



Roj: **STS 5311/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5311**

Id Cendoj: **28079110012016100698**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2016**

Nº de Recurso: **2987/2014**

Nº de Resolución: **721/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 12609/2014,**
STS 5311/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 5 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de julio de 2014, recaída en el recurso de apelación 951/2012, dimanante de los Autos de Juicio Ordinario 1266/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuenlabrada. Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Mariluz Simarro Valverde, en nombre y representación de don Fermín y doña Inocencia. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida "Liberty Seguros Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.", representada por el procurador don Florencio Álvarez Martínez; así como doña Nuria y don Jon, representados por el procurador don José Ramón Rego Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales don José Ramón Rego Rodríguez, en nombre y representación de doña Nuria, presentó demanda de juicio ordinario contra don Fermín y doña Inocencia, así como contra don Patricio y "Liberty Seguros". En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

«Tenga por interpuesta esta demanda, le dé su curso con recibimiento del pleito a prueba, y dicte sentencia por la que se condene a los demandados solidariamente al abono a mi mandante de 5.000.- Euros y 96.758,39.- Euros a su hijo.»

2.- La demanda se admitió a trámite por decreto de 28 de julio, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los Tribunales don Florencio Arael Martínez, en nombre y representación de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A, contestó a la demanda suplicando al Juzgado:

«Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos al mismo acompañados y sus copias, se sirva admitirlos; y en su virtud, acuerde tenerme por personada en la representación que ostento, por contestada en tiempo y forma la demanda instada por doña Nuria quien actúa en su propio nombre y en el de su hijo Don Jon; y previos los trámites legales, dicte en su día sentencia en la que se desestime íntegramente la demanda deducida de adverso por los motivos referidos al fondo del pleito, que constan suficientemente explicados en los hechos y fundamentos jurídicos de esta contestación a la demanda.

Asimismo, se solicita que se imponga el abono de las costas procesales a la parte demandante.»



4.- La procuradora doña Elena Simarro Valverde, en nombre y representación de don Patricio , contestó a la demanda interpuesta de contrario y suplicó al Juzgado:

«Tenga por presentado este escrito, por personado y parte al Procurador que suscribe en nombre de quien comparece, y previos los trámites oportunos dicte sentencia por la que desestime la demanda, con expresa condena en costas y subsidiariamente en caso de encontrar responsables a mis representados de la lesión padecida por el menor Jon , acuerde minorar el importe reclamado a las partidas exclusivamente admitidas, que además deberán ser moderadas y distribuidas entre todos los padres teniendo en cuenta, la omisión del deber de vigilancia por parte de los padres del menor, la culpa del propio menor en la causación de sus lesiones, al efectuar el disparo que le lesionó, y por último la participación de ambos menores en la actividad causante de la lesión, sin que en ningún caso supere el cincuenta por ciento del importe que se estime y sin declaración de costas en el supuesto de apreciarse la petición subsidiaria.»

5.- La procuradora doña Elena Simarro Valverde, en nombre y representación de don Fermín y doña Inocencia , contestó a la demanda interpuesta de contrario y suplicó al Juzgado:

«Tenga por presentado este escrito, por personado y parte al Procurador que suscribe en nombre de quien comparece, y previos los trámites oportunos dicte sentencia por [a que desestime la demanda, con expresa condena en costas y subsidiariamente en caso de encontrar responsables a mis representados de la lesión padecida por el menor Jon acuerde minorar el importe reclamado a las partidas exclusivamente admitidas, que además deberán ser moderadas y distribuidas entre todos los padres teniendo en cuenta, la omisión del deber de vigilancia por parte de los padres del menor la culpa del propio menor en la causación de sus lesiones, al efectuar el disparo que le lesionó, y por último la participación de ambos menores en la actividad causante de la lesión, sin que en ningún caso supere el cincuenta por ciento del importe que se estime y sin declaración de costas en el supuesto de apreciarse la petición subsidiaria.»

