donde podría confluir con un opus o resultado, y, por tanto, entender que es un contrato mixto de arrendamiento de servicios especial y normado, con arrendamiento de obra. este sentido la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, Sentencia 467/2020 de 25 Nov. 2020, Rec. 723/2019, y las sentencias que la misma cita, y que mencionamos en el apartado 2.2 sobre concurrencia de empresas en la actividad.

2.- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EX ARTÍCULOS 1101 Y 1104 DEL CÓDIGO CIVIL. ALGUNOS SUPUESTOS FRECUENTES. CONCURRENCIA DE EMPRESAS EN LA ACTIVIDAD. LA APLICACIÓN O NO DEL RD LEGISLATIVO 1/2007. ¿LA PUBLICIDAD COMO PARTE DEL CONTRATO? LOS NIVELES SEGURIDAD: ORDEN INTI 316/2011 DE 1 DE FEBRERO, EN RELACIÓN CON LAS OBLIGACIONES DE LA EMPRESA DE SEGURIDAD.

2.1.-Responsabilidad contractual ex artículo 1101 y 1104 del Código Civil. Algunos supuestos frecuentes: correlación con las obligaciones específicas. Equilibrio contractual.

Ello nos ubica en el ámbito de la responsabilidad contractual, en la encontramos un precepto general o básico que es el artículo 1101 del Código Civil (homólogo de los criterios de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil), y que proclama la responsabilidad y consiguiente obligación de indemnización a quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniera el tenor de aquellas obligaciones.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia 367/2009 de 12 de Noviembre, Rec 489/2009 nos recuerda que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas y el segundo, que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y el lugar y cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia."

Y en el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 270/2018 de 22 May. 2018, Rec. 90/2018, con citas de otras con citas de otras de la Audiencia Provincial de Madrid de 2017 y anteriores:

"La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18ª) del 07 de diciembre de 2017 (ROJ: SAP M 17230/2017), con cita de la sentencia del TS antes citada y de otras de Audiencias ha venido manteniendo que "... al no funcionar como debieran los detectores volumétricos instalados, va fuere porque se hubiesen programado con retardo, y lo que les impedía servir al uso que les era propio, o porque se utilizaran inhibidores de frecuencias,, lo cierto era que se evidenció que no llegó a desplegar los medios adecuados para cumplir con aquello a lo que se había comprometido, y que no era otra cosa que instalar y mantener en perfecto estado de mantenimiento un sistema de seguridad apto y útil para evitar o disuadir a posibles ladrones de la comisión de robos o asaltos en el local a los que estaba destinado...". Por lo tanto, es evidente que la contratación de un sistema de alarma o seguridad como el enjuiciado sólo tiene una finalidad disuasoria y en modo alguno puede impedir sin más que un robo o intrusión ilícita en el inmueble se produzca. Ahora bien, ello es así cuando el sistema ha funcionado y a pesar de ello se ha cometido la sustracción o el daño de que se trate, no pudiendo confundirse lo que es esa actuación y la culpabilidad de su autor con el cumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales. Si la alarma funciona es obvio que la demandada ha cumplido con su obligación de instalar y mantener el sistema para que funcione, obligación por la que percibe como contraprestación un precio determinado. Pero si la alarma no funciona es claro que la demandada, salvo que pruebe una causa justificada, ha incumplido con sus obligaciones o lo ha hecho negligentemente y ello determina, exarticulo 1101 C.c., el derecho de la contraparte a exigir una indemnización por el daño causado derivado de ese incumplimiento,... «

Ahora bien, una interpretación y aplicación más actual del contrato de alarma, no permite entenderlo como un simple contrato de medios y por estos los fines disuasorios de una eventual intrusión en un inmueble, que pueda permitir la sustracción de cosas, o daños a las cosas o a las personas. De ser así, habría una desproporción o deseguilibrio en un contrato que se entiende sinalagmático, y, por ende, a ese contrato es preciso añadirle el plus que deriva o es inherente a la cualificación profesional de las empresas de seguridad, reflejo de lo cual es el control administrativo al que se les somete según la Ley 5/2014.

Resulta ponderar preciso, pues, especialización profesional de las empresas de seguridad, de manera que sea tenida en cuenta esta circunstancia a la hora de valorar la existencia o no de responsabilidad de las empresas de seguridad, resultando insuficiente la mera instalación y mantenimiento de un sistema de seguridad como reveladores del cumplimiento de sus obligaciones. La empresa ha de dominar un nivel de competencia tecnológico, con un dominio de la tecnología y de lo que esta ofrece o puede ofrecer en cada momento. En este sentido, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª) de 30 de Enero de 2009 (rollo 257/2008) y de 31 de enero de 2006 (rollo 723/04), que dicen lo siguiente:

«La prestación de servicios que ofrece la empresa de seguridad lo es sobre la base de un hacer profesional que requiere el dominio de una técnica especial en orden a la instalación y funcionamiento de los equipos de seguridad. No es de recibo aducir que la empresa vende lo que quiera el cliente y lo instala donde él diga....

«El cliente no entiende de esa materia y aunque fuese un experto en electrónica u otra técnica carece de la infraestructura e instalaciones que proporciona la empresa de seguridad con la central de alarmas en servicio las 24 horas del día. Por eso llama al técnico. No se trata de instalar un adorno o unas luces en los lugares donde diga el cliente, sino de instalar unos sensores que han de registrar la entrada o movimiento de personas, lo cual requiere unos conocimientos especializados."

Y en análogo sentido, pero de forma menos contundente, la la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021:

"Como ya se dijo por este mismo Tribunal en la SAP Madrid, Sección 11ºdel 12 de marzo de 2018 (ROJ: SAP M 3044/2018): "Estamos en presencia de un contrato de seguridad, en su modalidad de "prestación de servicios centrales de alarmas", por parte de una empresa dedicada a ello. Se trata de un contrato de arrendamiento de servicios por virtud del cual la parte prestadora del servicio se compromete a mantener la seguridad de aquello que sea objeto del contrato, mediante la prestación de los servicios contratados. Resulta obvio que los contratos de prestación de servicios de seguridad tienen como esencial finalidad, y por ello como principal obligación del prestador de los servicios, preservar la seguridad del cliente, a través de la realización de las prestaciones correspondientes a cada tipo de contrato. La compañía prestadora del servicio de vigilancia debe desplegar todos aquellos medios que sean precisos para detectar la presencia de intrusos en el lugar objeto del contrato, y que dicha presencia sea comunicada mediante los sistemas correspondientes a la central receptora de alarmas..."-

El cliente o usuario (- en terminología de la propia Ley 5/2014-) no es profesional y confía en aquello que le ofrece como servicio la empresa de seguridad, careciendo de los conocimientos tecnológicos y electrónicos de una empresa de seguridad, de manera que siempre que lo ofertado, incluido en su caso lo publicitado, no cumpla con la finalidad a la que deben orientarse, tanto en lo que se refiere a los equipos que instala como al actividad del personal de las empresas (vigilantes, operadores de la CRA, vigilantes de sistema de acuda y/o de custodia de llaves, mantenimiento, conexión a CRA), se debe entender que existe responsabilidad por culpa contractual de la empresa de seguridad, ex artículos 1104 y 1101 del Código Civil. En definitiva, como alguna clásica y conocida jurisprudencia indica (STS de 10 de octubre de 1975) " al suministrador del servicio debe exigírsele que la instalación sea eficaz y útil a los fines previstos, con agotamiento de la diligencia, en el control del funcionamiento de los medios puestos, debiendo recordarse al respecto que según clásica y conocida jurisprudencia (STS de 10 de octubre de 1975) que cuando las garantías adoptadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela la insuficiencia de los mismos y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia " (SAP Barcelona, Secc. 13^a, de 12 de noviembre de 1998).

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, así como la jurisprudencia sobre la materia, y la propia experiencia profesional, cito como supuestos más frecuentes de exigencia de responsabilidad contractual, los siguientes:

- 1.- Incumplimiento por no observancia de las obligaciones específicas previas de la empresa prestadora del servicio, y entre ellas:
- a). Ausencia de proyecto de instalación, lo que implica ausencia de inspección o examen del lugar previo a la contratación.
- b). Ausencia de información específica al cliente o usuario, por escrito y previa a la contratación, y bajo su responsabilidad, de la adecuación de lo contratado a la finalidad perseguida. Este "juicio de adecuación" en no pocas ocasiones se omite, y, según el tenor literal del artículo 23 del Reglamento, se emite bajo la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio, de manera que, si después del robo y/o incendio, se comprueba que lo asesorado y enjuiciado como adecuado, resultó ineficaz, deviene la responsabilidad de la empresa prestadora del servicio.
- c). Inexistencia de información acerca de otros sistemas o mecanismos alternativos y más acordes al estado actual de la tecnología para prevenir el robo y/o incendio.
- d). Antes de efectuar la conexión, "las empresas explotadoras de centrales alarmas están obligadas a instruir al usuario del funcionamiento del servicio, informándole de las características técnicas y funcionales del sistema y de las responsabilidades que lleva consigo su incorporación al mismo" (artículo 47 del Reglamento).
- 2.- Incumplimiento de certificar lo instalado (artículo 42.3) con el resultado positivo de las comprobaciones realizadas sobre la inspección.
- 3.- Incumplimiento de la obligación de mantener lo instalado, resultando insuficiente, en mi criterio, la habitual alegación de que se efectúa un reseteo a distancia. Los componentes tecnológicos del sistema requieren una revisión in situ, una comprobación incluso de si siguen siendo adecuados a los fines perseguidos. La frecuencia de la revisión (a veces semestral) depende del nivel de diligencia de la empresa prestadora del servicio y de la tecnología instalada, estableciendo el artículo 43 del Reglamento que las revisiones -presenciales se entiende- serán trimestrales o, en su caso, anuales.
- 4.- No entrega del preceptivo manual detallado de lo instalado (artículo 45 del Reglamento.

- 5.- Falta de correlación entre lo publicitado como medio de captación de los posibles clientes, y/o lo proyectado, y/o lo contratado, y/o lo instalado, y/o lo revisado.
- 6.- Defectuoso diseño y/o ubicación del sistema de seguridad.
- 7.- No salto de señal o no funcionamiento del sistema de alarma, remitiendo o transmitiendo señal a la CRA, permitiendo a los ladrones deambular por el lugar impunemente; o incluso llegar a la centralita y dañarla.
- 8.- Recepción en la CRA de la señal transmitida, sin desplazamiento del vigilante del sistema de acuda y/o custodia de llaves, y/o sin verificación de posible intrusión y/o sin aviso a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Contemplamos diferentes variables.

De la lectura de las obligaciones antes indicadas, así como de los supuestos de posible incumplimiento y exigencia de responsabilidad, quiero poner el énfasis en la "información". La lectura detenida del texto del Reglamento, así como de la propia Orden INT 316/2011, subyace la exigencia de que las empresas sean transparentes en la contratación, tanto previa a ella, como durante la vida del contrato. Ello se traduce en continuas necesidades de trasladar al cliente "información" o "instrucción", incluso por escrito, y es por ello que, como consecuencia de ello, y del nivel de competencia de la empresa, debe existir un deber de información de la "obsolescencia" del servicio prestado, y, en especial, de los elementos técnicos que componen el sistema de seguridad. De otra forma no habría equilibrio entre las partes contratantes.

Por otro lado, la verificación de señales se establece como una obligación de desarrollar con inmediatez, y puede ser secuencial, por vídeo y/o por audio (artículos 7,8, y 9 Orden INT 316/2011), al margen de la verificación personal (sistema de acuda). De manera que cuando se nos suele oponer por la empresa prestadora del servicio la necesidad de unos concretos y amplios intervalos de tiempo o de la necesidad de varias señales o saltos de alarma en puntos diferentes, o de que se han podido utilizar aparatos inhibidores por los ladrones para inutilizar la alarma, eso no le permite abstenerse de comprobar, en mi opinión, (y dado el tenor de aquellos preceptos), que se pueda estar produciendo esa situación de salto de alarma, o la de pérdida de señal, y registrar las señales de intrusión, atraco y manipulación, por ejemplo, de duración superior a 400 ms y las de fallo de sistema, superior a 10 segundos de audio o por activación de un detector con señal de video, y ser notificadas de inmediato.

