



Roj: **SAP V 4490/2019 - ECLI:ES:APV:2019:4490**

Id Cendoj: **46250370072019100294**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **7**

Fecha: **27/09/2019**

Nº de Recurso: **329/2019**

Nº de Resolución: **372/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Valencia, núm. 21, 04-02-2019 ,
SAP V 4490/2019**

Rollo nº 000329/2019

Sección Séptima

SENTENCIA Nº372

SECCIÓN SÉPTIMA

Ilustrísimos/as Señores/as:

Presidente/a:

DOÑA MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA.

Magistrados/as

DOÑA MARÍA IBÁÑEZ SOLAZ.

DOÑA CARMEN BRINES TARRASÓ.

En la Ciudad de Valencia, a veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos, ante la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, los autos de Juicio Ordinario [ORD] - 000494/2017, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21 DE VALENCIA, entre partes; de una como demandados - apelante/s DIRECCION000 dirigido por el/la letrado/a D/Dª. LUIS ENRIQUE CALERO RAMÓN y representado por el/la Procurador/a D/Dª JOSÉJOAQUÍN PASTOR ABAD y DON Jose Augusto Y DOÑA Andrea EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR Antonia , dirigida por el Letrado DOÑA MARÍA JOSÉ TORMOS MARTI y representada por el Procurador DOÑA INMACULADA MUÑOZ GUARDIOLA; de otra como demandante - apelado/s Candelaria en representación de la menor Carina , dirigida por el/la letrado/a D/Dª. MARÍAAMPARO COSTA MORA y representada por el/la Procurador/a D/Dª MARÍA CONSUELO ESTEVE ESTEVE; de otra como demandada DOÑA Custodia que no ha comparecido en este procedimiento, siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es Ponente el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Magistrado/a D/Dª. MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 21 DE VALENCIA, con fecha 4 de febrero de 2019, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO SUSTANCIALMENTE la demanda formulada por DÑA. Candelaria , en calidad de legal representante de su hija menor de edad Carina , representada por la Procuradora de los Tribunales, Sra. Moreno Olmos, contra D. Damaso y DÑA. Fidela , en calidad de legales representantes de su hija menor de



edad Custodia , representados por el Procurador Sr. Adam Herrero, contra D. Jose Augusto y DÑA. Andrea , en calidad de legales representantes de su hija menor de edad Antonia , representados por la Procuradora Sra. Muñoz Guardiola y contra DIRECCION000 ., representada por el Procurador Sr. Pastor, debo CONDENAR Y CONDENO a los demandados al pago, conjunto y solidario al actor de la suma de TRES MIL EUROS (3.000,00 euros), cantidad que devengará los intereses del art. 576 Lec desde la presente resolución. Todo ello, con expresa imposición de costas solidaria a los demandados."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, por la representación de los demandados Don Jose Augusto y Andrea en representación de la menor Antonia y DIRECCION000 se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 23 de septiembre de 2019 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

PRIMERO.- *La representación procesal* de Candelaria quien actúa en nombre de su hija menor, Carina , formuló demanda de juicio ordinario de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra los tutores legales de las menores Antonia y Custodia y contra DIRECCION000 .

Suplica que se declare que las demandadas han llevado a cabo una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad y la imagen de Carina , y que se les condene solidariamente a indemnizarla en la suma de 7000.-€

En síntesis, sustenta su pretensión en que las tres menores formaban parte del equipo de fútbol femenino infantil de DIRECCION000 , concretamente la demandante había entrado en el club en septiembre de 2015.

El día 23 de abril de 2016 acudieron a jugar un partido de fútbol a la localidad de DIRECCION001 y al terminar el partido, cuando la demandante se hallaba en los vestuarios duchándose, Antonia cogió el teléfono de Custodia y fotografió a Carina desnuda en la ducha. Posteriormente Custodia envió la foto al móvil de Antonia y ésta difundió la fotografía, vía whatsapp, a otros menores, entre ellas a Adelaida quien, al ver la fotografía, contactó con la actora y se lo comunicó. Otras menores le comunicaron que la foto también se había difundido por el Instituto. Todo ello con la finalidad de vejar, humillar y degradar a Carina . Siendo además objeto de bullying, insultos y agresiones.

