



RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: ACCIDENTE DEPORTIVO O DE OCIO

Tribunal Supremo Sala I de lo Civil. Sentencia 64/2011, de 9 de febrero

Indemnización de Daños por les lesiones durante la caída y que el cañón de nieve únicamente detuvo su trayectoria pero sin causar las lesiones cuya indemnización

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación que con el n.º 2209/2006 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya, aquí representada por el procurador de D. Antonio Barreiro-Meiro Barbero, contra la sentencia de 20 de septiembre de 2006, dictada en grado de apelación, rollo n.º 202/2005, por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante del procedimiento ordinario n.º 14/2004 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Barcelona. Es parte recurrida D. Isaac y D.ª Africa, que ha comparecido en su nombre y en el de sus dos hijas menores representada por el procurador D. Adolfo Morales Hernández-Sanjuán, así como la aseguradora Winterthur, S.A., que no ha comparecido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona dictó sentencia de 15 de diciembre de 2004, en el juicio ordinario número 1273/03, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por parte del Procurador Sr. Anzizu en nombre y representación de D. Isaac, contra la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, debo condenar a ésta a abonar a aquél con la cantidad de 646 803,97 euros, así como a abonar a Dña. Africa, y a D. Isaac, a la cantidad de 90 000 euros, correspondientes al daño moral causado a Dña. Africa y a las hijas comunes de ambos, más los intereses legales que correspondan. De igual modo, debo estimar parcialmente la demanda interpuesta contra la entidad Winterthur, Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros condenando a ésta a responder solidariamente con la anterior codemandada hasta la cifra de 300 005,99 euros y a los intereses legales que correspondan de esta cifra de conformidad al artículo 20 de la Ley de contrato de seguro, sin realizar condena en costas a ninguna de las partes».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Los principales motivos de alegación realizados por los demandados se basan en la falta de intervención de sus patrocinados en los hechos objeto del procedimiento. Entienden que el accidente de esquí se produjo de tal modo, que el Sr. Isaac sufrió sus lesiones durante la caída y que el cañón de nieve únicamente detuvo su trayectoria pero sin causar las lesiones cuya indemnización se reclama. En materia de responsabilidad extracontractual o contractual, el hecho originador del daño, corresponde probarlo al actor



del procedimiento. Es decir, no cabe aplicar presunción de prueba ni inversión de la carga de la prueba para probar el primero de los requisitos que se contemplan en el artículo 1902 con relación al artículo 1101 del CC . En nuestro supuesto, será necesario probar que el impacto que sufre el Sr. Isaac con el cañón de nieve colocado en la parte izquierda de la pista, fue el causante de las lesiones sufridas por este. Para ello, se ha aportado diverso material probatorio, que ha intentado ser rebatido por la parte contraria. En primer lugar, el Sr. Isaac ha manifestado que esquiaba en la pista olímpica en compañía de su hermano y de su cuñada. Como estos últimos tenían un nivel inferior, era el Sr. Isaac el que marcaba el camino. Dada la longitud de las pistas, esquiaba en diagonal por cada una de ellas, de tal forma que al acabar el trazado de lado a lado de la pista, les esperaba hasta que llegaban a su altura. En la última ocasión, el Sr. Isaac , perdió el equilibrio al engancharse uno de los esquís, cayendo al suelo. Señala que fue resbalando por el suelo, boca arriba, hasta que se encontró con un cañón de los que proporcionan nieve situado en el lado izquierdo de la pista, contra el que impacto. El golpe se produjo de forma latero-frontal con el cañón.

»Segundo. Ante este relato de hechos, consta la siguiente prueba que coincide esencialmente con lo manifestado. En primer lugar, el hermano del actor del procedimiento D. Miguel Ángel y la cuñada del Sr. Isaac , la Sra. Hortensia , manifiestan en el acto del juicio que efectivamente esquiaban juntos y en la forma dicha, y que no se percataron de la caída del Sr. Isaac porque anteriormente la Sra. Hortensia había sufrido otra caída, y D. Miguel Ángel detuvo su marcha para ayudar a su esposa. Continuaron el recorrido por la misma pista olímpica, pero tampoco vieron al Sr. Isaac junto al cañón de nieve. La pista de la que se habla tiene una amplitud de 25 metros, y las partes han señalado que en su parte final, enlaza con otra, en una zona de llano o ligera subida. Los conocedores de las pistas suelen coger velocidad durante el descenso, con una finalidad: evitar que al llegar al final de la pista y ante la poca velocidad alcanzada, se deba "remar", es decir, avanzar a través de la pendiente desfavorable con la fuerza de los brazos y piernas. Si al llegar al término de la pista olímpica se ha logrado una velocidad suficiente, se puede llegar hasta el final de ese falso llano, sin tener que emplear la ayuda a la que se ha hecho referencia. Con este planteamiento, se puede llegar a la conclusión de que el Sr. Isaac esquiaba en diagonal, puesto que una vez que pierde el equilibrio, su trayectoria continúa hasta encontrarse con el cañón de nieve, que está situado en el margen izquierdo de la pista. Resulta poco probable, por no decir impensable, que el Sr. Isaac , circulara por la mitad de la pista, en descenso rápido y directo hacia la zona inferior, para poder evitar el falso llano, y una vez que pierde el equilibrio su cuerpo se desplaza hacia el lado izquierdo de la pista hasta encontrarse con el cañón. Máxime si se tiene en cuenta la declaración de los conocedores de las pistas, entre ellos el Sr. Luis Angel , que afirmó que los esquiadores suelen ir por la zona central de la pista, dada la pendiente natural del terreno. Si se parte, y es lógico pensar que es así, que el Sr. Isaac circulaba en diagonal, no puede concluirse que el mismo hubiera alcanzado en el lugar donde se produjo el accidente una velocidad excesiva. Por lo menos, no podría partirse de que en el último tramo intentó lograr la máxima velocidad, puesto que según se desprende del lugar donde se produjo el accidente, esquiaba en diagonal. El resto de los



datos aportados al procedimiento tampoco acreditan que llevara una velocidad excesiva (ausencia de lesiones externas e internas al margen de las ya señaladas). En este sentido cabe afirmar que las mediciones de las velocidades que alcanzan los esquiadores en ese punto de la pista, realizadas por parte del Sr. Adriano (perito propuesto por la entidad Ferrocarrils Catalanes de la Generalitat), no llevan a ninguna conclusión fehaciente acerca de la que concretamente llevaba el Sr. Isaac antes de producirse el accidente.

»Tercero. El Sr. Isaac es encontrado junto al cañón de nieve por uno de los empleados de las pistas, el Sr. Fructuoso . Éste ha manifestado que fue avisado y que al llegar al lugar, vio como el Sr. Isaac se encontraba junto al cañón, abrazado a éste. Una vez más, coincide la versión manifestada por el Sr. Isaac con otra de las pruebas practicadas: el impacto se produce de forma latero-frontal con el cañón. En ese instante cuando el Sr. Isaac es preguntado por el personal que acude en su ayuda, señala que ha perdido el equilibrio a unos metros del cañón, y que había resbalado por la nieve hasta impactar con el mismo. Así se recoge en el parte de incidencias extendido por la propia estación de esquí, y que ha sido aportado al procedimiento junto con el escrito de 27 de mayo de 2004, aportado por parte del Procurador Sr. Guillém. La declaración emitida y recogida en el parte, tiene una importancia elevada para conocer cómo se produjo el accidente. Resulta impensable que en esos momentos, en los que se acaba de sufrir un accidente, y se perciben los primeros síntomas de la pérdida de sensibilidad en las piernas, se pueda variar la versión de cómo han ocurrido los hechos. Es ilógico creer que en esos momentos, la frialdad del accidentado le permita distinguir las consecuencias legales entre haber sufrido el accidente de uno u otro modo, y que varíe la versión vivida, por otra más favorable. Pero es que además, la versión mantenida por los demandados, de cómo se pudo producir el accidente, resulta poco habitual. Han señalado que las lesiones se produjeron antes de llegar al cañón, al sufrir el accidentado una voltereta frontal en el aire, y diversos volteos posteriores al caer al suelo. Según su versión, el cañón detuvo su trayectoria pero sin causar lesión alguna. Sin embargo, debe partirse de dos elementos: si, como se cree, el Sr. Isaac circulaba en diagonal, no puede afirmarse que lo hacía a gran velocidad. En segundo lugar, la zona donde se produjo el accidente, la pendiente es del 21 por ciento. Con estos dos elementos, resulta difícil creer que ante la pérdida de equilibrio de un esquiador, éste salga despedido, realice una voltereta frontal en el aire, e impacte en el suelo con su espalda, provocando las lesiones de las que se habla. Este tipo de giros pueden ser habituales en otro tipo de actividades en la nieve, como en el snowboard, pero en las caídas de esquí no son ni mucho menos comunes. Es conocido y así ha sido expuesto en el acto del juicio, que ante la pérdida de los esquís, el cuerpo de cualquier esquiador se defiende cayendo de lado, o a lo sumo hacia adelante. El recorrido desde la pérdida de equilibrio hasta el suelo es escasísimo e impide a una persona con unas condiciones físicas normales, realice un volteo frontal en el aire, como el alegado por los codemandados. La maniobra de la que se habla, es desde un punto de vista físico mecánico de muy difícil ejecución, puesto que el punto de gravedad del cuerpo prácticamente no varía, como se ha expuesto por el perito Sr. Jose Pedro y ello impide realizar el volteo. Hubiera sido posible, si en el descenso el Sr. Isaac se hubiera encontrado



con un pequeño talud o desnivel que hubiera hecho que el mismo se hubiera elevado sobre el nivel del suelo, pero las partes demandadas, han afirmado que la pista se encontraba en perfectas condiciones, o a los efectos de que se trata, que no existía en la pista ningún accidente del terreno como el aludido.