Esta obligación de inmediata verificación, con base incluso en la Orden INT 316/2011, y con aviso a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tiene una cierta acogida en iurisprudencia menor en diferentes pronunciamientos condenatorios, aunque no siempre con la misma contundencia (Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, Sentencia 316/2018 de 25 Jun. 2018, Rec. 1013/2017), entendiéndose que no es causa de exención de responsabilidad, por su relación con la falta de inmediata verificación y consiguiente aviso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre otros, los siguientes:

- La habilidad de los ladrones cuando el sistema o alarma estaba conectado y permitió que los ladrones llegaran hasta la centralista y destruirla o sabotearla sin que antes se emitiera señal alguna de tales circunstancias que fuera, por su ausencia, verificada (Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, Sentencia 68/2018 de 19 Feb. 2018, Rec. 539/2017).
- -No tener contratado el sistema de acuda (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, Sentencia 151/2020 de 16 Jun. 2020, Rec. 487/2019);
- -La falta de información al usuario de los avances tecnológicos producidos cuando el contrato llevaba largo tiempo en vigor (Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, Sentencia 372/2018 de 21 May. 2018, Rec. 1479/2017), con independencia de que el riesgo se corresponda con los niveles de seguridad de la Orden INT 316/2011.
- Aun asumiendo la tesis de administrativamente sólo habría que efectuar verificación al producirse una señal (y no la ausencia de la misma), sin embargo, la diligencia civilmente exigible a la empresa de seguridad es la de la inmediata verificación por los medios personales y técnicos de que se disponga, incluido el sistema de acuda si está contratado (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11^a, Sentencia 64/2019 de 4 Feb. 2019, Rec. 147/2018).
- El salto de una señal sin verificación del salto el primer día, cuando el robo se comete

en dos días, llegando los ladrones hasta la centralita el segundo día, tras rotura de vallado perimetral, inutilización de alumbrado exterior, y acceso a la nave por el lugar que mejor les facilitaba la intrusión al interior, pudiendo llegar hasta la centralita, la cual rompen (Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, Sentencia 165/2017 de 8 Mar. 2017, Rec. 700/2016)

La verificación de señales, hay que ponerla en relación, a su vez, con los grados de seguridad de los sistemas (artículo 2 de la Orden INT 316/2011), en función de su calificación, lo que conlleva también para la empresa prestadora del servicio una labor de enjuiciamiento propia de su nivel de competencia técnica ajustada al lugar y a todas las circunstancias concurrentes.

El artículo 2 de la Orden contempla diversos grados de seguridad de los sistemas en atención al riesgo asignando, además, distintos requisitos en atención a la naturaleza y características del lugar en que se va a efectuar la instalación y de que exista o no obligación de estar conectados a una CRA. Estos grados, no anulan la obligación, antes expuesta, de inmediata verificación de la existencia de una señal o de su ausencia.

Los grados son los siguientes, según el tenor del precepto citado:

- a) Grado 1, o de bajo riesgo, para sistemas de alarma dotados de señalización acústica, que no se vayan a conectar a una central de alarmas o a un centro de control.
- b) Grado 2, de riesgo bajo a medio, dedicado a viviendas y pequeños establecimientos, comercios e industrias en general, que pretendan conectarse a una central de alarmas o, en su caso, a un centro de control.
- c) Grado 3, de riesgo medio/alto, destinado establecimientos obligados a disponer de medidas de seguridad, así como otras instalaciones comerciales o industriales a las que por su actividad u otras circunstancias se les exija disponer de conexión a central de alarmas o, en su caso, a un centro de control.
- d) Grado 4, considerado de alto riesgo, reservado a las denominadas infraestructuras críticas, instalaciones militares, establecimientos almacenen material explosivo reglamentado, y empresas de seguridad de depósito de efectivo, valores, metales preciosos, materias peligrosas o explosivos, requeridas, o

no, de conexión con central de alarmas o, en su caso, a centros de control.

Pues bien, donde quiero llegar es que fruto del nivel técnico o de competencia técnica de las empresas de seguridad, ajustada al lugar y a todas las circunstancias concurrentes, a aquella corresponde o debe corresponder la labor de calificación o enjuiciamiento del riesgo y el grado de seguridad que debe corresponderle, de manera que una errónea pericia al respecto también podría dar lugar a una existencia de responsabilidad.

Por ejemplo, una nave aislada en un polígono industrial, sin población próxima, podría ser calificada como grado 3. Y en cuanto a las viviendas, un riesgo similar podría tener una vivienda tipo chalé aislada, y dentro de amplia parcela, aunque sea una vivienda como la de un piso ubicado en un edificio en una ciudad.

continuación Reproduzco а algunas imágenes que ejemplifican algunas de las cuestiones expuestas, sobre todo en el último bloque de supuestos, donde las empresas han venido a negar la intrusión, o el mal funcionamiento o funcionamiento defectuoso del sistema, y que corresponden a casos reales:







Imágenes de personas saliendo del recinto, y de la llegada de un vehículo



la jurisprudencia es Al respecto, sobre esta materia, entendiendo dispar algunas sentencias que el mero hecho de la inadecuación o no funcionamiento sin más refleja un incumplimiento, y exigiendo otras el hecho determinante de la responsabilidad como los que indico en el apartado octavo relativo a los ejemplos de algunos supuestos.²

2.2- Concurrencia de empresas en la actividad.

Bajo este epígrafe quiero significar aquellos supuestos en los que, conforme prevé el

2 En este sentido, además de las sentencias ya indicadas al analizar este contrato de arrendamiento de servicios especial y normado, entre otras las siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincia de Murcia, Sección Primera, de fecha 24.6.2019, sentencia número 213/19, apelación 286/19; Sentencia número 113/19, de 18.3.2019 la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, rollo de apelación 5/19 (juicio ordinario 570/16 del Juzgado de Primera Instancia 11 de Murcia); Sentencia 302/11 de 10.6.2012 (apelación 385/11; ordinario 869/09) de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Murcia; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 115/2020 de 11 May. 2020, Rec. 935/2019; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 11 de Murcia, de fecha 27.9.2018 recaída en autos de juicio ordinario 570/16; Sentencia de 4-3-2016 número 39/16 del Juzgado de 1º Instancia 8 de Murcia, dictada en autos de juicio ordinario 567/14; Sentencia número 237/15 de 30.12.2015, del Juzgado de Primera Instancia Trece de Murcia, dictada en juicio ordinario 1135/13; Sentencia 35/20 de fecha 9 de Marzo de 2020, del Juzgado de Primera Instancia 6 de Murcia, juicio ordinario 471/18; Sentencia 212 de fecha 10.10.2018 dictada en autos de juicio verbal 635/16 del Juzgado de Primera Instancia 1 de Murcia; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 81/2018 de 12 Marzo 2018; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1ª, Sentencia 289/2012 de 16 Nov. 2012, Rec. 260/2012; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 125/2021 de 1 Jun. 2021, Rec. 622/2019; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 89/2021 de 29 Abr. 2021, Rec. 611/2019; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021; Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, Sentencia 144/2021 de 29 Jul. 2021, Rec. 46/2021; Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1ª, Sentencia 287/2020 de 15 Sep. 2020, Rec. 15/2020; Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 55/2021 de 26 Feb. 2021, Rec. 461/2020; Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 327/2020 de 13 May. 2020, Rec. 1083/2019; Audiencia Provincial de León, Sección 2ª, Sentencia 367/2009 de 12 Nov. 2009, Rec. 489/2009; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia 176/2021 de 6 May. 2021, Rec. 2/2021; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 120/2021 de 11 Mar. 2021, Rec. 11/2021; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 210/2021 de 19 May. 2021, Rec. 378/2020; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 45/2009 de 30 Ene. 2009, Rec. 257/2008; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia 163/2021 de 30 Abr. 2021, Rec. 89/2021; Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, Sentencia 223/2020 de 4 May. 2020, Rec. 344/2018; Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, Sentencia 108/2021 de 7 Abr. 2021, Rec. 406/2020.

artículo 47 de la Ley 5/2014, no coinciden en la misma empresa de seguridad las diferentes funciones, es decir: Instalación, mantenimiento v explotación de la CRA.

A partir de aquí el lector puede imaginar cuantas combinaciones le sean posibles. La hipótesis más habitual es la de la empresa que asume todas las funciones. Pero también cabe la posibilidad de que cada una de ellas recaigan en empresas diferentes, de modo que una instale, otra mantenga, incluso sea otra la que transmita a la CRA y ésta se encargue de la explotación de la CRA con las señales que otra empresa le transmite, pudiendo subarrendar o no, en empresa diferente, los servicios de acuda y/o de custodia de llaves, o bien optar por desempeñarlos ella misma.

Esta distinción es importante a los efectos, en su caso, de individualizar la responsabilidad poder peticionar una responsabilidad mancomunada y/o solidaria, incluso como peticiones fruto de una acumulación eventual de acciones, y, con ello, se determinaría la legitimación pasiva, e incluso la posibilidad de un litisconsorcio pasivo, del que, además, podríamos discutir si es voluntario o necesario, y si, en su caso, la única empresa condenada podría repetir contra las otras implicadas y no demandadas inicialmente, o, incluso, pedir la intervención provocada de las preteridas.

Pensemos, por ejemplo, en el supuesto en que el usuario o cliente contrata con una empresa A el "sistema de seguridad o de alarma" (que es la que debe realizar el proyecto y el juicio escrito de su adecuación), pero la instalación material de la misma y su conexión con la CRA que explota la primera empresa es realizada por una segunda empresa B. Si la empresa A asume lo instalado por otra sin objeción de ningún tipo, entiendo que asume que está bien realizada la instalación y conexión, y, con ello, asume la íntegra responsabilidad. Además, si hubiera observado alguna deficiencia o fallo debería de haberlo advertido al cliente, dado el evidente deber de información y juicio de adecuación que resulta del texto del Reglamento.

No obstante, ello no impediría que el cliente demandara a A y B cuando hay un fallo en la transmisión de la señal, ya sea fijando cuotas mancomunadas o, en su caso, con carácter solidario.

Y si la instalación se contrata con A, pero esta subcontrata a B, entonces con mayor razón se podría demandar a A, sin perjuicio, en su caso, de las eventuales acciones de A contra B si la primera resultara condenada.

Pensemos igualmente en el caso de que A recibe la señal, e incluso varias señales repetidas y, o bien no verifica las alarmas o saltos de alarma, o bien, una vez verificados no avisa al vigilante (sea o no de su empresa) para que acuda al lugar, y, en cualquier caso, no avisa a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Entiendo que, en este caso, la responsabilidad y, por ende, la legitimación pasiva sería de A.

Lo que intento destacar, en suma, es la importancia de analizar el contrato de alarma en su integridad, es decir, con todas las funciones posibles. Así entre otras las siguientes Sentencias: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4ª, Sentencia 467/2020 de 25 Nov. 2020, Rec. 723/2019; Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, Sentencia 256/2020 de 23 Oct. 2020, Rec. 97/2020; Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 125/2021 de 1 Jun. 2021, Rec. 622/2019.

La primera de ellas introduce un matiz importante en cuanto a la calificación del contrato, en el sentido, de que considera que el contrato de alarma vendía a ser un contrato mixto, en tanto que sería de arrendamiento de servicios, salvo en lo que se refiere a la instalación, que ha de considerarse como arrendamiento de obra o de resultado:

"Tal como ha declarado este tribunal en sentencias de 17 de julio de 2008 y 12 de mayo de 2011, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo sentada en sentencia de 21 de febrero de 2011, la obligación de la empresa de seguridad en estos casos es mixta desde el punto de vista jurídico, en el sentido de que puede calificarse como obligación de medios en lo que respecta al servicio que presta una vez instalado el sistema de alarma y como obligación de resultado en lo relativo a la instalación de éste, pues ha de entenderse que lo que los usuarios contratan es una protección integral de su vivienda o local y dicha protección evidentemente no se logra si el sistema instalado no cumple los requisitos técnicos necesarios para ofrecerla."

