

Juan Antonio Landaberea Unzueta

**ALGUNAS SENTENCIAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL EJERCICIO
DE PROFESIONES DEL DEPORTE**

VII Jornadas Nacionales de Derecho Deportivo
La Coruña, 13 y 14 de abril de 2007

1.- Advertencias previas.

Debe aclararse en primer lugar que se ha procurado incluir en el presente dossier una pequeña jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil en el ejercicio de las profesiones del deporte. Las sentencias han sido dictadas en los últimos años y provienen tanto de la jurisdicción civil como de la jurisdicción contencioso-administrativa (responsabilidad patrimonial de la Administración Pública).

La jurisprudencia que se incluye en el presente dossier se refiere a las profesiones del deporte en su sentido más global. Es decir, a los solos efectos de este dossier y de acuerdo con lo establecido en la legislación deportiva vigente, se concibe el deporte en su acepción más amplia incluyendo a manifestaciones muy diferentes (educación física, práctica deportiva recreativa, deporte de competición, etcétera). Por tanto, las profesiones que se incluyen en este dossier abarcan tanto el ámbito educativo como otros ámbitos (por ejemplo, el recreativo). Así, existen sentencias que abordan la responsabilidad civil por siniestros producidos durante actividades deportivas en horario escolar (impartición de la asignatura de Educación Física) mientras que otras sentencias se refieren a actividades profesionales de entrenadores y monitores.

Se ha subrayado la parte más relevante de cada sentencia que comienza, al objeto de facilitar su comprensión, con un breve resumen de la misma.

También se incluyen sentencias en las que sólo se demanda a los centros en los que trabajan los profesionales en la medida que se trata de conocer los criterios jurisprudenciales sobre el comportamiento responsable o irresponsable de los mismos y en la medida que las entidades condenadas pueden repetir, en su caso, contra los citados profesionales una vez satisfecha la correspondiente indemnización a favor de terceros (artículo 1904 Código Civil y artículo 145.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

2.- Jurisprudencia sobre responsabilidad civil/patrimonial relacionada con la materia "Educación Física" y con actividades análogas en centros escolares.

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 22-12-1999, nº1098/1999, rec.2121/1997. Pte: Corbal Fernández, Jesús

RESUMEN: Se formula reclamación de indemnización por daños y perjuicios, a consecuencia de las lesiones y gravísimas secuelas sufridas por un alumno de instituto, con ocasión de desarrollar un ejercicio en la clase de educación física. El Tribunal Supremo deduce que la producción del accidente se debió a la falta de observancia por la profesora del centro docente de la diligencia media que le era exigible, de precaución y seguridad, que la prudencia imponía en atención al previsible riesgo que entrañaba la naturaleza del ejercicio en aparato y las circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exceso de confianza.

En la Villa de Madrid, a veintidós de Diciembre de mil novecientos noventa y nueve.
Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Málaga; cuyo recurso fue interpuesto por D. Pedro, representado por la Procurador Dª Pilar Cosmen Mirones; siendo parte recurrida la entidad aseguradora "Seguros I., S.A.",

representada por la Procurador D^a Magdalena Cornejo Barranco y La Junta de Andalucía (Consejería de Educación y Ciencia), representada por la Letrado D^a María del Mar Román Montoya. Autos en los que también ha sido parte D^a María y D. Luis, que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1. La Procurador D^a Rosario de la Rosa Pandura, posteriormente sustituida por D. Pedro Postigo Benavente, en nombre y representación de D. Pedro, interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Málaga, siendo parte demandada D^a María, D. Luis, la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y la Compañía "Seguros I., S.A.", alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que estimando la demanda se condene solidariamente a los demandados D^a María, D. Luis, Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y "Seguros I., S.A.", a pagar a mi mandante la suma de ciento sesenta millones de pesetas (160.000.000 Pts.), haciéndola la Cía de Seguros demandada hasta el límite cubierto por la póliza de responsabilidad civil concertada con el Instituto de Bachillerato de Fuengirola, y se les condene también al pago de los intereses y costas del presente pleito a los demandados, intereses que con respecto a la Cía de Seguros deberán ser los fijados en la Ley de Contrato de Seguro vigente, y, todo ello, por la evidente temeridad y mala fe de dichos demandados que han dejado transcurrir premeditadamente cinco años sin indemnizar a mi representado."

2. El Procurador D. Diego Ledesma Hidalgo, posteriormente sustituido por D. Jesús Olmedo Cheli, en nombre y representación de la entidad "Seguros I., S.A.", contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se desestime íntegramente la demanda planteada de contrario con expresa condena en costas al actor y, subsidiariamente, para el supuesto de no ser estimada la anterior petición y en caso de que fuera estimada la demanda, la condena para mi representada, "Seguros I., S.A." no podría superar la suma de 5.000.000 de pesetas, límite máximo cubierto por la póliza de seguro suscrita con mi representada".

3. El Procurador D. Santiago Suárez de Puga Bermejo, en nombre y representación de D. Luis, contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "en la que:

1.- Estime la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y la dilatoria de falta de personalidad del demandado, o alternativamente una u otra, absteniéndose de resolver en cuanto al fondo.

2.- En otro caso, desestime la demanda interpuesta y por las razones y fundamentos jurídicos alegados declare exonerado a D. Luis del pago de la indemnización que se le reclama al no concurrir en él ninguno de los supuestos de responsabilidad civil que se le imputan.

3.- Imponga expresa condena en costas al demandante".

4. El Letrado de la Junta de Andalucía (Consejería de Educación y Ciencia), presentó escrito contestando a la demanda y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se declara la incompetencia de esta jurisdicción civil o, subsidiariamente la prescripción de la acción o la desestimación íntegra de la demanda en todos sus pedimentos".

5. El Procurador D. Santiago Suárez de Puga Bermejo, en nombre y representación de D^a María, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se desestime totalmente la demanda, absolviendo libremente de la misma a mi representada, con imposición al actor de todas las costas causadas".

6. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Cuatro de Málaga, dictó sentencia con fecha 5 de febrero de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo absolver y absuelvo en la instancia a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, al Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola, representados por el Sr. Letrado de la junta de Andalucía, D^a María, D. Luis, representados por el Procurador de los Tribunales D. Santiago de Puga Bermejo y a la entidad "Seguros I., S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Postigo Benavente, en nombre y representación de D. Pedro, imponiéndose las costas causadas a la parte actora."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Pedro, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 9 de mayo de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Pedro, contra la sentencia dictada en fecha cinco de febrero de 1996 por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de Málaga en sus autos civiles 393/1994, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución dando por reproducidos cuantos pronunciamientos contiene en su parte dispositiva y condenando expresamente a la parte apelante al abono de las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- 1. La Procurador D^a Pilar Cosmen Mirones, en nombre y representación de D. Pedro, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 9 de mayo de 1997, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, con apoyo en los siguientes motivos, Motivos del Recurso:

Primero.- Al amparo del número 1^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio de Poder Judicial.

Segundo.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida del artículo 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero.- Bajo el mismo ordinal se denuncia violación por aplicación indebida de los artículos 139 y 144 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuarto.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por inaplicación del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 1902 del Código Civil.

Quinto.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Sexto.- Al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y jurisprudencia contenida en las sentencias de 10 de noviembre de 1990, 26 de diciembre de 1995, 10 de octubre de 1995, 24 de marzo de 1995, 23 de julio de 1992, 7 de julio de 1993 y 8 de junio de 1994.

Séptimo.- Bajo el mismo ordinal se denuncia inaplicación del artículo 1137 en relación con el artículo 1144 del Código Civil.

Octavo.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de la doctrina jurisprudencia relativa a la "vis atractiva" y al "peregrinaje de jurisdicciones".

NOVENO.- Inadmitido.

SEGUNDO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procurador D^a Magdalena Cornejo Barranco, en representación de la Entidad "Seguros I., S.A."; y la Letrada de la Junta de Andalucía, presentaron respectivos escritos de impugnación al recurso de casación planteado.

TERCERO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de diciembre de 1999, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes previos de que ha de partirse son los siguientes:

1^o.- En la mañana del 13 de enero de 1988, D. Pedro, nacido el 19 de abril de 1973, alumno de 1^o de BUP del Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola, cuyo Director era D. Luis, con ocasión de hallarse en clase de educación física, bajo la dirección de la profesora de la asignatura D^a María, al realizar uno de los ejercicios de salto que tenían lugar sobre un trampolín elástico, y que consistía en efectuar una breve carrera de ocho metros aproximadamente, para a continuación tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta, como consecuencia de producirse un desequilibrio en el aire, cayó mal y se golpeó con la barbilla contra dicha colchoneta, lo que le causó graves lesiones y secuelas calificadas como de gran invalidez.

2^o.- Por el perjudicado D. Pedro se formuló demanda contra D^a María, D. Luis, Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y la Compañía "Seguros I., S.A."

3^o.- El Juzgado de 1^a Instancia núm. 4 de Málaga dictó Sentencia el 5 de febrero de 1996 en la que aprecia la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que corresponde el conocimiento de los hechos a la jurisdicción contencioso-administrativa, resolución que fue confirmada en apelación por la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga de 9 de mayo de 1997.

4º.- Contra esta última Sentencia se interpuso por D. Pedro el recurso de casación objeto de enjuiciamiento, y que será objeto de examen en los fundamentos jurídicos que se expondrán seguidamente.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se denuncia, al amparo del número 1º del art. 1692 LEC, infracción del art. 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En el desarrollo del motivo se mencionan las Sentencias de 5 de julio de 1983, 27 de febrero de 1995 y 18 de febrero de 1997 en relación con las doctrinas de la "vis atractiva" y evitación del "peregrinaje de jurisdicciones", y la Sentencia de 26 de diciembre de 1995, por cuanto existe un vínculo de solidaridad entre los demandados, figurando entre éstos, junto a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, la "Seguros I., S.A." que es persona jurídica privada (Ss. de 10 de noviembre de 1990 y 17 de julio de 1982) y la Profesora y el Director del Instituto.

En el segundo motivo se acusa, al amparo del mismo número que el anterior, la aplicación indebida del art. 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por admitirse la excepción dilatoria de falta de jurisdicción civil. En el desarrollo del motivo se afirma que, no solo se ha traído al proceso a una Administración Pública, sino también a personas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas (Ss. de 26 de diciembre de 1995 y 10 de noviembre de 1990), por lo que corresponde conocer a la Jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa, con arreglo a la doctrina de la vis atractiva de aquella Jurisdicción y su carácter residual (Ss. 10 de noviembre de 1990 y 2 de febrero de 1987).

En el motivo tercero, con idéntico amparo casacional, se alega aplicación indebida de los artículos 139 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el desarrollo del motivo se argumenta que esta normativa jurídica es posterior a la fecha de los hechos en que se fundamenta la acción ejercitada, y además que siendo solidarias las responsabilidades demandadas, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, por lo que debe acudir a la jurisdicción civil, siendo inaplicables los arts. 139 y 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ya que de aplicarse la Jurisdicción Contencioso-administrativa en los casos en que existe solidaridad, no se podría demandar nunca a las Compañías Aseguradoras, ni a los particulares, con lo que estos disfrutarán de un trato de favor no previsto por el artículo 14 de la CE. Y se añade, que en este caso, se ha demandado a la entidad de "Seguros I., S.A." y a la Profesora de Educación Física y al Director del Instituto, que no actuaron en el marco de un servicio público sino como particulares por su conducta negligente y extra-administrativa, insistiéndose en la competencia de la Jurisdicción civil por su efecto atractivo y su carácter residual (S. 10 de noviembre de 1990).

En el cuarto motivo, también con base en el núm. 1º del artículo 1692 LEC, se alega infracción por no aplicación del art. 51 de la misma Ley en relación con el art. 1902 del Código Civil. En el contenido se vuelve a hacer hincapié en la aplicación de la teoría de la "vis atractiva", siempre que exista un vínculo de solidaridad entre los demandados, que en el caso se da entre la Consejería de la Junta de Andalucía y "Seguros I., S.A."

En el quinto motivo, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, se alega infracción del art. 24.2 de la Constitución Española. Se razona que la Audiencia de Málaga al dar prioridad a la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, sobre el derecho aun proceso sin dilaciones indebidas, vulnera el precepto constitucional referido que consagra este valor básico, y en el que encuentra fundamento la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo relativa a la evitación del "peregrinaje de jurisdicciones" (Ss. de 5 de julio de 1983 y 18 de febrero de 1997).

En el séptimo motivo, por el cauce del núm. 4 del art. 1692, se aduce que la Sentencia de la Audiencia infringe por no aplicación el art. 1137 en relación con el art. 1144, ambos del Código Civil, al estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción, pues en materia de culpa extracontractual la responsabilidad es solidaria y directa (Ss. 21 de abril de 1992 y 26 de junio de 1990).

En el motivo octavo, asimismo por la vía casacional del número anterior, se denuncia la infracción de las doctrinas jurisprudenciales referentes a la "vis atractiva" de la Jurisdicción civil (Ss. 18 de febrero de 1997; 2 de febrero de 1997; 22 de noviembre de 1996; 26 de noviembre de 1990) y sobre el "peregrinaje de jurisdicciones" (Ss. de 8 febrero de 1997; 26 de diciembre de 1996; 27 de septiembre de 1993; 23 de noviembre de 1990; 1 de julio de 1986 y 5 de junio de 1983), insistiendo, en el desarrollo del motivo, en consideraciones ya expuestas en los motivos anteriores.

TERCERO.- Como es de ver, los siete motivos expuestos en el fundamento anterior se dirigen a combatir la estimación por la Sentencia recurrida de la excepción de falta de competencia jurisdiccional por entender que corresponde conocer a la Jurisdicción contencioso-

administrativa, en tanto, de los dos restantes motivos, el sexto se refiere al fondo del asunto y el noveno fue inadmitido.

Para resolver la cuestión planteada es de interés señalar que, ocurrido el hecho base de la pretensión ejercitada en la demanda el día 13 de enero de 1988, el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública está constituido, aparte los preceptos de la Ley de Régimen Local y Expropiación Forzosa (art. 121), aquí sin interés, por los artículos 106.2 C.E., 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en los que se distinguía según que la lesión fuere consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 40), o de una actuación del Estado en relaciones de derecho privado (art. 41), en el que "responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración; habiéndose de exigir, en este caso, la responsabilidad ante los Tribunales ordinarios", y el art. 1903, párrafo quinto, del Código Civil (actualmente derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero), el cual, aunque aplicado por algunas Sentencias (como las de 20 de marzo de 1975 y 5 de marzo de 1997), y aludido en otras (15 de diciembre de 1994), había sido considerado sin efectividad práctica (S. 27 de marzo de 1992), o modificado, e incluso sustituido, por el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración antes citado, que no diferencia -dice la S. de 27 de enero de 1989- entre agente especial y ordinario y considera en todo caso los actos como propios de la Administración. De conformidad con la normativa anterior, y singularmente del inciso final del art. 40 LRJAE, además de la disposición recogida en el apartado b) del art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956 (que atribuye a ésta el conocimiento de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública), se establecía un sistema aparentemente sencillo para determinar las respectivas competencias, en la materia de que se trata, de las Jurisdicciones Civil y Contencioso-Administrativa, que dependía si la responsabilidad derivaba de una actuación en relación de derecho privado, o del funcionamiento de un servicio público. No obstante la aparente sencillez del sistema legal, diversos factores y circunstancias dificultaban la adopción de una solución clara, pues, por un lado, parecía obvio (aunque hubo excepciones jurisprudenciales) que no cabía someter a los particulares (personas privadas) a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que, de no traerse a la Administración al proceso civil, en los supuestos de responsabilidad conjunta o solidaria, una eventual división de la continenencia de la causa creaba el riesgo de sentencias contradictorias; por otro lado, la línea divisoria entre las situaciones reguladas en los artículos 40 y 41 LRJAE no siempre era de fácil aplicación, lo que determinó en diversas ocasiones una interpretación restrictiva de la expresión "funcionamiento normal o anormal de un servicio público" (como ponen de relieve las Sentencias de 1 de julio de 1986 y 28 de marzo de 1990); y en tercer lugar, poderosas razones constitucionales abogan la necesidad de dar respuesta, sin más demora, a reclamaciones indemnizatorias en dilatada espera de solución judicial (según ampliamente destaca, dentro de una nutrida jurisprudencia, la Sentencia de 23 de diciembre de 1997). Todo ello explica la consolidación de las doctrinas invocadas en los motivos de la "vis atractiva" y evitación del "peregrinaje jurisdiccional", y justifica que se asumiera con base en ellas, en numerosos supuestos, la competencia en favor de la Jurisdicción Civil, a la que el art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye un papel preponderante en el plano competencial, al residenciar en la misma, además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, lo que configura su carácter residual. Una clara demostración de lo dicho se recoge en cuanto a la "vis atractiva" en la Sentencia de 2 de febrero de 1996 en la que se dice que "en el problema que nos ocupa está fuera de duda que en los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios, en el decir del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como también lo está que en aquellos otros en que se pretenda una indemnización por los particulares que se consideren lesionados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público la competencia vendrá atribuida a la jurisdicción del orden contencioso administrativo, a tenor de los artículos 40 de la precitada Ley, 3b) de la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 121 de la de Expropiación Forzosa. Sin embargo, la solución ya no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la "vis atractiva" que caracteriza a la jurisdicción civil o su condición de "residual" (artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aconseja atribuir la competencia a la expresada jurisdicción, especialmente, para evitar la posibilidad de fallos contradictorios de separarse la continenencia

de la causa, y en este sentido se decanta la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de la Sala".