»Cuarto. Pero pudiera ser que las lesiones sufridas por el Sr. Isaac , no fueran compatibles con el relato de los hechos presentado en la demanda. A la versión de la actora, los codemandados, han opuesto dos motivos: En primer lugar, el Sr. Isaac no presentaba ningún rasguño o lesión en su zona frontal, a pesar del golpe sufrido con su cuerpo. En segundo lugar, el Sr. Isaac sufrió la rotura de las vértebras, D11 y D 12, y las D 7 y D8, es decir, en dos zonas diferentes de la columna, incompatibles con un único impacto. Ello les lleva a creer o confirmar su impresión que las lesiones se produjeron como se ha expresado anteriormente. Sin embargo, para fundamentar la coherencia de las lesiones sufridas, se ha aportado al juicio por el actor a los Doctores Valeriano y D. Jose Daniel . La cualificación de los mismos está fuera de toda duda, y también su imparcialidad. Se trata de la persona que opera a los lesionados medulares del Hospital Vall d'Hebron y al Jefe de la unidad de lesiones medulares del mismo centro. Es decir, a la hora de valorar su credibilidad en el presente procedimiento, debe partirse de la base de que se trata de profesionales que cuentan con experiencia en el tratamiento de este tipo de lesiones, y que además han sido los que han intervenido y tratado al Sr. Isaac en su enfermedad. La imparcialidad de ambos, no puede negarse desde el punto de vista de que no se trata de periciales aportadas al procedimiento, sino de testigos-peritos que emiten su opinión cualificada sobre los extremos solicitados, y que han apreciado de primera mano la totalidad de las pruebas médicas. En todo caso, puede también concluirse que cuentan con escaso interés en el curso del presente procedimiento. A parecidas conclusiones se llega a la valoración de la prueba realizada por el Doctor Juan Pablo , que ha atendido al Sr. Isaac en el Instituto Guttman, centro de prestigio nacional en el ámbito de la rehabilitación de las lesiones de que se habla (documento número 26 de la demanda). Estas tres características: la titulación especializada en la materia relativa a las lesiones medulares; la experiencia en la materia; y la imparcialidad, sólo se puede aplicar respecto de los tres médicos aludidos. Y los tres han expresado una misma opinión sobre los aspectos objeto de controversia y que han sido expuestos al inicio del presente fundamento jurídico. En primer lugar, han señalado que es factible que el impacto sobre el cañón, no provoque lesiones externas ni internas. Entre otros motivos, han señalado que el impacto se produce a unos tres centímetros por encima del ombligo, y que en esa zona no quedaría afectada la parrilla costal, y que es posible y de hecho ocurre, que no queden afectados los órganos internos. Además, han expresado que resulta normal que no existan lesiones externas, tanto por la zona del impacto, como por la protección del cañón así como por la ropa que suele llevarse para la práctica del deporte del que se habla. Por último, la zona del cuerpo que recibe el impacto, descrita de forma sencilla como la situada a tres centímetros por encima del ombligo, es compatible con el mecanismo de como se producen las lesiones. Es decir, el efecto pinza que sufrió el cuerpo del Sr. Isaac fue entre otras cosas, por la zona en la que se produce el impacto. Por otro lado, también



han manifestado que aunque no es habitual que por un impacto se produzca la rotura de las vértebras situadas en dos zonas diferentes, Don. Valeriano persona que practica las operaciones de este tipo de lesiones, señaló que alrededor del 16 % de los lesionados, presenta esta fractura en dos zonas diferentes. Es decir, no es habitual pero puede ocurrir y de hecho ocurre. Ambos especialistas, también han afirmado que en la realidad de su profesión, han apreciado como no es necesaria para que se produzca un hecho de estas características que el hecho venga precedida por una elevada velocidad del sujeto. Más que la velocidad, el hecho que origina la lesión medular se produce cuando el cuerpo sufre el impacto con un objeto estático, que provoca que toda la fuerza que se traslada sea soportada por el individuo. Los accidentes de tráfico que se producen diariamente son un ejemplo de ello. Puede provocar una lesión la caída del motociclista que circula a escasa velocidad por la ciudad, y que al salir despedido choca con un elemento que frena en seco su trayectoria. Sin embargo, la elevada velocidad de los motoristas que salen despedidos no causa lesión de importancia, cuando no impactan con ningún objeto (motoristas en circuitos de velocidad). Por último, han afirmado que para que se produzca una lesión medular en la práctica del esquí al realizar una voltereta en el aire o diversos volteos, debe detenerse el cuerpo de forma brusca, al impactar con algún objeto, porque de otro modo, es muy improbable que ocurra una lesión de este tipo. También han afirmado que las lesiones medulares de espalda, propias de nadadores, provocan la rotura en la zona superior de la espalda, no como la sufrida por el Sr. Isaac , que está situada en la zona dorsal. Es necesario señalar que todos los doctores, afirman que el impacto principal sufrido por el lesionado se sitúa en la vértebra D12, que es la que más sufre la colisión, y que está situada en la parte inferior de la espalda. Es decir, si el impacto principal se puede fijar por todos los doctores en la parte inferior de la espalda que es donde se produce la rotura, no puede mantenerse con lógica que una lesión de este tipo puede producirse por un volteo, puesto que con este mecanismo, la lesión se localizaría en la parte superior de la espalda.

»Quinto. Una vez que se ha considerado que las lesiones son producto de la intervención del cañón de la estación de esquí de la Molina, toda la carga de la prueba se traslada a los demandados, para demostrar que pusieron toda la diligencia debida para evitar el daño o que al menos, no incrementaron el riesgo de sufrir una lesión a los que participan de las actividades que proporciona la estación. Es decir, la estación debe proporcionar los medios adecuados para que la práctica del deporte se realice en las mejores condiciones, entre las que se encuentra la seguridad de los que usan del servicio prestado. Ya se trate porque debe proporcionar las medidas de seguridad adecuadas, ya se trate porque aumenta el riesgo por la colocación de obstáculos en las pistas, debe responder de los hechos que obedezcan a este planteamiento, es decir, no realizar lo necesario para evitar el mal. Al tratarse de un servicio retribuido, la titular de la estación debe cumplir con las medidas de seguridad exigibles, que serán las normativamente impuestas, y a falta de ellas, las necesarias para evitar cualquier daño, en el que medie la intervención de los elementos naturales o artificiales de la estación. En este punto, no pueden aceptarse algunas afirmaciones realizadas a lo largo del procedimiento. La actividad del esquí es una actividad de riesgo,



pero ello no quiere decir, que los titulares de estas estaciones estén exentos de responsabilidad. Les corresponde a ellos, eliminar cualquier elemento natural o artificial, que sea peligroso para la práctica del esquí. La actividad que se desarrolla en estas estaciones, debe proporcionarse con los elementos de seguridad necesarios, sin incrementar el riesgo natural de este tipo de actividades. En el presente caso, basta con ver las consecuencias lesivas sufridas por el actor, para poder afirmar que en este concreto punto, no se han agotado las medidas de seguridad necesarias. No puede alegarse con éxito que se ha adquirido el mejor material del mercado para señalar los cañones (aspecto que se contradice por el catálogo de la empresa que suministró el mismo), si el mismo no evita hechos como el presente. Ni tampoco que se cumplen las medidas de seguridad previstas legalmente, o que éstas no existen. La responsabilidad que despliega el artículo 1101 en relación con el artículo 1902 del CC , determina que producido el daño, se debe responder de él, porque no se han adoptado las medidas de seguridad que lo hubieran evitado. La colocación de otro tipo de protección en el cañón o de una valla elástica perimetral que existe en el lado derecho de la misma pista olímpica (hecho admitido por el personal que trabaja o ha trabajado en La Molina), resultan una mejora en seguridad, que en este concreto supuesto hubiera evitado las lesiones sufridas por el Sr. Isaac . Por último, no cabe apreciar una posible concurrencia de culpas. Se desconoce la velocidad a la que esquiaba el Sr. Isaac , pero se mantiene que por los datos obrantes en autos, no debía ser a una velocidad excesiva. Al margen de este dato, no se han alegado otros de los que pueda desprenderse que esquiaba imprudentemente. Por ello, no pueden achacarse las lesiones sufridas a una actividad previa del esquiador, cuando la localización de las lesiones se produce no como consecuencia de la caída, hecho habitual en una estación de esquí, sino como consecuencia del impacto sobre un elemento artificial que no está debidamente protegido.

»Sexto. Para la valoración de los daños y perjuicios causados, debe acudir a la aplicación del baremo, que rige para los accidentes de tráfico, pero que también resulta aplicable por analogía para la valoración del daño corporal. Este es el criterio general de nuestros tribunales. De igual modo, y en aplicación del acuerdo gubernativo de los Juzgados de Barcelona, se aplica el vigente en el momento de ocurrir el siniestro, es decir, el publicado el día 9 de febrero de 2001, por parte de la Resolución de 30 de enero de 2001, de la Dirección General de Seguros. De esta forma, en caso de recurso de esta resolución, se asegura que se aplique el mismo criterio en segunda instancia. En aplicación de estos parámetros debe partirse, de conformidad al dictamen del médico forense, que el Sr. Isaac estuvo 75 días hospitalizado que a razón de 51,45 euros da un total de 3.858,75 euros. Estuvo 225 días que precisó la estabilización de sus lesiones a razón de 41,80 euros dando un resultado de 9.405,00 euros. El Sr. Isaac percibía en el momento del accidente, según su declaración anual, aportada al procedimiento como documento número 26, una cantidad aproximada de algo más de 10.000.000 pesetas. Por tanto, el factor de corrección irá del 26 al 50 %. Dados los ingresos que tenía el Sr. Isaac , y la gravedad de las lesiones sufridas, y los días de hospitalización se establece como factor de corrección el 45 % (5.968,69 euros como factor de corrección por los días de incapacidad que sumados a las cantidades anteriores da un