Los hechos se denunciaron ante la dirección del club y a la Consellería de Bienestar pero nada se ha hecho.

Como consecuencia de estos hechos la demandante ha necesitado tratamiento psicológico durante varios meses.

La representación procesal de DIRECCION000 opuso a la pretensión actora alegando que era cierta la pertenencia de la actora y de las demandadas al equipo de futbol femenino del DIRECCION000 . Precisa, que conoce los hechos por lo que le han contado estimando necesario destacar dos circunstancias: primera, que los hechos ocurrieron en el polideportivo de DIRECCION001 y, en segundo lugar, que el entrenador, don Alfredo no podía entrar en los vestuarios femeninos, único momento en el que no puede supervisar la conducta de las menores. Igualmente hace hincapié en que hay que distinguir el hecho de hacer la fotografía de su posterior difusión.

En todo caso, el Club deportivo, tan pronto como conoció los hechos, abrió un expediente disciplinario. Siempre ha hecho todo lo que estaban en sus manos para evitar este tipo de situaciones.

La representación procesal de Custodia , asistida por sus padres, se opuso a la pretensión actora alegando que la menor no fotografió a la actora mientras se estaba duchando, sino que se hizo una "autofoto" - selfie- con la mala fortuna de que captaron la imagen de Candelaria entrando en las duchas. Compartieron la foto con otras compañeras del equipo de fútbol, sin darle importancia a que apareciera, en el fondo, Carina . También rechazan que Carina fuese objeto de bullying por parte de Custodia y Antonia . Siempre han sido muy amigas y no se han producido agresiones durante los entrenamientos. Igualmente rechaza que la fotografía le haya generado una daño moral.

La representación procesal de Antonia , asistida de sus padres, se opuso a la pretensión actora invocando que las menores se limitaron a realizarse una "autofoto" o selfie con la mala fortuna de que apareció, en el fondo, Carina entrando en las duchas. Ni las demandadas ni la actora dieron ninguna importancia a la fotografía. Igualmente se rechaza que la actora sufriera daños psicológicos.



La sentencia de instancia estima sustancialmente la demanda. Considera que no se trataba de una "autofoto" o selfie, que divulgaron y que tal fotografía, tomada en un momento tan íntimo y personal como la ducha, vulnera el derecho a la intimidad y a la propia imagen de Carina. Por otra parte estima que el El Club no empleó toda la diligencia debida.

Contra dicha resolución se alzan la representación procesal de DIRECCION000 y la representación procesal de Antonia invocando diversos motivos que pasamos a examinar.

SEGUNDO.- En la resolución del presente recurso de apelación hemos de partir de las siguientes consideraciones:

I) Lo dispuesto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su número 4, conforme al cual <<La Sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La Sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado.>>

II) El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 4 de febrero de 2009, dictada en el recurso de Casación 794/2003, Pte. Marín Castán, Francisco, Cendoj: STS 255/2009 nos dice: <<Esto es así porque, como en infinidad de ocasiones han declarado esta Sala y el Tribunal Constitucional, la apelación es un nuevo juicio, un recurso de conocimiento pleno o plena jurisdicción en el que tribunal competente para resolverlo puede conocer de todas las cuestiones litigiosas, tanto de hecho como de derecho, sin más límites que los representados por el principio tantum devolutum quantum appellatum (se conoce sólo de aquello de lo que se apela) y por la prohibición de la reforma peyorativa o perjudicial para el apelante.>>

III) Que este Tribunal de apelación es soberano para valorar la prueba practicada en la instancia y, por lo tanto, apreciarla, de forma divergente, a la efectuada por la Jueza de Primera Instancia. Ello es así, dado que la apelación se configura como "revisio prioris instantiae" o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda, el control de lo actuado en la primera, con plenitud de cognición, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio fácti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris) y, en este sentido, podemos citar las SSTs de 15 de junio y 15 de diciembre de 2010, 7 de enero y 14 de junio de 2011 entre las más recientes. En definitiva, como señala la STS de 21 de diciembre de 2.009: << el órgano judicial de apelación se encuentra, respecto de los puntos o cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se había encontrado el de la primera instancia >>. Criterio reiterado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 2011, Número de Recurso, 1272/2007, Ponente don Francisco Marín Castán y la de 14/06/2011 (rec. 699/2008).

