

**SENTENCIA**

En Barcelona, a catorce de diciembre de dos mil cinco.

Vistos por Don Jesús Arangüena Sande, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de los de Barcelona, Los autos de juicio ordinario con nº 165/2005 (2º) sobre indemnización de daños y perjuicios, instada por XXX obrando en nombre y representación de su hijo menor de edad XXX, representada por el Procurador Sr. Camín dirigida por el Letrado Sr. Gabriel, contra XXX, representado por la Procuradora Sra. de Miguel y dirigida por el Letrado Sr. Casamiglia, dicto la presente resolución en base a los siguientes

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la meritada representación de la parte actora, obrando en nombre y representación de su hijo menor de edad XXX, se interpuso demanda solicitando se dictara sentencia condenando a la demandada abonar a la actora la cantidad de 6.746,20 euros más los intereses legales y costas, como indemnización por las lesiones y secuelas padecidas por dicho menor en el patio del colegio citado el 13-2-2004 encontrándose bajo supervisión de una profesora. El mecanismo lesional fue el **violento golpe que sufrió en el muslo derecho tras el impacto contra el suelo en mala posición, al parecer tras ser empujado por otro niño**. Por ello se reclama 84 días de baja improductivos, a 45'81 euros al día, esto es, 3.848,04 euros más, en concepto de secuelas la cantidad de 2898,16 euros (correspondientes a 3 puntos por acortamiento de la extremidad inferior en menos de 3 cm, y perjuicio estético ligero en 1 punto), ascendiendo la suma al total de 6.746,20 euros reclamados, todo ello según pericial aportada. Se acciona por la responsabilidad del empresario escolar, al tratarse de un supuesto de responsabilidad por riesgo, existiendo culpa in eligiendo o in vigilando, si bien igualmente cabría hablar de responsabilidad civil contractual. No obstante en legal plazo modificó el suplico mediante escrito 7-4-2005 **elevando la indemnización postulada hasta los 19.826, 61 euros** en función de dictamen pericial complementario que aportaba, con el siguiente desglose: 84 días de baja improductivos, a 41,85 euros, son 3.848, 04 euros, más 430 días no improductivos a razón de 24,67 euros son 10.608, 10 euros, más 7 puntos de secuela a razón de 767,21 euros el punto, son 5.370,47 euros (**siendo las secuelas acortamiento de extremidad inferior a 3 cm, son 6 puntos, perjuicio estético ligero es 1 punto**).

**SEGUNDO.-** Admitida a tramite la demanda se emplazó a la demandada para que compareciera y contestara a aquella, lo que verificó, oponiéndose a la demanda instando su desestimación con imposición de costas al actor. Refiere que según informó la profesora encargada de párvulos, la Sra. XXX, el **menor cayó casualmente a resultas de juego propio de los menores, en concreto el denominado “pilla pilla”** o escondite, no por tanto a resultas de ninguna actividad dirigida por el centro, ni se trataba de juego peligroso alguno. Así es fortuita o casual la caída, siendo normal y necesario que los menores jueguen y corran, no existiendo por ello responsabilidad por culpa del centro, pues ninguna omisión de la debida diligencia ha cometido ninguno de sus operarios. No es actividad de riesgo, ni hay culpa in eligiendo o in vigilando, siendo contraproducente prohibir a los niños realizar juegos o actividades que si bien pueden dar lugar caídas, ello no representa riesgo evidente alguno. Subsidiariamente invoca pluspetición por entender excesivo lo reclamado por la actora.

**TERCERO.-** Convocada la audiencia previa al juicio, tuvo lugar la misma, con el resultado que consta en autos, y acordándose abrir a prueba la litis, se le admitió al actor documental reproducida, interrogatorio de parte, testifical y pericial de parte, y a la demandada documental reproducida, testifical y pericial judicial señalándose día y hora para la celebración del juicio.

**CUARTO.-** El día y hora señalado tuvo lugar el juicio, practicándose las pruebas acordadas en los términos y con el resultado que consta en autos, y conferido a las partes trámite para formular conclusiones, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia dado el cúmulo de asuntos cuyo conocimiento pesa sobre el juzgador.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Refiere la SAP de Málaga, sec 6ª, de 11-9-2001 (AC 383621/2003) “reiteradamente la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del TS en la interpretación de **la responsabilidad de profesores y centros de enseñanza** por los daños causados por sus alumnos o acaecidos a los mismos durante el período de dependencia escolar, tiene declarado que dicha responsabilidad **no puede de ningún modo objetivarse** y desligarse de la imputación y prueba efectiva de una conducta culpable, pues no se trata de asumir socialmente un daño consecuencia de una actividad de riesgo, como sucede en los daños acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, o en aquellos otros correspondientes a actividades empresariales o

