

16. May 2014-15:19

IRENE GUMÀ TORRAMILANS

Procuradora de los Tribunales
Ldo: FRANCISCO PELAYO Fax: 937336109
S.Ref: Mi Ref.: 15452

Cliente: [REDACTED]

Nº 1128 P. 1/9

Tercero:

Jdo.: PRIMERA INSTANCIA 4 PROCEDIMENT ORDINARI 825/12

F.Noti: 19/05/14

NOTA

Señalamiento: FINE INTERPOSAR RECURS DE CASSACIÓ.

Plazo: 20Dia(s) Fine el: 17/06/2014

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCION PRIMERA
GIRONA**

APELACION CIVIL.

Rollo nº: 137/2014

Autos: procedimiento ordinario nº: 825/2012

Juzgado Primera Instancia 4 Figueres

SENTENCIA Nº 147/14

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE

Don Fernando Lacaba Sánchez

MAGISTRADOS

Don Fernando Ferrero Hidalgo

Doña Núria Lefort Ruiz de Aguiar

En Girona, trece de mayo de dos mil catorce

VISTO, ante esta Sala el Rollo de apelación nº 137/2014, en el que ha sido parte apelante D. [REDACTED] representada esta por la Procuradora Dña. IRENE GUMÀ TORRAMILANS, y dirigida por el Letrado D. FRANCISCO PELAYO OSUNA; y como parte apelada la entidad ZURICH ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora Dña. ROSA MARIA BARTOLOMÉ FORASTER, y dirigida por el Letrado D. CARLES GENOVER HUGUET; y siendo también parte apelada la entidad [REDACTED] S.A., representada por la Procuradora Dña. LAURA PAGÈS AGUADÉ, y dirigida por el Letrado D. JOSEP MARIA JUNYER GENOVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Primera Instancia 4 Figueres, en los autos nº 825/2012, seguidos a instancias de D. [REDACTED] representado por la Procuradora Dña. IRENE GUMÀ TORRAMILANS y bajo la dirección de la Letrada

Dña. GEMMA ALMAZÁN CAMPS, contra la entidad ZURICH ESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora Dña. ROSA MARIA BARTOLOMÉ FORASTER, bajo la dirección del Letrado D. CARLES GENOVER HUGUET; y contra la entidad [REDACTED] S.A., representada por la Procuradora Dña. ENRI RODRÍGUEZ DOMINGO, bajo la dirección del Letrado D. JOSEP MARIA JUNYER GENOVER, se dictó sentencia cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: *"FALLO: Desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Irene Gumà Torramilans en nombre y representación de D. [REDACTED] por lo que absuelvo a ZURICH ESPAÑA S.A. y [REDACTED] de todos los pedimentos efectuados en su contra, con imposición a la parte demandante de las costas del procedimiento"*.

SEGUNDO.- La relacionada sentencia de fecha 25/10/13, se recurrió en apelación por la parte demandante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia y se han seguido los demás trámites establecidos en la LEC.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTO siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Núria Lefort Ruiz de Aguiar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

Interpone recurso de apelación D. [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Figueres que desestimó la demanda presentada por el apelante frente a [REDACTED], S.A. y ZURICH, S.A., en tanto que aseguradora de la co demandada, en reclamación de cantidad como responsables, respectivamente, subsidiaria y directa, de los daños sufridos por el apelante durante su estancia en el [REDACTED].

La sentencia desestimó la demanda por entender que [REDACTED] no era responsable civil subsidiario de los daños causados al apelante por su empleado, [REDACTED], al haber actuado éste fuera del ejercicio de los ramos en los

que estuvieran empleados o con ocasión de sus funciones, al haberse producido el resultado lesivo a resultas de la agresión del Sr. [REDACTED] al apelante, lo que supone un comportamiento doloso, realizado al margen de la función encomendada y de las actividades propias del empresario frente a quien se articula la reclamación.

