



Roj: **SAP IB 629/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:629**

Id Cendoj: **07040370022020100108**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **2**

Fecha: **29/04/2020**

Nº de Recurso: **15/2020**

Nº de Resolución: **142/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Procedimiento abreviado**

Ponente: **RAQUEL MARTINEZ CODINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00142/2020

-

PLAÇA DES MERCAT, 12

Teléfono: 971716982/971723840

Correo electrónico: audiencia.s2.palmademallorca@justicia.es

Equipo/usuario: IMS

Modelo: N45650

N.I.G.: 07040 77 2 2018 0005593

RP APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000015 /2020

Juzgado procedencia: JUZGADO DE MENORES N.2 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: EXPEDIENTE DE REFORMA 0000300 /2018

Recurrente: MINISTERIO FISCAL, CAIB CAIB , Tomás

Procurador/a: D/Dª , ,

Abogado/a: D/Dª , LETRADO DE LA COMUNIDAD ,

Recurrido: IMAS, ZURICH

Procurador/a: D/Dª , ONOFRE PERELLO ALORDA

Abogado/a: D/Dª LETRADO DIPUTACION PROVINCIAL,

SENTENCIA núm. 142/2020

Ilmas. Sras.:

DOÑA MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ MIRÓ.

DOÑA MÓNICA DE LA SERNA DE PEDRO.

DOÑA RAQUEL MARTÍNEZ CODINA.

En Palma de Mallorca, a veintinueve de abril de dos mil veinte.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección segunda, compuesta por las Ilmas. Sras. Magistradas Doña María del Carmen González Miró, Doña Mónica de la Serna de Pedro y Doña Raquel Martínez Codina, ha entendido del recurso de apelación contra la sentencia de 16.10.2019, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del



Juzgado de Menores nº 2 de Palma, registrado como rollo número 15/2020, procediendo, de conformidad a lo dispuesto en la LECrim., a dictar la presente resolución sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por sentencia de fecha 16.10.2019, la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Menores nº 2 de Palma de Mallorca dictó sentencia conteniendo los siguientes hechos probados:

*"Atendiendo a la conformidad de los menores manifestada en la audiencia, se estima probado y como tal se declara que Doroteo , con DNI NUM000 nacido el NUM001 -2003, sujeto a la tutela del Consell Insular de Mallorca por resolución del 30 de marzo de 2012, residiendo con medida de reforma en el Centro DIRECCION000 , en torno a las 14:06 horas del día 28 de abril de 2018, en el mencionado Centro DIRECCION000 , mantuvo una discusión con **vigilantes de seguridad** de dicho Centro, y con ánimo de atentar contra el principio de autoridad, realizó los siguientes hechos: Se abalanzó sobre el vigilantedel Centro Tomás propinándole varios puñetazos y patadas en la cabeza causándole de este modo lesiones consistentes en policontusiones y dermoabrasiones (contusión mitad externa pectoral izquierdo, cervicalgia), por las que precisó de una primera asistencia facultativa y de las que sanó en 5 días de perjuicio exclusivamente básico, sin secuelas".*

Conteniendo su parte dispositiva el siguiente tenor literal:

"Condeno al menor de edad en el momento de cometer los hechos Doroteo , cuyas circunstancias personales ya se han hecho constar, como autor de un delito de ATENTADO Y UN DELITO LEVE DE LESIONES y se le impone la medida de:4 MESES DE INTERNAMIENTO TERPAEUTICO EN REGIMEN SEMIABIERTO SEGUIDO DE 1 MES DE LIBERTAD VIGILADA. En concepto de responsabilidad civil, el menor en concepto de responsable civil directo, conjunta y solidariamente al Gobierno Balear, titular del centro de reforma donde se produjo el delito cometido por el menor, como responsables civiles solidarios, indemnizarán al Sr. Tomás en la cuantía de 150 euros por los 5 días de perjuicio exclusivamente básico (30euros el día de perjuicio exclusivamente básico), cantidad que han de incrementarse de conformidad con lo establecido en el art. 576 de la LE, absolviendo al IMAS y a Zúrich de toda condena civil".

