



Roj: **SAP B 11727/2018 - ECLI:ES:APB:2018:11727**

Id Cendoj: **08019370172018100752**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **17**

Fecha: **21/11/2018**

Nº de Recurso: **1159/2017**

Nº de Resolución: **827/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA SANAHUJA BUENAVENTURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección nº 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Paseo Lluís Companys, 14-16, 1a planta - Barcelona - C.P.: 08018

TEL.: 934866210

FAX: 934866302

EMAIL:aps17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812142120168006655

Recurso de apelación 1159/2017 -A

Materia: Juicio verbal

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: Juicio verbal (250.2) (VRB) 67/2016

Parte recurrente/Solicitante: Hernan , Dolores

Procurador/a: Erlisbeth Canoles Medina

Abogado/a: Eugenia Gonzalez Garcia

Parte recurrida: Emilia , Jacobo

Procurador/a: M^a Carmen Fuentes Millan

Abogado/a: SHEREZADE ROS GONZÁLEZ

SENTENCIA N° 827/2018

Magistrada: Maria Sanahuja Buenaventura

Barcelona, 21 de noviembre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 10 de noviembre de 2017 se han recibido los autos de Juicio verbal (250.2) (VRB) 67/2016 remitidos por Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por e/la Procurador/a Erlisbeth Canoles Medina, en nombre y representación de Hernan , Dolores contra Sentencia - 27/07/2017 y en el que consta como parte apelada el/la Procurador/a M^a Carmen Fuentes Millan, en nombre y representación de Emilia , Jacobo .

Segundo. El contenido del fallo de la Sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

"Estimando íntegramente la demanda entablada por la representación procesal de Doña Emilia , actuando en representación legal de su hijo Jacobo , frente a Don Hernan y Doña Dolores , debo condenar y condeno



solidariamente a estos últimos a pagar al menor Jacobo la suma de 5785,91 euros con imposición de las costas causadas en esta instancia."

Tercero. El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Sr. Carlos José y la Sra. Emilia , **padres** del menor Jacobo , interpusieron demanda de juicio verbal en reclamación de la indemnización de 5.785,91 €, por las lesiones causadas a su hijo por el menor Hernan , frente a sus **padres**, el Sr. Juan Carlos , y la Sra. Dolores . Exponen que el 12 de noviembre de 2013 los menores tuvieron una discusión durante el recreo de la mañana, que por la tarde el hijo de los demandados pidió al hijo de los actores que se acercara, y cuando lo hizo se lanzó sobre él desde un muro con una sobreelevación de unos 0,50 metros, cayendo sobre la pierna de Jacobo , causándole una fractura diafisaria oblicua tercio medio bajo de tibia izquierda, para cuya curación fueron necesarios 19 días de hospitalización, 41 días improductivos, y 65 días no improductivos.

La Sra. Dolores invoca prescripción. Y se opone alegando que el menor Hernan en la fecha de los hechos tenía 13 años, y no podía comprender la trascendencia de su actuación, por lo que no sería responsable de la misma, y por tanto tampoco sus **padres**. Expone que Hernan no se lanzó desde un muro sobre la pierna de Jacobo , y que éste se la fracturó forcejeando con el primero, que se defendió de una agresión, pues previamente Jacobo le tiró al suelo y le rodeó el cuello con su brazo, no siendo previsible una fractura de este tipo. Opone asimismo pluspetición pues solo se acreditan 11 días de hospitalización, 41 días improductivos, y 38 días no improductivos, lo que hace un total de 4.326,40 €, y considera que debería aplicarse una compensación de culpas, en virtud del art. 1103 CC. Y afirma que los **padres** de Hernan cumplieron debidamente con su deber de cuidado y control del menor.

El Sr. Juan Carlos fue declarado en situación de rebeldía.

La sentencia de instancia estima la demanda argumentando:

"... estimamos que existen motivos bastantes para concluir que las graves lesiones sufridas por el menor Jacobo le fueron causadas por el menor de la misma edad Hernan , quien pudo perfectamente prevenir y evitar el resultado lesivo de su conducta y sin que ésta pueda justificarse por una supuesta agresión previa del lesionado, de la cual no se ha aportado vestigio probatorio alguno y que, además, fue explícitamente refutada en el acto de juicio por el perito médico propuesto por la parte demandante.