6.- El Juzgado dictó sentencia el 10 de octubre de 2011 con la siguiente parte dispositiva:

«Procede estimar la demanda formulada por el procurado Sr. Rego Rodríguez en nombre de Nuria como representante de su hijo menor de edad Jon contra Fermín , Inocencia , Patricio y Liberty Seguros compañía de seguros y reaseguros SA y condenar a estos solidariamente al pago de 96.758,39 euros. esta cantidad devengara el interés legal e desde la demanda hasta la presente resolución y el interés previsto en el artículo 576 LEC desde la presente resolución al pago a cargo de los tres primeros y el interés previsto en el artículo 20 LCS desde la demanda hasta el pago a cargo de la entidad aseguradora. Procede desestimar la demanda formulada por el procurador Sr. Rego Rodríguez en nombre de Nuria contra Fermín , Inocencia , Patricio y Liberty Seguros Compañía de seguros y reaseguros SA. Las costas se imponen conforme al fundamento quinto de esta resolución. Contra esta sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días previo depósito previsto en la disposición 15 de la LOPJ mediante ingreso en la cuenta de consignaciones de este juzgado.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Las representaciones procesales de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros SA, y de don Fermín y doña Inocencia , interpusieron sendos recursos de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su resolución a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 28 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«Que acogiendo parcialmente los recursos de apelación respectivamente interpuestos por las representaciones procesales de D. Fermín , D. Inocencia y D. Patricio y de LIBERTY SEGUROS, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. contra la Sentencia pronunciada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia nº 5 de Fuenlabrada, con fecha diez de octubre de dos mil once, en los autos de que dimana este rollo, REVOCAMOS la expresada resolución y en su virtud:

I.- Desestimamos la demanda formulada por D. Nuria como representante de su hijo menor de edad Jon frente a D. Patricio , a quien absolvemos de los pedimentos en su contra deducidos, imponiendo a la actora las costas de la primera instancia motivadas por la llamada al proceso de este demandado.

II.- Estimamos dicha demanda frente a D. Fermín y D^a. Inocencia , condenando a éstos a que satisfagan a la actora la cantidad de NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO EUROS CON TREINTA Y NUEVE CÉNTIMOS (96.758'39 E) con sus intereses legales desde la interpelación judicial, así como al pago de las costas de la primera instancia motivadas por la llamada al proceso de estos demandados.

III.- Estimamos parcialmente la misma frente a LIBERTY SEGUROS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. a quien condenamos a satisfacer a la actora solidariamente con los precedentes demandados (D. Fermín y D.^a Inocencia) del importe de la condena a éstos impuesta, la cantidad de SEIS MIL DIEZ EUROS (6.010 ?)



con los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro a cargo de esta aseguradora, sin declaración expresa en orden a las costas de la primera instancia causadas por su llamada al litigio.

IV.- Mantenemos la desestimación de la demanda formulada por D. Nuria en su propio nombre contra todos los demandados, con imposición a la demandante de las correspondientes costas de la primera instancia, y

V.- Omitimos expresa declaración en cuanto a todas las costas de esta segunda instancia, con devolución a los recurrentes de sus respectivos depósitos constituidos de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial .»

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación por la representación procesal de don Fermín y doña Inocencia , con base en los siguientes motivos:

Primero.- artículos 1968.2 , 1969 , 1902 y 1903 del Código Civil ; Segundo.- artículos 156 y 162 del Código Civil ; Tercero.- Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, concretamente el capítulo especial de perjuicio estético; Cuarto.- artículos 1902 y 1903 del Código Civil

2.- Las actuaciones fueron remitidas a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, que dictó auto el 11 de mayo de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Fermín y D.ª Inocencia contra la sentencia dictada con fecha 28 de julio de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena), en el rollo de apelación n.º 951/2012 , dimanante de juicio ordinario n.º 1266/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuenlabrada

»2º) De conformidad y a los fines dispuestos en el artículo 485 LEC , entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

3.- El procurador de los tribunales don José Ramón Rego Burillo, en nombre y representación de doña Nuria , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- Por providencia de 21 de julio de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de octubre de 2016, suspendiéndose por cese del anterior. Por providencia de 10 de septiembre de 2016 se designó como nuevo Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 22 de noviembre de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que a continuación se exponen:

1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que la parte actora, doña Nuria , como representante legal de su hijo menor, Jon , ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra los padres del menor Fernando , así como contra el abuelo del mentado menor y la Compañía de Seguros Liberty, reclamando, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 5000 ? para la madre demandante y 96.758 ? para el hijo menor al que representa.