La Sentencia de la Audiencia decide el tema litigioso en la perspectiva exclusiva del panorama legislativo-jurisprudencial anteriormente expuesto, es decir, sin contemplar la normativa introducida por la Ley RJA-PAC 30/1992, de 26 de noviembre, y Reglamento aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, que al menos podría haber suscitado duda acerca de su aplicabilidad (disposición transitoria cuarta del Código Civil) al haber entrado en vigor respectivamente el 27 de febrero y 5 de mayo de 1993, y por lo tanto con anterioridad al planteamiento de la demanda que tuvo lugar el 19 de julio de 1993, y argumenta en pro de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que "el suceso ocurrió en el interior de un Colegio Público, a un alumno del mismo y cuando en clase de gimnasia saltaba un determinado aparato a instancia de una profesora, la cual, igual que el Director del Centro, también demandado, son funcionarios dependientes de la Consejería de Educación o de la Delegación Provincial de la misma, y por su actuación como tales y no por otra causa son llamados al pleito". Y más adelante añade que "el suceso ocurre dentro de la esfera del "ius imperii" del que aparece revestida la Administración, en este caso Autonómica, y afecta así mismo a los codemandados en cuanto que su actuación se desarrolla en el marco de un indudable servicio público y su posible negligencia no es la exigible a los particulares sino la revisable dentro del funcionamiento normal o anormal de la propia Administración".

Esta Sala no está de acuerdo con la solución adoptada por la resolución recurrida por las razones que se exponen a continuación. El tema nuclear del proceso lo constituyen las lesiones, y gravísimas secuelas, sufridas por un alumno de un Instituto con ocasión de desarrollar un ejercicio en la clase de educación física, y en el caso se plantea, aparte de otros aspectos, como fundamental, si la profesora que dirigía la sesión adoptó, en esa conjetura, todas las medidas de precaución aconsejables, en relación con las circunstancias del caso, para prevenir el evento dañoso. Sin perjuicio de admitir la dificultad práctica de perfilar las líneas que acotan la diversa naturaleza de las actividades o campos de responsabilidad de la Administración en las perspectivas privada o netamente pública (que no es otra cosa que el deslinde operativo de los preceptos de los arts. 40 y 41 LRJAE 1956, que fueron derogados por el ap. 2. a) de la disposición de esta naturaleza de la Ley 30/92), sin embargo, en el supuesto que se enjuicia, parece criterio más correcto con arreglo a derecho entender que el desarrollo concreto de la actividad docente (no se cuestiona el tipo de enseñanza, su calidad, o funcionamiento del servicio) no supone un servicio público "strictu sensu", es decir, no es una actividad propiamente administrativa, (con independencia que lo sea la del control superior). La profesora a la que se atribuye el ilícito civil era funcionario público, pero no actuaba en funciones de "imperio", no estaba revestida, ni directa, ni por delegación, de prerrogativa de índole público; no concurría en el caso una actuación de poder público en uso de las potestades públicas. La actividad en que se produjo la hipotética omisión negligente encaja más en el ámbito del art. 41 LRJAE que en el del 40, tanto más si se tiene en cuenta que el ámbito del segunda ha sido objeto jurisprudencialmente de una interpretación restrictiva, especialmente cuando la Administración se ocupa de actividades paralelas, sustitutivas de éstas, o en las que se dan en la sociedad las dos posibilidades operativas (por la Administración y por los particulares), como ocurre con las sanitarias y las docentes, entre otras, tal y como ya tiene señalado esta Sala (por todas, recientemente, Sentencia de 23 de diciembre de 1997). Las Sentencias citadas por la Audiencia en orden a justificar su decisión de estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción no son de aplicación a este caso, y se refieren a hipótesis que no guardan la más mínima similitud con la de autos. La de 3 de octubre de 1994 se refiere a un supuesto de actuación de un órgano administrativo (Gerencia Municipal de Urbanismo de un Ayuntamiento) dentro de un expediente de tal naturaleza en virtud de un acuerdo de carácter administrativo y mediante un acto público de igual carácter, todo ello en cumplimiento de la acción administrativa urbanística propia de las competencias específicas municipales. La de 29 de diciembre de 1995 se refiere al ejercicio de una acción fundada en el art. 40 LRJAE en relación con un accidente de circulación atribuido a la defectuosa instalación o conservación de la valla protectora de una carretera nacional (indudable servicio público del Estado en cumplimiento de sus deberes relacionados con la policía de carreteras). Y la de 2 de febrero de 1996 también se refiere a un supuesto claro del art. 40 LRJAE de 1956, pues se trata de un caso de responsabilidad patrimonial por muerte de una persona producida por disparo de Guardia Civil con ocasión de una huelga de Transporte (la intervención del autor del disparo se produjo en ejercicio, por delegación, de facultades propias del "ius imperii").

A lo anteriormente razonado debe añadirse, y con lo que se va a decir se contempla también la resolución del problema en la perspectiva jurisdiccional afectada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que ha sido codemandada la "Seguros I., S.A.", por lo que, dado su carácter de persona jurídica privada, es de aplicación la doctrina de la "vis atractiva". No es de aceptar en

relación con este tema el argumento de la Sentencia recurrida en el sentido de que la aseguradora referida acude al litigio, no en virtud de la existencia de un contrato de seguro regulado en el ámbito privado o mercantil, sino en virtud de un seguro colegial que la ley impone (aludiéndose en otro fundamento jurídico a la naturaleza legal de la obligación asumida por la aseguradora). La citada Sentencia confunde el seguro colegial, esto es, el escolar obligatorio, con el seguro de responsabilidad civil contraído por el Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola con "Seguros I., S.A.". Examinadas las actuaciones, obran en las mismas, repetidamente, referencias documentales a ambos seguros que revelan que no tienen nada que ver entre sí (así incluso lo viene a exponer indirectamente el Director del Colegio al declarar en el proceso penal, cuyas actuaciones figuran por testimonio en los autos). El seguro concertado por "Seguros I., S.A." es un seguro de responsabilidad civil que asegura la que pudiera recabarse del Centro Docente (que es el tomador), abarcando los accidentes corporales y/o materiales causados a terceros, teniendo esta consideración los alumnos. Se trata de un contrato privado y sujeto, como en el mismo consta, primordial e imperativamente a la Ley 50/1980 (verb. f. 28). Por otro lado, tampoco cabe aceptar la alegación de fraude de ley efectuada por la Compañía de Seguros en relación con la desproporcionalidad que existe entre la suma asegurada (que se alega es de cinco millones) y la indemnización que se reclama, porque, además de lo que se dirá más adelante, se trata de una cuestión nueva, y por lo tanto ajena a la casación, aparte de que la invocación no deja de resultar insólita, porque, en el escrito de contestación a la demanda, la Compañía referida mostró explícitamente su conformidad con la competencia del Juzgado y el procedimiento, y por otro lado, de existir un fraude (por lo demás procesal) lo sería el propio planteamiento efectuado, en cuanto responde a la idea exclusiva de tratar de impedir la operatividad judicial del compromiso contractual asumido.

La solución que se adopta en relación con la asunción de la competencia para conocer del asunto por este orden jurisdiccional civil se halla en línea de cabal coherencia con numerosas resoluciones de esta Sala, entre las que cabe destacar las de 16 mayo 1987, 7 abril 1989, 10 noviembre 1990, 3 diciembre 1991, 5 octubre 1995, 22 noviembre 1996, 23 diciembre 1997, 28 diciembre 1998 y 24 febrero y 6 mayo 1999. No son de aplicación al caso las Sentencias citadas por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en su escrito de impugnación del recurso de casación; unas, porque no son de esta Sala, y la de 16 diciembre de 1998, que sí lo es, porque se refiere a un caso en que se demandó únicamente a un ente administrativo.

CUARTO.- La estimación de los motivos del recurso, cuya aceptación ha de entenderse dentro de los límites en que armonicen con la argumentación expuesta en el fundamento jurídico anterior, supone el acogimiento de dicho recurso, con la consiguiente casación y anulación de la Sentencia de la Audiencia y revocación de la del Juzgado, situación que obliga a esta Sala a asumir las funciones del juzgador de instancia (art. 1715.1.3º), porque a pesar de la redacción imperfecta del núm. 1º del ap. 1 del art. 1715 LEC que prevé el exceso de jurisdicción pero no el defecto, rige en nuestro sistema casacional el denominado efecto positivo de jurisdicción, implícito en dicho artículo, y reconocido por reiterada doctrina de esta Sala (entre otras, Sentencias de 2 de junio de 1989, 26 de marzo de 1991, 30 de mayo de 1998, cuando, como ocurre en el caso, tuvo lugar la plenitud de ejercicio por las partes litigantes de las actividades de alegación y prueba).

QUINTO.- En el ejercicio de dicha función de juzgador de instancia, con lo que, por otro lado, se da respuesta al sexto motivo del recurso, corresponde examinar en primer lugar las defensas y excepciones que por su singular naturaleza, una eventual estimación impediría o haría innecesario entrar en el fondo del asunto, bien por afectar a la relación jurídica procesal, ora por determinar la absolución en la instancia, o ya por producir la extinción de la acción.

Invocada por la demandada Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía la excepción de prescripción, la misma no puede ser estimada porque si bien el hecho ocurrió el día 13 de enero de 1988 y la demanda no se presentó hasta el 19 de julio de 1993, el transcurso del plazo prescriptivo del año que establece el art. 1968.2º CC EDL1889/1 fue interrumpido por la tramitación de una causa penal por el mismo hecho y por la reclamación previa en la vía gubernativa (arts. 1973 y 1974, párrafo primero, del Código Civil, efecto interruptivo que no solo paraliza el transcurso del plazo, sino que deja sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el cómputo se inicia "ex novo" una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos (terminación de la causa penal y del trámite de la reclamación previa administrativa). En el supuesto que se enjuicia no se produjo en ningún momento el decurso efectivo del periodo del año, porque desde el día del accidente hubo actuaciones penales en varios Juzgados (de Fuengirola y Málaga), y además (según el núm. 109 del Registro General del Juzgado) se formuló denuncia el 9 de enero de 1989 -y no de 1991 como alega la demandada- (por lo tanto antes

de aquel plazo), y aunque la causa penal (Juicio de Faltas 121/1991 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Fuengirola, en el que se transformaron las Diligencias Previas 1220/88) terminó por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de abril de 1992, archivada por proveído del 22 de mayo siguiente, sin embargo se planteó la reclamación previa ante la Junta de Andalucía el 26 de marzo de 1993 (doc. f. 7, no contradicho en las actuaciones).

Por el demandado D. Luis se formulan las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al Instituto Nacional de Seguridad Social o, en su caso, a la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía, y la de falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda. Ninguna de ellas puede ser acogida. La segunda porque se fundamenta en argumentos de fondo -en síntesis, que no corresponde al Director, sino al Jefe de Estudios, la función de coordinar y velar por la ejecución de las actividades de carácter académico de profesores y alumnos en relación con el plan anual del centro escolar - que son inadecuados para dar lugar a la excepción, la cual tal y como se rubrica, y habida cuenta también el precepto en que se apoya (art. 533.4 LEC EDL1881/1), tiene como contenido la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal ("legitimatío ad processum"), que obviamente en el caso no se cuestionan. La defensa de falta de litisconsorcio pasivo necesario se fundamenta por la parte demandada mencionada, desde el punto de vista fáctico, en "la necesidad de analizar si hubo alguna acción u omisión negligente por parte de los servicios sanitarios", tanto en el momento de ser recogido el accidentado y trasladado en ambulancia al Centro correspondiente, como en lo que hace referencia al tratamiento quirúrgico, lo que es posible -se dice- haya agravado aún más el daño, y ocasionado las secuelas que ahora padece, y, desde el punto de vista jurídico, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 diciembre 1986, 1 marzo 1988 , 2 febrero 1991 y 29 abril y 5 junio 1992. La objeción procesal carece totalmente de consistencia. En cuanto al aspecto del "factum", no hay en autos la más mínima base para sospechar la verosimilitud de la alegación efectuada, lo que no obsta sin embargo a que pueda ser objeto de otro proceso pues no se comprende en el ámbito de "res iudicata" del que se enjuicia, y la mera afirmación, que no sufrió ninguna limitación probatoria, no es suficiente para exigir la presencia en el proceso de personas físicas o jurídicas cuya intervención en los hechos pudiere influir decisivamente en la condena (en la línea que siguieron las Sentencias de esta Sala de 28 de septiembre y 28 de diciembre de 1993. Y por lo que respecta al pretendido soporte jurisprudencial, ninguno de los casos resueltos en las Sentencias citadas guardan la más mínima similitud con el de autos, pues todas ellas versan sobre materia contractual -la de 16 de diciembre de 1986 sobre simulación de contrato; la de 1 de marzo de 1988, mandato; la de 2 de febrero de 1991, permuta; la de 29 de abril de 1992, compraventa; y la de 5 de junio de 1992 sobre la disolución de una sociedad civil-, y, además, en la mayoría ni siquiera se aprecia la concurrencia de situación litisconsorcial de carácter necesario, la que ha de responder, bien a una disposición legal (litisconsorcio necesario propio), o bien a una inescindibilidad de la relación jurídica material controvertida (litisconsorcio necesario impropio).

Por último, se alude en los escritos de contestación al contenido de las Sentencias absolutorias dictadas en la causa penal (la del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Fuengirola de 15 de noviembre de 1991, confirmada por la de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de abril de 1992). Dichas resoluciones, en cuanto que no declaran la inexistencia del hecho, no vinculan al juzgador que conoce del proceso civil, el cual goza de total soberanía no solo ya para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquellos (arts. 596.7 LEC; 116 LECr. Ss. 4 de febrero y 2 de noviembre de 1987; 26 y 28 de abril y 7 de junio de 1988; 9 de junio de 1989; 27 de febrero de 1990; 5 y 8 de febrero, 28 de mayo, 7 octubre y 4 de noviembre de 1991; 6 de marzo de 1992; 26 de mayo y 1 de diciembre de 1994 ; 4 de noviembre y 10 de diciembre de 1996 ; 23 de marzo de 1998 y 13 de marzo de 1999.

SEXTO.- Se plantea a continuación el examen de la cuestión de fondo, y a tal efecto, analizadas las alegaciones de las partes, y las pruebas practicadas -singularmente testifical y documental (cuyos folios no es posible reseñar al no haberse efectuado la adecuada numeración, como era su obligación, por los órganos jurisdiccionales de instancia)- se deduce que la producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exceso de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la clase de educación física que había mandado efectuar a los alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno. Entre las circunstancias aludidas cabe reseñar: la edad de los alumnos; el tipo de aparato, que entrañaba, no una excesiva, pero sí una cierta

peligrosidad; la dificultad del ejercicio, harto patente y que además se revela por las caídas producidas y el temor de aquellos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, el que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio, y sobre todo, hay que resaltarlo, el no haber estado la profesora más cerca al lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues este era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con más razón todavía si se tiene en cuenta que era el primer día (la primera clase) en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio. A la argumentación expuesta, que responde a la valoración probatoria de las pruebas obrantes en las actuaciones y juicio de valor efectuados por la Sala, es de clara aplicación el precepto del art. 1902 del Código Civil, por concurrir la actuación culposa, el daño y la relación de causalidad entre ambos, debiendo advertirse, por un lado, que la apreciación culposa se fundamenta en una estimación subjetiva pura, sin que sea preciso en el caso acudir a ninguno de los expedientes que admite la jurisprudencia en orden al acogimiento de la responsabilidad cuasi-objetiva; y por otro lado, que de lo actuado no resulta la incidencia en la gravedad del resultado dañoso producido de ninguna otra causa concomitante o sucesiva.

Por lo que respecta al Director del Colegio no se aprecia la existencia de un comportamiento con incidencia en el nexa causal. Es cierto que el Director es el coordinador de las actividades del Centro y el encargado de hacer las compras (y entre ellas la del apartado de autos) y ordenar los pagos, y asimismo que debía conocer que el uso del trampolín estaba previsto en la programación escolar. Sin embargo la perspectiva causal y culposa del caso no se derivan de esas consideraciones, como tampoco resultan relevante si se usó o no en otros Centros y la homologación industrial, aparte de que en modo alguno consta que hubiera sido vedada su utilización por las Autoridades responsables de Educación y Ciencia. Lo verdaderamente trascendente es que la profesora, que obviamente conocía el riesgo concreto del aparato, no actuó con arreglo a la diligencia que le era exigible, sin que quepa descargar en el Director del Colegio una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurre en el mismo, con el riesgo de convertir la "culpa in vigilando" en un expediente que conduzca a la responsabilidad objetiva pura, que la regulación positiva no admite, y la jurisprudencia rechaza.

SEPTIMO.- En cuanto al importe de la indemnización, la Sala, acogiendo todos los conceptos expresados en la demanda, acuerda fijarlo en la suma de ciento veinte millones de pesetas, para lo cual ha tenido especialmente en cuenta las gravísimas secuelas físicas y síquicas que le han quedado al demandante como consecuencia del accidente, y que se revelan por el informe médico efectuado en el proceso penal ratificado mediante testifical en el presente, las declaraciones testifical de la sicólogo-sicoanalista que trató al lesionado y de la propia madre de éste, así como el informe pericial médico de autos, sin que resulte preciso concretar los graves padecimientos que afectan al actor; aunque debe hacerse constar que nada obsta a que la cantidad expresada sea superior a la interesada en el Juicio de Faltas, porque es doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de mayo de 1981, 16 de febrero de 1988, 5 de abril de 1991 y 16 de octubre de 1993 y 21 de noviembre de 1996) que, cuando se trata de daños corporales o personales, la cifra indemnizatoria pedida en un proceso penal anterior no vincula respecto de la solicitada después en vía civil, por lo que en modo alguno concurre la infracción de la teoría que veda ir contra los propios actos.