Punto de partida esencial para alcanzar estas conclusiones es el hecho de que la parte demandada no haya negado las lesiones sufridas por el agraviado ni haya cuestionado que éstas sobrevinieran a resultas de un acometimiento violento del otro menor. Así resulta del pasaje del escrito de contestación a la demanda en el que se reconoce que el menor Hernan prendió por el cuello al otro niño, si bien se trata de justificar tal conducta con el pretexto de que el lesionado se había abalanzado previamente sobre el cuello del agresor. Ahora bien, el resultado de la prueba practicada no avala semejante tesis al no existir ningún dato objetivo, testigo presencial ni ningún otro medio de convicción que evidencien y ni tan siquiera insinúen que el lesionado desplegó una conducta violenta previa o coetánea con la agresión de la que habría de ser víctima. Por otro lado, resulta esclarecedor el interrogatorio del perito médico Don Epifanio cuando desacredita la versión de los hechos sostenida por la parte demandada y razona que una simple caída al suelo producida fortuitamente mientras los menores forcejeaban prendiéndose mutuamente por el cuello difícilmente podría haber causado una lesión tan significativa como una fractura tibial. El mismo perito sostiene que una fractura como la sufrida por el lesionado es más compatible con la acción de un mecanismo de "palanca" como el que opera cuando el hueso dañado recibe el impacto de un peso proveniente de una mayor altura, lo que nos sitúa en la órbita de la versión de los hechos mantenida por la parte actora, a tenor de la cual el agresor se habría lanzado sobre el menor lesionado desde un muro situado a una altura aproximada de medio metro. Por estos motivos, concluimos que es el relato de los hechos ofrecido en el escrito de demanda el que reviste un índice de verosimilitud preponderante frente a la tesis exenta de todo soporte probatorio sostenida por la parte demandada.

*Enlazando con todo ello, debe precisarse que la alegada falta de capacidad natural del hijo de las demandados para representarse mentalmente las consecuencias lesivas de su actuación no puede afectar al sentido de nuestra decisión pues, por un lado, la conducta consistente en abalanzarse sobre el cuerpo de un niño desde una altura de medio metro entraña una potencialidad lesiva evidente a los ojos de cualquier persona y, por otro lado, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la imputabilidad **civil** del menor no es presupuesto necesario para exigir la **responsabilidad civil** de sus **padres** con arreglo al art. 1903 del Código **Civil** . En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1983 razona que "no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la **responsabilidad** dimana de culpa propia*



del **padre**, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y, por lo tanto, de su grado de discernimiento". Por todo ello, concluimos que la conducta del menor Hernan pone al descubierto una grave falta de diligencia de sus **padres** en el ejercicio de su potestad al no haber puesto a contribución las medidas de educación y vigilancia sobre su hijo que deberían haber prevenido conductas tan violentas y manifiestamente incívicas como la que se enjuicia y que desgraciadamente desencadenó las graves lesiones del hijo de la demandante.

Cuarto. En cuanto al monto indemnizatorio reclamado, la parte demandada aduce como único motivo de oposición la falta de pruebas sobre el periodo de estancia hospitalaria que el lesionado habría requerido para la curación de sus lesiones. Se alega que la documentación aportada con el escrito iniciador del proceso no demuestra que el menor permaneciera hospitalizado más de un día a resultas del ingreso producido el 24 de noviembre de 2013, lo que conllevaría que el periodo de hospitalización deba fijarse en once días. Ahora bien, el planteamiento de la parte demandada no puede ser acogido pues, aun siendo cierto que el informe de hospitalización relativo al ingreso de 24 de noviembre de 2013 no consigna expresamente la fecha del alta, no lo es menos que consta en autos un dictamen pericial suscrito por el facultativo Don Epifanio en el que se sitúa esa fecha en el 2 de diciembre de 2013 y en el que, además, se establece como fuente para alcanzar esta conclusión un informe de hospitalización de 2 de diciembre de 2013. De este modo, concluimos que la falta de aportación a los autos de este último informe no equivale a una absoluta falta de base probatoria sobre el periodo de hospitalización cuestionado, el cual se acredita mediante el informe pericial aportado por la parte demandante, a cuyo autor la parte contraria pudo solicitar las aclaraciones que tuviera por oportunas en el acto de juicio oral y, sin embargo, no lo hizo. Por todo ello, acogiendo la pretensión formulada en el escrito de demanda, el importe de la indemnización a favor del lesionado debe fijarse en la suma de 5785,91 euros."