2.- La acción ejercitada se funda en las lesiones sufridas por el referido menor, Jon , con ocasión de un accidente con una escopeta de perdigones ocurrido el 24 de abril de 2008.

3.- Ese día el menor Fernando , de 10 años de edad, se encontraba en el patio de la casa de su abuelo donde pasaba sus vacaciones de verano, y con ocasión de hacer disparos con la escopeta de perdigones que manejaba alcanzó al menor Jon , que le acompañaba, ocasionándole una lesión en el ojo.

4.- La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, excepcionando la falta de representación del procurador, la prescripción de la acción así como negando que la lesión la causara el disparo del menor Fernando , siendo producto, por el contrario, de un rebote del perdigón en la diana. Finalmente excepcionó la incorrección de la indemnización solicitada.

5.- El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en cuanto a la indemnización postulada para el menor lesionado y la desestimo respecto a la indemnización solicitada por la madre para sí.

**6.-** Motivó su decisión con los siguientes argumentos:

(i) La madre se encuentra legitimada para comparecer en juicio y ejercitar la opción en nombre de su hijo, sin necesidad del concurso del padre del menor, pues el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad corresponde a cualquiera de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro (art. 156 CC) y no se encuentra acreditado ningún hecho del que poder concluir la inexistencia de consentimiento tácito.

(ii) El siniestro tuvo lugar el 24 de julio 2008, las lesiones se estabilizaron a los 37 días y la demanda no se interpuso hasta el 10 de junio de 2010.

No obstante, partiendo de que la prescripción ha de aplicarse con criterio restrictivo y que al formular la actora denuncia puso de manifiesto su interés por reclamar por los hechos ocurridos, se desestima la prescripción excepcionada, pues la Fiscalía de Menores de Toledo siguió diligencias preliminares número 2060/2008 en las que recayó decreto, con fecha 14 septiembre 2009, en el que se acordaba el archivo por ser menor de 14 años el autor del disparo a la par que se le informaba a la denunciante que puede ejercer acciones civiles contra el representante legal del menor. Por tanto hasta que recayó tal resolución la actora no tuvo conocimiento de que la reclamación debía hacerla por vía civil.

(iii) Se considera, tras valorar la prueba practicada, que la lesión fue causada por un disparo que le hizo el menor Fernando a Jon cuando le apuntó «de broma» y no fruto de un rebote del perdigón mientras disparaban a una diana.

(iv) Acreditado el cómo de la lesión, se declara la responsabilidad de los progenitores del menor Fernando , al amparo del artículo 1903 CC y con cita de doctrina de la Sala, en atención a que el arma que se encontraba al alcance de los menores en casa del abuelo de Fernando era propiedad de los padres de éste y no la guardaron en lugar apropiado para impedir su uso.

Por el contrario ningún reproche se puede hacer a los padres de Jon por falta de diligencia o culpa in vigilando por o a acompañar a su hijo en la visita que hizo a casa de su amigo, pues es una conducta conforme a los usos sociales que en vacaciones de verano en un entorno rural los niños de la edad de Jon , a punto de cumplir 11 años, acudan sin supervisión directa de los padres a casa de un vecino o amigo.

(v) Tras las valoraciones de las pruebas periciales se establece como *quantum indemnizatorio* la cantidad de 123.180,98 ? por secuelas (25 puntos, 10 puntos y otros 25 por perjuicio estético, utilizando la fórmula prevista para el caso de varias secuelas y sumando la puntuación por perjuicio estético); 10.000 ? como factor corrector por incapacidad permanente parcial, 451 ,99 ? por estancia hospitalaria y 1574,10 ? por días de incapacidad, si bien, en atención al principio de justicia rogada se condena a la cantidad de 96.758, 39 ?.

7.- Las partes demandadas interpusieron recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 28 de julio de 2014 por la que absolvía al abuelo del menor autor del disparo, don Patricio , y mantenía la condena de sus progenitores, limitando la condena solidaria de la aseguradora Liberty a 6.010 ?.