OCTAVO.- La responsabilidad de la Administración Autonómica viene determinada (art. 2.3 del Código Civil) por la aplicación de la normativa sustantiva de la LRJAE de 1956, vigente al tiempo del accidente, y el art. 1903, párrafo quinto, del Código Civil (ora culpa "in eligendo", ora "in vigilando") que habla de Estado pero es aplicable a todas las Administraciones Pública (S. 26 de febrero de 1996), aunque en realidad su contenido resultó absorbido por el del art. 41 LRJAE; y tal responsabilidad tiene carácter directo (S. 15 de diciembre de 1994, entre otras), operando prácticamente, según la doctrina de esta Sala, con el efecto de vínculo de solidaridad respecto a los otros responsables, como se ha postulado en la demanda. Y en cuanto a la responsabilidad de la Compañía de Seguros es de aplicación la normativa jurídica correspondiente al contrato que tiene concertado (art. 73 Ley 50/1980, de 8 de octubre EDL1980/4219), que también tiene carácter directo (art. 76 de dicha Ley, Ss. 3 de octubre de 1996, 10 de julio y 25 de octubre de 1997, 12 de septiembre de 1998, debiendo responder hasta el límite de la cantidad máxima asegurada (S. 29 de marzo de 1995 la que se concretará en debida forma en ejecución de sentencia).

NOVENO.- Por lo que respecta a la pretensión relativa al pago de los intereses, la exigencia de la liquidez -determinación total- determina su condena a partir de esta resolución. Se devengarán

desde la fecha de ésta los previstos en el párrafo cuarto del art. 921 LEC, si bien en cuanto a la Administración Autonómica habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el párrafo quinto de dicho precepto para la Hacienda Pública. No es de aplicación en el caso, dadas las circunstancias concurrentes, la condena de la Compañía de Seguros al pago de los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, aunque si a los procesales en los términos antes expresados.

DECIMO.- En lo que atañe a las costas de la primera instancia no procede hacer especial imposición, en cuanto a los condenados por haberse estimado parcialmente la demanda y ser de aplicación el párrafo segundo del art. 523 LEC, y en cuanto al demandado absuelto, porque dadas las singulares circunstancias del caso (dificultad para concretar la responsabilidad y ser razonable la llamada al proceso, aunque carezca de la entidad suficiente para justificar la condena) procede hacer uso de la facultad discrecional, aunque de necesaria motivación, del inciso final del párrafo primero de dicho precepto procesal. Por lo que respecto a las costas de la segunda instancia no se hace especial pronunciamiento, con base en el párrafo segundo del art. 710 de la Ley Procesal. Y la estimación del recurso de casación conlleva la declaración de que cada parte satisfaga las suyas, así como también la de acordarse la devolución del depósito, con arreglo al art. 1715 de la Ley citada.

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

FALLO

Que declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procurador D^º Pilar Cosmen Mirones en representación procesal de D. Pedro contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga el 9 de mayo de 1997, y, por consiguiente, casamos y anulamos esta Sentencia, y con revocación de la dictada por el Juzgado de 1^º Instancia núm. 4 de dicha Capital el 5 de febrero de 1996 estimamos parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Pedro, y condenamos a los demandados D^º María, Consejería De Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y "Seguros I., S.A." a que paguen, con carácter solidario, al actor la cantidad de ciento veinte millones de pesetas (120.000.000 pts.), si bien la Compañía de Seguros será responsable solamente hasta la cantidad máxima asegurada que habrá de acreditarse mediante la oportuna acreditación en ejecución de sentencia. Asimismo les condenamos al pago de los intereses en los términos expresados en el cuerpo de esta resolución. Con desestimación parcial de la demanda absolvemos al demandado D. Luis. No hacemos pronunciamiento en costas respecto de las causadas en primera y segunda instancia, y en cuanto a las de la casación cada parte deberá satisfacer las suyas. Asimismo acordamos la devolución del depósito. Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Tribunal Supremo Sala 1^ª, S 23-9-2004, nº914/2004, rec.2500/1998. Pte: Auger Liñan, Clemente

Resumen: Una persona formula, en su propio nombre y en el de los hermanos de un menor fallecido, una reclamación de responsabilidad contra la profesora de Educación Física, contra la Directora de un Colegio Público y contra el Ministerio de Educación y Ciencia, como consecuencia del fallecimiento del menor al colgarse, durante un partido de balonmano en clase de Educación Física, del larguero de la portería cayendo al suelo, golpeándose con la frente y a cayéndole a continuación la portería, que le golpeo en la cabeza. Tanto la sentencia en primera instancia como la sentencia del Tribunal Supremo absuelven a la profesora de Educación Física, pero establecen la responsabilidad de la Directora como el Centro por no agotar las medidas posibles para evitar el siniestro, concretamente por no disponer del anclaje de la portería, pues esa falta de anclaje fue la determinante del fallecimiento.

En la Villa de Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la

Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 573/1994 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, sobre responsabilidad extracontractual, el cual fue interpuesto por el Abogado del Estado en el que son recurridos D^ª María Antonieta y D. Alonso, representados por la Procuradora de los Tribunales D^ª Carmen Palomares Quesada asistidos por el Letrado D. Laureano Arquera Vinuesa y MUSINI S.A. de Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora D^ª Isabel Campillo García. y asistida por el Letrado D. José Luis Arjona García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de D^ª María Antonieta en su propio nombre y en representación de los menores D. Sebastián, D. Jesús Carlos y D^ª Valentina y de D. Alonso, contra el Ministerio de Educación y Hacienda, D^ª Gloria, D^ª María Dolores y la entidad aseguradora MUSINI, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros, sobre responsabilidad extracontractual.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho: "...dictar sentencia por la que:

1º. Se declare que el fallecimiento del menor D. Javier, acaecido el día 22 de marzo de 1993, trae causa de la negligente actuación de las codemandadas, D^ª Gloria y D^ª María Dolores.

2º. Se condene a los codemandados, Ministerio de Educación y Ciencia, D^ª Gloria, D^ª María Dolores y MUSINI, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros, a estar y pasar por dicha declaración y a que, de forma solidaria, satisfagan a los accionantes, las siguientes cantidades:

A). Cinco millones de pesetas para cada uno de los comparecientes, D^ª María Antonieta y D. Alonso.

B). Cuarenta millones de pesetas, prorrateadas entre los tres hermanos Sebastián, Jesús Carlos e Valentina, en la actualidad menores de edad y sujetos a la tutela de su abuela, la compareciente Sra. María Antonieta.

3º. Se condene a los codemandados al pago de las costas que se causen en el presente procedimiento." Admitida a trámite la demanda, la demandada D^ª María Dolores contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia mediante la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora".

Igualmente por la entidad MUSINI, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros, se contestó a la demanda y terminó suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia mediante la que, bien por acogimiento de la excepción opuesta, bien por ser infundadas las pretensiones actoras, se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora en uno u otro caso".

Por último el Abogado del Estado en representación del Ministerio de Educación y Ciencia contestó a la demanda suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia por la que se declare la inadmisibilidad de la demanda al amparo de la excepción invocada, y en su caso la desestime con imposición de las costas a la actora".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "Fallo: Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D^ª Montserrat Montane Ponce, en nombre y representación de D^ª María Antonieta, quien actúa a su vez en su propio nombre y derecho y en el de los menores sujetos a su tutela D. Sebastián, D. Jesús Carlos y D^ª Valentina y de D. Alonso, contra el Ministerio de Educación y Ciencia, D^ª Gloria y D^ª María Dolores además de contra la entidad aseguradora MUSINI, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros, debo declarar y declaro el fallecimiento del menor D. Javier, acaecido el día 22 de marzo de 1993 trae causa de la negligente actuación de la

codemandada D^a Gloria y el Ministerio de Educación y Ciencia debiendo condenarse a los anteriores y a la entidad aseguradora a estar y pasar por la anterior declaración y a satisfacer las siguientes cantidades: Tres millones de pesetas (3.000.000 pts) por cada uno de los comparecidos D^a María Antonieta y D. Alonso y cuatro millones de pesetas (4.000.000 pts) a cada uno de los hermanos menores de edad y sujetos a la tutela de la abuela.

Se absuelve a la codemandada Sra. María Dolores.

Todo ello sin hacer condena en costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación el Abogado del Estado y la entidad aseguradora y por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 1997 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: En atención a todo lo anteriormente expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, ha decidido: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1996 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma en los autos del juicio de menor cuantía de que dimana el presente rollo de Sala, así como la adhesión al mismo formulada por el Procurador Sr. Ferragut Rosselló en nombre de la entidad MUSINI, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros, confirmar la meritada sentencia con imposición de las costas de esta alzada a las partes apelantes".

TERCERO.- El Abogado del Estado, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos: Motivo primero: Motivo de casación que se articula al amparo de lo dispuesto por el número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por exceso en el ejercicio de la jurisdicción al entender la sentencia que se recurre y resolver sobre un procedimiento de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en el que se formula petición de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que lleva consigo la infracción del artículo 533,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de jurisdicción en obligada concordancia con lo dispuesto en el artículo 139 y siguientes de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Ley 30/1992 de 26 de noviembre y artículos 1,2 y 3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de noviembre de 1956.

Motivo segundo: Motivo de casación que se articula al amparo de lo dispuesto por el número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico constituidas por los artículos 1902 y 1903 del vigente Código Civil, al declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado sin que concurren los requisitos de obligada aplicación para tal declaración de responsabilidad.

CUARTO.- Admitido el recurso de casación formulado y evacuando el traslado conferido, la Procuradora D^a Carmen Palomares Quesada, en nombre y representación de D^a María Antonieta y D. Alonso, presentó escrito de impugnación al recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: "...dicte sentencia declarando no haber lugar a dicho recurso, con expresa imposición de costas al recurrente".

Igualmente por la Procuradora D^a Isabel Campillo García, en representación de MUSINI S.A. de Seguros y Reaseguros, presentó escrito de impugnación al recurso mencionado y terminaba suplicando a esta Sala: "...dicte sentencia en la que, con desestimación del recurso de casación, confirme la sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

QUINTO.- Habiéndose solicitado la celebración de vista, se señaló para la misma el día 16 de septiembre de 2004, en que ha tenido lugar, defendidas por el Abogado del Estado la recurrente por los Letrados D. Laureano Arquera Vinuesa y D. José Luis Arjona García los recurridos.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a María Antonieta, en su propio nombre y derecho y en representación de sus nietos, menores de edad sometidos a su tutela, Sebastián, Jesús Carlos e Valentina, hermanos del menor fallecido y D. Alonso, mayor de edad, también hermano del menor, formulan acción de responsabilidad extracontractual contra la profesora sustituta de gimnasia Sra. María Dolores, contra D^a Gloria, Directora del Colegio Juan Capó, de Palma de Mallorca, contra el Ministerio de Educación y Ciencia, actuando en su representación y defensa el Abogado del Estado, y contra MUSINI Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros en función de la póliza que tenía suscrita con el señalado colegio público.

En sentencia dictada en primera instancia se estimó parcialmente la demanda, por lo que se declaró que el fallecimiento del menor Javier, acaecido el día 22 de marzo de 1993, trae causa de negligente actuación de las codemandadas D^a Gloria y el Ministerio de Educación y Ciencia, debiendo condenarse a éstas y a la entidad aseguradora por la anterior declaración, a satisfacer las siguientes cantidades: 3.000.000 de pesetas por cada uno de los comparecidos mayores de edad D^a María Antonieta y D. Alonso y 4.000.000 de pesetas por cada uno de los tres hermanos menores de edad, en cuyo nombre y representación ejercitó la acción parcialmente estimada su abuela referida en calidad de tutora; y con absolución de la codemandada Sra. María Dolores.

En relación a esta sentencia se produjo el aquietamiento de los actores, de la Directora condenada y de la profesora absuelta. Y se recurrió en apelación por el Abogado del Estado y por la aseguradora. En sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se desestimaron los recursos con confirmación íntegra de la sentencia apelada.

Por el Abogado del Estado se ha formulado recurso de casación contra esta última sentencia, y ha formulado oposición la aseguradora codemandada, en cuanto que niega la incompetencia de jurisdicción que el recurrente esgrime en el recurso; y los demandantes.

El pasado día 18 de marzo de 1993 el niño de once años Javier, alumno del colegio público Juan Capó, de Palma, se encontraba en dicho centro jugando de portero en un partido de balonmano que se realizaba con otros alumnos de su mismo curso, como una de las diversas actividades que se llevaban a cabo en materia de gimnasia, cuya profesora era en aquel momento la maestra interina D^a María Dolores. Las porterías que se utilizaban para la practica del mencionado deporte podían anclarse y quedar fijadas en el suelo, pero la directora del centro D^a Gloria no había optado para que así fuera, porque a su entender era más apropiado a las características del local del colegio destinado a deporte , que tenía forma de L, y, en consecuencia, podrían desplazarse de un lugar a otro según conviniera a la especialidad deportiva que los alumnos fueran a realizar; y sin perjuicio de que, según la directora, sí se golpeaban contra la portería en el desarrollo de algún partido, ésta se desplazaría y el efecto pernicioso sería mínimo para la persona que hubiera chocado con ella. El Ayuntamiento de Palma, a través de su Servicio Municipal de Deportes, tenía concertado con la entidad SERCO S.L, representada por D. José Emilio Riera Amorós, un contrato de reparación, conservación, remodelación y acondicionamiento de edificios e instalaciones deportivas municipales y en base al mismo los responsables de aquel servicio pasaron la orden a SERCO S.L, para que instalara en el Colegio Juan Capó las porterías que se encontraban el día 18 de marzo de 1993 en el referido centro escolar.

Alrededor de las 13,50 horas paró Javier un penalti, tras lo cual se agarró del larguero de la portería, se balanceó y a continuación se soltó cayendo al suelo, al que golpeó con la frente, y, a continuación le cayó la portería encima golpeándole en la parte occipital de la cabeza. Acto seguido la profesora atendió al herido que sangraba por la nariz y vomitaba y, seguidamente, la directora encomendó a la profesora que se hiciera cargo de los demás niños, mientras ella llamaba a la demandante, abuela y tutela del niño, que se desplazó con una vecina hasta el colegio en taxi y luego trasladaron al niño al hospital de la seguridad social Son Dureta, siendo en aquel momento su aspecto regular-mal, respondiendo a preguntas y estímulos correctamente y movilizandó bien las extremidades. Fue a los dos horas cuando empeoró bruscamente, por lo que fue sometido a intervenciones quirúrgicas, falleciendo a las 17 horas del día 22 de marzo de 1993.

SEGUNDO.- El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, al entender la sentencia que se recurre y

resolver sobre un procedimiento de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en el que se formula petición de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que lleva consigo la infracción del artículo 533, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de jurisdicción, en obligada concordancia con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre y artículos 1,2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de noviembre de 1956.

El Abogado del Estado recurrente alega la disposición final de la primera Ley citada que dispone que entrará en vigor tres meses después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el 27 de febrero de 1993, con anterioridad a la fecha de los hechos determinantes del fallecimiento del menor.

La alegación constitutiva del motivo no puede ser estimada, en función de la jurisprudencia conocida y consolidada dictada por esta Sala cuando se produce el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, de forma solidaria y conjuntamente contra particulares; como ha ocurrido en la presente cuestión al demandar, al menos, a la profesora de gimnasia y, desde luego, a la aseguradora. Y así se resume en las Sentencias de esta Sala de 2 de diciembre de 2002 y 20 de febrero de 2003.

Y esta observación, determinante de la desestimación del motivo, ha sido la declarada por la jurisprudencia de esta Sala después de la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ; y antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En el artículo 2 e) de esta última se dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. La adición de los particulares y compañías aseguradoras que se inserta en el precepto, se debió a la necesidad legal de modificar el régimen competencial aplicable a demandas de responsabilidad patrimonial, como la presente, en que junto a la Administración demandada la acción se dirige solidariamente contra particulares y aseguradora. Y sin perjuicio de que después de la vigencia de la Ley expuesta, no será la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de demandas dirigidas exclusivamente contra compañías aseguradoras.

TERCERO.- El motivo segundo se formula al amparo del artículo 1692, 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil .

Sostiene el Abogado del Estado que el hecho determinante del fallecimiento del menor se produce exclusivamente por su imprudencia, al colgarse indebidamente de un larguero de la portería de balonmano, lo que produjo el desequilibrio en la portería que en su caída le golpea en la cabeza, produciéndose el fallecimiento en los días posteriores.

El motivo no puede ser atendido, pues sin hacer alegación alguna a la responsabilidad de la directora del centro, nombrada por el Ministerio de Educación Nacional y condenada; es decir, sin hacer alegación alguna sobre la culpa "in vigilando" o "in eligendo" de la Administración, invoca unilateralmente la culpa exclusiva (en todo caso de difícil encaje en un niño de once años), sin invocar error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de precepto procesal al respecto. En definitiva, el recurrente hace supuesto de la cuestión, determinante del decaimiento del motivo.

La sentencia impugnada estima que no se agotaron las medidas posibles y previsibles para evitar el hecho en cuestión, ya que no dispuso el anclaje debido de la portería, cualquiera que fuera su situación y disponibilidad; y esta falta de anclaje fue la determinante de las lesiones y ulterior fallecimiento del menor de edad Javier. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en Sentencias referidas a supuestos prácticamente iguales, como son, las de 1 de octubre de 2003 y 26 de mayo de 2004.

CUARTO.- Conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede la imposición del pago de costas de este recurso a la parte recurrente, sin comprender esta condena las causadas por la personación y oposición de MUSINI S.A. de Seguros y Reaseguros, condenada en la instancia, que se aquietó a la sentencia impugnada, por lo que carecía de interés su personación y oposición.

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

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 27 de febrero de 1997, con imposición del pago de costas de este recurso al recurrente, con la exclusión referida en el fundamento de derecho cuarto.

