



Roj: **SAP PO 1603/2019 - ECLI:ES:APPO:2019:1603**

Id Cendoj: **36057370062019100364**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Vigo**

Sección: **6**

Fecha: **11/07/2019**

Nº de Recurso: **182/2019**

Nº de Resolución: **374/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MAGDALENA FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00374/2019

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SECCION SEXTA

N10250

C/LALÍN, NÚM. 4 - PRIMERA PLANTA - VIGO

-

Tfno.: 986817388-986817389 Fax: 986817387

SR

N.I.G. 36057 42 1 2016 0013750

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000182 /2019

Juzgado de procedencia: XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000919 /2016

Recurrente: Sacramento

Procurador: FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY

Abogado: LUISA FERNANDA ARROYO SANZ

Recurrido: ASEGURADORA ALLIANZ, Virgilio , AMPA,ASOCIACION DE PADRES Y MADRES O CRUCEIRO CEIP DIRECCION001

Procurador: MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ, MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ , MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ

Abogado: PAULO PENA ARCA, PATRICIA HORTENSIA IGLESIAS FERNANDEZ , PAULO PENA ARCA

LA SECCIÓN SEXTA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, SEDE VIGO, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados JAIME CARRERA IBARZABAL, MAGDALENA FERNANDEZ SOTO y EUGENIO FRANCISCO MIGUEZ TABARES, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA núm. 374

En VIGO, a once de julio de dos mil diecinueve



VISTO en grado de apelación ante esta Sección 006, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000919 /2016, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 6 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000182 /2019, en los que aparece como parte apelante, Sacramento , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY, asistido por el Abogado D. LUISA FERNANDA ARROYO SANZ, y como parte apelada, ASEGURADORA ALLIANZ, Virgilio , AMPA, ASOCIACION DE PADRES Y MADRES O CRUCEIRO CEIP DIRECCION001 , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ, MARIA AUXILIADORA RUIZ SANCHEZ, MARIA VICTORIA SOÑORA ALVAREZ, asistido por el Abogado D. PAULO PENA ARCA, PATRICIA HORTENSIA IGLESIAS FERNANDEZ , PAULO PENA ARCA.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D./D^a MAGDALENA FERNANDEZ SOTO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 6 de DIRECCION000 , con fecha 18.01.19, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

" **DESESTIMO** íntegramente la demanda interpuesta por D^a. Sacramento contra la ASOCIACIÓN DE NAIS E PAIS O CRUCEIRO DO CEIP DIRECCION001 , ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y D. Virgilio , y absuelvo a los demandados de los pedimentos de contrario imponiendo las costas a la actora."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por el Procurador FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY, en nombre y representación de Sacramento , se preparó y formalizó recurso de apelación que fue admitido a trámite y, conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria.

Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las presentes actuaciones a esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede DIRECCION000 , señalándose para la deliberación del presente recurso el día 11.07.19

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Ejercitada en la demanda acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual o aquiliana - arts. 1902 , 1903 , 1137 CC y 76 LCS -, como consecuencia de un impacto sufrido en el ojo derecho por la demandante por causa del lanzamiento de una pelota de futbol con la que jugaba el menor Marcos cuando asistía a una fiesta de fin curso organizada por el ANPA o cruceiro CEIP DIRECCION001 , recayó sentencia en primera instancia desestimatoria de la demanda porque a juicio de la juez no cabe apreciar responsabilidad de la Asociación de padres de alumnos por la vía del art. 1903 CC , ni tampoco la del art. 1902 CC , y por ende de su compañía aseguradora, en tanto que el hecho de ser el ANPA la organizadora de la fiesta de fin de curso no le obligaba a asumir el cuidado y vigilancia permanentes de los menores. Asimismo, aprecia la falta de legitimación pasiva del padre del menor, por cuanto la guarda y custodia del mismo la ostentaba la madre y el día de los hechos el menor no se encontraba bajo el cuidado del padre.

SEGUNDO: En base a las razones que se exponen en el recurso, reitera el apelante la responsabilidad ANPA, a la par que cuestiona que se haya estimado de oficio la falta de legitimación del padre.

Del examen de la prueba practicada se declara probado en la sentencia de instancia "que para la fiesta se instalaron en el patio del colegio varios hinchables, que en las inmediaciones de los hinchables estaban dos porterías fijas, dispuestas a modo de campo pequeño de fútbol. Se trataba de la fiesta de fin de curso organizada por el ANPA del colegio, por la tarde, fuera del horario escolar, y a la que acudían los menores acompañados de sus padres o adultos que se responsabilicen de los menores. Que era habitual que en estas fiestas hubiese menores jugando al futbol o con pelotas, pero como consecuencia del presente siniestro, en una reunión del ANPA posterior a los hechos objeto de litis, decidieron establecer la prohibición de jugar a la pelota en las fiestas organizadas por el ANPA".