En fechas más recientes, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 14 de junio de 2011, (ROJ: STS 4255/2011), Sentencia: 392/2011, Recurso: 699/2008, Ponente: RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBO, nos dice: <<También conviene dejar constancia expresa de que el artículo 456.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación", lo que ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que, como indica el apartado XIII de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil "La apelación se reafirma como plena revisión jurisdiccional de la resolución apelada", afirmándose en la sentencia 798/2010, de 10 diciembre, que el recurso de apelación se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como una revisio prioris instantiae o revisión de la primera instancia, que atribuye al tribunal de la segunda el control de lo actuado en la primera con plenitud de cognición "tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris [cuestión jurídica]), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas aplicables al caso".

22. Esta revisión comprende la valoración de la prueba por el tribunal de apelación con las mismas competencias que el tribunal de la primera instancia, sin que quede limitada al control de racionalidad que opera en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, razón por la que la Audiencia Provincial en modo alguno se excedió al valorar la prueba testifical de forma diferente a la de la sentencia del Juzgado.>>

Por último, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 28 de septiembre de 2018, Roj: STS 3262/2018, Nº de Recurso: 1082/2016, Nº de Resolución: 536/2018, Ponente: PEDRO JOSÉ VELA TORRES: <<1. - Como hemos declarado en la sentencia 414/2018, de 3 de julio, el principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:



"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales".

La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia (art. 218.1 LEC).

2.- A su vez, el recurso de apelación permite una revisión de la totalidad de las cuestiones que constitúan el objeto litigioso resuelto en primera instancia, pero con un doble límite para el tribunal de segunda instancia. En primer lugar, conforme al art. 456.1 LEC, el ámbito de conocimiento en apelación debe ser acorde con los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia. En segundo lugar, a tenor del art. 465.5 LEC, la resolución de apelación "deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteadas en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el art. 461".>>

TERCERO.- RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DIRECCION000 .

Como primer motivo de su recurso la parte apelante hace hincapié en que los hechos acontecieron en el polideportivo de DIRECCION001 cuyas instalaciones no son del DIRECCION000 y que el entrenador no estaba presente en los vestuarios, extremo de especial importancia para la sentencia al indicar que el club obró negligentemente al no tener a ningún responsable vigilando a las jugadoras en los vestuarios.

No hay **responsabilidad** del Club cuando los daños acontecen en el interior de los baños o vestuarios, donde prevalece el respeto a la intimidad de las menores impidiendo que se extienda el deber de control y vigilancia del personal del club.

Las jugadoras están perfectamente informadas de que en los vestuarios no pueden utilizarse los móviles, y que han de permanecer apagados.

En el Reglamento expresamente consta que los móviles permanecerán apagados. También se prohíbe hacer bromas que puedan considerarse pesadas o de mal gusto. El club hace todo lo posible para evitar este tipo de conductas.

Como segundo motivo de su recurso la parte alega que el derecho a la intimidad de las jugadoras en los vestuarios prevalece sobre la obligación de supervisión y control del DIRECCION000 e invoca la Sentencia del Tribunal Supremo de número 662/2007 de 4 de junio. Añade que son los padres los encargados de educar en el uso de medios tecnológicos a las menores que ya tienen 13 años, por lo que no puede estar presente vigilando ninguna persona en los duchas.

La parte apelada opone que, partiendo de que la parte admite que los hechos se produjeron, incide en que los vestuarios son lugares de trabajo y durante su permanencia en ellos están bajo la custodia y vigilancia del DIRECCION000 , como también lo están durante los trayectos y desplazamientos.

La demandada entregó el reglamento, pero ello no es suficiente, pues no adoptó ninguna otra medida para que se cumpliera, para evitar un acto dañoso.

La testigo Adelaida , jugadora, afirma que en aquella época no les impedían entrar el teléfono móvil a los vestuarios, ahora sí.

Informar no es tener la diligencia de un buen padre de familia; hay que adoptar la diligencia necesaria.El entrenador manifestó que avisó a la Sra Azucena porque vio fotos de menores en el vestuario, en las redes, pero no consta que se hiciera nada. Todos admiten que eran práctica habitual las fotos en los vestuarios.