AP Las Palmas, sec. 5ª, S 6-7-2005, nº392/2005, rec.393/2005. Pte: García de Izaguirre, Mónica

RESUMEN: Se formula demanda de responsabilidad civil contra centro escolar por el siniestro producido en la clase de educación física en la que la profesora dispuso que los alumnos, de 14 años, jugaran entre ellos un partido de fútbol, ocupando la alumna accidentada el puesto de portero, recibiendo un pelotazo de un compañero que le causó diversas lesiones. La Audiencia Provincial no observa ninguna imprudencia en la profesora al dedicar una determinada clase de Educación Física a la realización de un deporte de equipo como el fútbol ya que, además de realizar los alumnos ejercicio físico y desarrollar sus habilidades motrices, se fomentan otros valores como el trabajo en equipo. También se rechaza la acusación de imprudencia por la organización de un partido mixto entre alumnos y alumnas, con diferente fortaleza física.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada dice: "Que debo de desestimar y desestimo la demanda formulada por la representación procesal de Dª Gloria en nombre y representación de Dª MARÍA JESÚS MORAN GARCIA absolviendo a COLEGIO SAN MIGUEL ARCÁNGEL en la persona de su legal representante D. DOMINGO SANCHEZ SANTANA y a la entidad MAPFRE GUANARTEME S.A. de las pretensiones deducidas en su contra, todo ello con expresa condena en costas a la actora, por ser así de justicia.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación para ante la Ittma. Audiencia Provincial de Las Palmas."

SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose solicitado prueba, se señaló para estudio, votación y fallo el día 5 de julio de 2005.

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es ponente de la sentencia la Ittma. Sra Dª Mónica García de Yzaguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria recaída en la primera instancia se alza la parte demandante inicial por estimar que la resolución impugnada incurre en error de hecho en la apreciación de las pruebas y supone infracción de los artículos 192 -parece querer decir 1902- y concordantes del Código Civil. Asimismo estima la recurrente que la resolución infringe los artículos 1104 y 1105 del Código Civil por entender el Juzgador de instancia que concurrió caso fortuito, estimando la parte apelante que es una conclusión equivocada porque el hecho no era imprevisible, ni evitable; y finalmente del artículo 1214 del Código Civil, en relación con los antes citados 1104 y 1105 y los artículos 63 y 69.3 de la Ley 10/90 de 15 de octubre del Deporte, pues alega haber asumido la carga de la prueba la propia parte apelante al demostrar el padecimiento de las lesiones, la causa de las mismas y el nexo causal entre ambos aspectos.

En defensa de la tesis argumentada en el recurso la parte apelante cita numerosas resoluciones del Tribunal Supremo subrayando en primer lugar la exigencia por parte del Alto Tribunal de que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, siendo indispensable la existencia de alguna manifestación de culpa, siquiera de mínima entidad; y en segundo lugar las resoluciones que acogen la inversión de la carga de la prueba configurando una presunción "iuris tantum" de que medió culpa o negligencia en la conducta del agente, y añade la parte apelante en este caso que debe entenderse por "agente" la persona encargada de concertar el enfrentamiento de alumnos de distinto sexo y por tanto de diferentes aptitudes físicas que presupone, a juicio de la recurrente, un riesgo el permitir la confrontación en una actividad que, desde siempre se ha desarrollado teniendo en consideración el sexo tanto en competiciones escolares como en las de carácter profesional. La recurrente cita también la sentencia de esta misma Audiencia de 21 de septiembre de 2000 en la que se precisa que se erige en canon el extremar las precauciones hasta su agotamiento, sin que baste la observancia de las prescripciones legales y reglamentarias, en su caso, sino también todo aquello que la prudencia imponga para prevenir un evento dañoso previsible. Además se señalan en el escrito otras sentencias del Tribunal Supremo que acogen el criterio de la responsabilidad por riesgo, y concretamente aquellas en las que se sostiene que la acreditación por parte del causante del hecho dañoso de haber acomodado su conducta a la máxima previsión y diligencia y a las prescripciones normativas así como a las circunstancias concretas -art. 1140 C.C.- excluye su responsabilidad por cuanto si la adopción de tales garantías para obviar resultados dañosos previsible y evitables no ofrecieron el resultado apetecido, claramente se viene a evidenciar su insuficiencia y, en lógica consecuencia, que algo quedaba por prevenir, deviniendo en incompleta la diligencia e incurriendo en la responsabilidad patrimonial aquiliana que deriva del artículo 1902 del C. C. por la sencilla razón de que, quien crea un riesgo ha de responder de todas sus consecuencias.

De todo ello la parte concluye que la sentencia recurrida incurre en error en la valoración de la prueba ya que, a su entender, la Dirección legal del centro no actuó con la diligencia exigida para evitar el riesgo que evidentemente supone la celebración de un partido de fútbol en el que intervienen escolares de distinto sexo y por tanto de diferente constitución física que implica un inminente fallo en la adopción de la garantía exigida para obviar el resultado dañoso previsible, deviniendo por tanto en incompleta la diligencia debida e incurriendo en dicha responsabilidad patrimonial. Estima la parte que el fútbol es una actividad deportiva con reglas estrictas entre las que sobresale la prohibición de realizar competiciones entre jugadores de los dos distintos sexos, prohibición que ha de extenderse a juicio de la parte al desarrollo de la asignatura de educación física en los centros escolares, al tratarse, como se ha dicho, de una actividad que, desde siempre, se ha llevado a cabo entre individuos del mismo sexo en invitación, precisamente, del riesgo que añade la diferencia de la fortaleza física. Además la intervención de la menor en el lance que motivó sus lesiones fue impuesta por quien en aquel momento era responsable del área de educación física, bajo apercibimiento de que, caso de negarse, suspendería la asignatura.

SEGUNDO.- La Sala comparte íntegramente los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, que se dan por reproducidos, y estima adecuada la valoración de la prueba practicada en el proceso. En el caso presente en la clase de educación física la profesora dispuso que los alumnos, de 14 años, jugaran entre ellos un partido de fútbol, ocupando la hija de la demandante el puesto de portero, recibiendo un pelotazo de un compañero que le hizo caer al suelo con pérdida momentánea de conocimiento, y que le produjo una rectificación

cervical por contractura muscular cervical, de la que curó con uso de collarín, tratamiento médico antiinflamatorio, analgésico y relajante muscular, y reposo relativo.

Esta Sala estima que no existe el elemento culpabilístico necesario para que el Centro Escolar responda de la lesión sufrida por la menor.

En las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004 y 23 de septiembre de 2004, en supuestos análogos de actividad deportiva de fútbol o futbito en clase de gimnasia en Centro Escolar y de lesiones del alumno que actuaba de portero, la responsabilidad objetiva o por riesgo que se determina en las citadas sentencias de la Dirección del Centro, y no del profesor, proviene de la falta de anclaje de la portería al suelo o de la falta de sujeción correcta de un travesaño, produciéndose las lesiones a consecuencia de la inestabilidad de la portería, y no en razón a recibir el portero el balón, que debe considerarse un lance propio del juego o deporte practicado.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28-12-2001, analiza la responsabilidad por el hecho de un tercero, y concretamente la de los padres de una menor y del Colegio en el que se produce el accidente, en el caso de lesiones producidas a otra menor a consecuencia de juegos practicados en el tiempo de recreo y bajo la vigilancia de una cuidadora. En el caso examinado por la sentencia citada, en el que se desestimó la demanda de responsabilidad civil, se dice "...no puede prosperar el motivo respecto a los padres de la menor Patricia, que fue la niña que según el relato de la sentencia impugnada, la que dejó soltar el extremo de la comba, que impactó en el ojo de la compañera, porque la responsabilidad que establece el citado art. 1903, a los padres, por los daños que causen sus hijos que se encuentren bajo su guarda, se refiere a su vez a los causados por el incumplimiento de las obligaciones que impone el artículo anterior, por lo que para que surja la responsabilidad por el hecho de tercero, es imprescindible, que esta se sustente en una actuación o en una omisión culposa de ese tercero, sin que implique en ningún caso este precepto, la aceptación de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Responsabilidad por consiguiente, que no puede exigirse con éxito en este supuesto, en el que no se aprecia culpa de las menores, en cuanto que las lesiones y su secuela se han producido, cuando la niña, la lesionada, y la que pudo ocasionar la lesión, junto a otras compañeras de la misma edad, jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua, y de general práctica entre las niñas de esa edad, y si se produjo ese resultado, fue por un fatal accidente como así se califica en la sentencia recurrida; juego que era practicado, en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora, por lo que a los padres en forma alguna, puede se les puede imputar una actitud omisiva culposa, exigible para que la acción prospere (S. 18 de octubre de 1999 y 16 mayo de 2000)."

En referencia al Centro Escolar, continúa la resolución citada diciendo: "Respecto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con la doctrina de esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culposa omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas (sent. 10 de octubre de 1995, 10 de marzo de 1997, 8 de marzo de 1999 y 11 de marzo de 2000. Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligros y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 1999 y 11 de marzo de 2000, supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en recaer la carga de la prueba de la culpa, en vez de en los demandantes en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por la falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo."

De esta forma que un alumno dispare el balón hacia la portería no resulta imprudente, ilógico ni inadecuado, sino que representa precisamente la finalidad del deporte de equipo que constituye el fútbol; y que quien actúa de portero tenga contacto con el balón, e incluso vaya hacia la pelota cuando ésta viene dirigida a la portería que protege, -normalmente sin ninguna consecuencia dañosa ya que el contacto se efectúa con las manos, los brazos o las piernas, e incluso la cabeza-, no supone actividad peligrosa sino que resulta de la dinámica normal de esta actividad deportiva. Como quiera que en el fútbol el balón ha de impulsarse con el pie, la pelota llega siempre a la portería lanzada con velocidad, y la tarea del portero consiste en

impedir con su cuerpo que la pelota entre en la portería, bien cogiendo con sus manos el balón, bien despejando o desviando la trayectoria de éste.

Ninguna imprudencia se observa en la profesora al dedicar una determinada clase de educación física a la realización de un deporte de equipo como el fútbol, ya que, además de realizar los alumnos ejercicio físico y desarrollar sus habilidades motrices, se fomenta la cooperación y el trabajo en común, valores que completan la formación integral de los menores. Por un lado la actividad resulta, como es lógico, obligatoria por formar parte del programa lectivo de la asignatura, salvo que exista justificación médica, o incapacidad permanente o transitoria de algún alumno para realizar ejercicio físico, y por otro, el deporte escogido tiene una enorme implantación en nuestra sociedad, numerosos seguidores, reglas sencillas y conocidas por todos, no reviste su práctica ningún riesgo especial, y para su realización no se utilizan mecanismos, aparatos o ingenios mecánicos que pudieran resultar objetivamente peligrosos o exijan una especial pericia, a salvo el balón, que por el peso, dimensiones y material con el que está realizado el utilizado para este deporte, no reviste especial peligrosidad. No resulta de la prueba practicada, ni ha sido alegado en ningún momento por las partes, que el concreto balón utilizado presentara características que lo hicieran peligroso, ni tampoco que la alumna tuviera el día de autos ningún impedimento físico para asistir a la clase de educación física, ni que hubiera solicitado de la profesora la eximiera de la práctica del deporte por encontrarse mal o padecer alguna dolencia. Tampoco resulta relevante que en el partido de fútbol participaran todos los alumnos de la clase, sin quedar ninguno excluido, lo que conlleva que si el Centro Escolar de Enseñanza es Mixto, como lo es la enseñanza pública en este país, también existen alumnos y alumnas en la clase de educación física, y por tanto resulta normal que los equipos enfrentados en el partido de fútbol fueran también mixtos. No debe confundirse la actividad de enseñanza de la educación física como asignatura que forma parte del Plan de Estudios de la Enseñanza Secundaria Obligatoria, actividad en la que confluyen alumnos y alumnas de diferentes aptitudes, habilidades, grados de desarrollo y crecimiento -sobre todo a esa edad de 14 años-, con la práctica federada o profesional de un deporte que es una actividad voluntaria y escogida por los que la practican tanto por su personal interés como por sus capacidades, condiciones físicas y habilidades concretas. Los primeros son alumnos de variadas fisonomías, desarrollo y condiciones físicas. Los segundos son deportistas o profesionales, con condiciones y aptitudes concretas para la práctica del deporte en cuestión, así como con entrenamientos regulares, y por ello con un desarrollo físico mucho más uniforme en el que, sobre todo en la edad adulta, si se advierten las diferencias de fortaleza física por sexo, lo que determina una regulación en la normativa del Deporte de enfrentamientos por separado entre equipos de uno y otro sexo, para obtener una mayor limpieza y equilibrio en las competiciones, pero no porque sea objetivamente más peligroso un partido entre mujeres que uno entre hombres, o mixto, siendo en principio una actividad inocua y el riesgo de padecimiento de una lesión similar al propio de cualquier actividad de esfuerzo físico continuado y socialmente aceptado. En todo caso los partidos reglamentarios tienen una duración normalmente superior a la de la propia clase de educación física, y en la clase el docente vigila en todo momento la limpieza del juego entre los alumnos, controlando igualmente situaciones de sobreesfuerzo u otras que puedan resultar perniciosas. En el caso de autos no existe dato alguno ni alegación siquiera de la parte de resultar incorrecta la actuación de la profesora en su labor docente, y el balonazo se produce como un lance ordinario del juego, al ser la menor la portera del equipo, y quizá más por la desgana o desatención de la propia alumna en la actividad que practicaba, pues como declaran tanto la menor como su madre "ella no quería jugar al fútbol", aunque en la declaración de la propia alumna afectada, única prueba practicada para ello, tampoco se da detalle de cómo acaecieron los hechos.

El dato de que el partido era "mixto", y que jugaban juntos los chicos y chicas de la clase, ni siquiera se introdujo como hecho en la demanda inicial del procedimiento y es únicamente en esta apelación cuando se pretende basar la negligencia que pretende imputarse al Centro Escolar en la práctica conjunta de la actividad de los alumnos de ambos sexos. No existe nexo causal entre el dato de la participación de todos los alumnos en el partido y el resultado lesivo sufrido por María Jesús, o entre el hecho de que, al parecer, se tratara de un compañero varón quien lanzara el balón hacia la portería por un lado, y el impacto recibido por la menor, que actuaba de portera, por otro.

Por todo lo anteriormente expuesto procede desestimar el recurso de apelación confirmando íntegramente la resolución dictada en la primera instancia.

TERCERO.- Al desestimarse el recurso de apelación deben imponerse a la parte apelante las costas causadas en su sustanciación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 398.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación de Dª Gloria frente a la sentencia de fecha 12 de abril de 2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Las Palmas de Gran Canaria en autos de Juicio Ordinario 779/2002, confirmamos íntegramente la expresada resolución con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas en la sustanciación del recurso.

AP Málaga, sec. 6ª, S 11-9-2001, nº760/2001, rec.527/2001. Pte: Díez Núñez, José Javier

RESUMEN: Se formula una una acción de responsabilidad extracontractual contra el colegio, su compañía aseguradora y el profesor de educación física en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por la caída de su hijo menor, a consecuencia de la cual tuvo que ser operado. La sentencia de instancia desestima su pretensión y la Audiencia Provincial desestima nuevamente el recurso al no concurrir los requisitos necesarios para que prospere la acción pues no existe nexo causal entre la caída y la conducta del profesor demandado pues la caída del alumno es fortuita.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Málaga se siguió juicio ordinario de menor cuantía número 496/99, del que este Rollo dimana, en el que en fecha ocho de febrero de dos mil uno se dictó sentencia definitiva en la que se acordaba en su parte dispositiva: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el procurador D. Javier Duarte Dieguez, en representación de D. Antonio y Dª Carmen, contra el "Centro escolar O.", D. Enrique y "A.". Todo ello a la vez que se impone a la actora el pago de las costas causadas en el presente procedimiento".

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, en tiempo y forma, preparó y posteriormente formalizó por escrito recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, siendo impugnado en su fundamentación por la parte adversa, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Audiencia en donde al no proponerse prueba ni considerarse necesaria la celebración de vista pública se señaló para deliberación, del Tribunal la audiencia del pasado día seis de septiembre, quedando a continuación conclusas las actuaciones para dictar sentencia.