Pues bien, esto supondría que se ejercitarían acciones diferentes, con causas diferentes (artículos 12 y 72 LEC, por ejemplo).

La segunda de las sentencias ratifica la absolución en la instancia de una empresa que sólo se encargaba del mantenimiento del sistema, en un supuesto en el que el fallo del sistema de seguridad no fue imputable a falta de mantenimiento.

Y la tercera de ella, absuelve a una de las empresas demandadas, ya que su único cometido era el de recibir y transmitir la señal a la CRA, es decir, que no se ocupaba de la revisión y mantenimiento del sistema de seguridad:

"No existe por tanto cobertura contractual estimar la reclamación efectuada por la actora, como tampoco se acredita suficientemente supuesta una obligación por asumida voluntariamente SETEL informar a la contraparte posibles insuficiencias en el sistema de alarmas, incurriendo así en responsabilidad por la doctrina de los propios actos. Considera la actora recurrente en la alzada que SETEL habría asumido la obligación de detectar y solventar posibles d eficiencias en el sistema de alarma, sin embargo considera el Juez, y comparte esta Sala, que dicho compromiso quedaría limitado a contrastar el sistema de recepción de señales de alarma y su traslación a la Central Receptora de Alarmas (CRA), y no a una revisión de toda la instalación de seguridad del local que, como se ha dicho ya, es anterior a la contratación de los servicios de la demandada."

Y la última de ellas condena a la empresa prestadora del servicio, porque incluyó en el contrato la explotación de la CRA, aunque lo hiciera a través de otra empresa:

"En primer lugar, porque la gestión de la CRA correspondía a la entidad demandada, tal y como se deduce del clausulado del contrato que suscribió la compañía de seguridad con la entidad que sufrió el robo en la joyería que regentaba. En segunda instancia, porque la entidad demandada tenía la obligación de avisar a los cuerpos policiales en virtud de las obligaciones que asumió en el contrato de seguridad que concertó con su cliente. En tercer lugar, porque se considera acreditado que, en virtud de la documentación adjuntada con la demanda, la alarma tenía un grado 3, dada la actualización a la que el sistema fue sometido, según se reconoce explícitamente por la demandada en el correo que se unió a la demanda (doc. 5.6). En última instancia, porque no se colige que la delimitación del grado del sistema de alarma pueda ser determinante para la resolución de esta litis, a la vista del contenido, ya expresado, que mantiene la cláusula F del contrato y las obligaciones que ésta impone, como se ha referido, y ponderando tanto los avisos que detectó el sistema de alarma desde la intrusión en el local como la actitud del responsable del establecimiento, quien acudió al lugar tras tener conocimiento de los avisos instados por el sistema de alarma."

2.3.- La aplicación o no del RD Legislativo 1/2007. ¿La publicidad como parte del contrato?

Parece prudente iniciar este apartado con la advertencia al lector de que no es su objeto el siempre controvertido concepto de consumidor y usuario, aunque resulta inevitable aludir al mismo, y a su regulación en Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias, texto éste que transciende a una aparente voluntad exclusivamente refundidora.

El artículo 3 del TR define al consumidor y usuario de la siguiente forma:

«1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma 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.

2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin periuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

El concepto de consumidor y usuario incluye tanto a las personas físicas como jurídicas y a los entes sin personalidad, siendo, pues subjetivamente más amplio, respecto de la normativa europea, ejemplo de lo cual es la

Directiva 93/12/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la que consumidor se restringe a la persona física: "Toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional".

Sin embargo, desde el punto de vista objetivo o finalista si se aproximan ambas legislaciones. Y así el bien o servicio que se adquiere y que es el objeto negocial, no ha de quedar incorporado o formar parte de la actividad productiva del sujeto persona física o jurídica que lo adquiere.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 25 de enero de 2018, C-498/16 (Asunto Schrems), resume la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de consumidor de la siguiente forma:

- Εl concepto «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación objetiva de dichas personas dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.
- (ii) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, le es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.
- (iii) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».
- (iv) Por lo que respecta, concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de

Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato."

En la misma línea de prioridad el destino o finalidad del objeto frente a la de los sujetos, se ubica nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera, de lo Civil), y así, entre otras, Sentencia 230/2019, de 11 de Abril de 2019, Rec. 3649/2016), y la Sentencia 693/2021 de 11 de Octubre de 2021, entendiendo aplicable el TR al destinatario final de la cosa o servicio aun cuando no fuera consumidor, siendo lo relevante para la aplicación de este régimen legal que satisfaga las necesidades de consumo y no se encuadre dentro del ciclo productivo de la persona jurídica (empresa o profesional).

Y ello se justifica por el Tribunal Supremo, en su sentencia 693/21, con base incluso en la Sentencia del TJUE de 2 de Abril de 2020, asunto C-329/19 (relativa a una comunidad de propietarios) donde afirmó que la Directiva 93/12 no se opone a que los Estados miembros «pueden aplicar disposiciones de esa Directiva a sectores no incluidos en su ámbito de aplicación, siempre que esa interpretación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales garantice un nivel de protección más elevado a los consumidores y no contravenga las disposiciones de los Tratados». Y de ahí que en el Tribunal Supremo en su Sentencia 693/21 considere que «es por ello que nuestra legislación de consumidores, ya desde la Ley de 1984, ha ampliado el concepto de consumidor a las personas jurídicas, siempre y cuando actúen sin ánimo de lucro».

Por su parte en el Libro Tercero, al que se refiere el artículo 3 del Texto Refundido, se regula la responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en los artículos 128 y ss., que hasta entonces tenían una cobertura normativa desde el punto de vista del producto, pero no del servicio, ya que se respecto de éstos, para adaptar nuestro Derecho a la Directiva 85/374/CEE de 25 de Julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuoso, se dictó la Ley 22/1994 de 6 de Julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos

Con la incorporación al Texto Refundido,

según reconoce su propia Exposición de Motivos, la regulación de los bienes y servicios defectuosos, con disposiciones comunes tanto a bienes como servicios (artículos 128 a 134) se identifica la protección desde el punto de vista subjetivo con el "perjudicado" (sin mayor distinción, artículo 128), y, desde el punto de vista objetivo con los daños a las personas y cosas (artículo 139), estableciéndose una responsabilidad solidaria (artículo 132) y un ámbito de protección con una prescripción más amplia, y con ineficacia de las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad (artículo 130). Eso sí se requeriría que los servicios sido demandados (-destinados hubiesen y usados dice artículo 129) al consumo y uso privados. Sin embargo, en el régimen específico de servicios (artículos 148 y 149) en el artículo 148, al definir la responsabilidad del prestador del servicio alude, como parte pasiva o perceptora del mismo, al consumidor o usuario, pero es lo cierto que no introduce un concepto de consumidor y usuario, al tiempo que, recordemos, que el artículo 3 lo define sin perjuicio de lo que se establece en el Libro III, es decir, en sede de bienes y servicios defectuosos.

La Audiencia Provincial de Girona, Sección 2ª, en Sentencia 272/2007 de 14 Jun. 2007, Rec. 196/2007, dentro del marco normativo de este contrato, además del Código Civil, incluye el en los artículos 11 EDL y 25 a 28 de la Ley 26/84, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios,..... particularmente favorable para el consumidor y/o usuario, a quien le basta con demostrar que ha padecido daños y perjuicios a causa de la utilización de un producto para sentar la responsabilidad solidaria de quienes «producen, importan, suministran facilitan», los cuales sólo pueden exonerarse probando que los daños son derivados de la culpa exclusiva del usuario o de las personas de las que deba responder civilmente..... Y añade que "a los efectos de la Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

Sobre ningún usuario de servicios protegidos por la Ley recae la carga de probar la culpa del agente que presta el servicio."

A diferencia de la anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid secc. 14 nº 155/2015 de 25/5/2015 no considera aplicable el precedente régimen del TRLGDCU.

Pues bien, si volvemos al inicio de este apartado, lo que si observamos es un cambio en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuyo exponente es la Sentencia 693/2021 de 11 de octubre, podemos estar a diferentes hipótesis que volverían a abrir un debate sobre esta materia, y así:

- 1.- Aplicado al contrato de alarma, como las mismas se usan tanto por sujetos particulares como por personas jurídicas (incluso si éstas se dedican a una actividad profesional o empresarial) para iguales fines privados de protección, y no forman parte del objeto o actividad comercial o mercantil de una empresa o profesional (ya persona física o jurídica), pues no se dedica a la instalación, mantenimiento o explotación de un sistema de seguridad. entonces gozarían de la misma protección de consumidores y usuarios, tanto en lo que se refiere al régimen de los artículos 3 y ss., como al régimen de servicios defectuosos de los artículos 128 y ss., pudiéndose discutir si habría dos regímenes diferentes: El de los artículos 3 y ss., de un lado, y el del artículo 128.
- 2.- Lo anterior, implicaría la posibilidad de una especial tuición, que tendría su razón de ser en el cierto deseguilibrio de las posiciones de las partes contratantes, con ese plus a favor de la empresa prestadora del servicio de alarma o seguridad, y, por ende, una posible inversión de la carga de la prueba, entre otros extremos.

- 3.- Si entendemos que el concepto de perjudicado del artículo 128 (pese al tenor del artículo 148) es más amplio que el de consumidor y usuario, incluso antes de la STS 693/2021, entonces estaríamos en presencia de un régimen aplicable respecto del perceptor del servicio de seguridad, ya sea persona física o jurídica, y ya empresario o profesional. El obstáculo lo tenemos en que si bien en el ámbito bancario (STS de 2019) se admite respecto de servicios, la STS de 2021 es respecto de un bien o producto.
- 4.- Y si entendemos que, en cualquier caso, a partir de esta STS 693/2021 es aplicable el Texto refundido, incluido en su régimen de los artículos 3 y ss. del mismo, entonces les serían aplicables algunas cuestiones de interés, que, en cierta medida, ya encuentran acogida en las obligaciones especificas del Reglamento de Seguridad privada y, entre ellas, las siguientes:
- a). El artículo 60 del Texto Refundido, en cuanto a que parece tener una finalidad similar a la del artículo 23 del Reglamento de Seguridad Privada.
- b). Los artículos 61 y 62, en tanto que la publicidad se integra como parte misma del contrato; extremo éste de sumo interés dado que basta con prestar atención a algunas campañas publicitarias, incluidas en internet, como para luego comprobar que el concreto contrato litigioso y su incumplimiento o cumplimiento defectuoso, se alejaban con mucho de lo publicitado y ofertado.



Lo que acabamos de exponer son dudas que resultan a raíz del dictado de las sentencias citadas del Tribunal Supremo, si bien, el tenor literal del artículo 148 del Texto refundido nos llevaría de nuevo a que, pese a no existir un concepto legal del perceptor del servicio como consumidor, si aparecen mencionados expresamente en el texto del artículo 148 del Texto refundido, e incluso en el artículo 2 de la Ley 5/2014 ese sujeto se define como "usuario".

Es, por tanto, que la conclusión a la que llegaríamos es la de que, pese a los errores de técnica legislativa, por ley, no sería aplicable el Texto Refundido, sin perjuicio que le pueda ser aplicable su régimen, al entender que el perceptor del servicio nos incorpora el servicio a su ciclo productivo y, por tanto, con base en las Sentencias citadas del Tribunal Supremo, no siendo consumidor o usuario, sin embargo, si podría recibir el mismo tratamiento; es decir. la deficiente técnica legislativa y las Sentencias del Tribunal Supremo, nos llevarían a considerar que, una cosa es ser consumidor y usuario, y otra diferente, recibir el tratamiento de aquel en algunos casos. Y quien no es consumidor o usuario, no transmite esa condición a la aseguradora que acciona por subrogación.