El DIRECCION000 se limitó a poner una sanción y se desentendió del problema.Pretendieron hacer creer que la menor se marchó porque quería jugar en otro club no por los acontecimientos.

Doña Azucena , coordinadora de infantil manifestó que algunos equipos tenían ayudantes femeninas.

Se consentía la entrada de teléfonos en los vestuarios y no se adoptó ninguna medida para la efectividad de la prohibición. No actuó con la diligencia de un buen padre de familia.

Esta Sala considera que el recurso debe desestimarse.

Compartimos la valoración de la prueba que realiza la sentencia de instancia, puesto que basta ver la fotografía para rechazar que la imagen de la actora fuese una mera casualidad. Al contrario, su simple visión pone de



manifiesto que la fotografía tenía como finalidad captar la imagen de la actora en las duchas, con el fin de atentar contra su intimidad y su imagen, y difundirla entre otras personas.

Partiendo de esta primera consideración, igualmente estimamos que el Club Deportivo no obró con la diligencia que le era exigible, dado que las menores estaban bajo su custodia mientras practicaban la actividad deportiva y, respecto al uso de los teléfonos móviles en los vestuarios, no era suficiente con hacerles entrega del Reglamento de Régimen Interior, en cuyo artículo 2 del Título VI se indica: <<Los teléfonos móviles permanecerán apagados desde la entrada en el vestuario hasta la salida del mismo al finalizar el encuentro o entrenamiento.>> sino que el club debió cerciorarse de que se cumplían tales directrices, lo que no hizo, como se acredita por los hechos ocurridos, y porque la testigo Adelaida manifestó que si bien tenían que tener el móvil apagado, en los vestuarios lo usaban. Desde que ocurrieron estos hechos se lo quitan y lo entregan a los padres. El entrenador del equipo en aquellas fechas, también manifestó que si bien estaban prohibidos los móviles las jugadoras se hacían fotos después de los partidos en los vestuarios.

Doña Azucena, directora deportiva del DIRECCION000 femenino manifestó que las jugadoras tenían prohibido usar los teléfonos móviles y que les entregaron un reglamento de régimen interior. Se dan instrucciones para que se apaguen los móviles y hay equipos que tienen ayudantes femeninas para poder entrar en el vestuario.

Ciertamente que la sentencia del tribunal supremo invocada excluye la **responsabilidad** del centro educativo atendiendo a que los hechos ocurrieron dentro del baño. En ella se dice: <<Esta sala ratifica la absolución de los codemandados, la IKASTOLA y don Miguel. No se aprecia **responsabilidad** directa, por cuanto falta el esencial presupuesto del nexo causal que exige el artículo 1902 del Código civil. No puede, ni por asomo, imputarse **responsabilidad** a un centro docente y a su director, por la omisión de vigilancia en el interior de un vestuario. Con un normal criterio de racionalidad, no se puede llegar a los extremos que parece pretenderse en la demanda, como vigilar un vestuario, ya que se llegaría a extremos ab absurdo como imponer, so pena de **responsabilidad**, vigilancia y control en comedores, vestuarios, lavabos, retretes, etc. Llegando a la violación de la intimidad, derecho constitucional, para evitar riesgos imprevisibles. Tampoco se aprecia la **responsabilidad** que contempla el artículo 1903, párrafo 4º porque la única **responsabilidad** que se puede apreciar se da en la persona que causó, con nexo causal directo, el daño personal a la víctima y éste, alumno de la IKASTOLA, claro es que no es dependiente de la misma, en el sentido de empleado que actúa bajo su dependencia y ordenes.>>

Ahora bien, en la sentencia de 26 de noviembre de 2004, Roj: SAP V 5143/2004 - ECLI:ES:APV:2004:5143, Nº de Recurso: 752/2004, Nº de Resolución: 675/2004, Ponente: MARIA DEL CARMEN ESCRIG ORENGA, respecto de la que se desestimó el recurso de casación (STS 4488/2009) ya manifestamos:

<<SEGUNDO. Cuando hablamos de la **responsabilidad** de los titulares de un centro docente, al amparo del artículo 1903-5 del Código Civil, hemos de partir de que su fundamento se encuentra en la transferencia de **responsabilidad** de los padres o tutores encargados de la guardia y custodia del menor al titular del centro por los daños y perjuicios sufridos por los alumnos. Esta **responsabilidad**, según la doctrina mayoritaria, sigue el criterio de imputación cuasi-objetiva, por la cual se atribuye la carga probatoria, por medio de la inversión de la misma, al centro educativo, siendo éste quien ha de probar que se actuó con la diligencia debida en el tiempo y en el lugar, y sin omitir deberes objetivos de cuidado. Y para ello se atiende a tres criterios de actuación esenciales, al tipo de juego o de actividad desarrollado por el menor, diferenciando si se trata de un juego o actividad brusca o de riesgo o si se trata de una actividad o juego inocuo o sin riesgo. Como segundo factor, a la edad de los menores, debiendo incrementar la diligencia en la vigilancia en la medida que disminuye la edad y, como tercer factor, la naturaleza de la acción u omisión determinante del daño, diferenciando si es una actuación rápida o sorpresiva o si es una actuación que no podía preverse. Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001 cuando nos dice que <<La redacción dada a dicho precepto por la Ley de 7 de enero de 1991, esencialmente de su último párrafo, estableciendo una presunción de culpabilidad que no necesita de prueba y si la necesaria desvirtuación en una inversión de la carga de la prueba para acreditarse, por las personas que en principio aparecen como responsables, que se ha empleado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, lo que ha de hacerse en función de la actividad concreta de qué se trate y de la previsión de sus posibles resultados, ya que el precepto no impone la relación daño- **responsabilidad** desde el momento en que se inicia partiendo de una conducta, "actos y omisiones" dice, y termina en la excluyente de **responsabilidad** desde el cuidado requerido al efecto en aquella conducta>>, criterio también plasmado en la sentencia de 8 de marzo de 1999 cuando indica que: <<ya que la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa **extracontractual**, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba, de presunción de culpa en el agente o de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la **responsabilidad** por culpa **extracontractual**, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que, en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte de aquellos a quienes se le imputa, sino que el mismo fue



*debido exclusivamente a un imprevisible acaecimiento de caso fortuito, ha de excluirse la **responsabilidad** de dichos supuestos agentes (o de la entidad que los tiene asegurados)>>.*

Así mismo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia del 10 de junio de 2008, Roj: STS 3284/2008-ECLI:ES:TS:2008:3284, N° de Recurso: 1785/2001, N° de Resolución: 509/2008, Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN, indica:

*<<A partir de ahí la cuestión que en esencia plantea el motivo debe resolverse aplicando la jurisprudencia de esta Sala sobre los dos últimos párrafos del art. 1903 CC en relación con casos similares al aquí enjuiciado. Tomando como referencia la STS 18-10-99 (recurso n° 444/95), por su completa relación de precedentes jurisprudenciales al respecto, cabe concluir que el elemento decisivo para apreciar la **responsabilidad** del Centro es el peligro que entraña la actividad de los menores al suceder los hechos, peligro que puede o no derivar a su vez del instrumento o instrumentos utilizados por los niños, pues éstos pueden servirse de un tenedor en la comida o un bolígrafo durante la actividad escolar, objetos ciertamente capaces de causar daño, sin que por ello el Centro venga obligado a disponer la presencia de un educador junto a cada niño para evitar un uso inapropiado (SSTS 21-11-90 y 10-3-97), pero también pueden dedicarse a una actividad peligrosa sin servirse de instrumento alguno, como golpearse con los puños o los pies. Ese mismo criterio se mantuvo en la STS 27-9-01 (recurso n° 1610/96) sobre un hecho sucedido ya bajo la vigencia del art. 1903 CC según su redacción por la Ley 1/1991, de 7 de enero, manteniéndose la exoneración del Centro docente por las lesiones de una niña al caerse mientras el grupo jugaba al "tren chu-chu", y también por la STS 28-12-01 (recurso n° 2757/96), que confirmó la absolución del Centro docente por las lesiones de una niña que saltaba a la comba cuando su compañera soltó uno de los extremos de la cuerda.*

De ahí que la prueba de la diligencia a que se refiere el párrafo último del art. 1903 y que se impone a los titulares de los centros tenga que versar sobre las medidas de organización que deben adoptar (preámbulo de la referida Ley 1/91) en función de la actividad de los alumnos; en definitiva, en función del mayor o menor riesgo que tal actividad entraña para los alumnos.>>