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso han sido observados y cumplidos los requisitos y presupuestos procesales previstos por la Ley, habiendo sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda origen de esta litis fue presentada por los padres del menor de edad D. Antonio Augusto, D. Antonio y Dª Carmen, en base a que sobre las 10'30 horas del pasado veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y ocho cuando el referido menor se encontraba en su condición de alumno del "Colegio O." de esta capital iniciando la clase de educación física bajo la dirección del profesor D. Enrique, al practicar ejercicios de calentamiento sufrió una caída que le ocasionó traumatismo en la rodilla izquierda, siendo

trasladado a la "Clínica E." por el Subdirector del Centro, D. Miguel Ángel, en donde se le efectuó una primera asistencia, siendo recogido el menor por sus padres quienes lo trasladaron a la consulta del Doctor D. Manuel, quien tras examen radiológico y resonancia magnética le diagnosticó meniscopia externa y lesión condal de cóndilo externo femoral postraumático, siendo intervenido en "Parque S." el cinco de noviembre siguiente, practicando posteriormente rehabilitación durante veintitrés sesiones para que volviera a cóger-volumen y elasticidad en la musculatura perdida, quedándole como secuelas algias rotulianas postraumáticas, fractura de cóndilo externo con amplia zona de fibrosis y cicatrices quirúrgicas artroscópicas y de sutura del interno rotuliano, siniestro que imputaban en responsabilidad al profesor a tenor de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, haciéndola extensible al Centro escolar y entidad aseguradora del mismo "A., S.A.", al amparo de lo prevenido en los artículos 1903 del Código Civil y 73 y 76 de la Ley 50/1980, de 5 de octubre, de Contrato de Seguro, por lo que solicitaban la condena conjunta y solidaria de todos ellos al pago indemnizatorio de un millón trescientas cinco mil seiscientos cuarenta y cuatro pesetas -1.305.644 ptas.- por los gastos médicos, hospitalarios y secuelas padecidas por el menor, pretensión que la sentencia dictada en la anterior instancia desestima por entender que no concurren los elementos definidores de la acción ejercitada al no existir nexo de causalidad entre el actuar del agente y la producción del daño al no haber quedado acreditado que la conducta del profesor de educación física fuera desatenta y negligente en la provocación de la caída del menor que habrá de calificarla en todo caso de fortuita, ya que en materia de deportes va ínsita la idea de riesgos de lesiones y lo asumen quienes a su ejercicio se dedican, no habiéndose acreditado que el terreno del patio en que se desarrollaba la clase estuviera inhabilitado para la práctica del deporte, pronunciamiento desestimatorio frente al que se alza la parte demandante solicitando su revocación en base a considerar que las lesiones sufridas por el menor con ocasión de desarrollar en ejercicio en la clase de educación física, ya sea en fase de precalentamiento o en la tabla de gimnasia, y la actuación del profesor que, obviamente, conocía el riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, era generadora de la procedente indemnización solicitada al actuar negligentemente en el desarrollo de un ejercicio anómalo y peligroso, calificando de subjetivos y equívocos las consideraciones contenidas en el fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- Expuesto en síntesis el tema/objeto de debate en esta alzada, debe recordarse que reiteradamente la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la interpretación de la responsabilidad de profesores y centros de enseñanza por los daños causados por sus alumnos o acaecidos a los mismos durante el período de dependencia escolar, tiene declarado que dicha responsabilidad no puede de ningún modo objetivarse y desligarse de la imputación y prueba efectiva de una conducta culpable, pues no se trata de asumir socialmente un daño consecuencia de una actividad de riesgo, como sucede en los daños acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, o en aquellos otros correspondientes a actividades empresariales industriales, sino de extremar los deberes de vigilancia y cuidado consustanciales a la misma actividad educativa, y acentuados por la especial dependencia y vulnerabilidad de los niños y menores encomendados a los centros educativos -T.S. 1ª SS. de 21 noviembre 1990 y 20 mayo 1993-, así como que el deber de vigilancia implica el deber efectivo de atender los juegos y prohibir los juegos peligrosos de los alumnos mientras permanecen en el patio del colegio, -T.S. 1ª SS. de 10 noviembre 1990 y de 10 octubre 1995-, e, igualmente, aunque la jurisprudencia ordena extremar el deber de vigilancia -T.S. la SS. de 15 de diciembre 1994 -, es lo cierto que si se demuestra que se cumplieron las condiciones normales de vigilancia y cuidado ha de considerarse fortuitas las lesiones sufridas por alguno de los alumnos dentro del recinto del colegio, siendo factor determinante en la imputación de falta de diligencia la previsibilidad del daño acaecido -T.S. 1ª S de 21 noviembre 1990-. En el presente supuesto la parte demandante recurrente dirige un reproche culpabilístico hacia el profesor de educación física, D. Enrique, al considerar que no observó la normal diligencia exigible y de esta responsabilidad derivada de lo dispuesto en el artículo 1902 del Código Civil, lo que, a su vez, engendraría las de los demás demandados al amparo de lo dispuesto en el artículo 1903 del mismo texto legal y normas especiales contenidas en la precitada Ley 50/1980, pero, sin embargo, de las pruebas practicadas, principalmente de las diversas testificales ofrecidas a instancia de las partes resultó acreditado que el día de los hechos enjuiciados los alumnos de educación física a cargo del codemandado D. Enrique, iniciaban la clase con un ejercicio de precalentamiento con un juego que consistía ante la presencia del profesor en correr en cadena dos alumnos cogidos de la mano incrementándose ésta con los demás que eran pillados (posición 14ª de confesión judicial del codemandado) - folio 126-, acaeciendo, según testimonio prestado por el también alumno D. Claudio folios 94 y 113- que en un giro del menor, éste y el compañero que estaba junto a él cayeron al suelo con

el lamentable resultado que consta en las actuaciones. Pues bien, examinando los requisitos que han de concurrir para que pueda prosperar toda acción ejercitada al amparo del artículo 1902 del Código Civil, a la luz de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, ha de concluirse que no concurren los mismos en la conducta del profesor demandado, porque si bien es indiscutible el resultado lesivo y su relación de causa-efecto con la caída del menor cuando se encontraba en clase de educación física, no existe tal nexo causal entre esa caída y la conducta del agente codemandado, debiendo considerarse que una caída de las características descritas entra en la mas absoluta normalidad al ser este un tipo de incidencia propia del mismo, pudiéndose afirmar con rotundidad que la misma no se hubiera evitado salvo que no se hubiera realizado ningún ejercicio de calentamiento , lo que deriva en que, por lo tanto, ningún reproche culpabilístico se le puede hacer al profesor demandado, teniendo en cuenta además que los alumnos no desarrollaban ninguna actividad peligrosa ni ilícita, y que, por su edad, eran plenamente conscientes de que al ir cogidos de la mano de otro u otros cualquier tirón o desfase en el desarrollo de la carrera podía generar la caída de alguno de ellos, de manera que cumpliéndose las condiciones normales de vigilancia y cuidado de acuerdo a las circunstancias concurrentes han de considerarse fortuitas las lesiones sufridas por el menor hijo de los demandantes partiendo de la conceptualización del mismo antes expuesta, al no poder considerarse el suceso previsible dentro de un orden cotidiano o normal ni valorar la imposibilidad de evitarlo -T.S. 1º de 16 octubre 1989 y 20 mayo 1993 -, sin que sean de tener en cuenta a los efectos determinadores de la responsabilidad de los sujetos demandados el hecho de que diagnóstico y tratamiento facultativo prestado al menor en la "Clínica La Encarnación" no fuera correcto, según el informe pericial realizado por D. Carlos folios 134 a 136-, pues de ello podría generarse otro tipo de responsabilidad pero, en absoluto, alcanzaría a las personas con las que se ha constituido el lado pasivo de la relación jurídico procesal en la presente litis, teniendo declarado la doctrina jurisprudencial al respecto que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser y sin que a ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo en cuanto viene proyectada al daño normalmente previsible por el actuar con algún medio peligroso que también normalmente pueda producirlo y que, en los supuestos en que se produzca esta imprevisibilidad del daño, habrá de entenderse que cesará la obligación de responder, por aplicación del mandato del artículo 1105 del Código Civil, entrando en juego el mecanismo del caso fortuito, entendiéndose por tal todo suceso imposible de prever, o que, previsto, sea inevitable y, por tanto realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, abocando todo lo anterior a la confirmación de la sentencia recurrida ante los impecables razonamientos que en ella se contienen.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, procederá imponer las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Antonio y D^a Carmen, representados por el Procurador de los Tribunales Sr. Duarte Dieguez, contra la sentencia dictada el ocho de febrero del año dos mil uno en el juicio ordinario de menor cuantía número 496/99 por el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Málaga, confirmando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos imponer de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte recurrente.

AP Baleares, sec. 3ª, S 13-12-2006, nº546/2006, rec.530/2006. Pte: Moragues Vidal, Catalina

RESUMEN: Se formula reclamación por las lesiones sufridas en curso de hípica impartido y organizado por Instituto de Enseñanza Secundariaa a través de empresa

contratada. La sentencia confirma la doctrina de la asunción de riesgos por los practicantes del deporte de la hípica y concluye que el comportamiento de los profesores no fue negligente, pues la deportista lesionada vino recibiendo clases teóricas y prácticas sobre el manejo de los caballos y el terreno no era peligroso ni tenía dificultad alguna.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Manacor, se dictó sentencia en fecha 12 de mayo de 2006, cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "Que DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda formulada por Dª Catalina Lull Riera, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de Natalia , contra la entidad RANCHO GRANDE MT S.L. y debo ABSOLVER y ABSUELVO al demandado de todas las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de costas procesales a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra la expresada sentencia, y por la representación de la parte actora, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite y seguido el recurso por sus trámites, por esta Sala se acordó para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2006 .

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Constituye el objeto de la presente alzada la sentencia que concluye la primera instancia y que resuelve desestimar la demanda interpuesta por Dª Natalia contra la entidad "Rancho Grande M.T. SL", mediante la que se reclamaba una indemnización por las lesiones y secuelas ocasionadas por la caída del caballo propiedad de la demandada y que era montado por la actora en el marco de un curso de actividades físicas y deportivas impartido por el Instituto de Artá. Se alza contra dicha resolución la demandante, que solicita, de este Tribunal, la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra, en su lugar, por la que se estime la demanda por dicha parte interpuesta, alegando, en fundamento de tal pretensión, los siguientes motivos: a) errónea valoración de la prueba practicada en los autos ya que, la propia demandada, reconoce que no adoptó las medidas de prevención que suele adoptar normalmente cuando se practica una excursión a caballo por un grupo de personas, no siendo excusa para ello el que las clases prácticas de monta se impartieran bajo la supervisión y control de un tutor y un profesor del centro escolar, cuando, además, dicho tutor es "únicamente licenciado en Educación física " y el profesor Sr. Carlos José es "sólo diplomado en Educación física "; b) son los alumnos a través del centro escolar los que contratan con el rancho, como así ocurre cuando se reúnen un grupo de amigos y deciden hacer una excursión a caballo contratando los servicios del rancho, por lo que existe un contrato de arrendamiento de servicios entre la actora y la demandada en virtud del cual esta se obliga a la devolución del jinete sano y salvo al final del trayecto; c) esgrime en apoyo de su razonamiento la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006 .

La parte demandada hoy apelada se opone al recurso interpuesto de adverso y solicita la plena confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- El recurso no puede prosperar por las siguientes razones:

1ª) Comparte plenamente la Sala la valoración y apreciación que de la prueba practicada ha realizado la juez "a quo" por resultar plenamente lógica, objetiva e imparcial. En efecto, de las pruebas practicadas se infiere sin género de duda que la actora se inscribió en un curso técnico de grado medio en actividades físico deportivas en espacios naturales, impartido y organizado por el Instituto de Enseñanza Secundaria de Artá y financiado por el Ayuntamiento de dicha población mallorquina; para la realización de dicho curso el citado Instituto contrata a la

empresa donde se va a desarrollar la actividad de que se trate, así como el profesorado y así lo ha declarado en autos el director del Instituto de enseñanza D. Carlos Alberto , sin que exista el más mínimo indicio del hecho que, en esta alzada, se afirma por la parte apelante referido a que fue ella y los demás alumnos los que contrataron con la empresa demandada, por lo que la ahora alegada relación contractual directa entre la actora y la demandada queda huérfana de acreditación y por tanto debe ser rechazada de plano.

2ª) Como ya puso de manifiesto esta misma Sala en resoluciones anteriores, de las que son muestra entre otras las sentencias de 19 de septiembre de 1995 y 26 de febrero de 2004 , resulta notorio y sabido que la equitación no tiene un carácter mecánico y de control garantizado, pues supone la puesta en juego, con mayor o menor acierto para el jinete, de los recursos precisos para alcanzar el completo dominio del animal. Y, de un caballo, siempre puede esperarse una reacción no deseada de quien lo monta, que es, como ya se ha dicho, a quien corresponde controlarlo en todo momento. Es decir, que esta actividad, aún en las más óptimas condiciones de doma, temperamento y carácter del animal, contiene en sí misma un grado de riesgo inevitable y no eliminable jamás que se crea y surge por el hecho mismo de practicarse, y, por tanto, si ese riesgo se convierte en efectivo daño para el jinete, es claro que tal daño no origina ninguna acción indemnizatoria contra terceros, a no ser, claro está, que se acredite la intervención causal de los terceros en el resultado lesivo. Y, en el presente caso, tal intervención ni se ha alegado ni probado, bastando leer el escrito de demanda para cerciorarse de que no se imputa acción u omisión alguna a la demandada, ya que únicamente se dice que "el caballo hizo un extraño" cayendo al suelo la actora y produciéndose un traumatismo. Como acertadamente pone de manifiesto la juez "a quo" con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1988 , la práctica de la equitación supone la aceptación por el jinete de los riesgos que puedan sobrevenir, siempre y cuando el caballo se haya entregado al efecto en condiciones que no intensifiquen el riesgo, condiciones que no concurren en el presente caso, no constando, además, ningún hecho de carácter anormal o extraño imputable a la demandada ni al caballo proporcionado para la práctica del curso. En definitiva, del acervo probatorio se infiere que la actora había venido recibiendo clases teóricas y prácticas sobre el manejo y cuidado de los caballos, en concreto, desde el mes de octubre venía recibiendo una clase práctica semanal con el resto de los alumnos, conociendo los riesgos inherentes a dicha actividad y que, el día del accidente, el caballo no tuvo comportamiento anormal alguno, yendo al paso junto a los demás cuando hizo "un extraño", sin que tampoco el comportamiento de los profesores fuera distinto del resto de los días, ni el terreno tuviera especial dificultad o fuera peligroso.

3ª) La sentencia del Tribunal Supremo citada por la parte apelante, de 8 de marzo de 2006 , tiene como objeto un supuesto que no es análogo al presente pues, en aquel, se trata de un ciudadano que contrata directamente con la empresa propietaria de los caballos y que organiza el recorrido de estos dirigido por los propios monitores del rancho y, lo más importante, que se aprecia la culpa de dicha propietaria de los animales al resultar acreditadas en autos una serie de circunstancias que ponen en evidencia el nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión de la empresa en aquel litigio demandada. En la meritada resolución del alto Tribunal se reitera, en primer lugar, la conocida doctrina jurisprudencial relativa a que debe entenderse por poseedor del animal a los efectos del artículo 1905 del Código Civil, en los siguientes términos "En realidad, la jurisprudencia de esta Sala (véase, la reciente S. de 16-X-98), viene diciendo, respecto a la aplicación del art. 1905 C.c, en el que se ampara la declaración de responsabilidad objetiva principalmente declarada en la instancia, que el poseedor del animal, responsable del daño a terceros, según tal precepto, no es el dueño del mismo, sino el que efectivamente lo monta, es decir, aquí lo sería el propio jinete, por lo que, a través de él, no puede responsabilizarse al dueño del negocio". Y, a continuación, entra a conocer del concreto supuesto litigioso en los siguientes términos: "La discusión, pues, se desplaza, al art. 1902 C.c., sobre "culpa extracontractual", como disyuntiva de la no aplicación del 1905, por lo que la exclusión ya de éste, no supone, como se ha adelantado ahora mismo, la admisión del motivo y la del Recurso, dado su ejercicio simultáneo (o, en otra forma, alternativo). En realidad, en la Sentencia de instancia se recalca, como admisión subsidiaria, después de la aplicación preferente del 1905, de la del 1902, y en ella se dicen por probadas una serie de circunstancias (adquisición del caballo para la práctica de la monta en el "picadero", escasamente 15 días antes del accidente, el despojarse el dueño de él, por falta de confianza, inmediatamente de ocurrir éste; no existencia de prueba sobre la falta de casco en el jinete; no acompañar el instructor, o monitor, al mismo, en el momento del accidente; y la falta de autorización administrativa para el desarrollo del negocio, que hubiera obligado a tenerlo en condiciones

legales, y a tomar las precauciones exigidas -este sería el sentido de esta falta- y a ser inspeccionado para comprobarlas) que harían posible la aplicación de éste. Tal resultado probatorio, escaso, por no existir testigos en el momento del accidente, está determinado en la Sentencia recurrida, y no puede ser obviado volviendo a un examen de la misma, promovido por el recurrente, como parte interesada, ya que no lo combate por la vía del error de Derecho en la apreciación de la prueba, con indicación de los preceptos que, sobre ella, se entiendan infringidos, ni se razona suficientemente sobre que el juicio valorativo emitido al respecto sea irracional, arbitrario o absurdo.". En resumen, en la sentencia citada se declararon probados una serie de hechos, incluidas las circunstancias que acreditaban la falta de diligencia de los allí demandados, que restaron incólumes en la alzada, que hicieron concluir al Tribunal que en el caso existía un nexo jurídico que une a jinete y empresa dueña del animal montado, que es contractual, de alquiler de éste y de dirección por instructor (contratos de transporte y de arrendamiento de servicios), y en tal tesitura es exigible la inversión de la carga de la prueba y la devolución del jinete sano -salvo enfermedad repentina-, al final del trayecto, pues a eso da derecho el pago del servicio (enseñanza) y del transporte. Al tratarse de un supuesto distinto del hoy sometido a la decisión de este tribunal, tal como ya se ha dicho, debe rechazarse la aplicación mecánica de las consecuencias jurídicas afirmadas por el Tribunal Supremo en la meritada resolución.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación y la consiguiente confirmación de la sentencia apelada conlleva la expresa imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

1º) SE ESESTIMA EL RECURSO DE APELACION interpuesto por D^a Natalia contra la sentencia de 12 de mayo de 2006, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Manacor , en los autos de juicio ordinario de los que trae causa la presente alzada, y, en consecuencia, SE CONFIRMA dicha resolución.

2º) Se imponen las costas procesales causadas en esta alzada a la parte actora apelante.