Esto, a su vez, no impide, como después veremos la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

3.- LA PRESCRIPCIÓN.

En principio esta cuestión no ha presentado serios problemas en la práctica. Partiendo de la calificación de contrato de arrendamiento de servicios especial y normado, o incluso mixto con arrendamiento de obra por lo que a la instalación se refiere, nos ubicamos en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, y, por ende, en la aplicación del artículo 1964.2 del Código Civil que establece el plazo de prescripción de cinco años.

No obstante, parece prudente recordar que la reducción del plazo de 15 a 5 años, en vigor desde 7 de Octubre de 2015, tienen un régimen transitorio que se divide en diferentes periodos de tiempo:

Acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas entre el 7-10-2000 y el 7-10-2005: seguirá vigente el régimen legal anterior y, por tanto, será vigente el plazo de quince años.

- Acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas entre el 7-10-2005 y el 7-10-2015: se aplicará el nuevo régimen de prescripción de 5 años, prescribiendo el día 7-10 -2020, es decir, cinco años después de la entrada en vigor de la ley.
- Acciones derivadas de relaciones jurídicas nacidas a partir de 7-10-2015: se aplica el nuevo plazo de prescripción de cinco años.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia 158/2019 de 19 de marzo de 2019, rec 931/2018.

IV- EL PROCESO CIVIL Y LAS EMPRESAS DE SEGURIDAD.

1.- DILIGENCIAS PRELIMINARES. IMPORTANCIA DE LA DENUNCIA.

La intervención de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puede ser consecuencia de la intervención de oficio o por denuncia del perjudicado al detectar un robo con falta no actuación del sistema de alarma, o como consecuencia de que la empresa de seguridad verifique una alarma y los avise.

Esta intervención, en no pocas ocasiones suele ser la primera en el tiempo y de extraordinaria importancia, dado que suelen contener la "inspección ocular" que refleja el escenario de los hechos (estado de los dispositivos o sensores, de la centralita, alteración de su estado originario, daños ocasionados que por su tipo no deberían haber pasado desapercibidos a los sensores etc.), al tiempo que puede permitir reconstruir, en cierta medida, el iter seguido por los ladrones, incluido el visionado de imágenes y su incorporación al atestado.

Y desde el punto de vista civil, cobran importancia las Diligencias preliminares, sobre todo en aquellos supuestos en los que puedan estar separadas las diferentes funciones de las empresas de seguridad y no se disponga de los contratos, o que, incluso, hayan sido subcontratados por la empresa de seguridad que suministra el sistema de seguridad, y resulte preciso delimitar una posible responsabilidad única, o compartida de varias empresas, ya con carácter solidario o mancomunado, o incluso cuando resulte preciso delimitar la función de cada una.

> los fines antes expuestos,

estas diligencias preliminares a las que la jurisprudencia menor atribuye eficacia interruptora de la prescripción (Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia 524/2016 de 10 oct. 2016, Rec. 716/2015), por la vía del artículo 256.1. 1º, para determinar la legitimación, o incluso por la vía del artículo 256.1. 2º para exhibición del contrato de seguridad (o de una de sus concretas funciones) que le vincula con la parte.

Sobre este extremo, la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil se separada de la precedente de 1881, y, así, mientras en esta segunda se aludía a "cosa mueble", en la actual se alude a "cosa", lo que en no pocas ocasiones ha sido interpretado por los Tribunales de instancia como vía adecuada para solicitar la exhibición del contrato o de una pericial. Y si bien en el caso del contrato entendemos que tendría cierta lógica, pues guardaría relación con la legitimación, no así con relación a la pericial.

2.- COMPETENCIA TERRITORIAL.

Tampoco debe revestir mayores problemas esta cuestión. Las hipótesis normales y frecuentes son las de ejercicio de la acción por el usuario o por la aseguradora ex artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

Especialmente si no consideramos aplicable el Real Decreto Legislativo 1/2007, la competencia se determina por aplicación de los fueros generales y, por tanto, del artículo 51 de la LEC, lo que significa que deben de ser demandadas en el lugar de su domicilio, pudiendo el actor optar por éste o por el del lugar donde la situación o relación jurídica haya nacido o deba de surtir sus efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad.

Ahora bien, la jurisprudencia menor venido matizando el significado de "establecimiento abierto al público", sobre todo en el caso de ejercicio de la acción de subrogación ex articulo 43 Ley de contrato de Seguro. Ha sido a partir de las reclamaciones a empresas eléctricas cómo se ha ido perfilando esta cuestión, siendo aconsejable justificar la existencia de establecimiento abierto de forma documental, singularmente fotográfica.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta el alcance del concepto domicilio, en relación con las personas jurídicas, previsto en

el artículo 51 LEC:

1.- En primer lugar, la presentación de la demanda, en aplicación de la norma de competencia territorial de carácter general contenida en el Artículo 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé la competencia territorial de las personas jurídicas, las cuales serán demandadas en el lugar de su domicilio. apuntando que en ningún caso nos refiere al "domicilio social" sino al domicilio como tal.

No obstante, y, además, en el párrafo segundo del citado artículo, se contiene, no de forma excluyente, sino complementaria concurrente, la posibilidad de que las personas jurídicas sean demandadas también "(...) en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de esta entidad.".

En el artículo 51, regula bajo una misma rúbrica dos tipos de competencia territorial diferente: de un lado, en el número primero, la de las personas jurídicas (que es la que nos ocupa) y de otra, en el número segundo la de los entes sin personalidad, que no es de aplicación al caso de autos.

Y es el legislador quien fija en el mismo número primero, los fueros generales de las personas jurídicas pues al del inciso primero (domicilio en carácter amplio como luego veremos) añade "también" el del lugar donde la situación o relación jurídica se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos.

Y es así que, a través de ese adverbio, el legislador parece dejar claro que otorga a los dos fueros la misma cualificación o mismo nivel o paridad, es decir, la misma equivalencia y, por tanto, la misma eficacia, siendo de carácter electivo.

Esto parece lógico, pues en otro caso, el demandante podría verse en una situación de desigualdad teniendo que demandar a la persona jurídica en el lugar donde ésta tenga su domicilio social.

Y obsérvese que, además, la interpretación derivada de la ubicación sistemática de esta norma avalaría también esta posición o explicación, en la medida en que el artículo 51 regula como fueros generales de las personas jurídicas los antes expuestos, al mismo

nivel ("también") y el artículo 51 regula las excepciones o reglas especiales, es decir, que se confrontan los fueros generales (dos) frente a los especiales (más de dos).

Por tanto, la competencia corresponde a este juzgado, ya sea por el fuero del domicilio, considerado como hemos indicado en sentido amplio, como por ser el lugar donde la situación o relación jurídica se refiere el litigio hava nacido o deba surtir efectos, por disponer la demandada de establecimiento abierto al público o representante autorizado.

- 2.- Así pues, siendo la demandada una empresa de seguridad, y si los hechos han ocurrido en la localidad dentro del ámbito del partido judicial de que se trate, y si en esa localidad posee establecimiento oficial abierto al público estarían cumplidos los requisitos del artículo 51.1 de la LEC.
- 3.- A mayor abundamiento, la relación jurídica puede entenderse allí nacida (es decir, en el lugar de prestación del servicio o pe nave objeto de vigilancia), ya que tiene lugar dentro de este partido la defectuosa prestación del contrato de alarma (forum delicti comissi). Incluso si atendemos a la relación que una al asegurado y a la aseguradora, llegaríamos a la misma conclusión, pues el contrato de seguro se realiza, tiene efecto sobre un inmueble de este asegurado sita en este partido judicial, por lo que, habiendo la aseguradora efectuado el pago, en virtud del Artículo 43 de la Ley de Contrato de seguro, se subroga en la posición de su asegurado, esto es, la aseguradora, a consecuencia de un siniestro, un pago y una póliza, se coloca en la posición jurídica del asegurado, por lo que éste sale de la relación jurídico-procesal, que en lo sucesivo se seguirá con la aseguradora: ostenta pues, la misma posición que habría ostentado el asegurado.
- 4.- Alternativamente con lo anterior, y por aplicación de las normas sobre protección de consumidores y usuarios, especialmente si reclama el particular o la empresa y entendemos que procede darle tal tratamiento, el fuero especial, imperativo e inderogable del Artículo 52.1.16º en relación con dicha protección, cabría entender como fuero aplicable aquel donde el demandado tenga su establecimiento, subsidiariamente, donde tenga su domicilio, y en su caso, el domicilio del asegurado y/o consumidor o usuario, y por ello, en todos los casos, prácticamente, nos podríamos situar ante los mimos juzgados a los que conduce el artículo 51.1 de la LEC, y especialmente si

consideramos que debe darse el tratamiento consumidor y usuario, a raíz de las Sentencias del Tribunal Supremo ya comentadas en el correspondiente apartado.

Así las cosas, queda claro que la LEC permite demandar a una persona jurídica en el lugar donde ésta tenga abierto establecimiento o representante autorizado, como sucede en el presente caso. Esta cuestión ya ha venido siendo resuelta por los Tribunales en el sentido que vamos exponiendo, y si bien el análisis parte de la eventual condena en costas, es lo cierto que la línea de la jurisprudencia que indicamos considera el concepto domicilio en un sentido amplio y no como vinculado a la idea de domicilio social, y si como el de cualquier delegación, sucursal, agencia o establecimiento abierto al público, dotado de una mayor o menor autonomía funcional y operativa, a fin de no alejar del lugar de cumplimiento de la obligación el procedimiento.

Es más, algunas sentencias llegan a decir que resulta evidente que las grandes compañías mercantiles, tiene implantación y clientela en toda o la mayor parte del territorio nacional, operan con regularidad y fijeza en todos o gran parte de domicilio o lugar de prestación del servicio al cliente, de modo tal que sus numerosos clientes para nada precisan desplazarse ni entenderse con las oficinas o empleados del domicilio social, sino que desde cada una de las diferentes localidades, conciertan sus contratos, y desarrollan la totalidad de las vicisitudes que puedan ocasionarse a lo largo de la vida del mismo.

Se trata, para algunas de estas sentencias, además de compañías, que por su numerosa clientela en las diferentes provincias o capitales del Estado y por la "incidencia judicial" que regularmente presenta su actividad comercial, disfrutan de los servicios de profesionales contratados para representarlas y defenderlas en cada una de las diferentes localidades donde operan, sin que realicen un contrato de arrendamiento de servicios individual para cada uno de los litigios en los que, bien como actoras bien como demandadas, se ven comprometidas, todo con independencia de que el litigio se desarrolle dentro o fuera del municipio donde han establecido su domicilio social y sin que el representante legal de la compañía en ningún caso comparezca por si mismo, se desarrolle el pleito en uno u otro partido judicial.³

³ Además de las resoluciones que después citamos, a título de ejemplo, desde este momento, mencionamos las siguien-

A mayor abundamiento, hay otras resoluciones de las Audiencias Provinciales que estiman que si el suministro (en este caso servicio de seguridad) se presta en un determinado lugar, es en este lugar donde nace la relación y es suficiente para demandar en el mismo, entendiendo suficiente el designado por esta parte de la misma forma que en los presentes autos, y dejando claro que la norma del artículo 51.1 lo que contiene es un fuero electivo a elección del demandante. ⁴

5.- En cualquier caso, en base a lo establecido en el artículo 58 de la LEC, en relación con el artículo 52.1.1º de la referida Ley, es preciso además tener en cuenta el carácter electivo que contiene el propio artículo 58 de la LEC y por tanto, debe otorgarse a la parte con carácter electivo, la posibilidad de optar por otro posible fuero, en la que tiene domicilio la demanda, omisión en su caso que provocaría indefensión a ésta parte, amén de vulneración de normas imperativas y de trámites de procedimiento ex articulo 225.3 LEC y 238.3 de la LOPJ, dificultando su derecho de defensa, y afectando incluso al juez predeterminado en la ley.