total de 19.232,44 euros). En cuanto a las secuelas, y dado que sufre paraplejia L1, con afectación de esfínteres rectales y urinarios, se considera que debe aplicarse el tipo medio previsto, es decir 80 puntos (el tramo va de 75 a 85 puntos). También debe incluirse en el apartado de secuela, la inserción de material de osteosíntesis en la columna, que va de 5 a 10 puntos, y que a falta de otros datos, se impondrán en el grado mínimo y el perjuicio estético, dada la necesidad de utilizar la silla de ruedas de forma permanente. Se establece que este perjuicio estético, es de tipo medio, atribuyéndole su grado máximo es decir 10 puntos. A estas secuelas 100 puntos (a razón de 2.303,40 euros, es decir, 230.340 euros por las secuelas), le son aplicables los siguientes factores de corrección. Por los perjuicios económicos atendiendo a los ingresos anuales, se fija en 45 % (atendido a la importancia de sus ingresos dentro del tramo de que se habla), resultando un valor de corrección de 103.653 euros. Por daño moral complementario, y dada la totalidad de las secuelas, se impondrá en grado máximo (68.651,45 euros). El Sr. Isaac ha sido reconocido por parte del INSS, como gran inválido, y por tanto, dentro de los factores de corrección debe incluirse su situación en este apartado. Por la necesidad de ayuda de otra persona se establece un máximo de 274.605 euros, que debe aplicarse a los supuestos de coma vigil y estados vegetativos. Atendidas las circunstancias del Sr. Isaac (afectación de esfínteres, necesidad de utilizar la silla de ruedas de forma permanente, su edad en el momento actual, y que la ayuda de tercera persona se solicita para media jornada), se considera que 180.303,63 euros, resulta una cifra adecuada. En cuanto a la necesidad de adecuación de la vivienda, se ha aportado por el actor documentación relativa a las reformas que ha realizado en su vivienda. La inclusión de este factor de corrección valora las circunstancias de la vivienda y las circunstancias del incapacitado. Se entiende que la cifra debe establecerse en grado medio, de forma que se recojan nuevas necesidades que puedan surgir en el futuro (34.325,73 euros). Esta cantidad debe englobar y recoger los gastos ya realizados por el actor para reformar su vivienda. El mismo criterio se sigue para la adecuación del vehículo propio. Se deben tener en cuenta no sólo los gastos ya realizados sino los que se deban realizar al cambiar de turismo (10.297,72 euros). Por último se deben incluir los perjuicios morales causados a los familiares. En este sentido debe valorarse la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada y el número de miembros y edad del núcleo familiar. Por ello, parece proporcionado atribuir la cantidad de 90.000 euros esta partida. Resulta una cantidad total de 646.803,97 más los 90.000 euros que se han señalado como daño moral para la esposa e hijas, de las que la entidad Winterthur responderá solidariamente conforme se ha solicitado en el escrito de demanda hasta el límite de su responsabilidad pactada conforme a su contrato. Es decir 300.306,05 euros serán responsables solidariamente ambos, menos 300.51 euros, que es la franquicia que se impondrá a la parte Ferrocarrils de la Generalitat. Con los datos aportados al procedimiento, no se entiende necesaria la práctica de la diligencia final solicitada por la actora, dado que la prueba de confesión consta realizada con el resultado que obra en las actuaciones. Las codemandadas han alegado que al haber sido reconocido el Sr. Isaac como gran inválido y percibir como tal una pensión a cargo del sistema de la Seguridad Social,



debe reducirse la indemnización que le corresponde con arreglo a este procedimiento, con la que percibe de la Seguridad Social. Sin embargo, no se acoge tampoco dicha petición, puesto que se entiende, que se trata de conceptos distintos que obedecen a diferentes criterios y que en suma, no son incompatibles. La pensión concedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se justifica entre otros aspectos con el abono de una cotización, y con la necesidad de mantener al perjudicado con un nivel mínimo de ingresos, correspondiendo su cuantificación entre otros aspectos, a la cotización abonada. La cantidad que ahora se establece atiende a los conceptos a los que se ha hecho referencia: la necesidad de adaptación de la vivienda y del vehículo, y la necesidad de ayuda de otra tercera persona. Estos aspectos no se recogen en la pensión por gran invalidez, ni la cuantía se establece en virtud de una previa cotización, por lo que no se aprecia incompatibilidad alguna entre ambas cantidades.

»Séptimo. A la vista de la que estimación de la demanda es parcial, no cabe realizar especial condena en costas procesales, conforme a lo establecido en el artículo 394 de la LEC. A esta entidad Winterthur le serán también impuestos los intereses legales previstos en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro ».

TERCERO.- La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el día 20 de septiembre de 2006, en el rollo de apelación número 202/2005, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»El Tribunal acuerda: Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por la entidad Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y por la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona , con expresa imposición de las costas respectivamente causadas por estos recursos a dichas apelantes.

»Asimismo se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por D. Isaac y Doña Africa , en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad, Maite , Melisa y Noemi , y, en consecuencia y revocando parcialmente la misma, se acuerda fijar en setecientos noventa mil doscientos veinte euros y sesenta céntimos (790 220,60 €) la indemnización a satisfacer a D. Isaac y en ciento diez mil euros (110 000 €) la indemnización a satisfacer a Doña Africa y a las hijas comunes de ambos.

»Se mantiene el resto de la resolución recurrida y no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. En primer lugar, y atendidas las alegaciones de la parte actora, hay que comenzar por indicar que en el artículo 457.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se establece que "En el escrito de preparación el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugna", precepto del que se desprende la ausencia de formalismo en este trámite, sin que se contenga en el mismo la exigencia de expresar individualizada y concretamente los pronunciamientos que se impugnan, exigencia que en este caso, en el que las demandas alegan que impugnan la



estimación parcial de la demanda, no consideramos necesaria, máxime cuando la finalidad de este trámite es la de acotar el ámbito devolutivo del recurso e impedir que posteriormente se amplíe en la interposición, ampliación que no se va a producir desde el momento en que esa estimación parcial de la demanda es el único pronunciamiento principal condenatorio que contiene la sentencia, del que el devengo de intereses es una consecuencia legal.

»Por ello se ha de considerar que el pronunciamiento recurrido queda suficientemente identificado y con ello delimitado el objeto de apelación, como así lo aprecia la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 2003 , que en un caso semejante resuelve que "concluir que no se cita el pronunciamiento impugnado cuando la sentencia contiene un único pronunciamiento principal entraña una interpretación que ha de reputarse manifiestamente irrazonable respecto del requisito que se dice incumplido".

»En consecuencia, y por lo razonado, no se estima la pretensión de inadmisibilidad planteada por la parte actora.

»Centrándonos ya en los recursos de las demandadas, las mismas oponen en primer lugar que el accidente no se produjo como se hace constar en la sentencia, alegándose al efecto lo siguiente:

»1º Nadie vio la caída y, dada la gravedad de las lesiones, la ausencia de lesiones torácico-abdominales a nivel visceral y la circunstancia de que las fracturas son en vértebras discontinuas, el esquiador llevaba una velocidad importante en el momento de producirse el accidente por lo que las lesiones sufridas fueron consecuencia del impacto directo contra la nieve, previo volteo y contorsión en el aire de su cuerpo.

»2º La pérdida de estabilidad del mismo fue lo que constituyó el inicio de una trayectoria de caída, posiblemente con una parte de la misma en forma aérea, incluyendo volteos, contorsiones o vuelcos, sufriendo durante la caída el impacto directo de su espalda contra la propia pista de nieve para posteriormente, y siguiendo una trayectoria que podría incluir rozadura y deslizamiento, ir a parar al cañón de nieve artificial, que actuó principalmente como un elemento de detención más que como un agente de choque o impacto.

»3º En la sentencia se aprecia errores en la apreciación de la forma en como sucedió el accidente, en la valoración del parte de accidente redactado por Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya (FGC), en la pendiente de la pista en el lugar del accidente y en la ubicación del supuesto impacto del cuerpo contra el cañón.

»Analizadas las actuaciones lo primero que debe destacarse es que de las mismas no se desprende acreditado el hecho de que el actor llevara en el momento del accidente una velocidad elevada, cuestión esta sobre la que no existe ninguna prueba directa ni objetiva que así lo determine, llevándonos las pruebas aportadas y practicadas a considerar que la velocidad a la que esquiaba el actor en esos momentos no era ni mucho menos elevada.

»Así, hay que tener en cuenta que el demandante, que tiene un nivel medio de esquí, iba esquiando con su hermano y su cuñada, que tenían un nivel más bajo en la práctica de este deporte, siendo el demandante el que los guiaba, yendo por delante y enseñándoles como bajar, según así lo han venido manifestando todos ellos desde un principio, alegando



también éstos que iban "poco a poco", circunstancia esta que entendemos es consecuente con la bajada que realizaban, careciendo de lógica que, si aquél les iba guiando y enseñando, fuera a velocidad elevada, lo cual, y dado el nivel de los otros esquiadores, impediría a éstos el poder seguirle en forma.

»En este punto el perito de la parte demandada, D. Luis Angel , expuso en el juicio que la pendiente existente en este lugar permite coger una velocidad de 40-50 Km/h, pero que, si el esquiador es de nivel medio, lo puede coger pero con descontrol y que "esquiaría al límite de sus posibilidades", extremo que en principio no parece que pudiera darse en este supuesto, primero, porque el nivel lo es en grado medio, y segundo, porque, como se ha dicho, los otros dos tenían nivel bastante más inferior y por ello no parece posible que, si iba guiándoles y enseñándoles, fuera a esta velocidad, que si a él no le permitiría un correcto control, menos todavía a los demás.

»El hecho de que, como se señala en el informe del perito de la demandada D. Adriano , en el tramo en cuestión se pueden alcanzar velocidades notables, fácilmente no inferiores a unos 40 Km/h, e incluso superiores los 50 Km/h, no nos permite considerar acreditado el que en este caso el demandante esquiara a esa velocidad, siendo lo expuesto una mera posibilidad, respecto a la cual se debe además indicar que las mediciones que dicho perito realizó no son tan determinantes ya que se realizaron para el dictamen en un día entre semana y el accidente que nos ocupa tuvo lugar en un fin de semana, siendo público y notorio el hecho de que en los fines de semana la afluencia de esquiadores es muy superior, debiéndose por ello practicar este deporte con mayor prudencia, sin olvidar que, como antes hemos dicho, el actor iba guiando a otras dos personas que esquiaban detrás suyo, por lo que entendemos que las referidas mediciones no pueden aplicarse sin más a este caso.

»Segundo. En segundo lugar, tampoco se ha probado que la caída del demandante presentara una trayectoria que incluyera volteos, contorsiones o vuelcos, ni que acabara con un choque directo de la espalda del mismo contra el suelo, yendo a parar tras un deslizamiento contra el cañón del nieve, que, según los apelantes, actuó como elemento de detención más que como agente de choque o impacto.

»Al respecto los distintos informes aportados por las demandadas consideran esta circunstancia a la vista de la gravedad de las lesiones, de las que deducen que el actor esquiaba a una velocidad importante en el momento de producirse el accidente, y a la vista también de que el actor no presentara en la parte frontal hematomas, roturas costales u afectación de órganos internos, así como de que las fracturas del mismo están localizadas en diferentes bloques de vértebras, existiendo otras intermedias indemnes.

»Sin embargo, y analizando la prueba en su conjunto, este Tribunal, y de conformidad con lo razonado por el Juzgador de instancia, considera que las citadas circunstancias no acreditan la mecánica del accidente mantenida por la parte demandada.