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 8-3-2001, rec.113/2000. Pte: Herrero Pina, Octavio Juan

Resumen: Se formula reclamación por accidente sufrido por menor cuando se encontraba jugando a fútbol durante la clase de Educación Física por ausencia del profesor. El Tribunal aprecia que las lesiones padecidas por el alumno en el patio del Instituto durante la hora correspondiente a clase de Educación Física son como consecuencia del incumplimiento de los deberes de control o vigilancia específica de la actividad, que propicia el incremento de situaciones de riesgo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Educación y Cultura y es la resolución de 22 de octubre de 1999.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha

contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda, finalizado el periodo de prueba y una vez cumplimentado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 6 de marzo de 2001, en el que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso, interpuesto por la representación de D^ª Isabel, que actúa como representante legal de su hijo Rubén, tiene por objeto la resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 22 de octubre de 1999, por la que se le deniega la indemnización en la cantidad de 2.386.184 ptas., que en concepto de responsabilidad patrimonial y al amparo de la Ley 30/92 y el R.D. 429/93, formuló mediante escrito de 11 de enero de 1999, en razón del accidente sufrido por su hijo Rubén, de 15 años, el día 25 de mayo de 1998, cuando se encontraba en el "Instituto J." de la localidad de ... , jugando al fútbol durante la clase de gimnasia por ausencia del profesor, al saltar para celebrar un gol para tocar el larguero de la portería y engancharse un anillo que llevaba en el dedo meñique de la mano derecha en una de las argollas de sujeción de la red, produciéndose el arrancamiento del dedo.

SEGUNDO.- La recurrente solicita en la demanda la indemnización en la cantidad de 2.489.760 ptas., con las actualizaciones e intereses a que se refiere el art. 141.3 de la Ley 30/92, alegando al efecto que, como consecuencia de los hechos, el alumno sufrió "la amputación a nivel del tercio medio de la falange proximal al 5º dedo de la mano derecha, regularizando el muñón con la piel residual, dada la imposibilidad de cualquier otra medida de cirugía reparadora", entendiéndose que concurren los requisitos exigidos por la Ley 30/92 para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, y en concreto la conexión del accidente con la prestación del servicio, ya que el accidente se produce en el Centro Educativo, se origina con las propias instalaciones del Centro y sucede durante las horas lectivas, señalando que el hecho de que ante la ausencia del profesor se opte por dejar a los alumnos jugando al fútbol pone de manifiesto la dejación de sus obligaciones y una clarísima culpa "in vigilando".

Frente a ello, la representación de la Administración mantiene la legalidad de la resolución impugnada, refiriendo la argumentación de la denegación recogida en la misma, consistente en entender, con el dictamen del Consejo de Estado, que no ha quedado acreditado el nexo causal entre la lesión sufrida por el alumno y la prestación del servicio, al producirse como consecuencia de un golpe accidental sin conexión con dicha prestación del servicio.

TERCERO.- La responsabilidad patrimonial del Estado, que se invoca como fundamento de las pretensiones de la demanda, tras ser contemplada inicialmente en los arts. 405 a 414 de la Ley de Régimen Local, se recogió de manera mas amplia en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (Arts. 120 a 123) y, se plasmó con carácter general en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (arts. 40 y siguientes), adquiriendo rango Constitucional al incluirse en el art. 106-2 de la Constitución de 1978, regulándose en la actualidad en los arts.139 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común y su Reglamento aprobado por Real Decreto 429/93.

Tal responsabilidad es de carácter objetivo y directo y tiene como fundamento la asunción por parte del Estado de los riesgos y consecuencias dañosas derivados de su actuar en el ejercicio de sus potestades y, consiguientemente, al margen y con independencia de la condición de quien ejerce dichas potestades y de su intencionalidad o culpabilidad, según doctrina jurisprudencial plasmada, entre otras, en sentencias de 5 de junio de 1989, 29 de mayo de 1991 ("al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente"..) y 5 de febrero de 1996.

Para que surja la responsabilidad patrimonial, así entendida, se exige que concurren una serie de requisitos que, según la jurisprudencia, pueden sintetizarse en los siguientes:

Primero.- la existencia de un daño real, efectivo, individualizado y ponderable económicamente.

Segundo.- que el daño resulte imputable a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en relación directa e inmediata de causa a efecto, sin incidencia de fuerza mayor.

Tercero.- O conducta propia del perjudicado que alteren dicho nexo causal.

Cuarto.- Que se exija dentro del plazo de un año señalado en la Ley.

Tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, ya ha señalado esta Sección (sentencia de 16 de marzo de 2000), que no todo hecho y consecuencias producidos en un Centro docente pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado.

En el presente caso se aprecia que las lesiones padecidas por el perjudicado se produjeron dentro del ámbito del servicio público, como era el patio del Instituto, durante la hora correspondiente a clase de Educación Física, realizando una actividad libre como consecuencia de la ausencia del profesor, sin que conste la existencia de control o vigilancia específica de la actividad, y en relación con una de las instalaciones del Centro como era la portería de fútbol, lo que conforma una actividad escolar, persistiendo los riesgos y consiguientes obligaciones de vigilancia, que no consta se llevara a cabo de forma adecuada y suficiente, lo que propicia el incremento de situaciones de riesgo como la que determinó los hechos y sus consecuencias lesivas. Todo lo cual pone de manifiesto la relación de causa a efecto entre el perjuicio invocado y el funcionamiento del servicio público, ya que se trata de un hecho que se produce dentro del ámbito y riesgo propio de la actividad y las instalaciones utilizadas al efecto, autorizada por la dirección del Centro y sin el adecuado control o vigilancia, riesgo que en cuanto integrado en el ámbito del Servicio Público es asumido por su titular (en este caso el Estado mediante el Ministerio de Educación y Cultura) con el carácter objetivo ya señalado, que incluye el caso fortuito, al margen de la intencionalidad o culpabilidad del sujeto agente, a través de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En consecuencia, ha de concluirse en la procedencia de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños y perjuicios objeto de este recurso, sin embargo, ello no supone la total estimación del recurso, pues la parte procede a efectuar una valoración de la lesión con referencia al baremo establecido como anexo de la Ley 30/95 y tomando la cantidad máxima de puntos, sin que exista justificación concreta de tal planteamiento, teniendo en cuenta el dedo de que se trata, que no es el más decisivo en la funcionalidad de la mano, y la falta de informe técnico sobre la incidencia concreta en tal funcionalidad que deriva de la amputación, lo que impide una valoración al máximo, por lo que entiende este Tribunal como más adecuada y proporcionada, teniendo en cuenta tales circunstancias, la edad del afectado y la trascendencia no sólo funcional sino estética de la lesión, la cantidad de 1.100.000 pesetas, que se fija como indemnización a percibir por la recurrente, en la representación legal que ejerce, en razón de los hechos objeto de este recurso, más los intereses legales presupuestariamente establecidos desde la fecha de reclamación a la Administración, 11 de enero de 1999, hasta su efectivo pago, como señala reiterada jurisprudencia y con el fin de conseguir una reparación integral de los daños que se vería disminuida si el retraso en el pago no se compensara bien con la aplicación de un coeficiente actualizador bien con el pago de intereses de demora, pues ambos sistemas se aplican al efecto según tal jurisprudencia (Ss. 10-11-98, 18-11-98, 20-2-99).

CUARTO.- Por todo ello, procede estimar parcialmente el recurso, en los términos expuestos, sin que haya lugar a hacer una expresa condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

FALLO

Primero.- Que estimando parcialmente el presente recurso núm. 113/00, interpuesto por la representación de D^a Isabel, que actúa como representante legal de su hijo Rubén, contra la resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 22 de octubre de 1999, descrita en el primer fundamento de derecho, la anulamos por ser contraria al ordenamiento jurídico y declaramos el

derecho la recurrente, en la representación legal que ejerce, a la indemnización en la cantidad de 1.100.000 ptas., más los intereses legales desde la reclamación de 11 de enero de 1999 hasta su efectivo abono, en concepto de responsabilidad patrimonial, por los hechos objeto de este proceso.

Segundo.- No hacemos una expresa condena en costas.

TSJ País Vasco Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 3ª, S 10-3-2000, nº231/2000, rec.436/1996. Pte: Orue Bascones, Begoña

Resumen: Se formula reclamación de responsabilidad patrimonial contra centro escolar como consecuencia de daños sufridos tras recibir un balonazo en la cabeza en hora lectiva de Educación Física con ausencia del profesor titular de la clase. Se rechaza la imputación de responsabilidad por entender que no pueden aceptarse la inadecuación de permitir a los alumnos de catorce años e uso de balones dentro del centro escolar pues constituye una actividad cotidiana y normal. Asimismo, el Tribunal considera que la presencia del profesor posiblemente no hubiera evitado el siniestro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 26 de Enero de 1996 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que la Procuradora Dª María Dolores Rodrigo Villar actuando en nombre y representación de Dª Mª Nieves, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación por silencio de la reclamación presentada por la recurrente en fecha 6 de Marzo de 1995 ante la Delegación Territorial del Departamento de Educación del Gobierno Vasco por importe de 20.000.000 pts. por los daños y perjuicios sufridos por la deficiente organización, programación y vigilancia de las actividades escolares en el Colegio Público "S.", centro en el que la actora cursaba sus estudios; quedando registrado dicho recurso con el núm. 436/96.

La cuantía del presente recurso quedó fijada en 20.000.000 ptas.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que estimando el recurso interpuesto condene al Departamento de Educación del Gobierno Vasco a pagar a mi mandante la indemnización de 20.000.000 pts. por las lesiones y secuelas que padece, y costas si se opusiere.

TERCERO.- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que inadmita el recurso contencioso administrativo de referencia por haber sido interpuesto extemporáneamente o, subsidiariamente, lo desestime en su integridad, declarando la no existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la actuación administrativa combatida.

CUARTO.- El procedimiento se recibió a prueba, practicándose las que constan en autos.

QUINTO.- En los escritos de conclusiones, las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SEXTO.- Por resolución de fecha 7/03/00 se señaló el pasado día 9/03/00 para la votación y fallo del presente recurso.

SEPTIMO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna, a través del presente recurso contencioso administrativo, la denegación por silencio de la reclamación presentada por la recurrente en fecha 6 de Marzo de 1995 ante la Delegación Territorial del Departamento de Educación del Gobierno Vasco por importe de 20.000.000 pts. por los daños y perjuicios sufridos por la deficiente organización, programación y vigilancia de las actividades escolares en el Colegio Público "S.", centro en el que la actora cursaba sus estudios.

La parte recurrente ha de entenderse que deduce pretensión anulatoria en relación con el acto administrativo impugnado así como que, en reconocimiento de su situación jurídica individualizada, se condene a la Administración demandada a indemnizarla con 20.000.000 de pesetas por las lesiones y secuelas que padece.

Como fundamento de las pretensiones ejercitadas se aduce, en síntesis, que la actora durante el curso 1991-1992 contaba 14 años de edad y seguía estudios de E.G.B. en el Colegio Público "S." del que es titular el Gobierno Vasco, siendo en la mañana del día 19 de Abril de 1991 cuando, con ocasión de encontrarse en el patio de recreo del mencionado centro escolar, junto a otros alumnos de su curso, en hora lectiva de gimnasia, recibió un violento impacto en la cabeza causado por un balón que fue impulsado por un alumno de su propio curso y aula, dándose la circunstancia, según se afirma, de que, como resulta práctica habitual en el centro, en el momento de sufrir el golpe los alumnos del curso se hallaban jugando libremente en el patio debido a hallarse ausente el profesor titular de la clase de gimnasia.

Refiere asimismo que, a las 19 horas del expresado día, fue llevada por sus padres al Servicio de Urgencias del "Hospital G." donde inicialmente se le diagnosticó "contusión en oído derecho", dándosele un volante para acudir al especialista, siendo atendida por el otorrinolaringólogo del "Ambulatorio E." D. Iñaki, previo examen en el centro de la Asociación para Rehabilitación Auditiva de los Niños Sordos de Gipuzkoa, que le sometió al oportuno tratamiento y, estando sujeta a éste, el día 24 de Mayo de 1991, sobre las 11,45 horas, encontrándose en el mismo patio de recreo del mismo centro escolar, en hora de recreo, volvió a sufrir un nuevo impacto, causado también por un balón lanzado por otro menor, alcanzándole esta vez en el lado izquierdo.

A consecuencia de este nuevo golpe fue trasladada en ambulancia al "Ambulatorio E." y, posteriormente, a la consulta de D. Iñaki quien prescribió tratamiento pero, como quiera que le aquejaban dolores intensos, ese mismo día fue ingresada en el Servicio de Urgencias del "Hospital N." de San Sebastián, donde se le apreció contusión traumática de oído izquierdo siendo nuevamente atendida en el centro especializado de otorrino infantil y diagnosticada definitivamente por el Dr. D. Iñaki quien, en fecha 18 de Julio de 1991, expidió certificado médico en el que se reseña que la actora presentó en el mes de Abril, como consecuencia de un traumatismo, una conmoción laberíntica en el oído derecho que le ocasionó vértigos y una pérdida total de audición, acúfenos y otorragia en dicho oído y que, estando en tratamiento médico, presentó una nueva conmoción laberíntica, consecuencia de otro traumatismo, esta vez en oído izquierdo, con vértigos y pérdida del 70% de la audición y acúfenos en dicho oído. En dicho certificado se expresa igualmente que la paciente sufre un cuadro depresivo con dolores en región auricular bilateral y que la pérdida de la audición (sordera profunda) es irreversible, así como que deberá usar prótesis acústica y seguir las indicaciones de su especialista de O.R.L.

Afirma a continuación que, por prescripción médica, comenzó la utilización de audífono en el oído izquierdo, toda vez que la pérdida de audición en el oído derecho es total y, por consiguiente, completamente inútil el audífono, señalando que su utilización le viene acarreado constantes infecciones en el oído que, a su vez, le imposibilitan la utilización del propio aparato lo que, según asevera, constituye un gravamen adicional a su ya problemática situación.

Por otro lado, refiere que se ha visto en la necesidad de acudir periódicamente a revisiones médicas y controles audiométricos para controlar su evolución, de suerte que todos estos problemas asociados a la pérdida de audición le han ocasionado depresiones que han

requerido tratamiento por psicólogo, tratamiento que le ha sido procurado en el "Centro de Salud Mental B." dependiente de la Seguridad Social.

Indica también que, ante la reiteración de los problemas infecciosos, en Septiembre de 1996 acudió al Centro especializado denominado "Instituto de Otolología G." de Barcelona donde, tras prescribirle un tratamiento de tres meses, le ha sido corroborada la falta de audición total de oído derecho y una hipoacusia neurosensorial del oído izquierdo cuyo nivel auditivo se encuentra en torno a los 55 decibelios, confirmándosele que su caso no es susceptible de cirugía alguna; sin que, de otro lado, quepa desconocer, según esgrime, las indudables dificultades que va a tener que afrontar a la hora de acceder al actual mercado de trabajo dada la grave limitación física que presenta y cuya influencia también es palpable en el ámbito familiar y social al verse la comunicación seriamente alterada y únicamente suplida por técnicas alternativas de comunicación con lo que ello supone para una joven de su edad.

Concluye señalando que, en el presente caso, concurren todos los requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración ya que los accidentes sufridos, objeto de la presente reclamación, se produjeron cuando la actora se encontraba en el Colegio público "S.", en clase de gimnasia un día y en hora de recreo otro; realizando, por tanto, unas actividades que se encontraban dentro del ámbito propio del servicio público de enseñanza, quedando enmarcadas en el período de tiempo en que la alumna permanece bajo control y vigilancia del profesorado, siendo ambos ocasionados por dos alumnos menores integrados en el centro docente en el que ocurrieron los hechos; de ahí que el presente caso se incardine, según afirma, dentro del supuesto legal de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal de los servicios públicos por "culpa in vigilando" o "culpa in omitiendo", dado que los accidentes se produjeron como consecuencia de una deficiente organización y programación de actividades, reducida o inexistente vigilancia y control del alumnado por el profesorado en la realización de las actividades escolares (clase de gimnasia) como en las extraescolares (recreo) al ser evidente la inadecuación de permitir utilizar balones de cuero dentro del centro escolar a alumnos de 14 años con la envergadura y fuerza que tienen a esas edades; sosteniendo, por otra parte, la vigencia de la acción ejercitada dadas las reclamaciones interpuestas por el padre de la lesionada primero, y por ésta después, tras alcanzar la mayoría de edad, dándose también la circunstancia interruptiva de la prescripción al haberse iniciado por el perjudicado una vía jurisdiccional equivocada.

La representación procesal de la Administración demandada se opone a los motivos y pretensiones deducidos de contrario, solicitando que se declare la inadmisión del recurso por haber sido interpuesto extemporáneamente y, subsidiariamente, su desestimación. Ello porque la petición de resarcimiento de la actora se deduce una vez superado el plazo de un año a que se refieren los artículos 40.3 LRJAE y 142.5 de la Ley 30/1992 ya que si los accidentes supuestamente dañosos acaecieron los días 19 de Abril y 24 de Mayo de 1991 el padre de la entonces menor formuló reclamación administrativa, previa a la vía civil, el 30 de Julio de 1991, siéndole desestimado por silencio, sin que se alzara contra tal desestimación, incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 142 de la entonces vigente L.P.A. dejando transcurrir los plazos de dicho precepto sin deducir la anunciada demanda civil, formulando el 10 de Julio de 1992 una segunda reclamación administrativa, previa a tal vía jurisdiccional, cuando ya había transcurrido el plazo de un año fijado por el artículo 1968 del Código Civil para el ejercicio de la acción que pretendía; de tal suerte que, cuando el 9 de febrero de 1993 formula demanda en el Juicio de Menor Cuantía 93/93, la acción civil de responsabilidad había prescrito; de ahí que no quepa alegar que la prescripción se interrumpe por el empleo de una vía jurisdiccional equivocada.

Por lo que respecta a la cuestión de fondo, no existe la causalidad adecuada en el proceso de generación de la lesión cuya reparación se demanda por cuanto el daño producido no es el normal resultado de unos simples balonazos, sin que tampoco pueda aceptarse sin discusión que medie la relación directa de causa a efecto entre accidente y daño, habida cuenta que la ahora recurrente padecía patologías auditivas previas, lo que denota la existencia de una indudable concausa en la génesis de la pérdida auditiva como es el proceso infeccioso subyacente en el cuadro de fiebre detectado en el "Hospital N.". Por otro lado, su historial clínico pone de manifiesto una anterior y continua trayectoria de intervenciones médicas cuya variedad (gastrointestinales, ginecológicas, traumatológicas y psiquiátricas) permiten sostener la creencia de que la actora somatiza problemas no físicos, circunstancias que impiden tener por cierta la relación de causalidad entre accidente y daño.