8.- Motiva su decisión, en lo que resulta relevante para el presente recurso, con los siguientes argumentos:

(i) Se confirma la desestimación de la prescripción por los propios fundamentos de la sentencia de primera instancia.

(ii) Se confirma la legitimación de la madre para accionar en nombre del hijo menor por los propios fundamentos de la sentencia de primera instancia, añadiendo que no es incumbencia de los apelantes las supuestas consecuencias económicas perjudiciales que pudiese causar al menor la interposición del litigio.

(iii) Se niega el error en la valoración de la prueba de la Juez de la primera instancia sobre el cómo del siniestro y, a partir de tales hechos probados, se confirma la responsabilidad de los progenitores por la doctrina que recoge la sentencia que revisa y, además, por su conducta negligente al permitir el uso de la «escopeta» por su hijo menor. No se atisban concausas culposas por parte de los padres del lesionado.

(iv) Se confirma, por sus propios razonamientos, el *quantun indemnizatorio* fijado por la sentencia de primera instancia.

9.- La representación procesal de don Fermín y doña Inocencia interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo de lo dispuesto en los apartados 2, número 3 °, y 3 del artículo 477 LEC , que articuló en cuatro motivos:

En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1968.2 , 1969 , 1902 y 1903 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.



Como fundamento del interés casacional alegado se cita como opuesta a la recurrida la sentencia de Pleno de esta Sala de fecha 14 de enero de 2009 .

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida infringe la doctrina establecida en la sentencia de Pleno señalada. Apunta que la sentencia recurrida considera interrumpido el plazo de prescripción por la interposición de una denuncia formulada por la madre del menor que, tramitada incorrectamente por la Guardia Civil, fue incorrectamente remitida a la Fiscalía del Tribunal Tutelar de Menores a pesar de que el menor implicado contaba con diez años de edad y que conforme al artículo 3 de la Ley de responsabilidad penal de los menores no pueden exigirse responsabilidades ni penales ni civiles al amparo de dicha Ley por lo que el referido Tribunal era manifiestamente incompetente y cualquier actuación ante el mismo no tenía efectos prejudiciales, ni tenía el efecto de impedir en forma alguna el ejercicio de la acción de reclamación de la responsabilidad ante la jurisdicción civil, no existiendo por ello interrupción alguna del plazo de prescripción, estando en consecuencia prescrita la acción ejercitada.

En el motivo segundo, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 156 y 162 del Código Civil , alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 26 de octubre de 2012 y 17 de junio de 1995 .

La parte recurrente fundamenta el motivo en dos argumentos, en primer lugar que no es posible la representación del menor sólo por la madre, sin que conste el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor para celebrar actos o negocios jurídicos por quien no ostenta su representación, y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, la falta de representación del procurador al estar apoderado exclusivamente por la madre.

En el motivo tercero, tras alegar la interpretación errónea de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, concretamente el capítulo especial de perjuicio estético, alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 9 de marzo de 2010 y 20 de julio de 2011 .

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida por cuanto se fija de forma incorrecta el *quantum indemnizatorio* ya que se suman las puntuaciones atribuidas a los daños fisiológicos con las puntuaciones por perjuicio estético, en vez de proceder separadamente, tal y como impone la normativa infringida, lo que determina la fijación de una indemnización incorrecta en función de las secuelas reclamadas, siendo la cantidad resultante de aplicar debidamente la baremación la cantidad de 68.867,65 euros en vez de la de 84.732,30 euros incorrectamente concedida.

Por último, en el motivo cuarto, tras citar como preceptos legales infringidos los artículos 1902 y 1903 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 23 de febrero de 2010 y 8 de marzo de 2006 .

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida en tanto que existió una ruptura del nexo de causalidad como consecuencia de la conducta de los padres del menor lesionado, existiendo también una conducta negligente de este último, que justificaría una compensación de culpas.

10.- La Sala dictó auto o el 11 mayo 2016 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, presentó escrito la parte recurrida oponiéndose a él.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- Decisión del primer motivo.