En este sentido, el Art. 58 LEC in fine, regulador de la apreciación de oficio de la competencia territorial, apreciamos que el tenor literal del mismo establece que: "Si fuesen de aplicación fueros electivos se estará a lo que manifieste el demandante, tras el requerimiento

tes: Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, Auto 52/2011 de 3 Mar. 2011, Rec. 91/2011; Auto de 20.4.2018 de la Sección 7º de la Audiencia Provincial de Valencia: Auto del Tribunal Supremo número 6205/17, recurso 102/2017, de fecha 21 de Junio de 2017: Audiencia Provincial de Alicante. Sección 8ª. Sentencia de 17 Oct. 2007, rec.442/2007; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia de 12 Mar. 2003, rec. 530/2002; Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2ª, Sentencia de 28 Mar. 2008, rec. 450/2007(" pues la jurisprudencia ha entendido que por tal también debe entenderse el lugar donde tenga la representación o sucursal abierta al público, y ello a fin de no alejar del lugar de cumplimiento de la obligación el procedimiento"); Sentencia de 5.6.2008 de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5º; la SAP de Baleares, Sección 5ª, en su sentencia de fecha 18/06/2002; SAP de Asturias, de fecha 31/01/2002; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, de fecha 19 de junio de 2002; Audiencia Provincial de Valencia de fecha 23 de mayo de 2005 y la Audiencia Provincial de Cuenca en sentencia de fecha 29 de octubre de 2003.

4 En este sentido los siguientes Autos: Audiencia Provincial de Murcia, Auto 52/11, Sección 4º de 3 de marzo de 2011; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4º, de 10.10.2013, a que expresamente indica; Audiencia Provincial de Almería de Almería, de 25.10.2015, Sección 1º:

que se le dirigirá a tales efectos".

Su tenor literal e imperativo, siendo éstos los primeros criterios de interpretación de las normas, lo cierto es que se confiere al demandante la facultad de optar, y ello entendido en el más amplio sentido de la palabra, por lo que resulta imprescindible requerir a la parte a elegir un fuero u otro, sin condicionante de ningún tipo. Luego si la ley procesal imperativa y de orden público, faculta al actor a optar, éste lo acepta y elige, si se le da la posibilidad, se debiera producir la inhibición a favor de los Juzgados de dicha opción, sin que se pueda sustituir la voluntad de optar directamente por una inhibición. ⁵

3.- LA ACCIÓN QUE SE EJERCITA: ARTÍCULO DE LA LEC. **ACCIÓN** DE **DECLARATIVA** Y **CONDENA SIMPLEMENTE** DE CONDENA: HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCIÓN. ACCIÓN EX ARTÍCULO 43 LEY DE CONTRATO DE SEGURO. LEGITIMACIÓN. ¿LA TIENE EL TOMADOR? ESPECIAL MENCIÓN A LAS **EMPRESAS FOTOVOLTAICAS.**

3.1- La acción que se ejercita: Artículo 5 de la LEC: Acción declarativa y de condena o simplemente de condena: Hechos constitutivos de la acción.

Sabemos que frente al sentido o concepción amplia de la acción como controversia que se somete a decisión del juez, en un sentido concreto se identifica con el objeto del proceso, entendiéndose como el derecho subjetivo público que se ostenta frente a Estado a obtener una tutela judicial concreta v determinada.

Las acciones pueden ser de diferentes tipos, y, por lo que, a un proceso civil declarativo, las clasificamos en declarativas, constitutivas y de condena, teniendo esta clasificación su acogida en el actual artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere a las acciones declarativas y a las constitutivas, mientras que las primeras simplemente pretenden la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación o situación jurídica; en las

⁵ En este sentido: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Civil y Penal, Auto de 26 Oct. 2005, rec. 10/2005; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 8 Ene. 2013, rec. 195/2012

segundas, siguiendo la tradicional clasificación de las obligaciones desde el punto de vista civil, parten de un incumplimiento del demandado, pretendiendo que el juzgador le conmine a dar, no dar, hace o no hacer, pudiéndose dar una cantidad de dinero.

La acción que nos ocupa se encuadraría en las acciones de condena, no siendo preciso acumular de forma simple una acción meramente declarativa aue establezca. previamente, la responsabilidad de la empresa de seguridad, pues en la de condena pecuniaria, se parte ya de que la empresa ha incumplido, y, por ende, ese incumplimiento pasaría a tener que ser observado dentro de la carga de la alegación (Artículos 399 y 400 de la LEC), y de la consiguiente de la prueba (artículo 217 de la LEC). No habría pues, un pretendido defecto legal en el modo de proponer la demanda, como en alguna ocasión he podido leer.

De ahí que la formulación de esta acción de condena, teniendo además presente que puede ser ejercitada tanto por el usuario perjudicado, como por la aseguradora que se subroga en su posición ex artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, haya de ser precisa en sus hechos constitutivos, ya por exigencias de carga de la alegación, ya incluso si lo que se quiere es articular una prueba de presunciones o indicios.

Por todo ello considero que conviene

a la parte actora (usuario-perjudicado y/o aseguradora, según los casos) alegar la existencia del contrato de seguro con cobertura de robo. la existencia del contrato de alarma v si existe o no toda la documentación que se revela necesaria a tenor de las obligaciones de las empresas de seguridad, las diferentes funciones que integran el servicio de seguridad privada, que la alarma estaba conectada, el robo y su modus operandi (incluido que el sistema de seguridad estaba conectado), el hecho u hechos por los que se exige responsabilidad y se hace derivar esta consecuencia jurídica (no salto de señal, no verificación, defectos de diseño o de ubicación etc.), y los daños, debiéndose fijar el nexo causal entre los hechos determinantes del incumplimiento y el daño, cobrando una especial relevancia la prueba pericial.

En el supuesto de varias empresas concurrentes en la prestación del servicio de seguridad, con funciones diferentes y diferenciadas, habrá que estar a la causa determinante de la responsabilidad (instalación, mantenimiento, vigilancia y explotación de la CRA), para determinar la conveniencia o necesidad de demandar a uno o a varios en una suerte litisconsorcial.

Y es que la acción es un presupuesto de fondo y de ahí guarde íntima conexión con el tema de la legitimación, por lo que paso a mencionarlo en el apartado siguiente.



3.2.- Legitimación. Acción ex artículo 43 Ley de Contrato de Seguro. ¿La tiene el tomador? Especial mención a las empresas fotovoltaicas.

La legitimación la ostenta, ante todo y, sobre todo, el contratante de la alarma, tanto si carece de póliza con cobertura de robo, como cuando ésta no cubre la totalidad de los daños y para la parte no cubierta por la entidad aseguradora, de manera que podríamos estar en presencia de un litisconsorcio voluntario activo.

Por su parte la aseguradora que ha indemnizado el total de los daños, podría ejercitar sus acciones vía el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro tras indemnizar a su asegurado, o incluso en virtud del pago hecho por cuenta de un tercero del artículo 1158 del Código Civil cuando no paga a su asegurado, o incluso por vía de acción de repetición ex artículo 1145 del Código Civil, siempre que entendamos que entre aseguradora y empresa de seguridad habría una suerte de solidaridad impropia que nacería de la sentencia que se dictara.

La acción más frecuente es la del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, cuyos requisitos son suficientemente conocidos, si bien, por su sencillez y claridad, traemos a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, Sentencia 284/2016 de 23 de noviembre de 2016, con cita de otra de la misma Sala:

"La facultad que reconoce elart.43de la L.C.S. al asegurador que hubiera pagado la indemnización, constituye una forma de subrogación legal como consecuencia del pago, según se expresa en el mismo precepto.

La subrogación se diferencia de la acción de reembolso o regreso del art. 1158 del C.Civil, que supone el nacimiento de un nuevo crédito contra el deudor en virtud del pago realizado, el cual extingue la primera obligación, transmite al tercero que paga el mismo crédito inicial, con todos sus derechos accesorios, privilegios y garantías de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.212 del C.Civil (T.S. sentencia de 15 de noviembre de 1.990

Es de destacar que no se trata del ejercicio de un derecho con las cualidades que tendría uno propio, sino con las correspondientes a la entidad o sujeto en las que se subroga, en este caso habremos de entender, con todas sus consecuencias que la acción ejercitada conllevará todas cuantas especialidades y circunstancias hubiesen correspondido al perjudicado indemnizado.

Esta acción ha sido examinada en diversas resoluciones y así la sentencia de la A.P. de Guadalajara de 3 de febrero de 2000 señala que el ejercicio de la acción delart.43de la L.C.S exige que el asegurador haya realizado la prestación indemnizatoria como consecuencia del siniestro.

La A.P. de Barcelona de 30 de julio de 1999mantiene que la subrogación no es cierto que sólo se produzca por el mero hecho del pago y confirmó la sentencia de la primera instancia que estimó que el pago realizado no era procedente por lo que necesariamente la acción ejercitada debía decaer, al no existir un crédito contra un tercero dirigido precisamente a la obtención del resarcimiento del daño que ha dado lugar a la indemnización del asegurador, de tal suerte que cuanto no exista deuda resarcitoria por parte de un tercero no opera la subrogación.

La subrogación ope legis que se produce exart.43de la L.CS EDL1980/4219. se dará cuando han existido las siguientes condiciones:

- a) Que el asegurador haya hecho pago de la indemnización al asegurado y que este pago haya sido como consecuencia de un contrato de seguro.
- b) Que haya nacido a favor del perjudicado una acción de responsabilidad contra tercero, contra quien no sea el tomador del seguro, el asegurado ni el asegurador, lo que presupone, naturalmente, una culpa en dicho tercero.

Obviamente, de ello se infiere que si el asegurado carece de derechos y acciones frente a otra persona como presunta responsable del siniestro, tampoco los tendrá la entidad aseguradora que le pagó la indemnización, en cuya posición jurídica ésta se subroga (T.S. sentencia de 9 de julio de 1994).

En conclusión, la subrogación» ope legis» implica la posibilidad de ejercitar la misma acción que correspondería al asegurado y si el asegurado carece de derechos y acciones frente a otra persona como responsable del siniestro, tampoco lo tendrá la entidad aseguradora que le pagó la indemnización, porque no puede ser titular de unos derechos

que no le ha podido transmitir el asegurado en cuya posición jurídica se subroga. (A.P. Madrid sentencia de 13 de diciembre de 2005) y en términos similares se pronuncia la sentencia del T.S. de 17 de enero de 2006 «.

Ahora bien, el problema se nos puede presentar, en ocasiones, con los "grupos de empresas", lo que singularmente sucede en el específico ámbito de las empresas fotovoltaicas. de "gran atractivo" para el robo, por el habitual enclave ciertamente aislado de los huertos solares.

El continuo cambio de las relaciones comerciales y el modo de entenderlas nos lleva a situaciones en las que la operatividad de las personas jurídicas, sobre todo en supuestos como el que indicamos, se traduce en una concepción más moderna y que les otorque mayor agilidad en su actuación. De ahí que no sea infrecuente que una sociedad actúe como matriz, y lo que, antes venían a ser departamentos o secciones de esta, pasen a convertirse o adoptar formas societarias (singularmente de sociedad limitada) de las que es socio único la sociedad matriz.

Lo anterior supone que los principios general de invariabilidad (artículo 1255 del Código Civil) y de relatividad de los contratos (artículo 1257 del Código Civil) limiten u otorguen cierta rigidez a aquella forma más moderna de organización empresarial, lo que, en ocasiones, conlleva a que tales principios den lugar a la intervención de los tribunales en orden a corregir los efectos absolutamente desviados para el equilibrio contractual que se producirían en beneficio de una de las partes si se mantuvieran en sus propios términos.