Además, descansando su reclamación en el informe de D. Iñaki ha de tenerse en cuenta que éste narra los hechos que le han sido referidos; y así reseña que el primer accidente le ocasionó otorragia en el oído derecho cuando en el parte de urgencias emitido por el "Hospital G." el día del accidente consta expresamente "No otorragia". De otra parte, en la documentación de las exploraciones practicadas lo más que se dice es que existió una contusión auricular, y, lo que es más relevante, que las audiometrías aportadas por la recurrente son fruto de técnicas que dependen de la voluntad de la explorada, careciendo de valor objetivo para probar el daño alegado, sin que tampoco el informe médico que se aporta como documento núm. 9 con la demanda pruebe la relación de causalidad pues los hechos en él considerados se hacen por referencias de la interesada, sin que exista juicio técnico del informante que relacione la situación actual de la paciente con los accidentes ocurridos cinco años antes.

SEGUNDO.- Se muestra ahora obligado recordar que la acción jurídica de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se corresponde con el ejercicio del derecho conferido a los ciudadanos por el artículo 106.2 de la Constitución para verse resarcidos de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

En el momento de dictado de la resolución administrativa que ahora se sujeta a control jurisdiccional, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aparece regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Una nutrida jurisprudencia (reiterada en las SSTS -3ª- 29 de enero, 10 de febrero y 9 de marzo de 1998) ha definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

a) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -"en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"-;

b) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido;

c) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad, entendiéndose la referencia al "funcionamiento de los servicios públicos" como comprensiva de toda clase de actividad pública, tanto en sentido jurídico como material e incluida la actuación por omisión o pasividad; y entendiéndose la fórmula de articulación causal como la apreciación de que el despliegue de poder público haya sido determinante en la producción del efecto lesivo; debiéndose de precisar que para la apreciación de esta imputabilidad resulta indiferente el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa que provoca el daño, o la culpa subjetiva de la autoridad o Agente que lo causa;

d) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor;

e) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad -"en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas"-.

TERCERO.- Planteada la cuestión en los términos mencionados, procede abordar en primer término la causa de inadmisión que invoca la Administración demandada cual es la extemporaneidad del recurso por haber operado la prescripción de la acción.

Alegación que no puede ser aceptada toda vez que, habiendo tenido lugar los hechos objeto de la presente litis, los días 19 de Abril y 24 de Mayo de 1991, la reclamación formulada ante la

Administración el día 30 de Julio de 1991 por el padre de la entonces menor interrumpió la prescripción, sin que la formulada el 10 de Julio de 1992 merezca la consideración del Tribunal al ser superflua e innecesaria pues es lo cierto que, no habiendo obtenido una respuesta a la planteada el 30 de Julio de 1991, todavía podía estar a la espera de una resolución expresa que no se produjo, siendo de ver que los plazos a que se refiere el artículo 142 de la L.P.A. permiten que el interesado pueda entender desestimada su reclamación cuando la Administración no notifique su decisión (art. 141.3 L.P.A) y que el Tribunal Constitucional ya en Sentencia de 21 de Enero de 1986 declaró que ante la falta de resolución expresa de la Administración, en el caso de silencio negativo, el interesado puede optar por tener por denegada su pretensión y ejercitar los recursos pertinentes en los plazos legalmente establecidos, contados desde que se presume producida la denegación o bien esperar a que la Administración se pronuncie.

Con apoyo en la citada Sentencia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones sobre la naturaleza y efectos del silencio administrativo negativo y sus consecuencias procedimentales en relación a la tutela judicial efectiva. Así en la Sentencia de 18 de Marzo de 1995 se dice que del hecho de que la Administración vulnere el ordenamiento jurídico, infringiendo su deber de resolver expresamente las peticiones y recursos de parte, ningún menoscabo puede derivarse para el derecho a la tutela judicial efectiva del administrado ya que, en definitiva, al ser el acto denegatorio presunto por silencio una ficción legal introducida en beneficio del administrado y no existir, por tanto, acto administrativo propiamente dicho, no puede aplicarse al mismo la calificación de consentido, por razón del tiempo transcurrido y de definitivamente inimpugnabile; sin olvidar tampoco que no es razonable primar la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera resuelto y notificado la resolución reglamentariamente.

En igual sentido la STS de 28 de Octubre de 1996 ha recordado una reiterada doctrina que ha venido a establecer que el silencio no es una opción para que la Administración pueda elegir entre resolver expresamente o no hacerlo, sino una garantía para los administrados frente a la pasividad de los Organos obligados a resolver, garantía de la que se pueda hacer uso o esperar a la resolución expresa, sin que ello pueda comportar en principio ningún perjuicio al interesado.

CUARTO.- Despejada esta cuestión que pudiera constituir un obstáculo relativo al pronunciamiento, pertinente es abordar la cuestión de fondo.

A este efecto, y desde la perspectiva que ha quedado expuesta en el segundo fundamento jurídico de la presente resolución, es de ver que, en el supuesto que ahora se enjuicia, la oposición central al éxito del recurso se basa en negar la concurrencia de la necesaria relación de causalidad entre los accidentes y el daño. Y así, siendo incuestionable la existencia de lesión se ha de precisar que, para que proceda la acción de responsabilidad patrimonial, se requiere también que entre la actuación administrativa y el perjuicio producido exista una relación de causalidad (artículo 139.1 de la Ley 30/1992) o, lo que es igual, que los daños o lesión producidos sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

De igual modo debe también tenerse presente que sólo serán indemnizables los daños que el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportar de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 de la citada Ley 30/1992).

QUINTO.- Pues bien, en el supuesto que ahora se examina y, tras un detenido examen de todo lo actuado, se llega a conclusión distinta de la que se propugna por la parte recurrente en su escrito de demanda, toda vez que los distintos informes médicos que obran en las actuaciones no permiten tener por acreditada sin género de duda la existencia de la lesión que se aduce en el momento en el que se emite el certificado médico de 18 de Julio de 1991 por el Dr. D. Iñaki en el que la parte recurrente hace descansar la existencia de la lesión ni que la etiología de su padecimiento (hipoacusia bilateral) tenga su causa en los dos episodios por ella referidos ya que, como luego se razonará, falta la constatación objetiva de que la lesión padecida existiera ya en ese momento (18 de Julio de 1991) así como que la misma haya sido generada por los dos impactos de balón sufridos los días 19 de Abril y 24 de Mayo de 1991 en el Colegio Público "S." donde cursaba sus estudios de 8º de E.G.B.

En efecto, se ha de significar que en primer término se echa en falta la práctica de una prueba pericial que abone la tesis de la actora, siendo de ver, por otro lado, que el certificado médico

de D. Iñaki, (folio 36 del expediente) emitido en fecha 18 de Julio de 1991 y ratificado en prueba testifical, si bien refiere que la entonces menor presentó en el mes de Abril de 1991, como consecuencia de un traumatismo, una conmoción laberíntica en el oído derecho que le ocasionó vértigos y una pérdida total de audición, acúfenos y otorragia en dicho oído y que, estando en tratamiento médico, presentó una nueva conmoción laberíntica, consecuencia de otro traumatismo, esta vez en oído izquierdo, con vértigos y pérdida del 70% de la audición y acúfenos en dicho oído, tal informe adolece, sin embargo, de la contundencia y asertividad que hubiera sido precisa para establecer, no sólo la existencia de lesión a ese momento, sino también la relación causal entre las lesiones padecidas y la causa que las produjo y, desde luego, estima la Sala que no puede otorgarse a dicho certificado la virtualidad suficiente para disipar las dudas que plantean otros elementos probatorios tales como:

a) el hecho de que en el informe referido de D. Iñaki se hable de que en el oído derecho se presentó otorragia en tanto que, como bien se aduce por la defensa de la Administración, en la Hoja de Urgencias del "Hospital G." donde es atendida la actora el día 19 de Abril de 1991 y que obra al folio 25 del expediente, expresamente se recoge que a la exploración no existe otorragia (salida de sangre por el conducto auditivo), síntoma éste que la Sala entiende que, de haberse producido, no hubiera pasado desapercibido, pues es razonable pensar que, si hubiera existido en realidad tal otorragia, así se hubiera hecho constar en la referida hoja de Urgencias en la que, como diagnóstico provisional, se indica "Contusión en oído derecho";

b) Por otro lado, debe tenerse igualmente presente el antecedente que supone la hoja de interconsulta del "Hospital N." (que obra al folio 185 del expediente administrativo) en la que se constata que el día 12 de Marzo de 1991 y, por consiguiente, en fecha anterior al primero de los episodios que aquí nos ocupan, la paciente presentaba fiebre alta de un mes de evolución con odinología y otalgia derecha sin supuración, sin que remitiera con los antibióticos pautados ni la fiebre ni la clínica, señalando también a la exploración general no adenopatías, faringe y otoscopia derecha dolorosa. Y aun cuando, ciertamente, en la referida hoja de interconsulta se indica asimismo que la exploración O.R.L. es normal así como los tímpanos, apreciándose, no obstante, dolor a la presión en articulación tempora-mandibular para concluir con que no se ve patología O.R.L. actualmente, sin embargo no consta que se le hayan practicado audiometrías o cualesquiera otras pruebas en orden a poder demostrar la audición que presentaba entonces la actora.

Y lo que es más relevante, que el informe médico emitido el 3 de Marzo de 1998 por D. Jesús, a la sazón jefe del Servicio de O.R.L. del "Hospital N." ha puesto de manifiesto que la paciente volvió a ese servicio el 30 de Julio de 1991 y que, aun cuando en las audiometrías que aportó la actora que le fueron realizadas en el ambulatorio el 15 de Mayo de 1991 se aprecia una hipoacusia profunda de oído derecho y audición normal en el izquierdo y que en la practicada el 21 de Junio del mismo año se mantiene la cofosis (sordera) de oído derecho y una hipoacusia moderada del oído izquierdo, sin embargo, la exploración ORL llevada a cabo en el Servicio fue normal, refiriendo el citado informe que, ante la duda de simulación por parte de la paciente, se le realizó un nuevo estudio audiométrico que confirmó sus sospechas al resultar normal, lo que motivó que se le hicieran varios test y pruebas, entre ellos, el test de Stenger que se lleva a cabo en casos de sorderas simuladas, indicando el informe que fueron negativos por lo que, ante la discrepancia existente entre los resultados obtenidos en dicho Servicio y los que presentó la paciente, se le pidió la realización de otra prueba de potenciales evocados auditivos sin que a partir de dicho momento, según reseña el informante, se haya vuelto a ver a la paciente, estableciéndose como diagnóstico en su momento: Simulación de pérdida auditiva.

Los elementos de juicio a que se ha hecho mención no pueden quedar desvirtuados por el contenido del informe emitido el 25 de Septiembre de 1996 por el Dr. D. Esteban del Instituto de Otología G." de Barcelona pues, con ser cierto que en éste se constata que las exploraciones audiométricas practicadas a la actora revelan que la misma padece una pérdida total de audición en el oído derecho así como una hipoacusia neurosensorial del oído izquierdo cuyo nivel auditivo se encuentra en torno a los 55 decibelios, también lo es que no cabe soslayar que tal reconocimiento se lleva a cabo más de cinco años después de cuando acontecieron los hechos por lo que mal pueden servir para demostrar los niveles de audición que presentaba la recurrente entonces, ni menos, para establecer la relación causal entre las lesiones que padece y los accidentes sufridos. Por otro lado, tal informe únicamente acredita la existencia de las lesiones en ese momento, extremo éste que ni siquiera ha sido puesto en tela de juicio por la Administración, pero en absoluto prueba lo que precisamente se cuestiona de contrario cual es

que los impactos sufridos con el balón los días 19 de Abril y 24 de Mayo de 1991 sean la causa de esas lesiones, habiendo de convenirse por ello en que, tal y como se argumenta por la defensa de la Administración, el hecho de que se le haya practicado a la recurrente la prueba de potenciales evocados en el año 1996 sólo evidencia que la lesión existe entonces, pero no que existiera en 1991, ni tampoco puede servir, como antes se dijo, para demostrar que tales lesiones tengan su etiología en los impactos de balón que sufrió la actora en las fechas referidas.

Siendo de añadir que tampoco cabe desconocer que ya en el Juicio de Menor Cuantía núm. 93/93 que se sustanció en el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao se practicó prueba pericial médica por médico especialista en otorrinolaringología, resultando designada D^º M^º José, quien emitió dictamen el 20 de Julio de 1993 señalando que, si bien la hipoacusia podría estar relacionada con los traumatismos sufridos el 19 de Abril y el 24 de Mayo de 1991, sin embargo sólo sería demostrable dicha relación si la paciente poseyera audiometrías anteriores a dicha fecha que demostrasen que su audición era normal. Añadiendo dicho informe que en cuanto a la relación de causalidad entre la hipoacusia actual y el informe del estado de la paciente de 12 de Marzo de 1991 en el que se dice que la exploración ORL es normal y los tímpanos normales, sin embargo, no se aporta ni se habla de una exploración audiométrica que establezca su estado de audición por lo cual no se puede establecer ninguna relación.

Con tales antecedentes fácticos es patente que, en contra de lo que se postula por la parte actora, no puede tenerse por acreditada la existencia de la hipoacusia hasta el 20 de Julio de 1993 en que la perito designada en el pleito civil así lo constata, sin que tampoco esté demostrado que el origen de la hipoacusia bilateral que padece la recurrente tenga su causa en los impactos sufridos con los balones en las fechas 19 de Abril y 24 de Mayo de 1991.

SEXTO.- Por otro lado, y con abstracción de lo anterior, tampoco se estima probado en el supuesto de actual referencia el nexo causal necesario entre el funcionamiento del servicio público y las lesiones que padece pues sin perjuicio de tener presente que la relación de causalidad aparece interferida por la acción de dos terceros, tampoco aparece demostrado que el servicio público funcionara anormalmente como se sostiene en el escrito de demanda, habida consideración que, respecto al traumatismo sufrido el 19 de Abril de 1991, con ocasión de encontrarse la actora en el patio de recreo del centro escolar donde cursaba sus estudios, se imputa responsabilidad a la Administración por la circunstancia de que, siendo hora lectiva de gimnasia, al hallarse ausente el profesor como, según se afirma, era práctica habitual en el centro, ello ocasionaba que los alumnos se encontraran libremente en el patio. Sin embargo, para llegar a tal conclusión de existencia de responsabilidad se hubiera requerido la práctica de otros mecanismos probatorios como pudiera ser, a título de ejemplo, la acreditación de que, de haber estado presente el profesor en la clase de gimnasia, no se hubiera permitido la práctica de juegos con el balón pues en otro caso, esto es, si dicha práctica estuviera permitida no resulta evidente que la presencia del profesor hubiera evitado el hecho.

Otro tanto cabe decir respecto al impacto sufrido el día 24 de Mayo del mismo año toda vez que, si bien se sostiene por la parte recurrente que los accidentes se debieron a un funcionamiento anormal de los servicios públicos por "culpa in vigilando" o "culpa in omitendo", imputando el resultado a una deficiente organización y programación de actividades, reducida o inexistente vigilancia y control del alumnado por el profesorado en el recreo es lo cierto que tales alegatos no pasan de ser meras afirmaciones genéricas sin sustento probatorio alguno.

Por otro lado, el argumento que se dirige a poner de manifiesto lo evidente de la inadecuación de permitir a alumnos de catorce años el uso de balones dentro del centro escolar, no puede ser compartido por esta Sala por entender que es notorio que la práctica de juegos con balón en el recreo por alumnos de esa edad (14 años) es una actividad que, lejos de revelarse inadecuada de manera evidente, se perfila como una práctica cotidiana y normal.

Consideraciones que conducen a estimar que, en el supuesto que ahora se enjuicia, tampoco resulta acreditado una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y las lesiones que padece la actora.

SEPTIMO.- Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso en los términos en que se plantea; sin que se infieran méritos para, atendidas las especiales circunstancias a que se

refiere el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional, hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

FALLO

QUE CON DESESTIMACION DE LA CAUSA DE INADMISION OPUESTA POR LA ADMINISTRACION, DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS EL PRESENTE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 436/96 INTERPUESTO POR LA PROCURADORA D^a MARÒA DOLORES RODRIGO VILLAR EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE D^a M^a Nieves CONTRA LA DENEGACION POR SILENCIO DE LA RECLAMACION PRESENTADA POR LA RECURRENTE EN FECHA 6 DE MARZO DE 1995 ANTE LA DELEGACION TERRITORIAL DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACION DEL GOBIERNO VASCO POR IMPORTE DE 20.000.000 PTS. POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA DEFICIENTE ORGANIZACION, PROGRAMACION Y VIGILANCIA DE LAS ACTIVIDADES ESCOLARES EN EL COLEGIO PUBLICO "S.", SIN QUE PROCEDA EFECTUAR EXPRESA IMPOSICION DE LAS COSTAS DEVENGADAS.

3.- Jurisprudencia sobre responsabilidad civil en otros ámbitos profesionales del deporte.