»Así, no existe ninguna prueba que nos permita comprobar la concurrencia en este caso de volteos, contorsiones o vuelcos, circunstancia que el actor niega, manifestando desde el principio que lo que ocurrió fue que se le enganchó el esquí, por lo que resbaló y cayó a tierra, deslizándose hasta el cañón de nieve artificial con el que impactó, señalando también



a quienes le asistieron, y según es de ver en el parte de accidente unido a las actuaciones, que había caído a unos metros del cañón y que se deslizó por la nieve hasta colisionar con la protección del cañón.

»De lo anterior, y en particular de las manifestaciones que hizo nada más ocurrir el accidente, no se desprende en modo alguno que se hubieran producido esas contorsiones o vuelo, siendo, como se razona en la sentencia, significativas tales declaraciones por la inmediatez de las mismas y por que no parece en principio verosímil ni lógico el hecho de que en esos primeros momentos el actor alterara las exactas circunstancias de la caída y de las lesiones que se produjo.

»Por otra parte, es cierto que en los informes acompañados por las demandadas se hacen esas afirmaciones y consideraciones pero, y sin prescindir del examen de sus contenidos y de lo expuesto en el juicio por los respectivos peritos, consideramos que los mismos no son concluyentes ni suficientes a los efectos pretendidos, existiendo otros informes y declaraciones que, a juicio de esta Sala, los desvirtúan.

»Al efecto tenemos lo siguiente:

»1° En el informe pericial de D. Jose Daniel , que es el jefe de la Unidad de Lesionados Medulares del Hospital de Vall d'Hebron, donde fue ingresado y operado el demandante, se pone de manifiesto que para la producción de las lesiones que presenta éste "no es necesaria una velocidad elevada sino que lo más definitorio es el contragolpe con un elemento fijo o móvil", concluyéndose en este informe que aquellas lesiones "son compatibles con un impacto a velocidad moderada contra un objeto fijo... Una caída esquiando y con desplazamiento por la nieve, y aunque fuese a elevada velocidad, sin que concurriera un impacto contra un objeto fijo no hubiera producido unas lesiones como las padecidas por Don. Isaac ".

»2° En el juicio este perito ratificó su informe y reiteró que las lesiones se pueden producir aunque no se vaya a mucha velocidad siempre que haya un contragolpe, esto es, "que choque contra algo que, o bien venga en dirección suya, o bien esté detenido", y que, si bien a nivel dorsal alto se requiere un severo impacto, en esta zona no es tan necesario, existiendo "estudios muy bien hechos, en los cuales a veces no hay una correlación entre impacto y el resultado neurológico".

»3° Dicho perito también afirmó que se podía asegurar que, si el actor no hubiese recibido el golpe, no habría tenido lesiones, o no las que presentaba, y que las lesiones que tenía el demandante no se pudieron provocar por el choque contra la nieve, ni después de un volteo, porque, para que aquéllas se produzcan, se requiere un mecanismo de contragolpe, rechazando también que se causaran por un golpe con la espalda en el suelo porque "la caída de espalda no es imposible por un mecanismo biomecánico, las lesiones por flexión abren la parte posterior y las lesiones de espalda por extensión abren la parte anterior, incluso es muy difícil las lesiones medulares por extensión."

»4° Con respecto a la ausencia de lesiones, este perito declaró que ello es posible, explicando que "la lesión se produce a nivel D-12... Nosotros situamos anatómicamente la vértebra L3 en el ombligo, luego la L1 estaría básicamente por debajo de las costillas. Para eso se tenía



que haber producido una lesión de las costillas y hubiera sido un choque lateral y se hubiera producido una fractura de nivel dorsal, dorsal medio o alto, pero, habiendo chocado con la zona tres centímetros por encima del ombligo, que es donde está la D12-L1, puede no haber, y de hecho no hay, lesiones costales. Nosotros que hemos hecho varios estudios sobre las lesiones asociadas a las fracturas a nivel lumbar, habitualmente no hay lesiones costales, las fracturas costales se producen siempre en lesiones dorsales" y que "el diafragma no tiene por qué quedar afectado".

»5° En cuanto a las fracturas discontinuas este perito señaló que no es frecuente que se rompan vértebras no contiguas pero que, aunque no sea frecuente, no es excepcional porque puede darse y en un estudio que había hecho se daba en un porcentaje del diecisiete por ciento.

»6° D. Felix , que es especialista en cirugía ortopédica y traumatología así como médico de la unidad de cirugía de columna del Hospital de Vall d'Hebron que opera columnas vertebrales, y que fue quien operó al actor, manifestó que era totalmente posible que las lesiones que presentaba el actor se las causara al impactar, tras un previo deslizamiento, contra el cañón de nieve y que veía imposible que cayendo de espaldas el actor se produjera esas lesiones porque, cuando uno cae de espaldas, no tiene "movimiento de flexión, que es necesario para tener este tipo de lesión, tiene que haber un movimiento de flexión, tiene que doblarse el tronco para hacer la fractura que él tuvo. Si caes plano esta doblez no existe".

»7° Asimismo, y en cuanto a la posibilidad de que la caída se hubiera producido con la espalda curvada tras un volteo, este testigo manifestó que "cuando uno cae con la espalda curvada, el cuerpo tiene unas zonas por las que dobla naturalmente, el cuello. Las volteretas suelen hacer lesiones de cuello o zonas más bajas" y que "para romperse esta zona es más difícil porque lo primero que cae es el cuello y es lo que te doblas".

»8° De igual manera, y por lo que se refiere a las fracturas discontinuas, el mismo señaló que "esto se da, no es frecuente en cuanto a que sea lo más habitual, pero se da eso en función del movimiento de flexión que puedas tener, vas flexionando y puedes romper más zonas. No es la mayoría, pero hay" y que en este caso consideraba que las lesiones se debían a un solo impacto, porque "aquí lo que ha habido es un movimiento de flexión de todo el tronco en una zona que normalmente no se flexiona. Luego ha habido algo que ha hecho de fulcro (punto de apoyo de la palanca) aquí. Es posible que todo sea del mismo porque todas son por flexión... todas son el mismo mecanismo, es decir, que aquí se ha torcido todo el dorso, se han roto tres como se hubiesen podido romper dos o...".

»9° Con respecto a la posibilidad de que se produjeran las lesiones de diferente manera a la expuesta por el actor indicó que para ello "tiene que haber un fulcro, un fulcro es algo que obliga a que algo se doble, el eje por donde cierras" y, en cuanto a la ausencia de otro tipo de lesiones, declaró que él también hace cirugía torácica y que "no siempre tiene que haber fracturas torácicas, depende de qué es lo que estás flexionando", y que no le extrañaba que en este caso el actor no tuviera lesiones internas "en la piel seguro, porque vas equipadísimo, y en las vísceras es muy posible".



»10° El perito D. Íñigo , médico especialista en rehabilitación y lesiones medulares en el Instituto Guttman, y que en este centro trató el actor, mantiene que las lesiones son consecuencia del impacto contra un objeto rígido o estático y que no es infrecuente el detectar fracturas vertebrales a dos niveles.

»11° Este perito afirmó en el juicio que el actor "tiene varias fracturas, todas por flexión, eso quiere decir que algo lo dobló hacia delante y, para que se produzca una fractura-luxación, ha de haber algo que te haga de contragolpe, es decir, todo lo otro te puede hacer acuñación pero para que haya fractura-luxación tiene que haber algo que te haga un golpe hacia el otro lado; él se dobló y en algún momento acabó de picarle algo por delante que desplazó la vértebra hacia atrás", que el golpe tuvo necesariamente que ser por delante "porque, si no, la fractura sería por extensión, se habrían roto las partes de atrás de la vértebra y no se habría aplastado la parte de delante del cuerpo", descartando totalmente que el golpe fuera por detrás, "porque, si se rompe por extensión, lo que se romperían serían las espinosas, son la parte de atrás de la médula, y no se aplastaría la parte de delante de la vértebra" y porque "si el golpe hubiese sido por detrás, habría extensión, que él no tiene en ninguna".

»12° Por otra parte también manifestó que es normal que puedan quedar dos vértebras sin afectar y que unas se rompan y otras no "por que en algún punto debe haber una fuerza más importante que en los otros, que es por donde hace de gozne. Si hubiese chocado delante (en la parte superior), se habrían roto las costillas y entonces se habría producido la fractura de las transversas y de la vértebra dorsal, pero no se habría producido la luxación de abajo. Por fuerza yo creo que tuvo que haber un golpe aquí delante (en la parte abdominal), aquí hubo el punto de máxima fuerza".

»13° Finalmente este perito dijo que "Si la velocidad hubiese sido más alta, hubiera hecho rotura de alguna víscera pero si no es alta no tiene por qué", y que para romper hígado y bazo tienes que tener un golpe mucho más fuerte, ir a más velocidad, así como que, aunque se produzcan dos golpes y caídas "si no hay choque con algo, no hay paraplejia porque no hay luxación, te rompes miembros".

»Todo lo expuesto nos lleva a considerar que las lesiones sufridas por el demandante se produjeron, no como pretende la parte demandada, sino como indica el actor y razona correctamente el juzgador de instancia, esto es, por el impacto contra el cañón de nieve tras la caída y deslizamiento por la nieve, siendo dicho impacto la causa directa de las mismas.

»Frente a ello entendemos que no cabe oponer los informes aportados por las demandadas y las declaraciones de los respectivos peritos en el juicio, primero, porque en los mismos se parte del hecho de que el actor esquiaba a una velocidad, como mínimo, de 40km/h y que por ello se produjo un "vuelo" y tras volteos o contorsiones la caída a la nieve, extremos que no están acreditados en el procedimiento y, segundo, por que, de acuerdo con las pruebas ya comentadas, las lesiones del demandante, incluyendo también la ausencia de otras, no permiten por sí mismas deducir esa mecánica, pruebas que estimamos deben prevalecer.

»En este caso hay que tener presente que nos encontramos ante unos lesiones medulares que se tratan esencialmente en centros específicos y concretos, que se hallan especializados



en las mismas, concretamente, y en lo que nos interesa, en Cataluña los centros en los que mayoritariamente se ingresan los pacientes con estas lesiones medulares para ser operados y tratados son la unidad correspondiente del Hospital de Vall d'Hebron y el Instituto Guttman, centros cuyo prestigio en este campo ha sido reconocida en este procedimiento y en los cuales fue ingresado el demandante.