Lo que así refrenda el Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno 167/2020 y en Sentencia 735/2020, en el sentido de recordar que las concepciones socioeconómicas han cambiado radicalmente; lo cual, lógicamente, tiene que tener su reflejo en las concepciones jurídicas:

"Esta consideración de los contratos como unidades absolutamente independientes entre sí, que no producen efectos respecto de quienes no han intervenido en su otorgamiento, no generaba especiales problemas cuando se promulgó el Código Civil.

La sociedad española de aquel momento era una sociedad agrícola y artesanal. Los procesos económicos eran bastante simples y quienes intervenían en ellos tenían, por lo

general, una situación independiente respecto del resto de intervinientes.

embargo, cuando la estructura económica de la sociedad fue cambiando, y se generalizó la producción en masa, esta concepción de los contratos como entidades completamente independientes, sin efecto alguno frente a terceros, entró en crisis, en especial cuando se aplicaba a algunas relaciones económicas. Del encargo se pasó a la puesta en el mercado de forma masiva, eliminándose el carácter individualizado del objeto adquirido y cobrando relevancia la adecuación del mismo a la descripción genérica con la que se puso en el mercado y se publicitó."

Razones que llevan a nuestro alto tribunal a establecer como doctrina excepciones al principio de relatividad, por ejemplo, en el sector de la contratación inmobiliaria y del automóvil (dieselgate).

Todo lo anterior, lo entendemos plenamente aplicable al supuesto de otras empresas como son, por ejemplo, las fotovoltaicas, máxime cuando no se niega la existencia del grupo de empresa, y se incluye a la sociedad matriz como aquella ante quien han de cumplirse parte de las obligaciones de la empresa de seguridad, constituyendo una suerte de actos propios, como la de informar de la actividad de alarmas (- de no entenderse así supondría vulneración grave de la protección de datos-), fijar un acta de coordinación de empresas cuando concurren varias sobre el mismo centro de trabajo (entendido como tal el huerto solar, y por exigencias de la propia legislación de prevención de riesgos), así como la fijación de un protocolo de actuación, en el que interviene y se designa para avisos a personal dependiente directamente de lo que hemos venido en llamar la sociedad matriz.

Teniendo, además en cuenta, la precitada doctrina del Tribunal Supremo, es en casos como el indicado, donde se imponen las excepciones al principio de relatividad, primeramente, dado que negar acción a esta aseguradora de la tomadora-asegurada (empresa matriz) diferente de la concreta empresa filial que contrata el sistema de alarma por indicación de la empresa matriz (y recordemos que siendo su único socio la sociedad matriz) cuando la tomadora-asegurada es la matriz e incluye en la póliza como riesgos las diferentes plantas (dentro de las cuales puede haber una multiplicidad de propietarios, incluso por paneles solares), supondría, un enriquecimiento injusto, en el mismo momento que si se niega acción, resultaría indemne la empresa prestadora del servicio, en el sentido que se podría entender que no puede accionar la titular del contrato desde el mismo momento en que no sería perjudicada, pues técnicamente no ha tenido daños al haber sido indemnizada a otra empresa de su grupo como tomadora/asegurada, tal y como permiten los artículos 7 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro. Llegaríamos al absurdo de tener que forzar un artificioso negocio jurídico de cesión de créditos o acción de responsabilidad entre empresas del mismo grupo.

Es por ello que nuestra jurisprudencia, en casos similares, adopta soluciones en la línea de lo que venimos exponiendo, y así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Castellón Roj: SAP CS 154/2021 - ECLI:ES:APCS:2021:15, en un caso de empresas familiares, en el que igualmente el tomador y beneficiario del seguro es distinto al titular del contrato de seguridad, opta por reconocer legitimación activa:

"El hecho de que en el contrato de seguro figure como tomador y asegurado D2 & Kaki Fashion Boutiques, S.L., y en el de seguridad D. Ricardo no priva a la actora de legitimación activa al amparo del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, pues resulta evidente que D. Ricardo, al contratar el sistema de seguridad, sobre uno de los locales incluido como riesgo en el contrato de seguro actuó en virtud de un poder o mandato, verbal o tácito, de D2 & Kaki Fashion Boutiques, S.L., empresa, como se ha dicho, de carácter familiar.

La STS, Sala 1º, de 27 de noviembre de 2012 señala que "el mandato tácito, admitido por el art. 1710 CC , se deduce de hechos concluyentes del mandante, esto es, actitudes o comportamientos que, interpretados en un contexto relacional determinado, revelan inequívocamente la voluntad de dar vida a un contrato de mandato" y añade que "cuestión distinta es que un contrato celebrado en nombre de otro sin ostentar la representación para ello, pueda ser ratificado por aquel a nombre de quien contrató, y que esta ratificación pueda ser, no sólo expresa, sino también tácita, con el consiguiente efecto de validar el negocio (art. 1259 CC). Lógicamente, el apoderamiento tácito, por tratarse de un verdadero mandato, no necesita de ratificación alguna, mientras ratificación posterior que la

apoderamiento aparente subsana el defecto de apoderamiento y el tercero que contrató fiado por esta apariencia de poder no necesita invocar su condición de buena fe para eludir las consecuencias de la falta de representación".

En definitiva, coinciden tomador/ asegurado y contratante del sistema de seguridad, circunstancia que confiere a la actora legitimación activa una vez satisfecha la indemnización.

En otras palabras, aun cuando el contrato de seguro fue suscrito entre la actora y D2 & Kaki Fashion Boutiques, S.L., y el contrato de seguridad entre la demandada y D. Ricardo, se considera acreditado que este, al contratar el sistema de alarma, actuó como mandatario o apoderado de aquella. Concurren, en suma, los presupuestos para e ejercicio de la acción subrogatoria."

Recuérdese por ejemplo, que existe en la jurisprudencia supuestos análogos que ha acogido o superado el criterio de la identidad formal de tomador, como recuerda la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, de 3 de diciembre de 2014, que señaló al respecto: "las sentencias de las Audiencias Provinciales han venido ampliando, aunque no de forma unánime, la aplicación del artículo 32 de la Ley de Contratos de Seguros en aquellos casos en que los tomadores del seguro sean una Comunidad de Propietarios y un comunero, y ello en atención a que, en definitiva, en estos casos se puede apreciar la existencia de un mismo tomador por cuanto, a pesar de que nominalmente sea la comunidad de propietarios la que contrata, lo hace en beneficio y por sustitución representativa de cada uno de los comuneros, por lo que, en realidad, cada uno de éstos sería titular del contrato en la parte correspondiente a su cuota de participación en el total de la finca, siempre que se asegure el mismo riesgo."

No obstante, tampoco podemos olvidar, que se podría articular la causa de pedir de la acción aludiendo tanto a la acción contractual, como a la acción extracontractual del artículo 1.902 del código civil. Y ello, desde el punto de vista de la doctrina de la unidad de culpa civil, al poder existir, en su caso, yuxtaposición de responsabilidades, en el sentido de que obviamente el análisis de la responsabilidad extracontractual del demandado partirá igualmente de la acreditación de su incumplimiento contractual.

Pero centrándonos en particular, en la acción del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, no podemos tampoco dejar de lado los artículos 7 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro. En primer lugar, hay que recordar que la mencionada acción de subrogación es una acción típica, de subrogación legal y contemplada por una norma especial. Ello es así porque viene establecida legalmente, y como venimos indicando, en el artículo 43 LCS. Y además de típica es una subrogación legal, y ello en virtud de que la misma deriva del hecho de que la aseguradora indemniza al asegurado/ tomador en virtud de la póliza de seguro suscrito entre ambos y a consecuencia de un siniestro porque así lo prevé expresamente una norma que, tanto por su contenido como por colocación sistemática, es una norma especial. Y por último hay que recordar que el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro es una norma posterior y especial con respecto del régimen general del Código Civil, y, en cualquier caso, el pago es causa de extinción de las obligaciones.

En segundo lugar, el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro establece que "el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización". Al respecto, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 809/2011, de 21 de noviembre de 2.011, rec. 1196/2008:

El artículo 43 surge por disposición legal y constituye, por lo que a su ejercicio se refiere, un derecho del asegurador -"podrá ejercitar"-, no una obligación, por lo que resulta fundamental la voluntad de la aseguradora al respecto, de tal forma que mientras esa cesión no haya tenido lugar sigue siendo el asegurado el titular del crédito, y es evidente que, junto al pago del siniestro, que la sentencia admite, la voluntad de la aseguradora de subrogarse en las acciones de su asegurado y reclamar a la causante del perjuicio, se expresa a través de actos inequívocos, como el propio ejercicio de esta acción".

En suma, que una vez que paga el asegurado, nace su acción y le basta con presentar demanda si lo desea, Ni la ley, ni la jurisprudencia establecen otro requisito, lo cual es coherente con el principio dispositivo que rige en el proceso civil, conforme a lo cual nadie puede ser obligado a promover acción en contra de su voluntad.

Con respecto al elemento subjetivo de la acción de subrogación, esto es, los sujetos del crédito de la acción de subrogación, en virtud del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, son los siguientes, que además contemplamos en el supuesto que os ocupa:

-El asegurado/tomador, es decir, el titular del interés asegurado en el momento de ocurrencia del siniestro (la sociedad matriz, que es quien como tomador y, además, al mismo tiempo, asegurado, contrata la póliza para el concreto riesgo, que es donde se prestaba el servicio por empresa de seguridad, tal y como ha de constar documentalmente en, por ejemplo, su contrato, en el protocolo de actuación y en el Informe de Actividad), como asegurado y tomador, tal y como debe constar en la póliza.

-El asegurador, que es quien se subroga en la posición del asegurado/tomador

-El tercero responsable, (la empresa de seguridad) quienes, con su proceder, dan lugar a unos hechos que debían de tratar de evitar, y con ello un daño.

En consecuencia, y conforme se desprende del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, es el asegurador quien se subroga, una vez efectuada la indemnización al asegurado/ tomador, en la posición de éste. Es decir, la aseguradora también en estos casos es quien se "coloca" en la posición del asegurado/ tomador, y desde ese momento está legitimado por ley para ejercitar la acción de reclamación que efectúa en el presente procedimiento. Dicha acción de reclamación se ejercita porque con carácter previo a la existencia del procedimiento que nos ocupa, habría indemnizado al asegurado, como asegurado suyo, en determinada cuantía, cuantía a la que asciende el valor de los daños ocasionados por negligencia de la demandada. Y ello con el fin de que ésta, como causante y tercera responsable, no se libere de su obligación de resarcir.

Y es que, del hecho de que entre asegurador y el tomador-asegurado exista un contrato de seguro, no se deriva que cualquier tercero que cause un daño quede liberado de la obligación de responder de éste. Nada más lejos de la realidad. Precisamente lo que permite el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro al asegurador es reclamar el perjuicio económico que para él entraña haber tenido que indemnizar a su asegurado/tomador por unos daños que éste no ha ocasionado (ni tampoco la aseguradora), sino que han tenido su origen en la actuación u omisión -en cualquier caso, negligente- de un tercero (la demandada-apelada).

Precisamente de dicho perjuicio económico surge el interés del asegurador, que se encuentra avalado por el crédito en que se subroga. Así pues, el interés surge cuando existiendo un contrato de seguro, a consecuencia de un siniestro, cumpliendo con el contrato de seguro, la aseguradora indemniza al asegurado el daño que a éste le ha ocasionado otro. Desde este momento hay interés y accionabilidad.

Al respecto, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia 809/2011, de 21 de noviembre de 2.011, rec. 1196/2008; el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 611/2014, de 4 de noviembre de 2.014. rec. 236/2103.

Todas las condiciones legales para que tenga lugar la subrogación del artículo 43 LCS han tendrían lugar en el supuesto que nos ocupa, y que son las siguientes:

- 1.- Pago, por parte de la compañía aseguradora a su asegurado/tomador, de la indemnización prevista en el contrato de seguro suscrito entre ambos, lo cual ha de ser acreditado documentalmente.
- 2.- Deuda de la demandada empresa de seguridad frente al tomador- asegurado y cliente de aquellas debido a su negligencia.