El art. 1903 CC establece que "las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias", precepto redactado por Ley 1/1991, para a continuación preceptuar que "la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".



La STS de 29 diciembre 1998 con ocasión de tratar la responsabilidad de una Asociación de Padres de Alumnos, que organizó e intervino directamente en la fiesta de fin de curso en la que se produjeron los daños, estableció que "la Asociación, como persona jurídica, inspira, organiza y controla -desde luego, conjuntamente con el colegio- la fiesta de fin de curso; si en una de ellas se produce un daño, como tal persona jurídica, participa en la obligación de repararlo; ciertamente, la persona jurídica actúa a través de sus miembros, pero la obligación de reparar el daño es de ella, por su intervención directa en el evento que lo causó; por tanto, por aplicación del art. 1902, no el art. 1903 CC ". Hay que tener en cuenta que esta sentencia se refería a un hecho acaecido en el año 1988.

Hemos de significar que la norma transcrita (art. 1903.5 CC) encuentra su fundamento 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 durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control del centro (STS de 10 de noviembre de 1990 , 3 de diciembre de 1991 , 15 de diciembre de 1994 , 10 de diciembre de 1996 y 4 de junio de 1999) y que la responsabilidad que declara la misma está basada en el criterio de imputación cuasi-objetiva (STS 10 de marzo 1997), de manera que la carga probatoria la tendría en este caso el ANPA por ser la asociación que organizó la fiesta de fin de curso, por lo tanto, la indicada asociación es la que ha de probar que actuó con la diligencia debida en atención a las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar (STS de 10 de octubre de 1995), y sin omitir deberes objetivos de cuidado.

Dicho de otro modo, la responsabilidad directa, que el art. 1.903 CC impone a los que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas a su custodia implica un incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (STS de 16 de octubre de 2003), pero sin desligarla de la exigencia de la imputación y de la efectiva prueba de una conducta culpable, aunque sea levisima, en los deberes de vigilancia y cuidado consustanciales a la misma actividad educativa o extraescolar, acentuados por la especial dependencia y vulnerabilidad de los niños y menores encomendados a los centros educativos (STS de 20 de mayo de 1993). En determinadas resoluciones del Tribunal Supremo encontramos ejemplos, similares a los de autos, en que se aprecia responsabilidad, así la STS de 20 de mayo de 1993 , que resolvió en relación a un golpe con balón pinchado, deformado y de material plástico duro, una de cuyas aristas dejó tuerto al menor, la STS de 18 de octubre de 1999 , pérdida de un ojo en menor que jugaba con otros con palos en colonias de verano escenificando la guerra de las galaxias y la STS de 10 de abril de 2000 declaró, en atención a circunstancias como las ahora comentadas, la responsabilidad del centro por permitir, sin la adecuada vigilancia, que el patio fuera compartido por niños de corta edad y adolescentes, como motivo de un fuerte balonazo por parte de uno de ellos, que en aquél caso causó al menor graves lesiones cerebrales determinantes de una responsabilidad anudada a la falta de diligencia por los responsables del Centro en la asistencia inmediata tras el golpe.

Pues bien, en el caso de autos, en contra de lo manifestado por la representación del ANPA y su aseguradora en su contestación a la demanda, que el ANPA no autorizó que los niños jugaran al futbol en los huecos no ocupados por los hinchables, que tampoco había sitio libre, pero que no puede evitar que lleven pelotas y balones, lo cierto es que el futbol tenía que estar permitido por el ANPA, organizadora de la fiesta de fin de curso, porque, en otro caso no se entendería que en las inmediaciones de los hinchables se hubiesen instalado dos porterías fijas, dispuestas a modo de campo pequeño de futbol, de ahí que atendiendo a la dinámica en que se produjo el accidente, sobre el que no existe discusión, encontrándose los elementos para poder jugar al futbol en un recinto pequeño y en el que ya había otros juegos -hinchables- es evidente que la zona dispuesta para jugar al futbol no era apta para ese fin y que el accidente se hubiera podido evitar de no haber permitido el ANPA la instalación de las dos porterías fijas -con ello se estaba llamado a jugar al futbol a los niños-, buena prueba de ello es que en una reunión posterior a la fecha del accidente el ANPA decidió establecer la prohibición de jugar a la pelota en las fiestas por ella organizadas.