»En su consecuencia cabe considerar que los profesionales que actúan en los mismos, entre los que se cuentan los anteriores médicos, tienen un mayor conocimiento técnico al respecto, avalado por la dilatada y extensa experiencia en esta materia, por lo que, y sin ánimo de desmerecer a los profesionales que emitieron los informes de las demandadas, consideramos que en el campo de las lesiones medulares ofrecen mayor credibilidad y aportan mayores conocimientos aplicados que estos últimos, habiendo prestado un testimonio y una valoración de las lesiones que presentó el actor y de su causa coherente, razonada y que, a juicio de este Tribunal, justifican de forma convincente y técnica la mecánica y lesiones a que antes hemos hecho referencia, debiéndose igualmente tener en cuenta el hecho de su conocimiento personal del demandante al haberlo tratado u operado.

»Tercero. La siguiente cuestión que se ha planteado en los recursos de la parte demandada es la relativa a la responsabilidad que la estación tiene por este siniestro, alegándose al efecto, y en esencia:

»1º La estación de "La Molina" tiene todos los permisos y licencias para su funcionamiento, no existiendo ningún tipo de normativa que imponga un tipo de colchón o un tipo de grosor para la protección de los cañones de nieve.

»2º El colchón que protege el cañón de nieve tiene una doble función, la de señalar la existencia del cañón y la de proteger, y el suficiente o insuficiente grosor del colchón dependerá necesariamente de las características del accidente (velocidad de colisión, lugar de la colisión, edad y peso de las personas, etc.), de manera que es prácticamente imposible garantizar la seguridad total.

»3º La culpa es exclusiva de la víctima porque el esquí es un deporte de riesgo y el actor es un esquiador muy experimentado y por tanto conoce de sobras que el esquí es un deporte que entraña por sí riesgos que conoce y debe asumir quien voluntaria y libremente decide practicarlo, riesgos que la estación de esquí no puede asumir y, menos, evitar, pues las consecuencias de este riesgo dependen de la conducta de quien en gran medida los crea, es decir, el propio esquiador.

»4º Nunca la estación será suficiente para garantizar al cien por cien la integridad física del esquiador ya que la estación no puede controlar otros parámetros de este riesgo, que dependen directamente de la conducta del esquiador, como son la velocidad del descenso, la altura de sus saltos, sus maniobras, etc.

»5º La sentencia también ignora por completo cualquier conducta culposa en la actividad del actor, haciendo recaer toda la responsabilidad en la estación de esquí, es decir, la sentencia llega a la incongruencia de tratar de la misma manera el hecho de que el actor, después de caer por falta de habilidad, autocontrol o negligencia, chocase con el cañón, como el de que



fuese el propio cañón que en un hipotético desplazamiento colisionase con el actor cuando éste se encontrase inmóvil.

»Atendidas estas alegaciones hay que poner de manifiesto que no se desconoce la circunstancia de que el deporte del esquí es, efectivamente, un deporte cuya práctica comporta un riesgo, riesgo que en gran medida es aceptado y asumido por quienes lo realizan, los cuales conocen los peligros que este deporte conlleva. Ahora bien, tal circunstancia no permite sin más eximir de responsabilidad a la parte demandada por que en este caso no nos encontramos ante unas lesiones provocadas por el riesgo normal que la práctica de este deporte conlleva ya que las mismas traen causa del impacto producido contra un elemento artificial, rígido y duro (el cañón de nieve) que la demandada había instalado y no protegido suficientemente.

»En este punto ha quedado acreditado que la colchoneta que se puso en el cañón de nieve artificial, si bien permitía, por su color, que la existencia de ese cañón fuera visible para los esquiadores, no constituía en absoluto un mecanismo de seguridad eficaz y suficiente para evitar que estos colisionasen con el mismo ni que se pudiesen lesionar como consecuencia de ello.

»Esta última circunstancia se desprende del resultado dañoso producido en este caso y de lo manifestado por los peritos que declararon en el juicio, manifestando, primero, D. Luis Angel que la principal función de las colchonetas en los cañones es la de señalarlas y que procuran una mínima protección, segundo, D. Jose Pedro que la colchoneta no está diseñada para absorber la energía de un choque y, tercero, D. Arcadio que la colchoneta absorbe poca energía.

»Partiendo de ello, la instalación de ese cañón en el lugar en el que se ubica, en el extremo lateral izquierdo de la pista, en el sentido de bajada, supuso una circunstancia adicional de riesgo, de agravación o incremento del mismo de lo cual sí debe responder la estación, que es quien lo ha originado, sin que frente a ello quepa oponer que no existe ninguna normativa que imponga un tipo de colchón o un grosor de éste, por que, al margen de que exista o no una normativa, quien ha agravado el riesgo es la estación, con la colocación de esos cañones de nieve artificial, y por tanto es la misma la que tenía que adoptar las pertinentes medidas de seguridad para evitar que, en las circunstancias normales de la práctica de este deporte, los esquiadores pudieran llegar hasta el cañón y colisionar contra el mismo.

»Al respecto se ha de tener en cuenta que en la práctica del esquí, y sin necesidad de incurrir en una actitud culposa o negligente por parte de los esquiadores, son absolutamente habituales las caídas de éstos y los consiguientes deslizamientos por la nieve, extremo que la demandada no puede ignorar, siendo por todo ello previsible, y máxime en el lugar en el que se encuentra el cañón, el que los esquiadores puedan llegar hasta el mismo y colisionar contra él, por lo que la demandada debía haber adoptado las necesarias medidas de seguridad, como, por ejemplo, una red de contención o una malla que lo impidiese, red que, por otra parte y según declararon los testigos en el juicio, sí existe en el lado derecho de la pista, justo al lado de un pequeño torrente.



»En su consecuencia, y por lo razonado, no cabe apreciar ni la culpa exclusiva de la víctima ni una concurrencia de culpas porque, para que tuviera lugar la primera es preciso que quede acreditado que fue su exclusivo y voluntario actuar el que desencadenó el suceso, lo que no es predicable de este caso, en el que, según se ha razonado suficientemente, no se ha justificado que el actor esquiara a una velocidad inadecuada o de forma incorrecta, trayendo causa las lesiones de la instalación de ese cañón de nieve en el extremo de la pista sin la debida protección.

»Tampoco cabe estimar una concurrencia de culpas por que no se aprecia una conducta culposa por parte del demandante sin que pueda considerarse como tal la caída misma, habitual y usual en la práctica de este deporte, caída que por sí misma no determinó las lesiones y que, si el cañón hubiera estado debidamente protegido y con las necesarias medidas de seguridad, no habría provocado las lesiones que el mismo presenta.

»Por consiguiente los recursos de las demandadas deben ser desestimados.

»Cuarto. La parte actora también recurre la sentencia, impugnando los pronunciamientos relativos a la cuantía de la indemnización y la falta de condena en costas a las demandadas.

»Por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización se opone que no es aplicable al caso analizado el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y su correspondiente baremo, ni siquiera por analogía, ya que no existe identidad de razón entre los supuestos regulados por aquella norma específica y el accidente de esquí litigioso y aquel sistema puede ser calificado de excepcional.

»A la vista de lo alegado hay que indicar que es cierto que en este supuesto no existe una laguna legal que imponga la aplicación analógica del mencionado baremo, pero ello no impide considerar y tener en cuenta este último de manera orientativa a fin de cuantificar la indemnización que corresponde a los daños y perjuicios causados a los demandantes, criterio que entendemos resulta correcto seguir en el presente supuesto para determinar, en la medida de lo posible, la indemnización más adecuada que corresponda a la parte actora por ser ese sistema un instrumento válido a tal fin.

»En esta misma línea, y de forma clara, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2006 , en la cual se establece que se "ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en valoración y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en este caso (STS 837/2005, de 11 de noviembre). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, pero su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas de tasación legal con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 del Código Civil (en la que se funda exclusivamente el recurso de casación que enjuiciamos), puesto que la fijación y determinación de determinadas cuantías en el ejercicio de funciones de apreciación o valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en cada caso,



difficilmente previsibles en pormenor por el legislador, constituye una facultad que entra de lleno en la potestad o función jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados y, por otra parte, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la existencia de distintos sectores de la actividad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad derivada de la existencia en algunos de ellos e inexistencia en otros de criterios legales de valoración del daño (SSTC 181/2001 , 241/2000 , 242/2000 , 244/2000 , 267/2000 , 21/2000 , 37/2000 , 91/2002 , 19/2002 , 49/2002 , 102/2002 y 104/2005 , entre otras muchas), circunstancia que por sí sola impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón en la fijación de las indemnizaciones consecuencia de la actividad productora de daño en cada uno de ellos".

»Partiendo de lo anterior en esta misma resolución se razona que "En consecuencia, no puede considerarse que la falta de establecimiento de un sistema tasado de valoración, por más que pueda estimarse conveniente su introducción por vía legislativa en determinados sectores de la actividad social o económica (como esta Sala ha insinuado recientemente, por ejemplo, respecto de la responsabilidad medica (STS de 21 de diciembre de 2005), constituya una laguna legal que por sí determine la necesidad de aplicación analógica de los sistemas de valoración sujeta a tasación, sin perjuicio de que la obligación de realizar la determinación con arreglo a la verdadera trascendencia del daño y con sujeción a los principios de indemnidad y de proscripción de la arbitrariedad aconseje tener en cuenta de manera relativa y en función de las circunstancias en cada caso concurrentes los criterios tenidos en cuenta al fijar los baremos de tasación relacionados con hechos de características similares."

»Analizando así el caso que nos ocupa, es de ver que en la sentencia recurrida se fija una indemnización para el demandante de 646.803,97 euros y para su mujer e hijas de 90.000 euros, indemnización que se calcula tomando en consideración las cuantías vigentes para el año 2001, año en que sucedió este accidente.

»La primera cuestión que se alega es la relativa a esas cantidades, oponiendo la parte actora que, en todo caso, tiene que acudir a las cuantías correspondientes al año 2004 que es el del enjuiciamiento del asunto.

»Esta pretensión debe prosperar porque, al margen de que la aplicación de ese sistema lo es sólo con carácter orientativo, entendemos que no cabe aplicar las cuantías del año 2001 por que nos encontramos ante una deuda, no de una suma de dinero, sino de valor y por ello la misma tiene que actualizarse teniendo en cuenta la depreciación monetaria, a fin y efecto de que la cantidad que se fije resulte equivalente con la reparación indemnizatoria, equivalencia que no se obtiene si se aplican en el año 2004 las cuantías del año 2001.

