

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
Ponente: Clemente Auger Liñan
Sentencia de 23 de septiembre de 2004

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía número 573/1994 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, sobre responsabilidad extracontractual, el cual fue interpuesto por el Abogado del Estado en el que son recurridos Doña María Antonieta y don Alonso, representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Carmen Palomares Quesada asistidos por el Letrado Don Laureano Arquera Vinuesa y MUSINI S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora Doña Isabel Campillo García. y asistida por el Letrado Don José Luis Arjona García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, promovidos a instancia de Doña María Antonieta en su propio nombre y en representación de los menores Don Sebastián, Don Jesús Carlos y Doña Valentina y de Don Alonso, contra el Ministerio de Educación y Ciencia, Doña Gloria, Doña María Dolores y la entidad aseguradora MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS, sobre responsabilidad extracontractual.

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

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

2º. Se condene a los codemandados, Ministerio de Educación y Ciencia, Doña Gloria, Doña María Dolores y MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS, a estar y pasar por dicha declaración y a que, de forma solidaria, satisfagan a los accionantes, las siguientes cantidades:

A). Cinco millones de pesetas para cada uno de los comparecientes, Doña María Antonieta y Don Alonso.

B). Cuarenta millones de pesetas, prorrateadas entre los tres hermanos

Sebastián, Jesús Carlos e Valentina, en la actualidad menores de edad y sujetos a la tutela de su abuela, la compareciente Sra. María Antonieta.

3º. Se condene a los codemandados al pago de las costas que se causen en el presente procedimiento."

Admitida a trámite la demanda, la demandada Doña María Dolores contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia mediante la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora".

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

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

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 30 de Septiembre de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Monserrat Montane Ponce, en nombre y representación de Doña María Antonieta, quien actúa a su vez en su propio nombre y derecho y en el de los menores sujetos a su tutela Don Sebastián, Don Jesús Carlos y Doña Valentina y de Don Alonso, contra el Ministerio de Educación y Ciencia, Doña Gloria y Doña María Dolores además de contra la entidad aseguradora MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS, debo declarar y declaro el fallecimiento del menor Don Javier, acaecido el día 22 de Marzo de 1993 trae causa de la negligente actuación de la codemandada Doña Gloria y el Ministerio de Educación y Ciencia debiendo condenarse a los anteriores y a la entidad aseguradora a estar y pasar por la anterior declaración y a satisfacer las siguientes cantidades: Tres millones de pesetas (3.000.000 pts) por cada uno de los comparecidos Doña María Antonieta y Don Alonso y cuatro millones de pesetas (4.000.000 pts) a cada uno de los hermanos menores de edad y sujetos a la tutela de la abuela.

Se absuelve a la demandada Sra. María Dolores.

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

SEGUNDO. Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación el Abogado del Estado y la entidad aseguradora y por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Quinta, dictó sentencia con fecha 27 de Febrero de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: En atención a todo lo anteriormente expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, ha decidido: Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 30 de Septiembre de 1996 dictada por el

Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma en los autos del juicio de menor cuantía de que dimana el presente rollo de Sala, así como la adhesión al mismo formulada por el Procurador Sr. Ferragut Rosselló en nombre de la entidad MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS, confirmar la meritada sentencia con imposición de las costas de esta alzada a las partes apelantes".

TERCERO. El Abogado del Estado, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

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

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

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

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

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

orden a SERCO S.L, para que instalara en el Colegio Juan Capó las porterías que se encontraban el día 18 de Marzo de 1993 en el referido centro escolar.

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

SEGUNDO. El primer motivo se formula al amparo del artículo 1692, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por exceso en el ejercicio de la jurisdicción, al entender la sentencia que se recurre y resolver sobre un procedimiento de juicio declarativo ordinario de menor cuantía en el que se formula petición de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que lleva consigo la infracción del artículo 533, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de jurisdicción, en obligada concordancia con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de Noviembre y artículos 1,2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de Noviembre de 1956.

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

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

Y esta observación, determinante de la desestimación del motivo, ha sido la declarada por la jurisprudencia de esta Sala después de la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En el artículo 2 e) de esta última se dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive,

no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad. La adición de los particulares y compañías aseguradoras que se inserta en el precepto, se debió a la necesidad legal de modificar el régimen competencial aplicable a demandas de responsabilidad patrimonial, como la presente, en que junto a la Administración demandada la acción se dirige solidariamente contra particulares y aseguradora. Y sin perjuicio de que después de la vigencia de la Ley expuesta, no será la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de demandas dirigidas exclusivamente contra compañías aseguradoras.

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

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

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

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

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

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación

formulado por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de fecha 27 de Febrero de 1997, con imposición del pago de costas de este recurso al recurrente, con la exclusión referida en el fundamento de derecho cuarto.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Clemente Auger Liñán. Román García Varela.
Jesús Corbal Fernández.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.