El apelante funda el recurso en los siguientes argumentos: a) error en la valoración de la prueba, pues resulta acreditado que el Sr. [REDACTED] actuó en su jornada laboral, mientras ejercía las funciones de vigilante nocturno, sin extralimitarse, b) error en la aplicación del derecho al concurrir todos los requisitos establecidos legalmente para que se aprecie la responsabilidad, así como infracción de la doctrina jurisprudencial respecto del artículo 1903 del CC.

Las demandadas se ponen al recurso de apelación y solicitan la confirmación de la sentencia recurrida con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Hechos probados.

La presente resolución debe partir de la base fáctica establecida en la sentencia de instancia que no ha sido impugnada por los litigantes que se concreta en los siguientes hechos:

1.- El día 29 de agosto de 2009 [REDACTED] era empleado de la demandada [REDACTED] y la codemandada Zurich era la aseguradora de la responsabilidad civil de ésta última.

2.- [REDACTED] desempeñaba las funciones de vigilante de seguridad en turno de noche.

3.- Sobre las 23:30 y 23:40 horas el Sr. [REDACTED] agredió al apelante, [REDACTED] quien, como consecuencia de dicha agresión sufrió lesiones consistentes en traumatismo ocular en ojo derecho con rotura de lentes y heridas severas en párpados y ojo derecho. Herida perforante corneoescleral ocular de aproximadamente 180º, cuya curación requirió tratamiento médico con intervención quirúrgica e ingreso hospitalario. El [REDACTED] tardó en curar 233 días de los que 180 fueron impeditivos, 10 de los cuales requirieron ingreso hospitalario. Como consecuencia de dichas lesiones le han quedado secuelas consistentes en: Alteración del cristalino (..) con ligero trastorno de la acomodación (7 puntos, alteración postraumática del iris (5 puntos), visión borrosa (1 punto), mínima ptosis palpebral un ojo (2 puntos),

alteraciones constantes de la secreción lacrimal (2 puntos), trastorno de estrés postraumático (3 puntos), perjuicio estético (9 puntos).

TERCERO.- Responsabilidad de la demandada [REDACTED] y de su aseguradora Zurich.

Partiendo de los hechos declarados probados la cuestión en esta alzada se contrae a determinar si la demandada como responsable civil subsidiaria, [REDACTED] debe responder por los daños causados al apelante por quien era su empleado al tiempo de los hechos, Sr. [REDACTED] el día 29 de agosto de 2009.

No existe discusión en cuanto a los hechos, sino más bien en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

Los daños cuya indemnización reclama el apelante fueron causados por el Sr. [REDACTED] que en ese momento era empleado de la co demandada como responsable civil subsidiaria. Asimismo no existe discusión sobre cuáles eran las funciones que éste desempeñaba -vigilante de seguridad- así como tampoco que los hechos se producen cuando se encuentra en su puesto de trabajo y desempeñando las funciones encomendadas por el empresario.

La cuestión se contrae a determinar si excluye la responsabilidad del empresario el hecho indiscutido de que los daños no sean consecuencia del actuar culposo o negligente del empleado, sino consecuencia de una acción dolosa de éste.

El art. 1903 del CC establece la responsabilidad de "los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones." y añade "La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.". El precepto consagra una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba. En definitiva el empresario, llamado a responder como responsable subsidiario por los daños causados por sus trabajadores en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, resulta exonerado cuando acredite haber empleado la diligencia precisa para prevenir el daño.

Como acertadamente recoge la sentencia recurrida, el TS sitúa los límites negativos de la responsabilidad del empresario por los actos de sus dependientes en los "casos en que el empleado realiza actividades que no tienen conexión funcional, sino sólo circunstancial con su trabajo", dejando fuera de la responsabilidad que aquí se analiza los daños derivados de actos realizados por el empleado con absoluta desconexión de las actividades o funciones que se le han encomendado, quedando por lo tanto al margen de la organización, decisión y control de la empresa a quien se exige responsabilidad.