»Es cierto que es criterio general de los Tribunales aplicar las cuantías del año en que ocurrió el accidente pero ello lo es con relación a los accidentes de tráfico, supuesto que no cabe equiparar con todas sus consecuencias al que nos ocupa, sobre todo cuando la tardanza en fijar la indemnización en aquellos casos se ve paliada con la imposición de unos intereses relevantes, intereses que han de pagar las aseguradoras, lo que no concurre



exactamente en este supuesto, en el que la aseguradora demandada no debe hacer frente al total de la indemnización, al estar limitada su responsabilidad a una cifra que es inferior al cincuenta por ciento de la indemnización que se establece en la resolución recurrida.

»Por tanto, y habida cuenta de que las actualizaciones de las cuantías previstas en el baremo se realizan partiendo del incremento del índice general de precios al consumo, procede considerar correcto el que en este supuesto se apliquen las cuantías publicadas, con el oportuno incremento, para el año 2004 ya que ésta es la suma adecuada, al tener en cuenta la depreciación monetaria, depreciación que no puede perjudicar a la parte actora ni, menos todavía, beneficiar a la parte demandada que es, en definitiva, la que con su conducta ha impedido que en su momento se pudiera cuantificar y satisfacer la indemnización.

»Quinto. Centrándonos en la indemnización fijada en la sentencia, la parte actora alega, en primer lugar, que en el perjuicio estético únicamente se ha tenido en cuenta la utilización de la silla de ruedas, calificándolo de perjuicio medio cuando debería ser muy importante, olvidándose además dicha resolución de que la implantación del material de osteosíntesis, que se reconoce como secuela, también comporta un perjuicio estético derivado de la correspondiente cicatriz.

»No obstante, y como ya pone de manifiesto la propia parte actora en su recurso, si nos atenemos al sistema comentado las anteriores alegaciones no variarían en principio la indemnización ya que, en cualquier caso, la sentencia otorga la máxima puntuación, 100 puntos, por lo que, aunque se estimasen sus pretensiones, no podría concederse una mayor indemnización por estos conceptos ya que sobrepasarían los cien puntos, disponiéndose en el sistema que "En cualquier caso, la última puntuación no podrá ser superior a 100 puntos". Desde otro punto de vista, y lo que es más relevante, lo establecido para el perjuicio estético se considera correcto y adecuado a las circunstancias del demandante sin que se aprecie una desproporción o una infravaloración del mismo.

»En segundo lugar la actora sostiene que, con respecto a la necesidad de ayuda de una tercera persona, la sentencia incurre en el error de decir que la ayuda de esa tercera persona se ha solicitado para media jornada ya que lo que solicitó en demanda y se refleja en el informe actuarial a ella acompañado es una ayuda para todo el día, es decir, dos turnos de ocho horas cada uno, por lo que, si se aplica el baremo, se ha de conceder el importe máximo fijado en el mismo.

»En este punto la sentencia concede la suma de 180.303,63 euros, es decir, un 65,65% de la cantidad fijada como máximo para este concepto en el baremo, porcentaje que, contrariamente a lo sostenido en el recurso, consideramos correcto (si bien aplicado, como antes se ha indicado a las sumas actualizadas en el año 2004), porque, aunque es verdad que no se pide para media jornada, lo cierto es que tan sólo se pide esa ayuda durante el día, indicándose que durante la noche será la familia la que se haga cargo de la correspondiente atención que precisa el actor, y por que la cifra resultante se estima adecuada ya que la se contiene en el citado baremo es, como se ha indicado, un máximo y para casos en los que se incluye también el estado de coma vigil o vegetativo crónico, por lo que, y habida cuenta de la edad del actor y el grado de incapacidad del demandante, que presenta paraplejia L1, con



afectación de esfínteres rectales y urinarios, consideramos que no ha de conceder ese máximo, siendo correcto el mencionado porcentaje.

»En tercer lugar se alega que por el concepto de adecuación del vehículo se tiene que fijar la cantidad solicitada porque, y conforme también al informe actuarial que se aporta, si se tiene en cuenta la vida útil del vehículo, seis años, el coste anual asciende a 439,80 euros y aplicando el coeficiente del cálculo actuarial resulta una indemnización de 20.786,62 euros, inferior a la establecida en la tabla vigente para el año 2004.

»Al respecto consideramos que esta pretensión sí debe prosperar porque, atendida la edad del actor (39 años en el momento del accidente), resulta más que previsible la realización de futuros gastos por este concepto, derivados de la necesidad de cambiar el vehículo, que a partir de ahora será siempre adaptado a sus circunstancias, no resultando desproporcionada la cuantía solicitada en demanda, cuantía que resulta incluso inferior a la prevista en el baremo actualizado para el año 2004.

»En cuarto lugar se alega que por los perjuicios morales de los familiares, y por las mismas circunstancias del caso que la propia sentencia enumera, se tiene que fijar el importe máximo que se contiene en la tabla IV.

»En este punto, y a la vista de las circunstancias concurrentes, la edad de su mujer y de sus tres hijas y la alteración que las secuelas que presenta aquél produce en la vida normal y habitual del núcleo familiar, vida que queda claramente condicionada y limitada, se considera más adecuada la indemnización de 110.000 euros, suma ésta que estimamos es la correcta y proporcionada a los daños causados efectivamente a los familiares, sin que al efecto tenga que concederse la máxima prevista en la tabla a que se hace referencia ya que, además de ser un máximo, tampoco resulta vinculante.

»En quinto lugar la apelante sostiene que, sin ninguna motivación, la sentencia recurrida prescinde de la aplicación de las indemnizaciones correspondientes al lucro cesante, alegando que de lo actuado se desprende justificado que el demandante ha sufrido una pérdida de ingresos, en computo anual, de 22.775,49 euros, por lo que, y atendido que para llegar a la edad de jubilación le quedan 25,87 años, su pérdida de ingresos por toda su vida laboral equivale a 589.201,93 euros, que es lo que se tiene que conceder en sustitución del factor corrector que aplica el Juzgador de instancia.

»Esta pretensión no puede ser estimada porque en la demanda, que es donde se tenía que solicitar, no se pedía ninguna indemnización por lucro cesante, ya que, analizada ésta, se aprecia que reclama el daño emergente pero no el lucro cesante, siendo la solicitud de éste una cuestión nueva que, de forma extemporánea e indebidamente, se introduce en el recurso de apelación, que no es momento hábil para ello.

»Frente a ello no cabe oponer la circunstancia de que el Juzgador de instancia haya aplicado los factores de corrección, primero, por que, aun cuando es cierto, ello no desvirtúa la circunstancia de que no se reclamó el lucro cesante y, segundo, por que aquí de lo que se trata es de fijar la indemnización que se estime correcta por los daños y perjuicios causados al actor y este Tribunal estima que la cantidad que se determina, con las variaciones que



introduce esta resolución y con la aplicación de ese factor de corrección del 45%, constituye una indemnización proporcionada y correcta.

»En sexto lugar la parte actora alega que se ha omitido en la sentencia el factor de corrección correspondiente a "lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima" y que se ha de incluir la cuantía máxima prevista para la incapacidad permanente absoluta.

»En este punto se ha de indicar que, en efecto, se considera que debe aplicarse este factor de corrección a fin de establecer una adecuada indemnización que resarza de los daños y perjuicios causados, entre los cuales se encuentra, evidentemente, la imposibilidad de realizar las tareas de la ocupación o actividad habitual del actor, incapacidad que entendemos es permanente total y no absoluta ya que el mismo, si bien condicionado, no se encuentra totalmente incapacitado para cualquier ocupación o actividad, aunque sí lo esté para la que constituía su ocupación habitual.

»Por consiguiente, y estimando en parte también esta parte del recurso, se considera que debe añadirse la cantidad de 75.231,70 euros.

»Finalmente, en el recurso se sostiene que la sentencia no contempla los daños derivados del material ortopédico y sanitario que el actor se ve obligado a utilizar a diario, y que habrá de utilizar de por vida, siendo el coste de este material un daño añadido que tiene que soportar el mismo y que debería incluirse en la indemnización, bien por tratarse o equipararse a los gastos de asistencia médica, o bien por su consideración de circunstancia excepcional que sirviese para la exacta valoración del daño causado.

»Sin embargo, y pese a lo alegado, consideramos que no procede incluir en la indemnización este concepto porque esos gastos no son equiparables a los gastos de asistencia médica y hospitalaria a que se refiere el sistema de valoración, que para ser indemnizados de forma independiente tienen que referirse a los derivados del accidente, quedando incluidos y comprendidos en la indemnización fijada para las secuelas, en la que ya se valoran todas las circunstancias y consecuencias de las mismas, no pudiendo estimarse como una circunstancia excepcional.

»En consecuencia, y por todo lo razonado, se fija en 110.000 euros la indemnización a satisfacer a Doña Africa y a las hijas comunes y en 790.220,6 euros la indemnización a satisfacer al actor.

»Por último, se mantiene el pronunciamiento relativo a las costas contenido en la sentencia recurrida porque la estimación de la demanda lo ha sido parcialmente y por una cantidad bastante inferior a la reclamada, concediéndose aproximadamente un 43,97% de lo solicitado en demanda.

»Sexto. Al estimarse en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas por el mismo y al desestimarse los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, las costas causadas por estos recursos deberán ser abonadas respectivamente por cada parte apelante (artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».



QUINTO.- El escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, se ampara en el ordinal 2º del artículo 477.2 LEC y se articula a través de dos motivos.

El primer motivo se introduce con la fórmula:

«Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El fallo de la sentencia recurrida infringe, por violación del artículo 1902 del Código Civil , que dispone: "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado". Dicho precepto debe relacionarse con el artículo 1104 del Código Civil que dispone: "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 del lugar", ya que la sentencia recurrida aprecia la existencia de negligencia en la actuación de mi mandante haciendo para ello una aplicación excesiva de la denominada responsabilidad por riesgo».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La sentencia infringe el artículo 1902 CC . Dice que el esquí implica un riesgo que se asume por el que lo practica pero que eso no es obstáculo para declarar la responsabilidad de la demandada habida cuenta que las lesiones derivan de un riesgo distinto al de la práctica de ese deporte, ya que fueron causadas por el impacto producido contra un cañón de nieve, que es un elemento artificial, rígido y duro que la demandada había instalado y no protegido suficientemente. La colchoneta lo hacía visible pero no era un mecanismo de seguridad eficaz y suficiente para evitar, en caso de colisión, que los esquiadores se lesionasen. La instalación del cañón supuso un incremento del riesgo inherente a la práctica del esquí, y es quien ha incrementado ese riesgo el que tenía la obligación de adoptar las pertinentes medidas de seguridad para evitar que, en circunstancias normales, los esquiadores pudieran llegar al cañón y colisionar contra el mismo.