1.- Doctrina de la Sala sobre la prescripción extintiva.

La doctrina de la Sala, recordada recientemente por la sentencia 623/2016, de 20 octubre , viene manteniendo la idea básica, para la exegesis de los artículos 1969 y 1973 CC , que siendo la prescripción una institución no fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, su aplicación por los Tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (sentencias de 8 de octubre de 1981 , 31 de enero 1983 , 2 de febrero y 16 de julio 1984 , 9 de mayo y 19 de septiembre de 1986 y 3 de febrero de 1987). Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias



facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y sí por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias.

Al llevar a cabo los tribunales esta labor interpretativa han de tener presente, por cuanto quedaría imprejuizada la pretensión de fondo planteada, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la jurisdicción, ya que la estimación de la prescripción adquiriría relevancia constitucional cuando sea el resultado de una interpretación y aplicación legal que por su rigorismo, formalismo excesivo o desproporción entre los fines que preservan la consecuencia de cierre del proceso, se conviertan en un obstáculo injustificado para resolver sobre la pretensión deducida (por todas STC 148/2007, de 18 junio).

2.- Interrupción de la prescripción en aplicación de los artículos 111 y 114 LECrim . , en relación con el artículo 1969 CC .

Es jurisprudencia constante de esta Sala la que ha reiterado la sentencia 6/2015, de 13 de enero , citada por la más reciente 185/2016, de 18 marzo , y que se expresa en los términos siguientes:

«Como resulta de los artículos 111 y 114 de la LECrim, en relación con el 1969 CC , la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 5 de julio de 2007, RC n.º 2167/2000 ; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000 ; 6 de mayo de 2008, RC n.º 5474/2000 ; 19 de octubre de 2009, RC n.º 1129/2005 y 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006). De ahí que constituya también constante doctrina de esta Sala que, en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC , precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 de la LECrim y 24.1 CE , lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECrim (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, RC n.º 595/2001 ; 3 de mayo de 2007, RC n.º 3667/2000 ; 1 de octubre de 2009, RC n.º 1176/2005 , 24 de mayo de 2010, RC n.º 644/2006).

»Por tanto, seguido un pleito penal sobre los mismos hechos, éste subsiste, como impedimento u obstáculo legal para el ejercicio de la acción civil en el orden correspondiente, hasta que no alcance firmeza la sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento libre o provisional y, por tanto, archivo, una vez notificada al perjudicado, esté o no personado en las actuaciones».

Se mantiene, pues, que desde que la denuncia en vía penal se interpone, la acción penal está ya «pendiente» y el proceso penal «promovido», en el sentido y a los efectos de lo dispuesto en los artículos 111 y 114 LECrim ; con las consecuencias anteriormente expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil. En palabras de la Sentencia 112/2015, de 3 de marzo (Rc. 753/2013): «[L]a denuncia en vía penal -con sus posibles efectos en el orden civil- supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil , al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho.»

La referida doctrina no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia llegue a tener: es aplicable, por ceñirnos al grupo de casos que ahora nos ocupa, aunque la denuncia termine archivada bien entendido que la incoación o reapertura de una causa penal muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se había consumado y que no puede ser eliminada de ese modo (SSTS de 14 de febrero de 1978 , 2 febrero 1984 , 20 octubre de 1987 , 24 de junio de 1988 y 10 de mayo 1994 , así como las sentencias 290/2013, de 25 abril y 578/2013 , de 6 de octubre).

3.- Interrupción y jurisdicción de menores.

La sentencia de pleno 1225/2009, de 14 de enero afirma que:

«Este Tribunal, sin decirlo directamente, ha asimilado al proceso penal este tipo de procesos en los que se está tratando de la responsabilidad de menores por hechos que, si fueran imputables, habrían sido considerados delitos o faltas, y ha aplicado el principio de la prejudicialidad penal a los efectos de la interrupción de la prescripción para la reclamación de los daños prevista en el citado artículo 14 del TR de 1948. La sentencia de 29 diciembre 1962 aplicó el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y dijo que " sea cual sea la jurisdicción penal ordinaria o especial que conozca del hecho delictivo dentro de sus primitivas atribuciones,



su actuación impide y excluye la actuación de la civil "; se trataba de una reclamación contra el padre de unos menores que habían ocasionado un daño a un tercero por disparo de una escopeta. La sentencia de 8 mayo 1965 , también en una reclamación por un daño ocasionado por unos menores, dijo que el plazo de prescripción comienza a correr "[...]desde el momento en que cese cualquier obstáculo que perturbe su iniciación, como sucede con el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal , por lo que, de hallarse en trámite algún proceso de esta índole, no comienza hasta la resolución judicial que le ponga término [...] tanto se trate de jurisdicción penal ordinaria, como de cualquiera de las especiales, puesto que el precepto acabado de citar no establece diferenciación alguna al efecto[...]" ; la sentencia de 8 abril 1980 , citando las dos sentencias anteriormente referidas, dice que "[...] la actuación del citado Tribunal ha de considerarse como un obstáculo para la iniciación del cómputo del plazo prescriptivo[...]" ; la sentencia de 10 julio 1985 señala que el inicio del plazo de prescripción empezó a correr desde la fecha del acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores; la de 13 septiembre 1985 dice que es "[i]nconcuso que las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores, por lo mismo que entrañan prejudicialidad a los efectos del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento criminal , impiden la iniciación del plazo prescriptivo en tanto no se concluyan" (asimismo STS de 29 octubre 1993).

»De aquí que en la metodología para afrontar el problema de la prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad civil derivada de un hecho cometido por un menor de edad inimputable y sujeto a la jurisdicción de los Tribunales tutelares de Menores debamos llegar a una primera conclusión: la incoación del procedimiento en dicha jurisdicción tiene efectos prejudiciales, de modo que, al igual que ocurre con la instrucción de diligencias penales en los procedimientos ordinarios, se interrumpe el plazo de prescripción durante la incoación del procedimiento. Lo que demuestra que esta Sala, en este punto, ha asimilado el procedimiento de menores a los ordinarios.»

4.- Singularidad del supuesto que se enjuicia.

(i) La sentencia recurrida no se opone, al menos de manera frontal, a la doctrina de la sentencia de pleno que se ha citado y transcrito.

Sin embargo surge la interrogante si esa asimilación de los procedimientos de menores al procedimiento penal ordinario, a efectos del artículo 114 LECrim , debe regir también cuando el menor tiene menos de 14 años y no es exigible, por tanto, responsabilidad penal y civil conforme a la LO 5/2000.

(ii) Ya hemos recogido que la doctrina sobre la interrupción de la prescripción, que ahora nos ocupa, no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia debería tener, esto es, incluso porque la denuncia llegue a archivarse.

Además esta Sala confirma, con carácter general, que el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal antecedente resulta irrelevante en orden a su eficacia interruptora -o, en su caso, impeditiva del comienzo- de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

(iii) El problema surge cuando el fracaso de la denuncia se puede dar como conocido, esto es, cuanto se puede conocer *ab initio* la inviabilidad de la acción penal por causas más o menos objetivas, sin necesidad de funciones valorativas del tribunal.

(iv) Muy recientemente afirmaba esta Sala (sentencia número 623/2016, de 20 octubre), que:

«Como claramente se desprende de la STC 194/2009, de 28 de septiembre , la cuestión determinante del posible efecto interruptivo de la prescripción no se encuentra en que la reclamación judicial se lleve a cabo ante otra jurisdicción o ante un órgano objetivamente incompetente, cuanto en si esa falta de jurisdicción e incompetencia era patente y manifiesta.

Por tanto es clave examinar si la acción ejercitada era manifiestamente improcedente, y para ello resulta esencial tener en cuenta las circunstancias concretas que rodearon su ejercicio, pues se podrá inferir de ellas si la parte conocía de antemano la notoria incompetencia del órgano, si actuó de modo negligente y con una conducta contraria a la lealtad procesal, o desconociendo las indicaciones que algún órgano judicial le hubiese dado sobre el competente para conocer de su reclamación.»