De ahí que la cuestión en este caso está en que el ANPA, entre cuyos cometidos está el que no se produzcan accidentes evitables en el desarrollo de los juegos y que los elementos destinados a tal fin se usen adecuadamente -no olvidemos que es la que organizó e invitó a la fiesta de fin de curso-, no observó la diligencia debida, dado que aunque en principio el juego del futbol no reviste especial peligro, las características del recinto, pequeño y con numerosos asistentes, hacía inviable su practica en el mismo, en tanto que cualquier lanzamiento de balón, nos situaría en el resultado acaecido: impacto de un balón a la actora en su ojo derecho que ocasionó lesiones en el mismo y rotura de las gafas que portaba, de ahí la responsabilidad del ANPA por falta del adecuado control en la ubicación de las porterías.

Como quiera que el siniestro en cuestión se encontraba amparado por la póliza de seguro suscrita entre el ANPA y la entidad Allianz Seguros, S.A., esta compañía ha de responder hasta el límite de la cobertura y deducida la franquicia, por las cantidades que se fijarán en el fundamento siguiente.



Por último, en cuanto a la responsabilidad que se demanda respecto al padre del menor, consideramos que no existe obstáculo en que el juzgado hubiese apreciado su falta de legitimación pasiva, pues al margen de la diferencia entre la legitimación ad causam y ad processum, dualidad a la que no se refiere la LEC que distingue entre capacidad procesal y legitimación, en referencia a la ad causam (art. 10 LEC), lo cierto es que la jurisprudencia reconoce la posibilidad de apreciar de oficio la falta de legitimación ad causam (STS 6 mayo 1997 , 15 octubre 2002) en cuanto afecta al orden publico procesal y a la par al fondo del asunto, especialmente en supuestos como es el de autos en que la actora no tiene acción contra el codemandado, por no ser este sujeto de la relación jurídica que se debate en el juicio.

TERCERO: En cuanto a las cuantías indemnizatorias, reclama la apelante 472 días impeditivos, con el 10% de factor de corrección, más los gastos de intervención, consulta, compra de gafas nuevas graduadas y 1000 euros por daño moral.

En cuanto a los días reclamados por incapacidad, necesariamente hemos de aceptar los reclamados en tanto que coinciden con los fijados por la médico forense, y ésta nos ofrece mayor fiabilidad por su imparcialidad (art. 348 LEC) que el informe médico de parte, además a juicio de la forense el tiempo de espera era necesario para la estabilización del astigmatismo postraumático, ocurriendo también que en el período temporal que no computa el perito de parte la lesionada, que precisaba restablecer la funcionalidad de visión del ojo derecho, fue remitida a Servicio de Oftalmología de Santiago, también fue valorada en la clínica Povisa y en la clínica Baviera, hasta que, por fin, se realizó la intervención. Procede, asimismo, conceder las sumas reclamadas por los gastos de intervención quirúrgica, gafas y consulta, en tanto que su necesidad y el nexo causal han resultado acreditados y, en todo caso, ni siquiera se cuestionan de contrario.

Se rechaza el 10% de factor de corrección, en tanto que, a diferencia de las lesiones permanentes/secuelas, es necesario acreditar un empleo y los perjuicios económicos producidos, extremos que no ha probado la demandante, así como la pretendida indemnización por daño moral, en tanto que tampoco se ha acreditado su producción.

En consecuencia la actora ha de ser indemnizada en la suma de 27.900,78 euros (26.751,78+880+40+229)

CUARTO: La estimación en parte del recurso y con ello la estimación parcial de la demanda, implica que no se haga declaración alguna en lo que atañe a las costas procesales ocasionadas en esta instancia (art. 394 y 398 LEC).

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española.

FALLAMOS

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Javier Toucedo Rey, en nombre y representación de Doña Sacramento , frente a la sentencia dictada en fecha 18 de enero de 2018 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 6 de DIRECCION000 en procedimiento Ordinario núm. 919/2016, la cual se revoca y, en su lugar, se dicta otra por la que se estima parcialmente la demanda interpuesta por la indicada apelante frente al ANPA o Cruceiro CEIP DIRECCION001 y la entidad aseguradora Allianz, S.A., condenado solidariamente a dichos demandados a que abonen a la actora la suma de VEINTISIETE MIL, **NO** VIENTOS EUROS, CON SETENTA Y OCHO CENTIMOS (27.900,78), con los intereses legales desde el dictado de la presente resolución, la última hasta el límite de la cobertura aseguratoria y con deducción de la franquicia, manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia apelada y sin hacer expresa declaración de las costas procesales ocasionadas en esta instancia.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.