La sentencia recurrida aplica la doctrina de la responsabilidad por riesgo, que determina que cualquiera que crea o agrava un riesgo debe responder de cualquier consecuencia derivada del mismo, por inimaginable que sea. En el caso de autos, se hace responder a la recurrente por colisionar el esquiador contra el cañón, no directamente, sino tras deslizarse varios metros después de caerse. Si se hubiera tratado de un impacto directo seguramente se hubiera atribuido la responsabilidad a la propia víctima, por no advertir el obstáculo debidamente señalizado. En la sentencia que puso fin al juicio de faltas 143/01 se afirma que se varió en el propio acto del juicio el contenido de la denuncia al señalarse que el cañón estaba en medio de la pista cuando tal cosa no es cierta.

Sobre la responsabilidad por riesgo, cita y extracta la STS de 27 de junio de 2006, RC n.º 4120/1999 , que según dice, mantiene la línea jurisprudencial de otras como la de 21 de marzo de 1996 (en realidad, 20 de marzo de 1996) favorables a aplicar aquella a la práctica del esquí.

Pese a su aplicación al caso, debe valorarse que el cañón de nieve estaba suficientemente protegido por una colchoneta de color naranja, con una doble función de señalización y



protección, lo que suponía una prevención suficiente de las situaciones razonablemente previsibles. En consecuencia, ninguna negligencia es atribuible a la recurrente en la producción del accidente.

El motivo segundo se introduce con la fórmula:

«Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El fallo de la sentencia recurrida infringe, por violación, la disposición adicional octava de la Ley 30/95 y la doctrina jurisprudencial o de las Audiencias Provinciales aplicable al caso».

En síntesis, el motivo se fundamenta en lo siguiente:

Con carácter subsidiario se solicita que, a la hora de calcular la indemnización debida, de confirmarse la responsabilidad de la demandada, no se aplique al daño determinado según el sistema legal de valoración contemplado en la LRCSCVM 1995 la actualización de las cuantías prevista para el año 2004, como acordó la sentencia recurrida, sino la correspondiente al año 2001, en que se produjo el accidente.

Esta cuestión, referente a la determinación del Sistema legal de valoración del daño corporal aplicable, es estrictamente jurídica y debe tener acceso a la casación.

Cita y extracta la SAP, Sección 16ª, de 28 de septiembre de 2004 y la SAP, Sección 14ª, de 20 de enero de 2001.

La sentencia recurrida justifica la aplicación de las cuantías del año 2004 diciendo que así se evita que recaigan en la víctima los perjuicios ligados a la depreciación monetaria y, a la vez, que se beneficie a la demandada, a cuya conducta se debe, según la AP, que no se cuantificase e indemnizase a su debido tiempo. Sin embargo, ninguna demora puede imputarse a la recurrente, a salvo de la lógica oposición a una pretensión cuantitativamente importante.

Termina la parte solicitando de esta Sala «[...] dicte resolución por la que, dando lugar al mismo, y estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y la deje sin efecto, dictando en su lugar otra resolución por la que se absuelva a mi representada de los pedimentos de la demanda o, subsidiariamente, se condene a mi representada en aplicación del baremo de la Ley 30/95 correspondiente al año 2001».

SEXTO.- Mediante auto de 2 de diciembre de 2008 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación, presentado por la representación procesal de la parte actora, D. Isaac y Dª Africa , se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

- Inadmisibilidad del recurso.

Lejos de fundar el recurso en la infracción de preceptos sustantivos lo que combate es una cuestión procesal, cual es la inversión de la carga de la prueba que se produce en los supuestos de responsabilidad por riesgo. La culpa de la demandada fue objeto de prueba y si se pretende combatir la valoración de esa prueba debió formularse recurso extraordinario por infracción procesal.

También es inadmisibles el segundo motivo, por no citar un precepto concreto infringido, y por no acomodarse la formulación a la técnica casacional desde el momento que cita



jurisprudencia sobre la aplicación del baremo que solo tiene valor orientativo en este caso. Si no se aplicó con carácter imperativo no puede ser objeto de vulneración. La parte formula el recurso de forma artificiosa, pues en el fondo pretende imponer a la Sala sus propias conclusiones sobre la controversia.

-Oposición al primer motivo.

La recurrente cuestiona en realidad las conclusiones probatorias de la AP, tratando de imponer sus propias conclusiones sobre la ausencia de culpa.

Cita y extracta el ATS de 27 de febrero de 2007 .

Además, la sentencia no aplica la doctrina del riesgo y mucho menos en el modo que lo hacen las sentencias que se invocan.

En ningún caso la AP objetivó la responsabilidad de la recurrente pues su condena se fundamenta en la apreciación de una actuación negligente determinante del resultado lesivo. En concreto, la omisión de medidas de seguridad, ya que la colchoneta no cumplía esa función.

Cita y extracta la sentencia de la AP y la del Juzgado en cuanto a la valoración de la prueba, que no cabe revisar en casación.

-Oposición al segundo motivo.

Mal puede haberse infringido un precepto (DA 8ª de la LRCSCVM) que no es de aplicación a supuestos de hecho distintos de los de la circulación de vehículos a motor. Lo que se pretende en realidad es que se sustituya la indemnización concedida por otra, tras una nueva valoración de la prueba.

Termina la parte recurrida solicitando de la Sala: «[...] dictar sentencia por la que se inadmitan o se desestimen los dos motivos del recurso y, por ende, el recurso mismo, declarando no haber lugar a casar la sentencia recurrida, confirmándola íntegramente, con expresa imposición de las costas causadas y que se causen a la recurrente».

OCTAVO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 2 de febrero de 2011, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

ATS, auto del Tribunal Supremo, (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

CC, Código Civil.

FD, Fundamento de Derecho

LCS, Ley de Contrato de Seguro.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LRCSCVM, Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

RC, Recurso de casación

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).



Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Resumen de antecedentes.

1. A raíz de las graves lesiones sufridas el día 3 de marzo de 2001, al impactar directamente contra un cañón de nieve artificial, tras caída y deslizamiento por la nieve mientras esquiaba junto a su familia en la estación de La Molina, propiedad de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, la víctima del accidente, su esposa y sus tres hijas menores, dedujeron demanda contra dicha entidad y su aseguradora, en reclamación la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, más intereses (de demora del artículo 20 LCS en el caso de la segunda) y costas.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda. Fijó la indemnización acudiendo analógicamente al sistema legal de valoración del daño corporal previsto en materia de tráfico en la LRCSCVM, amparándose en el vigente cuando se produjo el accidente tanto para la determinación del daño como para su valoración económica. La sentencia declara probado que el accidentado tardó 300 días en sanar de sus lesiones.

3. Recurrida la anterior sentencia en apelación tanto por la parte actora como por las codemandadas, la AP decidió estimar en parte únicamente el formulado por los demandantes, con el resultado de incrementar la indemnización concedida a los perjudicados, manteniendo el resto de pronunciamientos de primera instancia. La sentencia confirma la responsabilidad de la titular de la estación señalando, al respecto y de manera resumida, lo siguiente: a) que las lesiones sufridas por el esquiador fueron consecuencia directa del impacto contra el cañón de nieve artificial, tras la caída y deslizamiento por la nieve, sin que tuvieran su causa en un impacto directo contra la nieve ni en volteos, contusiones o vuelcos derivados de la dicha caída; b) que el esquiador no iba a velocidad excesiva por lo que la única causa del resultado lesivo fue la culpa o negligencia de la estación, al incrementar el riesgo inherente a la práctica del deporte del esquí mediante la instalación de un cañón de nieve artificial en un lugar de la pista -extremo lateral izquierdo, en sentido bajada- al que previsiblemente podían acceder los esquiadores en caso de las habituales caídas y consiguientes deslizamientos, sin adoptar las medidas de seguridad requeridas por ese elemento de agravación o incremento del riesgo -por ejemplo una red de contención o malla como la existente en el lado derecho de la pista-, que hubieran permitido proteger a la víctima de las lesiones que se ocasionasen con el impacto. Además, c), la sentencia calcula la indemnización sirviéndose, por analogía, del sistema legal de valoración del daño corporal vigente en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, si bien, a diferencia del Juzgado, aplica las cuantías correspondientes al año de enjuiciamiento (2004) con fundamento en la consideración de la indemnización derivada del siniestro como deuda de valor.

4. Recurre en casación la titular de la estación de esquí, articulando su recurso a través de dos motivos formulados al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC , por tratarse de asunto seguido por razón de la cuantía, siendo ésta superior al límite legal.



5. En fase de oposición al recurso la parte recurrida ha solicitado con carácter principal la no admisión de dichos motivos.

SEGUNDO.-*Admisibilidad del recurso*

Vistas las cuestiones planteadas, deben ser rechazadas las alegaciones de la parte recurrida sobre el carácter no admisible de los motivos formulados. En cuanto al primero, porque contrariamente a lo que se sostiene, sí se funda en la infracción de preceptos sustantivos aplicables a la cuestión debatida, más allá de que sea objeto del recurso precisamente determinar si tal vulneración existió, ya que el planteamiento de la recurrente no se limita a cuestionar la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba, por radicar, en esencia, su discrepancia, en la apreciación del elemento de la culpa, cuestión jurídica sí susceptible de revisión en casación. En cuanto al segundo, porque, con independencia del valor orientativo que se atribuye al sistema legal de valoración del daño corporal previsto en la LRCSCVM en supuestos distintos a los accidentes de tráfico (admitido por esta Sala en STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002 , con cita de las de noviembre de 2005, RC n.º 1575/99 , 10 de febrero de 2006 , 19 de mayo de 2006 , 22 de julio de 2008, RC n.º 553/2002 , 2 de julio de 2008, RC n.º 1563/2001 y), lo incuestionable es que ha sido objeto de aplicación por la AP, estando abierta entonces la posibilidad de revisar ahora si tal decisión fue o no conforme a derecho, como también ha reconocido esta Sala en la citada STS de 9 de diciembre de 2008, RC n.º 1577/2002 .