SEGUNDO.- La representación de la Sra. Dolores considera en su recurso que la sentencia de instancia valora erróneamente la prueba e incurre en incongruencia omisiva. Destaca que el testigo, Sr. Justiniano, Jefe de estudios del Colegio DIRECCION001 recuerda que hubo una pelea, no una agresión. Afirma que de las declaraciones del perito de la actora no se desprende que la lesión se produjera de la forma que se refiere en la demanda, pues no negó que se pudiera producir la fractura al caer al suelo en un forcejeo, aunque sea más factible el mecanismo alegado por la parte actora. Considera que no han quedado acreditados los requisitos de la **responsabilidad** extracontractual, pues no se ha probado cómo se causó la fractura, y por el contrario afirma que hubo una conducta violenta previa por parte del lesionado. Insiste en que el menor Hernan, de 13 años en el momento de los hechos, no tenía suficiente capacidad de discernimiento para poder prever y comprender el posible alcance de sus actos, y además no ha quedado probada una falta de diligencia de los **padres** de Hernan en el ejercicio de su potestad parental.

Subsidiariamente, reitera la alegación de pluspetición en los términos expuestos en la contestación a la demanda. Y finalmente entiende que debería acordarse una compensación de culpas, mínimo del 50% cada uno de los menores.

TERCERO.- Una nueva valoración de la prueba nos lleva a la desestimación del recurso, haciendo propios los argumentados fundamentos de la sentencia de instancia.

El Dr. Epifanio manifestó en la vista que es más factible que la fractura (fractura diafisaria oblicua tercio medio bajo de tibia izquierda) se causara cuando estando la pierna de Jacobo en mala situación le cayera un peso encima desde una cierta altura; y que es menos factible que cayendo los dos jóvenes al suelo cogidos por el cuello desde la misma altura, se produzca este tipo de fractura.

Por ello, la conclusión alcanzada por el juzgador a quo se estima acertada, aunque no hubieran testigos presenciales y solo contemos con las versiones de los dos jóvenes, pues el dato objetivo del tipo de fractura producida es más compatible con la versión dada por la parte actora, por lo que se estima acreditado que el menor Hernan, se lanzó desde una altura sobre la pierna del menor Jacobo, causándole la fractura.

No puede atenderse a que el menor Hernan, de 13 años en el momento de los hechos, no pudiera advertir con esa edad que, cayendo sobre la pierna del otro menor pudiera causarle un daño de una cierta entidad.

Como se recoge en la SAP, sección 16, del 31 de mayo de 2018 (Ponente: MARIA CARMEN DOMINGUEZ NARANJO):

"... en nuestro derecho rige el principio **civil** de que el que causa daño a otro debe responder salvo que haya prueba excluyente de esa **responsabilidad**.

Por otro lado, la obligación de indemnizar alcanza a los **padres** de los menores por estricta aplicación del art. 1903 del CC, tratándose de un tipo de **responsabilidad** que es prolongación de la establecida en el art. 1902, ya que las personas mencionadas por aquel precepto responden, en definitiva, por la negligencia que en ellas se presume como causa del acto ilícito del menor, incapaz, dependiente, etc.



Las SSTs de 8 de marzo y 10 de noviembre de 2006 , han precisado que " el art. 1903 contempla una **responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad con presunción de culpa en quien la ostenta, y con la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido ampararse en que la conducta del menor, debido a su escasa edad y falta de madurez, no pueda calificarse de culposa, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia**" (en el mismo sentido las SSTs 14 de marzo de 1978 ; 24 de marzo de 1979 ; 17 de junio de 1980 ; 10 de Mayo de 1983 ; 22 de enero de 1991 y 7 de enero de 1992 ; 30 de junio 1995 y 16 de mayo 2000).