Aplicando la doctrina trascrita al presente caso, consideramos que concurren circunstancias especiales que sí determinan la **responsabilidad** del club deportivo: en primer lugar, porque las jugadoras que realizaron la foto eran menores de edad y se hallaban bajo su custodia, en segundo lugar, porque se vulneraron los derechos de la actora mediante el uso de un teléfono móvil, uso que estaba prohibido, pese a lo cual el Club Deportivo no extremó las medidas para que no se utilizara en los vestuarios, ya impidiendo que se entrara con ellos, como se hace ahora exigiendo que se entreguen a los padres antes de entrar, ya designando a una ayudante femenina para que pudiera auxiliar a las menores en el vestuario.

Al respecto traemos a colación la sentencia del 25 de enero de 2019, Roj: SAP BI 213/2019 - ECLI:ES:APBI:2019:213, N° de Recurso: 143/2018, N° de Resolución: 24/2019, Ponente: MARÍA ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ, en la que en un supuesto semejante nos dice:

<<SEGUNDO.- A la vista de estas alegaciones, la primera cuestión a resolver en esta alzada se centra en determinar si el Centro escolar demandado - NUM000 , COLEGIO NUM001 - incurrió en alguna **responsabilidad** al amparo de lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil, a título de culpa **extracontractual**, a raíz de lo sucedido en el referido Colegio el día 15 de mayo de 2.015, en el que cuando, tras la clase de gimnasia la menor Lorenza , de 13 años de edad se encontraba en la zona de vestuarios, concretamente en la zona de duchas de chicas, fue grabada por su compañera Paulina, con el teléfono móvil de su compañera Macarena , cuando aquella procedió a grabar a otra compañera, Rafaela , que estaba jabonándose la cabeza y construyendo una torre con su pelo, de tal modo que en las imágenes aparecía Lorenza desnuda duchándose, y luego más tarde, mientras Lorenza y otras muchachas se estaban vistiendo, Florencia hizo una fotografía tipo " selfie " contra el espejo de tal modo que en dicha fotografía quedó nuevamente reflejada Lorenza , siendo dichas imágenes difundidas después en la red social snapchat y a través de dispositivos móviles por internet a un número indeterminado de alumnos del Colegio por otra compañera de las anteriores, Mercedes , habiendo estimado la sentencia dictada en primera instancia que no cabía atribuir responsabilidad alguna al Centro Escolar demandado, al considerar el Juzgador a quo que no se había acreditado el hecho base de la pretensión, que no era otro que el padecimiento por parte de la hija de los actores, la menor Lorenza , de una situación de acoso escolar.

[...]

Desde esta perspectiva, ha quedado meridianamente claro que la actuación seguida por el Centro Escolar en cuanto al control del uso de los móviles ha sido francamente negligente y descuidada, pues lo sucedido ha evidenciado que los supuestos controles que se venían realizando para impedir un uso indebido de los teléfonos móviles en el Centro escolar, y particularmente en un área especialmente delicada y sensible como son las duchas y los vestuarios, han fracasado estrepitosamente, con el resultado ya conocido, resultando a



estos efectos carentes absolutamente de trascendencia las torpes excusas expuestas en la contestación a la demanda, pues la realidad incuestionable es que, si realmente el Centro Escolar ejerció algún tipo de control y vigilancia sobre el uso de este tipo de aparatos móviles, dichos controles fueron absolutamente insuficientes, y buena demostración de ello son las medidas adoptadas con posterioridad al suceso del 15 de mayo de 2.015, según se infiere del testimonio prestado por la docente Doña Paloma, quien abiertamente reconoció que fue contratada con posterioridad a los hechos, siendo su labor controlar a los menores que acuden al polideportivo, requiriéndoles los móviles y controlando el interior de los vestuarios, por lo que ciertamente estas medidas bien podrían haberse aplicado con anterioridad a lo sucedido y a buen seguro se habría podido evitar la toma de las imágenes de la menor y su posterior difusión a través de las redes sociales.>>

CUARTO. RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DE Antonia.