TERCERO.-*Enunciación del primer motivo de casación.*

El motivo primero se introduce con la fórmula:

«Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El fallo de la sentencia recurrida infringe, por violación del artículo 1902 del Código Civil , que dispone: "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado". Dicho precepto debe relacionarse con el artículo 1104 del Código Civil que dispone: "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 del lugar", ya que la sentencia recurrida aprecia la existencia de negligencia en la actuación de mi mandante haciendo para ello una aplicación excesiva de la denominada responsabilidad por riesgo».

Aunque admite que la doctrina de la responsabilidad por riesgo es aplicable a los casos de accidentes en pistas de esquí, la entidad recurrente entiende que, valorando las circunstancias del caso la AP, se ha hecho una aplicación excesiva de dicha doctrina, pues, a su juicio, la colchoneta de color naranja que fue colocada en el cañón de nieve artificial contra el que impactó el actor tras deslizarse varios metros después de sufrir una caída, servía tanto de elemento de señalización, al objeto de advertir de la ubicación del citado cañón, como de elemento de seguridad, a fin de evitar lesiones en caso de impacto, sin que, en atención a lo expuesto, pueda afirmarse, como hace la sentencia, que la actuación de la recurrente fue negligente, dado que empleó toda la diligencia necesaria para prever lo razonablemente previsible.



El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.-Responsabilidad de la estación de esquí.

A) Con relación a la aplicación de la doctrina del riesgo y sus consecuencias es preciso recordar (STS de 5 de abril de 2010, RC n.º 449/2005 con cita de otras de 6 de septiembre de 2005 , 17 de junio de 2003 , 10 de diciembre de 2002 , 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, de 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006), que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios (riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (SSTS de 18 de julio de 2002, RC n.º 238/1997), no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene en encaje en el artículo 1902 CC , como declaran, entre otras, las SSTS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1018/2006), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.

Asimismo, también desde la perspectiva de la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, se puede alcanzar la misma conclusión de que la existencia de un riesgo superior al normal, conlleva un mayor esfuerzo de previsión, adoptando las medias necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva, entendida como una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible por ende de ser revisada en casación (SSTS 30 de abril de 1998 , 2 de marzo de 2001 , 29 de abril y 22 de julio de 2003 , 17 de abril de 2007, RC n.º 1007/2007 y 21 de abril de 2008, RC n.º 442/2001), comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Y en aplicación de esa doctrina, entre otras, la STS de 9 de abril de 2010, RC n.º 580/2006 -dictada en un caso de lesiones por caída de un ciclista durante la práctica deportiva-, declara que corresponde a



quien conoce el riesgo derivado de una actividad (en el supuesto analizado por la sentencia, el organizador de la carrera, en el del asunto que nos ocupa, la empresa que explota las pistas, en ambos casos conocedores del riesgo de la práctica deportiva) tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de los participantes, evitando en el recorrido, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas, de manera que si el accidente se produce, no por la existencia de obstáculos no previstos sino por algo que era perfectamente previsible, constituye una obligación de la organizadora controlar este riesgo mediante la adopción de las medidas más beneficiosas para todos, de lo que cabe concluir en la existencia tanto de causalidad física o material como de causalidad jurídica, puesto que el daño se ha materializado a consecuencia de las condiciones en que tenía lugar la actividad, sin que hubiera interferencia de un tercero ajeno o del propio accidentado, y hay también una conducta única y negligente de la organización que ha creado un riesgo previsible que pudo ser eliminado mediante una conducta diligente, pues falta de previsión y diligencia hay en quien no pone los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se estaba llevando a cabo.

B) En aplicación de esta doctrina y respetando el planteamiento de la recurrente ha de descartarse la vulneración que se denuncia.

La sentencia no pone a cargo de la recurrente una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto no se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado, sino una responsabilidad de tipo subjetivo, que es el sistema común de responsabilidad de nuestro CC, la cual declara tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1902 del CC, de daño, culpa y relación de causalidad, actuando en la apreciación de todos ellos con arreglo a la doctrina antes expuesta, incluyendo la posibilidad de imputar objetivamente el resultado a la conducta imprudente constatada y consistente en la omisión de las medidas de seguridad necesarias para prever un riesgo previsible, creado por la propia demandada y distinto al que era inherente a la práctica deportiva.

De la fundamentación del motivo resulta que la empresa titular de la estación de esquí no discute si, como consecuencia de la doctrina del riesgo, se aplicaron correcta o incorrectamente las reglas que disciplinan la carga de la prueba de la culpa, sino que se centra únicamente en negar, contra lo afirmado en la sentencia recurrida, que se le pueda imputar un comportamiento negligente causalmente determinante del resultado lesivo. Sin embargo, atendiendo a los hechos que la propia sentencia declara probados y que no cabe cuestionar en casación, la decisión de la AP a ese respecto fue la correcta. Es un hecho acreditado que instaló un cañón de nieve en un lugar próximo a la pista, lo que, indudablemente, incrementaba el riesgo inherente a la propia práctica del esquí. Y de igual forma es acertado concluir que resultaba previsible que contra dicho elemento colisionaran los esquiadores en caso de las también previsible, por habituales, caídas durante la práctica de este deporte, aún sin mediar culpa alguna del deportista, como fue el caso. Con esos datos, debe juzgarse como razonable la decisión de calificar como no diligente la conducta de la empresa titular de la estación pues, como en el caso mencionado del organizador de



una carrera ciclista, el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo, cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad deportiva colocando en un lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generaba riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo (el colchón naranja, por sus características - grosor insuficiente- no servía para preservar la integridad de los esquiadores en caso de impacto).

QUINTO.-*Enunciación del segundo motivo de casación.*

El segundo motivo se introduce con la fórmula

«Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . El fallo de la sentencia recurrida infringe, por violación, la disposición adicional octava de la Ley 30/95 y la doctrina jurisprudencial o de las Audiencias Provinciales aplicable al caso».

En este motivo, que se formula de con carácter subsidiario, se pide que la indemnización se calcule con arreglo a las cuantías vigentes en el año en que se produjo el accidente.

El motivo debe ser estimado en parte.

SEXTO.-*Consideración de la indemnización por daños corporales como deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva.*

A) Conforme a la doctrina fijada en SSTs de 17 de abril de 2007 y 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTs 429/2007), el momento del accidente determina el régimen legal aplicable a la determinación del daño, pero su cuantificación ha de llevarse a cabo con arreglo a los importes publicados para el año en que se produzca el alta definitiva.

La doctrina sentada por estas sentencias ha sido aplicada posteriormente, entre otras, por las 430/2007 ; SSTs 9 de julio de 2008, RC n.º 1927/02 ; 10 de julio de 2008, RC n.º 1634/02 ; 10 de julio de 2008 RC n. 2541/03 ; 23 de julio de 2008, RC n.º 1793/04 ; 18 de septiembre de 2008, RC n.º 838/04 ; 30 de octubre de 2008, RC n.º 296/04 ; 18 de junio de 2009, RC n.º 2775/2004 ; 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006 ; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1222/2006 ; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005 y 1 de octubre de 2010, RC n.º 657/2006 .

B) La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada a través de este segundo motivo pues resulta contraria a dicha jurisprudencia la decisión de la AP de fijar el importe de la indemnización según las cuantías del año 2004, en que se dictó sentencia por más que tal doctrina no se compadezca tampoco plenamente con la pretensión de la parte recurrente de estar a las cuantías vigentes al tiempo del accidente, dado, como ha quedado dicho, que a esta fecha debe acudir para conocer el régimen legal aplicable a la determinación del daño y no en orden a cuantificarlo económicamente, para lo que ha de estarse al momento en que tiene lugar el alta definitiva.



Pero no puede obviarse que esa disonancia entre la pretensión deducida y la doctrina aplicable carece de relevancia en el caso enjuiciado desde el momento que, según los hechos probados, las lesiones quedaron estabilizadas a los 300 días del accidente (informe forense), esto es, a finales del año 2001 y, por tanto, dentro del mismo año en que aquel se produjo. En consecuencia, los diferentes conceptos a indemnizar recogidos en la sentencia de apelación deben cuantificarse, en fase de ejecución de sentencia, con arreglo a los importes publicados para el año 2001 por resolución de la DGS de fecha 30 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero), pero no por ser cuando se produjo el accidente sino por ser el año en que tuvo lugar el alta definitiva.

SÉPTIMO.-*Estimación parcial y costas.*

La estimación del segundo motivo del recurso conduce a la estimación parcial de éste, y del recurso mismo, lo que determina la revocación de la sentencia impugnada en el único punto relativo a la valoración económica de los daños corporales, que ha de hacerse atendiendo a las actualizaciones vigentes al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado (año 2001), sin hacer expresa condena en cuanto a las costas del mismo, por aplicación del artículo 398.2 LEC, en relación con el artículo 394, de la LEC.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, contra la 1 de octubre de 2010, RC n.º 2284/2007, dimanante del sentencia de 20 de septiembre de 2006, dictada en grado de apelación, rollo n.º 202/05, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»El Tribunal acuerda: Se desestiman los recursos de apelación interpuestos por la entidad Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros y por la entidad Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya contra la juicio ordinario n.º 14/04, del Juzgado de Primera Instancia número 7 de Barcelona, con expresa imposición de las costas respectivamente causadas por estos recursos a dichas apelantes.

»Asimismo se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución por D. Isaac y Doña Africa, en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad, Maite, Melisa y Noemi, y, en consecuencia y revocando parcialmente la misma, se acuerda fijar en setecientos noventa mil doscientos veinte euros y sesenta céntimos (790 220,60 €) la indemnización a satisfacer a D. Isaac y en ciento diez mil euros (110 000 €) la indemnización a satisfacer a Doña Africa y a las hijas comunes de ambos.

»Se mantiene el resto de la resolución recurrida y no se hace especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso de apelación interpuesto por la parte actora».

2. Casamos y anulamos en parte la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en el único punto relativo a la cuantificación de la indemnización correspondiente a los daños probados, manteniendo subsistentes los restantes pronunciamientos.



3. En su lugar, estimamos en parte el recurso de apelación en el particular relativo a la valoración económica de los daños concretados en la sentencia de la AP, que deberá hacerse en fase de ejecución de sentencia de acuerdo con las cuantías publicadas para el año 2001 por la Resolución de la Dirección General de Seguros de 30 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero).

4. No ha lugar a imponer las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.