(v) Si se atiende a las circunstancias concretas que rodearon el ejercicio de la acción y a la función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación del mencionado instituto (SSTS de 11 de diciembre de 2012 , 21 de junio de 2013 , 2 de diciembre de 2013 y 14 de enero de 2014), el motivo del recurso debe desestimarse.

La demandante, lega en derecho, acude, en lo que es una máxima de experiencia, a denunciar la grave lesión sufrida por su hijo, y lo hace ante la Guardia Civil que levanta el oportuno atestado, sin recibir indicación sobre la inutilidad de la denuncia.



El atestado fue remitido a la Fiscalía de menores que abrió las oportunas diligencias, sin decidir de plano el archivo de las mismas en atención a la edad del menor.

La actora, pues, confió en las instituciones, a la espera de que decidiesen sobre el hecho denunciado.

No puede predicarse de ella que obrase de modo negligente o con falta de lealtad procesal. Si ha visto retrasado el ejercicio de la acción no se ha debido ni a su dejadez ni a su ausencia de voluntad en la conservación de la misma sino a la tardía respuesta que recibió sobre su denuncia.

TERCERO.- *Decisión del segundo y cuarto motivo.*

Ambos han de ser desestimados por hacer supuesto de la cuestión al no haber sido combatidos los hechos que dá como probados la sentencia recurrida.

Se da como probado el consentimiento tácito del padre a la acción ejercitada por la madre que, además, notoriamente la ejercita en interés del menor y sin tener intereses contrapuestos con éste.

Asimismo consta como probada la dinámica del siniestro, sin que en su desarrollo la conducta del menor lesionado fuese concausa de su resultado. Además no existe prueba de que los padres del menor lesionado supiesen que éste iba a hacer prácticas de tiro con carabina en el domicilio en que el menor Fernando pasaba las vacaciones de verano con su abuelo.

CUARTO.- *Decisión del tercer motivo.*

En este motivo se suscita controversia sobre el cálculo de la indemnización, por discrepar la parte demandada-recurrente al respecto de cómo se han valorado las secuelas fisiológicas y estéticas.

Examinando la respuesta judicial se observa que aunque al fijar la puntuación concreta correspondiente a cada clase de secuela tanto la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho segundo) como la recurrida, que la confirmó, se decantaron por la pericial judicial y no por los cálculos efectuados por la parte demandante, sin embargo si siguieron el criterio de esta parte a la hora de sumar la puntuación por perjuicio estético (25 p según pericial judicial, que lo valoró como "bastante importante") a la puntuación resultante de la aplicación de la fórmula de Balthazar para las secuelas fisiológicas concurrentes ($25+10=33$ p según fórmula, $[(100-M) \times m]100 + M$), lo que daba una puntuación total de 58 p, que multiplicada por el valor del punto correspondiente al año en que se produjo el alta o estabilización de las lesiones (2008) y a la edad de la víctima (menos de 20 años), arrojaba un importe de 123.180,98 euros (que luego se redujo por aplicación del principio dispositivo al ser mayor que la cantidad reclamada).

La parte condenada recurrente entiende que dicho cálculo no ha respetado el régimen aplicable al siniestro, que por haber ocurrido en 2008 era el surgido con la reforma introducida por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, según el cual, es obligado puntuar y valorar separadamente ambas clases de secuelas, aunque luego se sumen las cuantías, y, con arreglo a este criterio, termina solicitando que por el concepto de secuelas fisiológicas y estéticas la indemnización se reduzca hasta la suma de 68.867,65 euros.

El motivo debe ser desestimado por las razones siguientes:

1.ª) Según la jurisprudencia, es posible revisar en casación, como cuestión sustantiva, la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse la indemnización en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta (sentencias por ejemplo de 4 de febrero de 2013, Rc. 577/2010 , 12 de julio de 2013 Rc. 364/2011 , 15 de julio de 2013, Rc. 761/2011 y 29 de noviembre de 2013, Rc. 2325/2011). Pero dicha revisión ha de partir de la puntuación por secuelas fijada en la instancia pues constituye también doctrina consolidada que no es posible cuestionar en casación la concreta puntuación concedida en la instancia a cada secuela concurrente por ser cuestión de hecho (por todas, sentencia 10 de marzo de 2016, Rc. 882/2014 , con cita de las 774/2011, de 10 de octubre y 297/2012 , de 30 de abril), lo que no respeta la parte recurrente al tomar como punto de partida la puntuación por secuelas tanto estéticas como fisiológicas contenida en la demanda.