Es más, no es infrecuente la mención en este tipo de pólizas, como asegurado adicional, a todas las SPV propietarias de plas plantas.

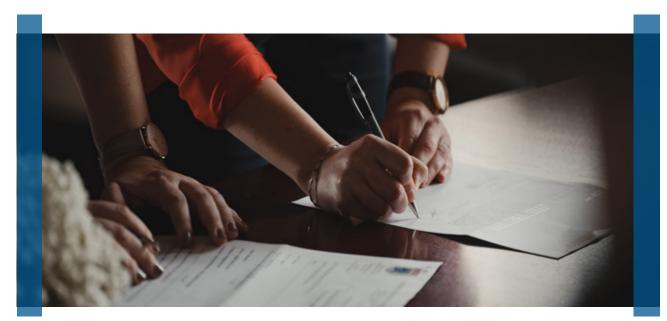
La estructura de financiación de la mayoría de los proyectos grandes fotovoltaicos a través de una "Proyect Finance" requiere una estructura especial de grupo de sociedades y la formación de las llamadas SPV ("Special Purpose Vehicle"). Es el caso que nos ocupa. La SPV suele ser nada más que una Sociedad Limitada constituida con el único fin de ser el marco de la inversión en energías renovables.

Muchas veces la SPV está ya constituida por el desarrollador o gestor del proyecto fotovoltaico, es decir la compañía encargada de obtener el punto de acceso y conexión a la red y las demás autorizaciones y licencias, así como el contrato sobre el terreno dónde está ubicado la instalación. El conjunto de éstas se llaman derechos de proyecto y que tienen que ir al nombre de la SPV. Durante el proceso del desarrollo del proyecto la SPV pasa de ser titularidad del desarrollador al inversor final que financia y mantiene la planta fotovoltaica.

De esta forma, la sociedad matriz del grupo es la empresa que explota y organiza la explotación, con independencia de la titularidad formal de los concretos paneles, que igualmente estarían asegurados como SVP.

3.- Voluntad por parte de la aseguradora de que se produzca la subrogación, es decir, de subrogarse en los derechos y acciones del asegurado

Tal voluntad queda clara, sobre todo si tenemos en cuenta que se hace cargo de los daños ocasionados por la actuación indiligente



de la empresa de seguridad.

Actos propios de ello lo serían la personación de los servicios periciales de la aseguradora en el riesgo asegurado, el que inspeccionan sus instalaciones, y comprueban in situ los daños ocasionados, concretando los hechos y los daños. Y, además, ya tras dicha visita se emite propuesta de indemnización al asegurado, que este acepta y que se indemniza. La jurisprudencia, ya hemos visto que liga la voluntad de reclamación con la mera presentación de la demanda. No exige que haya interpelación extrajudicial. Esto es coherente y respetuoso con el contenido del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro y con el principio dispositivo

4.- Identidad entre lo abonado por la aseguradora y lo reclamado en la demanda.

La aseguradora debe reclamar lo que considera le correspondía, que es a lo que se refiere el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro. Es decir, sus servicios periciales tasan los daños en una cuantía que es indemnizada al tomador-asegurado en virtud del contrato de seguro, de conformidad con la cobertura y dentro de los límites indemnizatorios contenidos en la misma, por tratarse de un siniestro con cobertura. Y, por ende, esa cuantía es la que se entiende que la prestadora del servicio adeuda a la aseguradora, al subrogarse ésta última en la posición del asegurado.⁶

No estamos, por tanto, en el supuesto que nos ocupa, más que ante una relación de subrogación de la aseguradora, en la posición que hasta entonces ocupada su tomador- asegurado, de cara a poder exigir responsabilidad a las demandadas condenadas.

Por último, en materia de legitimación recordar los artículos 7 y 8 de la Ley de Contrato de Seguro. Concretamente, conforme al artículo 7:

"El tomador del seguro puede contratar el

seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden.

Si el tomador del seguro y el asegurado son personas distintas, las obligaciones y los deberes que derivan del contrato corresponden al tomador del seguro, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. No obstante, el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que correspondan al tomador del seguro.

Los derechos que derivan del contrato corresponderán al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida."

Luego, según el precitado artículo 7 de la Ley de Contrato de Seguro, nos encontramos con lo siguiente:

- 1. Tomador y/o asegurado y/o beneficiario que pueden coincidir o no.
- 2. Posibilidad de que se contrata como asegurado/tomador con la empresa matiz.
- 3. Se paga al asegurado/tomador.

Y ello, además, sin olvidar, que el riesgo asegurado debería estar expresamente contratado en la póliza, tal y como hemos expuesto, y así debía de constar, en su caso, en el protocolo creado por la sociedad matriz y que por escrito o por actos propios debe concluirse aceptó la empresa de seguridad. Entre otras, las Sentencia del Tribunal Supremo número 222/2017 de 5 de Abril de 2017, y la Sentencia del Tribunal Supremo número 1138/1994 de 17 de Junio, que expresamente reconoce la legitimación del tomador, sin perjuicio de sus obligaciones frente al beneficiario, teniendo una condición principal la figura del tomadorasegurado en orden a la bilateralidad negocial como titular del interés objeto del contrato de seguro, sin perjuicio de la cesión posterior de la indemnización, extremo éste claramente resuelto en los casos de seguros de vida con tomador-asegurado diferente del beneficiario (entidad bancaria, tal y como consta también)

4.- LA CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

⁶ Así se viene reconociendo por el TS, en sentencias como la de 15 de junio de 1.998 y otras más recientes como la de 5 de marzo de 2.007, RC nº 382/2000. También el TS, Sala Primera, de lo Civil, en sentencia 699/2013, de 19 de noviembre de 2.013, Rec. 1418/2011; el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 640/2014 de 4 de noviembre de 2.014, rec. 1606/2012; el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 706/2014, de 3 de diciembre de 2.014, rec. 2523/2012; Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 193/2011, de 24 de marzo de 2.011, rec. 1476/2006.

Tampoco en esta materia encontramos especial complejidad, si bien quiero llamar la atención dado que, en no pocas ocasiones, estimo que el problema en esta materia es la de olvidar en sentido del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las reglas sobre carga y distribución de la prueba resultan, ante todo y, sobre todo, esenciales para la labor del juzgador, y de ahí su ubicación en sede de normas reguladoras de la sentencia. Ahora bien, al margen de que resulte de interés la distinción entre carga de la prueba formal (o saber a quién apriorísticamente incumbe la carga de probar un hecho) y la carga de la prueba material (o quien se puede ver perjudicado por la falta de prueba de un hecho), el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acoge la tradicional interpretación de que a la parte actora le incumbe la prueba de las afirmaciones de los hechos constitutivos de la acción, y a la parte demandada la de los hechos impeditivos, extintivos o excluyente, entre los cuales, desde este momento, apunto que se incluiría la prueba de la habitual alegación en contestación a la demanda de que en el caso concreto se utilizaron inhibidores que inutilizaron el sistema de seguridad, y que, por ende, la intervención de terceros le exime de responsabilidad, defensa esta que no comparto, dadas las obligaciones que le incumben y su especial nivel de competencia.

Pero esta distinción de carga de la prueba, va unida también en el sentido y significado del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a la facilidad o proximidad probatoria, es decir, que si bien en principio al actor incumbe la carga de la alegación y prueba de los hechos constitutivos de la acción, y a la empresa de seguridad demandada, la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, es sin perjuicio de ponderar, en orden al cumplimiento de las exigencias de carga de la prueba y las consecuencias de la no prueba, quien tenía mayor facilidad de probar, por proximidad o facilidad misma de aquello que convendría acreditar, y que en no pocas ocasiones se ha venido en llamar (innecesariamente) inversión de la carga de la prueba, dado que por sus conocimientos técnicos resulta más fácil y próximo a la empresa de seguridad, acreditar que cumplió con sus obligaciones.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, Sentencia 263/2021 de 1 Jul. 2021, Rec. 290/2021, resulta de interés pues resume la esencia de esta materia:

"TERCERO.- Expuesto lo anterior, la Sala no comparte las apreciaciones plasmadas en la sentencia de instancia, principalmente cuando afirma que la parte demandante no concreta el defecto del sistema de seguridad, ya que, en un caso como el que nos ocupa, la parte actora aquí apelante cumple con acreditar la contratación del sistema de seguridad con la demandada aquí apelada, cumple con acreditar la perpetración de los hechos dañinos y cumple con acreditar que la alarma no dio señal, valga la redundancia, de alarma. Llegados a este punto, y admitiendo la propia parte demandada esa falta de activación o de señal en el día fundamental - el día del robo- es la parte demandada la que debe dar razón de esa ausencia de aviso, ya que la carga de la prueba, se reitera, llegados a este punto, se desplaza hacia la parte aquí apelada, que es la empresa que oferta y cobra por un sistema de seguridad que dice prestar. Esto es así porque es ella, la empresa de seguridad, la que está en condiciones óptimas de ofrecer las razones de porqué su sistema de alarma no ha funcionado ante la perpetración del supuesto delito. En este sentido se expresan las siguientes sentencias "...De estos datos de hecho se puede llegar perfectamente a la misma conclusión a que llegó el juez de instancia: " que el sistema de alarma no se activó ante la intrusión en la nave asegurada por la actora ". Por lo que no cabría apreciar error alguno en la valoración de la prueba en lo que respecta al hecho físico del robo y a la circunstancia de que no saltaron las alarmas. La discusión se centra, entonces, en por qué no saltaron las alarmas, interrogante que se deriva del hecho mismo de que existía un contrato de servicio de seguridad suscrito entre Intercelulosa y Urbisegur. En la sentencia apelada se apunta hacia un cumplimiento defectuoso de sus obligaciones contractuales por parte de la empresa de seguridad o, dicho de otro modo, a una falta de agotamiento de toda la diligencia exigible en el cumplimiento de contrato. A tenor de lo dispuesto en el artículo 217 LECrespecto de la distribución de la carga de la prueba, una vez que se ha producido el robo y que no saltaron las alarmas corresponde a la parte demandada acreditar que puso toda la diligencia posible para que hubiera podido evitarse el robo con el correcto funcionamiento del sistema de seguridad contratado. Pero no se ha traído al proceso dato probatorio alguno al respecto, como un croquis de la superficie de la nave, con indicación de los puntos en que estaban instalados los 4 volumétricos via radio contratados, así como su área de influencia y el lugar exacto por donde pudieron entrar los autores del robo, etc. La prueba de la parte demandada ha ido enfocada más bien a lo

que sucedió después del robo: presencia de la patrulla, comprobación de las alarmas... Pero no ha habido respuesta al interrogante de por qué no funcionaron las alarmas en el momento mismo de la intrusión de los autores del robo. Y no es que la sentencia de instancia incurra en la aplicación sin más de un sistema de responsabilidad objetiva, no culposa, sino que aplica el principio de inversión de la carga de la prueba cuando el perjudicado no tiene en su manos la facilidad probatoria o la oportunidad probatoria de que dispone la otra parte. Como ya se dijo por este mismo Tribunal en la SAP Madrid, Sección 11ª del 12 de marzo de 2018 (ROJ: SAP M 3044/2018): "Estamos en presencia de un contrato de seguridad, en su modalidad de "prestación de servicios centrales de alarmas", por parte de una empresa dedicada a ello. Se trata de un contrato de arrendamiento de servicios por virtud del cual la parte prestadora del servicio se compromete a mantener la seguridad de aquello que sea objeto del contrato, mediante la prestación de los servicios contratados. Resulta obvio que los contratos de prestación de servicios de seguridad tienen como esencial finalidad, y por ello como principal obligación del prestador de los servicios, preservar la seguridad del cliente, a través de la realización de las prestaciones correspondientes a cada tipo de contrato. La compañía prestadora del servicio de vigilancia debe desplegar todos aquellos medios que sean precisos para detectar la presencia de intrusos en el lugar objeto del contrato, y que dicha presencia sea comunicada mediante los sistemas correspondientes a la central receptora de alarmas..." -SAP Madrid, Sección 11, nº 228/2018 de fecha 31 de mayo de 2018 -// "... En cuanto a la carga de la prueba, ha de estarse a lo establecido en elartículo 217 de la LEC, es a la parte actora a quien incumbe acreditar que el sistema de alarma no trasmitió correctamente la señal. Extremo que consta acreditado por el doc. 9 de la demanda. Corresponde a la demandada acreditar que la falta de emisión de la señal se debió a causa no imputable a la entidad que presta el servicio de alarmas, extremo que no se ha acreditado, a pesar que acreditar que el mantenimiento se hizo correctamente. ..." - SAP Madrid, Sección 10, nº 287/2017 de fecha 21 de junio de 2017-// "... Elart. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civilviene a establecer la distribución de la carga de la prueba así como la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. De dicha distribución, debe entenderse que corresponde al actor (ahora apelante) acreditar la existencia del contrato y el incumplimiento del mismo, mientras que

la demandada, que está alegando un hecho impeditivo o extintivo de dicha pretensión, le corresponde probar, una vez que es un hecho admitido que la alarma no funcionó, que dicho funcionamiento se debió a un elemento externo a las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios. En este mismo sentido se pronunció esta Sala en su Sentencia de 12 de febrero de 2010, citada por la parte recurrente. ..."-SAP Asturias, Sección 7º, nº 478/2013 de fecha 29 de noviembre de 2013-.