El propio art. 1903 previene en su último párrafo 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 consecuencia práctica de dicha redacción, es que serán los progenitores los que han de probar respecto de los hechos dañosos de sus hijos, que adoptaron las medidas necesarias, oportunas y adecuadas al momento y circunstancias, para evitar su producción.

Es doctrina reiterada la que viene exigiendo el requisito esencial de la previsibilidad para generar culpa (S TS de 29-10-99), y la que, en relación con la **responsabilidad** de los **padres** por los daños causados por los hijos, viene exigiendo que la actuación negligente del menor, en el desarrollo de una actividad susceptible de crear el riesgo de daño para las personas, sea previsible en cuanto a la posibilidad de dañar, así como que sea evitable, habiendo tenido oportunidad los **padres** de evitar el daño causado por el hijo de haberse ajustado la diligencia a las reglas de atención y cuidado exigibles (STS de 8 de marzo de 2002), luego habida cuenta del contexto en el que se produce el accidente, es decir una plaza con canchas de basquet para jugar, peatonal y ajardinada con extensiones de hormigón, sin obstáculos por el que patinan los niños de manera habitual pese a no ser especial o expresamente habilitada para ello, que la hija de la actora, Justa , contaba con 11 años de edad y el hecho no negado de la existencia de niños jugando en el mismo lugar, lo cierto es que cualquier colisión o choque de Justa provista de sus patines en línea con un viandante resulta en última instancia previsible y por ende evitable, más cuando por el lugar pasean personas mayores con movilidad limitada, como es el caso, ya que la actora contaba con 84 años de edad e iba provista de bastón para poder caminar.

Es en dicho aspecto, en el que habrá pues que centrar en todo caso la justificación de la exención de **responsabilidad** de los **padres** demandados, esto es, en si en realidad ha quedado debidamente acreditado la actuación negligente del menor y en todo caso si la exquisita diligencia que hemos referido es la que el legislador ha querido exigir en el art. 1.903 CC , en supuestos como el de autos.

Al respecto, resulta esclarecedora la STS 28 diciembre 2001 , que cita expresamente la demandada en su cuidado escrito impugnativo y que es el caso paradigmático de ausencia de **responsabilidad** de los **padres** por las lesiones causadas como consecuencia de la práctica de juegos infantiles. En la misma se enjuiciaba el accidente acaecido cuando la niña lesionada, que perdió un ojo, jugaba a saltar a la comba junto con otras niñas en el tiempo de recreo del colegio, y al soltar uno de los extremos la hija de los demandados de quien se peticionaba la condena, la mala fortuna hizo que diera en el ojo de aquélla. En esa sentencia el alto tribunal razona que la **responsabilidad** de los **padres** "... 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..." . concluyendo la citada resolución que en el supuesto descrito, es precisamente la inocuidad del juego y su práctica generalizada, que revela a su vez aquélla, lo que implicaba la falta de **responsabilidad**, porque no puede atribuirse a una "culpa in vigilando" de los **padres** en tales supuestos."

Tampoco puede atenderse la pluspetición invocada, ni respecto a la compensación de culpas, por lo anteriormente indicado, ni respecto a los días reclamados, detallados en el informe pericial, que acompaña los informes de los centros hospitalarios, así como del informe de fisioterapia del centro en el que Jacobo realizó las sesiones de rehabilitación desde el 19 de febrero de 2014 hasta el 17 de marzo de 2014, fecha esta última en que deben considerarse estabilizadas las lesiones.

CUARTO.- Desestimado el recurso planteado se condena en las costas del recurso (art. 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento **civil**).

FALLO

DESESTIMO el recurso planteado por la representación de la Sra. Dolores , y CONFIRMO la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , el 27 de julio de 2017. En cuanto a las costas del recurso se imponen a la recurrente.



Visto el resultado de la resolución recaída, y conforme lo recogido en el punto 9 de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la nueva redacción introducida por la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, BOE de 4 noviembre, con pérdida del depósito ingresado en su día para recurrir, y en sus méritos procédase a dar a éste el destino previsto en la Ley.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal siempre que se cumplan los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos, a interponer ante este mismo tribunal en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. Y firme que sea devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la resolución para su cumplimiento.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