2.ª) Partiendo siempre de que desde las SSTs de Pleno de 17 de abril de 2007 el régimen aplicable para la determinación del daño es el vigente al momento del siniestro, lleva razón la parte recurrente en que tras la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 34/2003 de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa de la legislación de seguros privados lo procedente era puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas respecto de las fisiológicas (por ejemplo, sentencias de 20 de julio de 2011, Rc. n°818/2008 , 10 de octubre de 2011, Rc. n° 1331/2008 , 23 de noviembre de 2011, Rc. n° 1631/2008 ; 30 de marzo de 2012, Rc. n° 1050/2009 , 30 de abril de 2012, Rc. n° 652/2008 , 13 de septiembre de 2012, Rc. 2019/2009 , 18 de febrero de 2015, Rc. n° 194/2013 y 10 de marzo de 2016, Rc. 882/2014). Es decir, mientras en el sistema anterior a la reforma procedía computar de modo conjunto los puntos por daño fisiológico -según fórmula de



Balthazar para las secuelas concurrentes- y estético, a los efectos de su posterior valoración económica (a la puntuación total se le aplicaba el valor del punto), en el sistema posterior cada clase de secuelas no solo se puntúa por separado sino que se valora económicamente por separado, aunque luego se sumen ambas cantidades, siendo esta también la solución por la que ha apostado la nueva Ley en su art. 04.6.

«La indemnización básica por secuelas, en su doble dimensión psicofísica, orgánica y sensorial, por un lado, y estética, por otro, está constituida por el importe que resulta de sumar las cantidades de los dos apartados anteriores»

Por tanto, aplicando correctamente dichas reglas, acierta la parte recurrente en que se ha de valorar económicamente en primer lugar la puntuación total por perjuicios fisiológicos resultantes de aplicar la fórmula de Balthazar (33 p), lo que según la actualización vigente para el año 2008 da una cantidad de 50.187,39 euros (a razón de 1.520,83 euros/punto, para víctima menor de 20 años). Y a continuación se ha de valorar la puntuación por secuelas estéticas, 25 puntos, a razón de 1.381,99 euros/punto, lo que da una cantidad de 34.549,75 euros. Sumadas finalmente ambas cantidades, la indemnización básica total por secuelas de tipo fisiológico y estético sería de 84.737,14 euros.

3.ª) No obstante, la consecuencia práctica de la aplicación correcta de la regla que ha resultado infringida es que el motivo carece de efecto útil (sentencias 374/2016, de 3 de junio , 134/2016, de 4 de marzo , y 652/2015, de 20 de noviembre , entre las más recientes) y por ende, que debe ser desestimado, por equivalencia de resultados, ya que «no puede producir efecto casacional un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido», y, ligado con lo anterior, por la prohibición de la *reformatio in pelus*, que impide alterar el fallo recurrido en perjuicio del recurrente. Todo ello porque en este caso, sumando la referida cantidad resultante por perjuicio fisiológico y estético (84.737,14 euros) a las cantidades concedidas en la sentencia recurrida por los demás conceptos indemnizatorios que no han resultado cuestionados en casación (10.000 por factor corrector de incapacidad permanente parcial, 451,99 euros por estancia hospitalaria y 1.574,10 euros por días de baja) resulta una cantidad total (96.763,23 euros), algo superior a la cantidad por la que fue condenada la parte recurrente (96.758,39 euros).

QUINTO.- Conforme a los artículos 394.1 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente en las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Mariluz Simarro Valverde, en nombre y representación de don Fermín y doña Inocencia , contra la sentencia dictada por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 28 de julio de 2014, recaída en el recurso de apelación 951/2012 , dimanante de los Autos de Juicio Ordinario 1266/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Fuenlabrada.
- 2.º Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.
- 3.º Imponer las costas del recurso a la parte recurrente, o pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.