SEGUNDO.- El MINISTERIO FISCAL formuló recurso de apelación. El/la Letrado/a del INSTITUT MALLORQUÍ D'AFERS SOCIALS (IMAS) se opuso al mismo. La Abogada de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ISLAS BALEARES se adhirió al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. La representación procesal de ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA se opuso al recurso.

TERCERO.- Constando la expresa renuncia del MINISTERIO FISCAL a la celebración de vista, expresa el parecer de la Sala como ponente, previa su deliberación, la Ilma. Sra. Magistrada Doña RAQUEL MARTÍNEZ CODINA.

HECHOS PROBADOS

Por reproducidos los de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal apela la sentencia únicamente en lo relativo a la responsabilidad civil, en la medida en que la Juzgadora *a quo* limita la responsabilidad civil al menor y a la Comunidad Autónoma, absolviendo al Consell Insular, a través del IMAS, y absolviendo por tanto también a la compañía de seguros de este último. Entiende el recurrente que, acorde con la jurisprudencia menor declarada por la misma Audiencia en casos similares, y según prevé el artículo 61 de la LORPM, la responsabilidad civil es solidaria, sin que pueda entenderse que la CAIB, como guardador de hecho, pueda ser el único responsable además del propio menor.

Se adhiere al recurso la Abogada de la CAIB.

El IMAS y la compañía aseguradora se oponen al recurso e interesan una sentencia confirmatoria. Consideran ambos que la responsabilidad civil debe ser impuesta al menor y a la Comunidad Autónoma de forma exclusiva, citando a tales efectos la misma SAP Baleares en las que expresó fundar su decisión la Juzgadora *a quo*.

SEGUNDO.- Esta Sección, tal como exponen las partes, ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el particular. Recientemente, Sentencia número 161/2019, de 3 de abril de 2019, Rollo número 58/2019, Expediente Reforma nº 146/2018. Y al respecto hemos dicho, Sentencia de esta Sección segunda de la Audiencia Provincial de 27.3.2014, recaída en el rollo 84/2014, que: *El artículo 61.3 de la LORPM dispone que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, por éste orden. Cuando*



éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

La norma de responsabilidad civil que consagra la LORPM insta para las personas mencionadas una responsabilidad cuasi-objetiva que nada tiene que ver con la responsabilidad por culpa o negligencia establecida en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Dicha responsabilidad además tiene siempre el carácter de solidaria y nunca puede ser excluida, aunque sí moderada, cuando los responsables prueben o acrediten (la carga de la prueba les corresponde a ellos) que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

El fundamento de la responsabilidad civil, según reiterada jurisprudencia, es doble: amparar los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil y protegiéndolas asimismo de la más que probable insolvencia económica de los menores y también se pretende una mayor implicación de los padres y demás responsables civiles en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos.

Como regla general la responsabilidad recae en ambos progenitores tanto biológicos como adoptivos y aunque se encuentren separados o divorciados con tal que no hayan sido privados de las funciones inherentes a la patria potestad sobre la base de distinguir, tal y como se hace en los procesos matrimoniales, entre guarda y custodia y mantenimiento de la patria potestad.

Asimismo son responsables los tutores y los guardadores legales o de hecho siendo de aplicación las normas del Código Civil en materia de tutela y a los efectos de determinar el concepto de guardador legal o de hecho.

En el presente caso la propia sentencia recurrida declara como hecho probado que Doroteo, sujeto a la tutela del Consell Insular de Mallorca por resolución del 30 de marzo de 2012, residía con medida de reforma en el Centro DIRECCION000, lugar donde se cometió el hecho delictivo.

En consecuencia, habiéndose encomendado al IMAS la tutela del menor, y aun cuando el mismo se encontraba bajo la custodia de la Comunidad Autónoma, siendo ésta la titular del Centro DIRECCION000, ambas administraciones deben responder civilmente de los daños ocasionados.