Como primer motivo de su recurso la parte esgrime que se trató de un selfie/autoretrato. Únicamente ha quedado probado que llegó a dos menores y no fue una difusión amplia.

Como segundo motivo de su recurso la parte aduce que la juzgadora de instancia no ha tomado en consideración una particularidad de que la fotografía únicamente ha llegado a dos personas, también jugadoras del club y que comparten vestuario con la actora.

Como tercer motivo, respecto del daño. Ha quedado descartado el bullying, por lo que el daño es solamente consecuencia de la fotografía.

El informe psicológico es una serie de inconcreciones con meras referencias a la paciente.

La parte apelada opone que el recurso se sustenta en que no hubo intencionalidad y en la falta de difusión.

En cuanto a la intencionalidad, basta observar la imagen. La foto está enfocada para sacar a la menor en la ducha situándose las autoras en el margen. En el mismo expediente disciplinario quedó acreditada la gravedad de los hechos.

Respecto a la difusión, también ha quedado acreditada con las declaraciones testificales. El entrenador reconoció que otras jugadoras recibieron la foto; y llegó a difundirse fuera del ámbito deportivo, en el instituto de la menor.

La pediatra afirma que los síntomas son anteriores a los hechos, fruto de las malas relaciones previas entre las menores.

La coordinadora, si bien afirma que se llevaban bien, también admite que recibió una llamada de la madre de la actora relatándole problemas deportivos y malestar con otras jugadoras. Había un conflicto.

La fotografía no fue un hecho aislado, había un conflicto entre las menores que se agravó con la foto.

Informe del psicólogo: experiencia traumática; angustia; desprotección; la menor estuvo recibiendo ayuda psicológica durante más de un año. Ha quedado probado el sufrimiento y padecimiento psíquico de la menor.

Esta Sala considera que el recurso debe rechazarse.

Como acertadamente señala la sentencia de instancia basta con ver la fotografía para rechazar todos los alegatos relativos a que se trataba de una autofoto o de un selfie, puesto que la parte central de la fotografía está ocupada por la imagen de la menor demandante, colocándose las demandadas en el margen de la fotografía.

La difusión igualmente ha quedado acreditada por la prueba testifical y el daño psicológico, además de que se ha constatado por la prueba practicada, puede presumirse en este tipo de actuaciones, daño que se produciría en una persona adulta y, como no, en una menor, en una chica de 13 años.

Como indica la sentencia de instancia, el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, expresamente describe qué hechos se consideran intromisiones ilegítimas y, entre ellos, describe la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada y, por su parte, el artículo 9 expresamente establece que:

<<Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.>>

QUINTO.- Por todo lo expuesto, y haciendo nuestros los razonamientos de la sentencia de instancia, a los que nos remitimos, como así nos permite la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras Sentencia de 22/5/2000 con cita de la de 16 de octubre de 1992, cuando dispone que: *<< si la resolución de primer grado es*



aceptada, la que confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos, debiendo, en aras de la economía procesal, corregir solo aquellos que resulte necesario (STS de 16 de octubre de 1992), amén de que una fundamentación por remisión no deja de ser motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional de tutela judicial efectiva>> debemos concluir con la desestimación de ambos recursos y la confirmación de la sentencia de instancia.

SEXTO.- En materia de costas de acuerdo con lo establecido en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se condena a las apelantes al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de la menor Antonia así como el formulado por la representación de DIRECCION000, ambos contra la Sentencia de fecha 4 de febrero de 2019 dictada en los autos número 2463/2019 por el Juzgado de Primera Instancia número 21 de Valencia, resolución que confirmamos, condenando a las partes apelantes al pago de las costas causadas por sus respectivos recursos.

Contra la presente resolución cabe Recurso de Casación por interés casacional, al haberse tramitado atendiendo a la materia, siempre que en la resolución concurren los requisitos establecidos en el artículo 477-2-3º, en su redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 octubre 2011, y en tal caso recurso extraordinario por infracción procesal. El recurso deberá interponerse ante este Tribunal en el plazo de 20 días,

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Doy fe: Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilma. Sra. Magistrada Ponente estando celebrando audiencia pública la Sección Séptima de la Ilma. Audiencia Provincial, en el mismo día de su fecha. Valencia a veintisiete de septiembre de dos mil diecinueve.