La sentencia recurrida considera que, siendo que el daño cuya indemnización se pretende resulta de la acción dolosa del empleado, el empleador no está obligado a responder de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1903. Lo cierto es que si atendemos a lo expuesto en el párrafo anterior el carácter doloso o culposo de la acción de la que deriva el daño no se configura como uno de los límites negativos de la responsabilidad que aquí se exige, de la misma forma que no es un límite a la responsabilidad regulada en el art. 1902. Si el hecho de que la acción sea dolosa y no culposa –supuesto de mayor gravedad- no exime a su autor de responder por ella y reparar el daño ¿por qué habría de eximir al responsable subsidiario?

El empresario sólo resultará exento de la responsabilidad que aquí se reclama cuando pruebe que empleó toda la diligencia que le era exigible para evitarlo o cuando el empleado hubiere actuado con total desconexión de las actividades o funciones encomendadas.

Nada alegan las demandadas en orden a acreditar la diligencia empleada para evitar la causación del daño. Fundan la oposición a la demanda y a la apelación en que el hecho del que resulta el daño a indemnizar es doloso y no culposo. Sin embargo, a efectos de lo que aquí se resuelve, resulta irrelevante si el empleado actuó con dolo o culpa, por lo que la cuestión se centra en determinar si sus actos aparecen desconectados de las funciones que tiene encomendadas.

Tal como recoge la sentencia y el fundamento anterior el Sr. ████████ desarrollaba las funciones de vigilante nocturno y se encontraba prestando sus servicios cuando se produjeron los hechos. No es sólo cierto, sino evidente, que las funciones encomendadas al Sr. ████████ como vigilante nocturno consisten en salvaguardar la integridad física y el patrimonio de los campistas y no en agredirlos.

La cuestión se centra en determinar si la agresión –por el hecho de ser dolosa- debe entenderse desconectada de las funciones encomendadas al vigilante. La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues ello daría lugar a la inaplicación del precepto en los supuestos más graves, lo que resulta totalmente carente de lógica. A mayor abundamiento, como se ha señalado ya, el hecho de que la acción del empleado sea dolosa no exime al empleador de la responsabilidad subsidiaria que la ley establece. El empresario deberá responder, quedando a salvo la acción de repetición frente al autor del daño.

La concurrencia de dolo en el actuar del empleado no resulta bastante para afirmar la desconexión, siendo necesario para que así ocurra la concurrencia de otras circunstancias. A título de ejemplo podemos citar de entre los múltiples supuestos recogidos en la casuística de nuestro más alto Tribunal el de un jugador de baloncesto que agrede a una persona al disponerse a abandonar en taxi el hotel en que se había alojado tras el partido (Sentencia de 10 de octubre de 2007). Es evidente en ese caso la ausencia de conexión entre el actuar del empleado –jugador de baloncesto- y su empleador –el club- al producirse los hechos en un momento y circunstancias ajenas a las funciones que éste tiene encomendadas y en el ámbito puramente privado, y esa es la razón por la que se niega la responsabilidad del empleador, no porque la acción que da lugar al daño sea dolosa.

Pero no ocurre así en este caso en el que el empleado actúa dentro de su horario laboral, en el recinto del camping, mientras viste el uniforme de vigilante y porta la porra, agrediendo a un campista –a quien se supone debía proteger- y con ocasión de la ronda nocturna que realiza como parte de su trabajo. Resulta evidente que cuando el Sr. ██████ golpea al ██████ o hace "con ocasión de sus funciones", aunque incurriendo en un claro incumplimiento de sus obligaciones laborales. En realidad el Sr. ██████ agrede a quien debía proteger, lo que deja al agredido en situación de especial desprotección.

Asiste por lo tanto razón al recurrente cuando afirma que concurren los requisitos para que sea condenado el empleador por los actos realizados por su empleado.