Cierto es que, en nuestra Comunidad Autónoma, la competencia en materia de menores se distribuye entre la CAIB y los Consells Insulares. Ello da lugar -en ocasiones- a que la administración que ejerce la tutela de un menor no sea la misma que se encarga de la ejecución de la medida impuesta - Consell Insular y CAIB respectivamente-. La guarda de hecho del menor por parte de la CAIB, que ejecuta la medida impuesta, no altera en modo alguno el ejercicio de la tutela por el Consell Insular. Ello se desprende de los artículos 70.3 y 30.39 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, así como la Ley 8/1997, de 18 de diciembre, que atribuye competencias a los Consells Insulares en materia de tutela, acogimiento y adopción y la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de atención y de derechos de infancia y adolescencia de las Islas Baleares, que regula las competencias en la materia, para concluir que las competencias de los Consells Insulares cuando asumen la tutela de menores de edad (que se ejerce a través del organismo autónomo IMAS), no quedan sin efecto o suspendidas por el hecho de que, posteriormente, ingresen en un centro de menores de la CAIB por haber delinquido. No existe precepto alguno que pueda amparar la interpretación contrario. La guarda de hecho del menor internado no otorga al guardador las competencias propias del tutor establecidas en el artículo 271 del Código Civil y la Ley 17/2006.

Se recoge la misma doctrina en las sentencias de esta Sección de la Audiencia Provincial de 19.6.2015, dictada en el rollo 238/2015, y en la sentencia de 16.7.2015, dictada en el rollo 277/2015. En ellas añadíamos:

"Respecto al concepto de guardador de hecho la Ley reguladora no define que ha de entenderse por tal y al respecto de si los centros docentes pueden o no estar integrados en esa categoría o grupo, la respuesta ha de ser afirmativa y ello por cuanto aunque las funciones tutelares y de vigilancia sobre el menor que ejercen los referidos centros son transitorias y meramente provisionales y no desplazan la responsabilidad de los padres, en tanto en cuanto la Disposición Final Primera de la ley reguladora dispone que "tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales", resulta por ello de aplicación el supuesto de responsabilidad civil que consagra 120.3 del CP, referida a: "las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionadas con el hecho punible cometido de modo que no se hubiera producido sin dicha infracción"; con la particularidad de que por efecto y aplicación directa de lo que establece el artículo 61.3, dicha responsabilidad no es subsidiaria como proclama el CP, sino que tiene el carácter de solidaria, con base al fundamento de la protección que consagra la Ley Penal del Menor dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad y el aseguramiento y amparo que concede a la víctima del delito frente a la conducta criminal del menor y su presumible falta de capacidad económica.



En especial el artículo 1.903, párrafo quinto dispone que "las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán de los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias".

Asimismo, cabe plantearse si el orden que establece el artículo 61.3 de la LORRPM es excluyente respecto del subsiguiente o no, es decir, si se puede exigir responsabilidad civil a varios de los distintos grupos que recoge el precepto o no, ya que así parece desprenderse de los términos utilizados por el legislador al introducir en la redacción del precepto la expresión "... por este orden". Del análisis de la doctrina y de la jurisprudencia se podría considerar la existencia de tres sistemas distintos: 1/ la tesis del orden excluyente en la que la existencia de miembros de un grupo anterior excluye la de los siguientes; 2/ la tesis del orden acumulativo que no impide establecer una responsabilidad solidaria de miembros de las distintas categorías nombradas en el artículo 61.3 y, finalmente, 3/ la tesis de la gestión efectiva del proceso educativo, según la cual serán responsables civiles solidarios los miembros de las categorías nombradas que en el momento de suceder los hechos delictivos eran los gestores reales del proceso educativo del menor, independientemente de la existencia de miembros de categorías anteriores.