Es obvio de que no se trata de atribuir responsabilidad a la empresa de seguridad del robo cometido, sino de determinar si su sistema de seguridad ha fallado o no, y, una vez establecido el fallo, porqué ha fallado, y ese porqué debe responderlo cumplidamente dicha empresa de seguridad. "

Y en análogo sentido la Audiencia Provincial de Murcia Sección 1º, Sentencia 113/2019 de 18 Mar. 2019, Rec. 5/2019:

"No se aprecian las infracciones normativas y el error en la valoración de la prueba invocados, pues son hechos en que existe conformidad de las partes, y en todo caso corroborados por el conjunto de la prueba practicada, que habiendo sido colocado el sistema de seguridad que la demandada estimó adecuado, la alarma instalada estaba conectada, que el sistema captó una intrusión a las 1.03 del día 29 de abril de 2015, y no transmitió la señal a la Central de Recepción de Alarmas externas, así como que el panel de control situado en el despacho estaba destrozado, y uno de los sensores de movimiento de la alarma, ante cuyos hechos constitutivos de la acción que se ejercita en la demanda, que, en definitiva, ponen de manifiesto que la alarma instalada por la demandada en la nave asegurada por la demandante, no funcionó, incumbe a la empresa de seguridad demandada acreditar el hecho impeditivo de su responsabilidad que opone(artículo 217.3 L.E.Civil), consistente en que se utilizó un inhibidor de frecuencia para anular las señales, lo que no ha acreditado no siendo suficiente al respecto la opinión en tal sentido expresada por el perito propuesto por la demandada Sr. David . Como aprecia la sentencia apelada la compañía de seguridad demandada debe responder en la medida en que no ha acreditado extremo alguno respecto del motivo de no funcionar la alarma."

V.-LIMITACIÓNES INDEMNIZACION: LEY DE CONDICIONES **GENERALES** DE LA CONTRATACIÓN.

FACULTAD MODERADORA.

En la práctica forense me ha llamado la atención la cierta falta de transparencia en la contratación de los servicios de seguridad por parte de las empresas del ramo, lo que tiene su reflejo en los intentos de limitar la cuantía indemnizatoria para los supuestos de robo. Partiendo de que no es el objeto de este trabajo, pues de por sí podría ser en sí mismo el objeto de otro diferente, si queremos indicar que es habitual que las empresas de seguridad traten de reducir el quantum indemnizatorio por tres vías diferentes, que voy a analizar aún cuando sea sin el detenimiento que merece la materia, a saber:

- 1.-Exclusión de conceptos indemnizatorios: Daños a la edificación.
- 2.- Cláusulas limitativas de responsabilidad como parte del contenido del contrato, y su relación con las condiciones generales de la contratación.
- 3.- Facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 1103 del Código Civil.

Paso a comentarlos.

1.- Exclusión de conceptos indemnizatorios: Daños a la edificación.

No son infrecuentes los pronunciamientos que excluyen los daños en la edificación, como ajenos al daño directo derivado del robo a consecuencia de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del servicio de seguridad. De hecho, dejé de reclamarlos hace ya algunos años.

El supuesto de partida, más o menos con variables, suele llevarnos a naves o empresas enclavadas en una parcela que está rodeada por un vallado perimetral más o menos consistente. Se advierte que es preciso estar a la concreta casuística para valorar que puede o deber ser excluido, pero, en general, la idea que subyace y predomina en la jurisprudencia menor (aunque no de manera uniforme) es la de la exclusión de aquellos conceptos o daños materiales exteriores o previos al acceso y al salto de alarma, que se podrían haber causado con independencia del éxito del robo, por entender que si los dispositivos de seguridad se encuentran en el interior del inmueble, estos daños son ajenos y no guardan relación causal con el sistema de seguridad instalado. Lógicamente adquiere, pues, una extraordinaria

importancia la prueba de la ubicación de los componentes del sistema de seguridad, sobre todo en el supuesto de que puedan existir cámaras en el exterior.

Caso de exclusión de estos conceptos, podríamos estar ante una estimación sustancia de pretensiones, que, con base a esta línea jurisprudencial, daría también lugar a la exigibilidad de costas a la empresa de seguridad que resultara condenada.

Por ejemplo, nos encontraríamos en estos casos los daños en los vallados perimetrales, o incluso en el seccionamiento de rejas en ventanas en las que, en su lado, interior existe un dispositivo de seguridad que actúa, sin perjuicio de la posible inacción de la empresa de seguridad.⁷

2.- Cláusulas limitativas de responsabilidad como parte del contenido del contrato, y su relación con las condiciones generales de la contratación: Ley 7/1998 de 13 de abril.

En la mayoría de los supuestos que he tenido la oportunidad de examinar y de intervenir, compruebo que son cláusulas que no están destacadas, ni están expresamente aceptadas, y, lo que me resulta más llamativo, que se le explica en ocasiones al usuario, de manera verbal, el contenido del contrato que, sin embargo, firma en una Tablet sin poder examinar previamente, apareciendo después dicha cláusula.

El contenido de esta cláusula nos presenta una limitación (o anulación de la responsabilidad podríamos decir más bien) cuantitativa de la indemnización del daño a multiplicar por determinado número el importe de la anualidad del pago del servicio, que resulta absolutamente desproporcionado y muy inferior al valor del daño.

Al margen de la discutible buena fe contractual de la empresa de seguridad en estos casos, nuestro ordenamiento jurídico ha venido en reaccionar frente a estos usos contractuales con base en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a veces injustamente olvidada.

⁷ En este sentido podemos citar entre otras : Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, Sentencia 165/2017 de 8 de Marzo de 2017, Rec 700/2016 y las que la misma cita (Audiencia Provincial de Madrid 16/12/2016 (Roj: SAP M 16777/2016), la sentencia de la A. Prov. de Barcelona de 29/6/2015 (Roj: SAP B 5457/2015) y la sentencia de la A. Prov. de Madrid de 25/5/2015 (Roj: SAP M 8080/2015).

Se parte pues, de que son contratos de adhesión, en los que la cláusula de limitación de indemnización (o exclusión de responsabilidad) está predispuesta en el contrato, a veces de forma nada clara, e incluso casi imperceptible en letra minúscula, entendiéndose que es una condición general predispuesta, y, como tal, no puede superar el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (de aplicación incluso a empresas ex artículo 2 de la misma). aproximándose en exceso a encubrir una cláusula de exoneración de responsabilidad, por lo que no puede sostenerse su eficacia, pues implicaría una renuncia anticipada del usuario, y una limitación cuantitativa sin contraprestación por parte de la empresa de seguridad, sin que sea preciso pedir la nulidad de esa cláusula para que no opere, sin que conste su aceptación expresa, y teniéndolas por no incorporadas y por ineficaces, y afirmándose que ello es así por no ser aplicable la legislación en materia de consumidores y usuarios.

Paralelas a estas cláusulas de limitación de cuantitativa de la indemnización, se han ido introduciendo otras que, con base en la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, han sido también declaradas ineficaces. Me refiero a cláusulas que podríamos calificar de más atrevidas, en la medida en que establecen no ya la limitación cuantitativa de la indemnización, sino que, van más allá, y fijan la exoneración de responsabilidad frente a los ataques ilegales de terceros al sistema de seguridad. Al margen de la absoluta falta de transparencias, del carácter limitativo de los derechos del usuario, de su predisposición, y de su carácter abusivo, es evidente que admitir la existencia y eficacia de estas cláusulas supone dejar vacío de contenido el contrato de alarma, y las obligaciones mismas de la empresa prestadora del servicio.

es que nuestro Tribunal Supremo tiene reconocido que la contratación bajo condiciones generales constituye un "auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación del Código Civil (Sentencias núm. 406/2012 de 18 de junio, números 241/2013 de 9 de Mayo, 166/2014, de 7 de abril, 246/2014, de 8 de Septiembre, 677/2014 de 2 de diciembre)

También la jurisprudencia menor contiene pronunciamientos en la línea interpretativa antes expuesta.8

3.- Facultad moderadora de los Tribunales ex artículo 1103 del Código Civil.

En último lugar, no es infrecuente que las empresas de seguridad apelen a la facultad moderadora de la indemnización por parte de los Tribunales, ex artículo 1103 del Código Civil.

Tal petición viene siendo rechazada por la jurisprudencia menor, pues se entiende que para que opere tal facultad moderadora, sería preciso que el usuario hubiera concurrido de alguna forma al resultado, como podría suceder en los casos en que el usuario hubiera dejado desconectado el sistema de alarma, o hubiera actuado de alguna forma sobre el mismo, no considerándose hechos determinantes de la moderación indemnizatoria la actuación ilegal de terceros (ladrones) sobre el sistema de seguridad por instalarse este para detectar su presencia, y sin que la no aplicación del artículo 1103 del Código Civil suponga un enriquecimiento injusto para el usuario, que no tiene por qué soportar el menos cabo de su patrimonio que no se habría producido de haber cumplido la empresa de seguridad. En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia menor. 9

diencia Provincial de Barcelona, Sección 17ª, Sentencia 595/2018 de 13 Jul. 2018, Rec. 11/2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 81/2018 de 12 Mar. 2018, Rec. 292/2017; Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6ª, Sentencia 386/2016 de 23 Sep. 2016, Rec. 754/2016; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1º, Sentencia 113/2019 de 18 de marzo de 2019, rec 5/2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia de 27 de noviembre de 2017; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 64/2019 de 4 de febrero de 2019, rec 147/2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 184/2019 de 22 de Abril de 2019, rec 260/2018; Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2ª, Sentencia 270/2018 de 22 de Mayo, rec 90/2018; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia 586/2019 de 12 de diciembre de 2019, rec 822/2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Sentencia 210/2021 de 19 de mayo de 2021, rec 378/20; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 270/2021 de 20 de mayo de 2021, rec 262/2021; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 134/2021 de 23 de marzo de 2021, rec 22/2020; Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8ª, Sentencia 279/2020 de 19 de mayo de 2020, rec 827/2019.

9 Y, así, por todas: La Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª. Sentencia 67/2021 de 8 de marzo de 2021, rec 734/20; Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1ª, Sentencia 213/2019 de 24 de junio de 2019, rec 286/2019; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Sentencia 9/2021 de 15 de enero de 2021, rec 752/2020; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Sentencia 11/2021 de 19 de enero de 2021, rec 466/2020; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, Sentencia 184/2019 de 22 de abril de 2019, rec 260/2018.

Entre otras las siguientes sentencias en esta línea: Au-