La responsabilidad que aquí se exige a la demandada ██████ y, en consecuencia, a su aseguradora, se funda en la culpa in eligendo o in vigilando que se presume, con inversión de la carga de la prueba. La demandada ██████ no ha desarrollado actividad probatoria alguna destinada a destruir la

presunción, por lo que resulta ser responsable civil subsidiario por los hechos de su empleado, el Sr. [REDACTED]

En cuanto a la demandada Zurich no niega la relación contractual que le vincula a [REDACTED] así como tampoco que de la misma resultaría la obligación de indemnizar por la responsabilidad civil que aquí se declara. Funda su oposición en lo dispuesto en el art. 19 de la LCS que excluye la posibilidad de asegurar actos dolosos, precepto que no es de aplicación al presente supuesto, toda vez que el acto doloso del que deriva el daño y la responsabilidad que aquí se exige no es imputable al asegurado - [REDACTED], si no a su empleado, el Sr. [REDACTED]

CUARTO.- Cuantificación del daño. Importe de la indemnización.

Sentada la responsabilidad de las demandadas por los hechos ocurridos el 29 de agosto de 2009 es preciso fijar el importe de la indemnización, para lo cual es necesario establecer la realidad y alcance de los daños consecuencia de dicha acción.

No discuten las demandadas ni la realidad de las lesiones ni de los días de baja, así como tampoco la consideración de días improductivos, no improductivos o de ingreso hospitalario. La demandada [REDACTED] centra la excepción de plus petición en dos cuestiones: 1) el error en el cálculo, que admite la actora, fijando la indemnización por tales conceptos en 45.167,04 euros, frente a los 55.540 euros inicialmente peticionados y 2) en la improcedencia de las cantidades reclamadas en concepto de gastos al no resultar acreditada la relación de causalidad con los daños sufridos por el reclamante.

Fijados como antecede los contornos de la controversia sobre la cuantía de la indemnización ha de acogerse cuanto hace referencia al error en el cálculo y fijar la indemnización por las lesiones, días de baja y secuelas en 45.167,04 euros. En cuanto a las cantidades reclamadas en concepto de gastos lo son por desplazamiento desde su domicilio al centro médico en que se le practican las curas, gafas, gotas y medicación, por un importe global de 1554,68 euros. A juicio de esta Sala todos ellos resultan claramente relacionados con las lesiones sufridas por el actor y son por lo tanto indemnizables.

Consecuentemente procede fijar en 46.721,72 euros el importe de los daños objeto de indemnización a cuyo pago serán condenados solidariamente ambas co demandadas.

QUINTO.- Costas.

Por todo lo dicho, procede estimar el recurso interpuesto y de acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hacer pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

ESTIMAR el recurso de apelación formulado por D. [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Figueres en los autos de juicio ordinario núm. 825/2012 el 25 de octubre de 2013, y **REVOCAR** la misma con los siguientes pronunciamientos

"1º Estimar parcialmente la demanda presentada por D. [REDACTED] frente a [REDACTED], S.A. y ZURICH, S.A. y condenar solidariamente a las co demandadas pagar al actor la cantidad de 46.721,72 euros con más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, A la expresada cantidad deberán sumarse, respecto de [REDACTED], S.A., los intereses legales desde la interposición de la demanda y respecto de la aseguradora ZURICH, S.A. los intereses previstos en el artículo 20 desde la fecha de los hechos.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en este pleito e instancia".

Todo ello sin hacer pronunciamiento respecto de las costas causadas en esta alzada.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición final decimosexta y transitoria tercera de la LEC 1/2000, contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo/Superior de Justicia de Cataluña si concurre la causa prevista en el apartado tercero del número 2 del artículo 477 y también podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal previsto en los artículos 468 y siguientes ante el mismo Tribunal, si concurre alguno de los motivos previstos para esta clase de recurso y se interpone conjuntamente con el recurso de casación.

Líbrense testimonios de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de procedencia, junto con las actuaciones originales.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada - Ponente Dña. Núria Lefort Ruiz de Aguiar, celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de lo que certifico.