AP Málaga, sec. 4^a, S 30-5-2005, nº463/2005, rec.1002/2004. Pte: Torres Vela, Manuel

Resumen: Se formula reclamación de responsabilidad como consecuencia de lesiones sufridas por caída en ejercicio de carrera efectuado sobre un tatami siguiendo expresas instrucciones del monitor demandado. La Audiencia desestima la reclamación por entender que no se ha acreditado que el tatami donde se desarrollaba la clase era deficiente ni que los ejercicios ordenados fueran inseguros, peligrosos, dificultosos o inadecuados. La Audiencia considera que la persona lesionada asume los riesgos inherentes a la actividad deportiva desarrollada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 27/10/03, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que desestimando íntegramente la demanda presentada por el procurador D. Agustín Moreno Kustner en nombre y representación de D^a Esperanza contra d. Jesús Manuel y contra seguros RGA debo absolver y absuelvo a los citados demandados de las pretensiones de condena ejercitadas en su contra. Se imponen a la parte actora las costas procesales.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta Sección de la Audiencia, donde se formó rollo y se ha turnado de ponencia. La votación y fallo ha tenido lugar el día 03/05/05 quedando visto para sentencia.

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

Visto, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL TORRES VELA quien expresa el parecer del Tribunal.

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como motivo de recurso se invoca por la parte actora errónea apreciación de la prueba practicada por parte del juzgador de instancia e infracción por inaplicación de los arts 1902 y 1903 del CC , por entender que las lesiones sufridas por su representada lo fueron a consecuencia de la caída producida al afectar sobre un tatami un ejercicio de carrera hacia

atras siguiendo expresas instrucciones que le impartía el demandado, profesor y monitor D. Jesús Manuel, cuando es sabido que dicha superficie no reúne las condiciones adecuadas de seguridad para que se practique sobre la misma un ejercicio de carrera, sobre todo si como aquí aconteció la práctica deportiva se llevó a cabo sin llevar puestas las zapatillas de deporte por indicación del monitor, a quien, según reiterada jurisprudencia, se le exige un plus de diligencia en la toma de medidas de precaución.

Los codemandados, por su parte, impugnaron las alegaciones efectuadas de contrario, solicitando la confirmación de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Al abordar el recurso se hace preciso recordar, siguiendo la doctrina jurisprudencial, que como señala la STS núm. 186 de 2 de Mayo de 2000 , ante todo hay que decir que el artículo 1902 del Código Civil , así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del Código Civil, del cual surge la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual - también "aquiliana" por haber sido introducida en el área jurídica por la "Lex Aquilina del siglo III a. de C."- figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no solo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación "in vigilando" y a un "plus" en la diligencia normalmente exigible. Desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el art. 1902 del Código Civil, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que "la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del art. 1902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado", y, sigue diciendo "por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del - riesgo -, bien de su equivalente del de - inversión de la carga de la prueba -, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado (dicho art. 1902 del Código Civil)". Ello, no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica, (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero)". Ahora bien, toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) Una acción u omisión ilícita, b) La realidad y constatación de un daño causado, c) La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa y d) Un nexo causal entre el primer y segundo requisitos (como sentencia epitome se señala la dictada el 24-XII-92).

Así mismo, la sentencia del TS de 22 de octubre de 1992 parte igualmente de la no aplicación al ejercicio de una actividad deportiva de la denominada teoría del riesgo como criterio objetivador de la responsabilidad civil, por no concurrir los condicionantes que posibilitan su juego jurídico, señalando, al respecto, al aplicar el art. 1902 del CC, que dicho: "... precepto que aún cuando considerablemente objetivado por esta Sala, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social ha conducido a una llamada socialización de responsabilidades, lo que no es, en principio al menos de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular que del ejercicio de una actividad de ese género pueda derivar y va implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea del riesgo que como objetivación de la responsabilidad ha dado lugar a la aparición de una especial figura responsabilicia, en cuanto ésta se encuentra fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias

que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado en primer y fundamental lugar por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la sociedad en general, y en cuanto al directamente explotador del medio, por los beneficiarios que a través de ello obtiene, nada de lo cual acontece en casos como el presente en el que concretamente y por lo que a él se refiere, no era un deporte de masas, ni siquiera cultural, sino al igual que acontece con otros deportes como el tenis a estos niveles, la natación, etc, no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la sociedad actual que a nivel individual vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas de las agotadoras horas de servicio o trabajo diario, en medios lo suficientemente asperos y en ocasiones hasta agresivos, como suelen ser aquellos en que se desenvuelven actualmente las tareas laborales, provoca en la persona la necesidad de acudir a manera de "válvula de escape" a la práctica de ciertos deportes de carácter más bien individualista".

TERCERO.- En el caso enjuiciado en aplicación concreta de la normativa legal aplicable y jurisprudencia que la interpreta a que se ha hecho mención, la reclamación formulada no puede tener favorable acogida por el solo hecho del accidente sino por la consecuencia de culpa del demandado y de la aseguradora de su gimnasio, que en modo alguno se apreciaron en el proceso, ya que de una parte, no se acreditó por la recurrente que la superficie del tatami donde se desarrollaba la clase de gimnasia, concretamente en fase calentamiento mediante carrera hacia adelante y hacia atrás, se encontrara en mal estado o no fuera la adecuada para la práctica de dicha actividad deportiva, sobre todo cuando consta que era práctica habitual la realización de dichos ejercicios, que la actora, además, venía realizando desde que meses antes asistía al gimnasio, y si a ello se une al dato acreditado testificalmente por las declaraciones de los Sres Narciso y Javier, que igualmente asistieron a dicha clase y que realizaban iguales ejercicios, en el sentido de que la caída de aquella vino propiciada de manera fortuita al trastabillarse y tropezar con sus propios pies (ver testimonios prestados en acto de juicio), es evidente que no cabe atribuir responsabilidad o negligencia alguna al demandado, a la sazón monitor y propietario del referido gimnasio, pues, respecto de su actuación como tal, que igualmente se cataloga por la recurrente de negligente en orden a la exigencia de responsabilidad que se formula en su contra, tampoco consta, al no acreditarse en modo alguno, que tales ejercicios fueron inseguros, peligrosos, dificultosos o inapropiados, atendidas las circunstancias de las personas que los realizaban o del lugar en que se ejecutaban, mas alla del riesgo que puede comportar cualquier actividad deportiva o de gimnasia como la de autos, libremente aceptada y consentida por quien la realizaba de manera voluntaria.

No siendo, por tanto, aplicable al presente caso una responsabilidad objetiva, que indudablemente no se da por la naturaleza de la actividad desarrollada, ni siquiera la teoría de la responsabilidad por riesgo, pues no es suficiente cualquier riesgo para que esta sea aplicable, y como se ha dicho, el riesgo que comportaba la realización de determinados ejercicios como el que nos ocupa (carrera hacia atrás) en el curso de una clase de gimnasia no tiene la relevancia para ser calificado como tal a los efectos pretendidos por la recurrente, que, además y, en cualquier caso, fue libremente asumido por ésta, por lo que resulta procedente, con desestimación del recurso estudiado, la íntegra confirmación de la sentencia apelada, que se encuentra ajustada a derecho.

CUARTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena de la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados

FALLO

Que desestimando el recurso de apelación estudiado contra la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Velez Málaga, de fecha 27 de octubre de 2003, en los autos de juicio ordinario núm. 399/01, de que dimana el presente rollo, debemos confirmar dicha resolución, condenando a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

AP Huesca, sec. 1ª, S 19-10-2004, nº192/2004, rec.14/2004. Pte: García Castillo, José Tomás

Resumen: Se formula reclamación de responsabilidad contra empresa de deportes de aventura por lesiones sufridas por deportista durante el desarrollo de la actividad de barranquismo. Se desestima la sentencia pues se considera que no queda probado que el monitor careciera de los conocimientos imprescindibles para el desarrollo de la actividad o que dejara de observar la diligencia exigible con relación a las circunstancias del lugar y a las características de la persona lesionada. Además, esta persona realizó el salto libre y voluntariamente a pesar de que se le ofreció una vía alternativa que también podía haber utilizado. Según la sentencia, contratar un monitor o guía no puede ser una suerte de seguro a todo riesgo o un derecho a ser indemnizado de todas las lesiones durante la práctica de un deporte de riesgo libre y voluntariamente asumido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la Sentencia impugnada.

SEGUNDO : El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha treinta y uno de julio de dos mil tres la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO = Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Sra. Bernués Sauqué en representación de Irene contra Rafting Aguas Blancas S.L. y Centro Asegurador Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. debo: 1º) Absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos deducidos en su contra. 2º) Condenar y condeno a Irene a abonar las costas de dicho procedimiento".

TERCERO : Contra la anterior Sentencia, la demandante Irene dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda. A continuación, el Juzgado dio traslado a los demandados Centro Asegurador Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y Rafting Aguas Blancas S.L. para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable, en cuyo trámite la representación de ambos codemandados formuló en tiempo y forma escrito de oposición por el que solicitó la confirmación de la Sentencia recurrida.

CUARTO: Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 14/2004. Personadas las partes ante esta Audiencia, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar el pasado día 7 de octubre. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : Se alega como primer motivo del recurso error en la redacción de los hechos que se han declarado como probados, pues considera la apelante que entre tales hechos se contienen extremos no acreditados, afirmaciones incompletas y omisiones. El motivo no puede ser estimado. En primer lugar, se cuestiona que se haya dado por probado que a los participantes en la actividad de barranquismo que desarrollaba la recurrente se les realizó un "cuestionario verbal" sobre su experiencia en actividades de riesgo, pues señala la recurrente que no existe un documento escrito en donde, a modo de cuestionario, se hubieran formulado preguntas determinadas a fin de obtener respuestas específicas. Sin embargo, y según se desprende de la fundamentación de la Sentencia, la juzgadora de instancia ha considerado que a todos los participantes, incluida la recurrente, se les impartieron por el monitor, primero de forma genérica y después a medida que se iba desarrollando el descenso del barranco, las instrucciones suficientes para llevar a cabo el recorrido sin más riesgos que los derivados de la

propia actividad, sin que esta conclusión, a criterio de la Sala, sea en absoluto errónea o equivocada a la vista del resultado de la prueba practicada en primera instancia, y ello no sólo porque el monitor haya manifestado durante el juicio que dio instrucciones generales y específicas durante el recorrido sino porque la propia accidentada y sus compañeros reconocieron que el monitor les indicaba siempre las maniobras más aconsejables y que les iba informando "sobre la marcha" de cómo debían realizar la actividad, de modo que los participantes iban adquiriendo la debida información sobre la forma de desarrollar cada uno de los tramos del descenso y, por extensión, sobre el riesgo que se trataba de prevenir.

También se ha criticado en el recurso que en los hechos que se declaran probados no exista un pronunciamiento sobre la causa exacta por la que la caída de la recurrente se califica como "inapropiada", pero ya se especifica en la fundamentación jurídica de la Sentencia que tal inadecuación se debió a que la accidentada, al realizar el salto, cayó sentada en lugar de semiflexionada, tal y como se le había indicado por el monitor, siendo ésta, y no otra, la causa que la recurrente echa de menos en la relación de hechos que se entienden probados. Finalmente, se reprocha a la juzgadora de instancia que haya expresado que la recurrente realizó el salto tras haber observado que ya lo habían hecho el resto de sus compañeros y "siendo animada por todos ellos", pues no se especifica que también fue animada por el monitor, pero consideramos que se trata de una circunstancia cuya relevancia es muy relativa dado que, como ha quedado claro a través de la prueba y como la propia accidentada reconoció, ella realizó el salto libre y voluntariamente en lugar de optar por una vía alternativa que también podía haber utilizado para eludir el salto, hecho que se reconoce desde la propia demanda.

SEGUNDO : Se denuncia igualmente error en la apreciación de la prueba al considerar la recurrente que existió negligencia por parte del monitor y de la propia empresa codemandada. Hemos de señalar, con relación al primero, que no consta en absoluto que la Sra. Juez "a quo" errara en su valoración probatoria al afirmar que el monitor impartió a todos los participantes las instrucciones necesarias de cara a la realización del salto -de unos ocho metros de altura-, sin que conste, por otra parte, que existiera alguna circunstancia que hubiera obligado al monitor a impedir que la apelante saltara, a lo que hay que añadir que, como se señala en la Sentencia, el monitor permaneció junto a ella y no la dejó sola -pues fue la última del grupo que saltó-, debiendo suponerse que también la habría acompañado si ella hubiera decidido utilizar la vía alternativa, máxime cuando, teniendo en cuenta que el resto de los participantes ya había saltado, no era necesario que el monitor también lo hiciera. Tampoco se ha probado en absoluto que el monitor careciera de los conocimientos imprescindibles para el ejercicio de su actividad, pues él mismo dio cuenta de su titulación por la Escuela Española de Alta Montaña, sin que pueda afirmarse, en suma, que en algún momento dejara de observar la diligencia exigible con relación a las circunstancias del lugar y de la persona de la actora. Otro tanto hay que decir de la empresa demandada, pues no se ha demostrado ni que tuviera a su servicio un monitor no cualificado ni que empleara una publicidad engañosa por no aludir en ningún momento al riesgo inherente a la actividad que ofrecía, pues parece innegable que la participante, en el momento en que decidió realizar un salto de ocho metros, era consciente del riesgo que implicaba dicha actividad y lo asumió voluntariamente, máxime cuando había recibido las instrucciones precisas para saltar de la forma más adecuada.

TERCERO : Se alega como tercer motivo de recurso infracción de varias normas sustantivas, entre las que se mencionan en primer lugar los arts. 7 y 10 del Decreto 146/2000 del Gobierno de Aragón. Hay que señalar a este respecto que, insistiendo en que el monitor no carecía de titulación y disponía de los conocimientos suficientes para realizar su actividad, al tiempo que informaba sobre la marcha a los participantes sobre la forma más idónea en que debían realizar cada parte del recorrido, ha de considerarse que el más o menos estricto grado de cumplimiento de las dos referidas normas, con independencia de las consecuencias de orden administrativo que pudieran seguirse, no guarda en este caso relación causal con las lesiones sufridas por la recurrente, quien recibió unas indicaciones antes de realizar el salto y lo hizo de forma libre y voluntaria. En cuanto a la supuesta infracción de la legislación de consumidores y usuarios, ya en la Sentencia apelada se insiste en que no se aprecia conducta negligente de ninguna clase ni en el monitor ni en la empresa. Finalmente, y en cuanto a la responsabilidad objetiva que en opinión de la apelante ha de exigirse a la parte demandada, y que en el recurso trata de apoyarse con cita de resoluciones dictadas por esta Sala, hemos de insistir en que, siendo en términos generales cierto que en la responsabilidad por riesgo sólo podrá exonerarse el causante del daño cuando demuestre que su actuación fue conforme a la

diligencia exigible en el desarrollo de su actividad, debe existir previamente una relación causal entre la conducta del agente y el daño sufrido, que ha de quedar suficientemente acreditada y que no puede presumirse o derivar de simples conjeturas, e insistimos en que no ha quedado de manifiesto un nexo de causalidad entre la actuación del monitor o de la empresa y las lesiones sufridas por la actora, ya que, como bien se señala en la Sentencia, fue ella misma quien realizó el salto por su propia voluntad, máxime cuando podía haber bajado por una ladera adyacente, de modo que existió una asunción voluntaria del riesgo por parte de la accidentada.

Hemos de concluir, en suma, en un sentido similar a lo declarado en nuestra Sentencia de 26 de noviembre de 2002 EDJ2002/65614 , que fue la propia actora quien decidió realizar un deporte de riesgo, cual es el descenso de barrancos, y que el monitor le explicó cuanto un guía podía explicar, siendo ya decisión de la deportista el practicar o no el descenso, máxime cuando existía una vía alternativa que permitía obviar el obstáculo. El guía no hizo nada para causar el accidente, ni tampoco, por acción u omisión, para incrementar el riesgo consustancial a la actividad que la recurrente quiso practicar, asumiendo así los riesgos naturales que el llamado barranquismo lleva consigo. No existe ninguna prueba que permita afirmar que en la realización del salto existiera un riesgo mayor al que se supone asumido por cualquier persona que decida practicar este deporte , que es de riesgo, lo cual no quiere decir sino que en ocasiones, sin intervención de nadie, dicho riesgo se materializa en lesiones más o menos graves, las que el azar dicta, por muy acompañado que se vaya con un guía, que viene obligado a minimizar los riesgos pero que nada puede hacer para neutralizarlos completamente desde el momento en que el deportista decide adentrarse en el cauce del barranco, que por su propia naturaleza es un medio poco hospitalario. Tampoco hay que olvidar que, antes de que lo hiciera la recurrente, ya habían saltado los otros participantes de la excursión, a quienes, como a la actora, se les había explicado de qué forma tenían que saltar a fin de que atenuaran la penetración en el agua, y es claro que la recurrente pudo ver a todos los participantes que saltaron con anterioridad, lo que le permitió apreciar por sí misma, antes de lanzarse, las características del salto y de la caída, de modo que la apelante asumió libre y voluntariamente los riesgos que el salto tenía, siendo claro, por último, que el contratar a un guía no puede ser una suerte de seguro a todo riesgo para ser indemnizado de cuantos perjuicios se puedan desencadenar durante la práctica de una actividad de riesgo libre y voluntariamente elegida.

CUARTO: Se solicita finalmente que el recurso se estime al menos de manera parcial a fin de dejar sin efecto la condena en costas recaída en primera instancia. Sin embargo, ninguna de las circunstancias mencionadas por la parte recurrente (quien habla, literalmente, de la complejidad del pleito traducida en la extensión de la Sentencia, la complejidad probatoria, el tiempo transcurrido entre la audiencia previa y la vista oral -algo más de cuatro meses-, la estrecha línea divisoria entre la estimación o la desestimación de la demanda y los muchos motivos de este recurso) debe operar, a criterio de la Sala, como causa de exclusión del principio del vencimiento objetivo contemplado en el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso, por tanto, ha de ser rechazado en su integridad, con condena de la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada (art. 398.1 de la misma Ley).

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación, y por todo lo que antecede,

FALLO

: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Irene contra la Sentencia dictada con fecha treinta y uno de julio de dos mil tres por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña en los autos anteriormente circunstanciados, confirmamos íntegramente dicha resolución y condenamos a la citada apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.