Estos problemas de determinación de responsables se presentan con especial intensidad en los supuestos de concurrencia de padres biológicos u otros potenciales responsables junto con el titular del centro docente, cuyos profesores y directores actúan como verdaderos guardadores de hecho cuando los menores se hallan bajo la dependencia y tutela de los mismos. Existen resoluciones que parecen inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales, decantándose por imponerla exclusivamente a la Comunidad Autónoma en caso de centros de su titularidad. Así, por ejemplo, en un supuesto de menor tutelado por la Entidad Pública se ha considerado que responde solidariamente con el menor la Comunidad Autónoma pero no los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 23-12-2002 , y sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de fecha 09-06-2004) y en el mismo sentido la Audiencia Provincial de Álava de fecha 16-06-2009 (nº 186/2009, rec. 15/09) establece únicamente la responsabilidad de la Entidad Pública de Protección de Menores en relación con un menor respecto del que asumió la guarda, aunque el delito fue cometido por el menor mientras estaba pasando unos días con su madre biológica. Por el contrario, también existen resoluciones judiciales en las que ante menores tutelados por las Comunidades Autónomas por una declaración de desamparo basada en el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad se ha optado por condenar de forma conjunta y solidaria a la Comunidad Autónoma y a los padres (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de fecha 24 de febrero de 2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 10 de junio de 2008).

Para esta Sala una interpretación literal de la norma lleva a una responsabilidad excluyente en atención al orden que dicha norma establece, pero siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las Sentencias de la AP de Málaga (Sección 8ª) 572/09 JUR 2010 11336 , de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre JUR 20122765 ; Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) de 12 de mayo de 2010 JUR 20110151 , AP de Almería de 8 de julio de 2011 , Álava, sentencia no 46/2009 de 13 de febrero y AP de Pontevedra - Sección 2ª - nº 43/2011 JUR 201158640). Partiendo de una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61.3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor.... De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios.

En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control, aunque sea potencial, de su comportamiento.



Estas sentencias desarrollan lo que se establece en la anterior en orden a determinar las personas y entidades que deben responder de forma solidaria de los daños derivados de la acción delictiva. Realmente el último párrafo citado sintetiza perfectamente la doctrina aplicable. Su aplicación al caso concreto debe conducir a la condena solidaria por la responsabilidad civil contraída por el menor del IMAS, que ostentaba la tutela sobre el menor, de la compañía aseguradora del riesgo, y de la Comunidad Autónoma en cuyas instalaciones se encontraba residiendo el menor.

Por cuanto se ha expuesto, debe estimarse la pretensión del Ministerio Fiscal y revocar el pronunciamiento civil de la sentencia. La condena solidaria a hacer frente a la responsabilidad civil derivada del delito debe extenderse, además de a la CAIB, al IMAS y a la compañía aseguradora "Zurich".

Consecuencia de todo lo anterior es la estimación del recurso formulado y el pronunciamiento en materia de responsabilidad civil en los términos que se dirán.

TERCERO.- Se declaran de oficio las costas de esta apelación.

Vistos los artículos citados, sus concordantes, y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 16.10.2019, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Menores nº 2 de Palma en el presente procedimiento. Se revoca y deja sin efecto el pronunciamiento en materia de responsabilidad civil que en ella se contiene. En concepto de responsabilidad civil se condena a Doroteo a indemnizar a Tomás en la forma y cuantía que se señala en la sentencia. Se condena con carácter de responsables solidarios a la CAIB, al IMAS y a la entidad aseguradora "Zuricha Insurance Plc, Sucursal en España" a que respondan de forma directa y conjunta con el menor del pago de la cantidad señalada.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes; y remítase la misma al Juzgado de Menores expresado, a los efectos procedentes.

El recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 847.1 letra b) de la LECRIM, según la interpretación que ha realizado la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y aplicando los criterios adoptados en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 2016 deberá atenerse a las siguientes reglas: Respeto escrupuloso al hecho probado, acomodación del razonamiento a la disciplina del *error iuris*; y planteamiento de un problema jurídico-penal que justifique su interés casacional, que de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo concurre en los supuestos siguientes : a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de la Audiencias Provinciales c) si aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Así por esta nuestra sentencia, del que se llevará testimonio al rollo de apelación, definitivamente juzgando, lo pronunciamos y firmamos.