industriales, sino de extremar los deberes de vigilancia y cuidado consustanciales a la misma actividad educativa, y acentuados por la especial dependencia y vulnerabilidad de los niños y menores encomendados a los centros educativos – TS 1.º SS de 21 Nov. 1990 y de 10 Oct. 1995--. e, igualmente, aunque la jurisprudencia ordena extremar el deber de vigilancia TS la SS de 15 Dic.1994, es lo cierto que **si se demuestra que se cumplieron las condiciones normales de vigilancia y cuidado ha de considerarse fortuitas las lesiones sufridas por alguno de los alumnos dentro del recinto del colegio**, siendo factor determinante en la imputación de falta de diligencia la previsibilidad del daño acaecido. TS 1.º S de 21 Nov. 1990”.

Y así por ejemplo la STS 8-3-1999 (LA LEY, AC 591/1999) dice “Segundo. Los hechos que aparecen probados son los siguientes: El día 20 de Febrero de 1992 los alumnos del Colegio S J.-H. V., de Ciudad Real, durante el período del recreo, no pudieron salir al patio exterior, por hallarse el mismo nevado, por lo que hubieron de permanecer en un recinto cerrado, idóneo para ello. El alumno Miguel Ángel C. P., de diez años de edad, se encontraba, en dicho recinto cerrado, jugando con otros compañeros, **cuando se cayó al suelo**, sufriendo lesiones, consistentes en fractura oblicua del tercio proximal del fémur derecho, de las que tardó en curar 162 días, habiéndole quedado **como secuela un acortamiento del fémur** derecho en dos centímetros y medio, que podrá recuperarse, bien por un hipercrecimiento del miembro afectado, bien a través de una futura intervención quirúrgica. Tercero. Después de hacer una exposición acerca de los elementos o requisitos determinantes de la responsabilidad por culpa extracontractual, la sentencia aquí recurrida basa, en esencia, su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en el razonamiento siguiente: “En el presente caso, el menor se encontraba jugando con otros compañeros, cuando se cayó, **siempre es previsible que un niño pueda caerse**, más lamentablemente **no siempre puede evitarse**, pues, para ello sería necesario, no sólo su cuidado, sino que se le coartara toda libertad de movimiento. No ha quedado acreditado que el menor sufriera el accidente por la existencia en el recinto de instrumentos o elementos peligrosos o que entrañaran por sí mismos un alto riesgo para la integridad física, **sólo había niños jugando, y el juego fue el causante del accidente** sin la intervención de ningún factor extraño o peligroso que hubiera evidenciado una falta de celo por parte de sus cuidadores. **Por todo lo expuesto**, ante la no acreditación u omisión culposa o negligente causante del evento lesivo, **no procede acoger la demanda por responsabilidad civil** extracontractual, estimándose por consiguiente el recurso, revocándose la sentencia apelada” (FJ 5.º de la sentencia aquí recurrida). Cuarto. En el motivo único, con residencia procesal en el ordinal cuarto del art. 1962 LEC, se denuncia infracción de los arts. 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita de esta Sala. En su muy extenso y confuso alegato, los recurrentes vienen a sostener, según parece, que las tendencias objetivadas de la responsabilidad aquiliana, manifestadas a través de la intervención de la carga de la

prueba y de presunción de culpa en el agente, han de llevar a la apreciación de negligencia por parte de los cuidadores del menor lesionado en el Centro docente, al no haber probado, parece que quieren decir, que adoptaron todas las precauciones necesarias para evitar la caída del menor lesionado. El expresado motivo ha de ser desestimado, 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, el 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), siendo éste el supuesto litigioso aquí contemplado, en el que aparece probado, y así lo declara la sentencia recurrida, que la caída del menor lesionado (de diez años de edad) se produjo única y exclusivamente **como consecuencia de los juegos normales en chicos de esa edad**, con sus compañeros, durante el período de recreo en el Colegio, sin intervención de ningún factor extraño o peligroso, que pudiera evidenciar la falta de la debida vigilancia por parte de sus cuidadores, cuya caída, en tales circunstancias, ha de ser conceptuada necesariamente como un **evidente caso fortuito**”.

**SEGUNDO.-** La jurisprudencia expuesta en el anterior fundamento de derecho es plenamente aplicable al caso de autos. Ninguna prueba se ha aportado por la actora acreditando que el menor realizase algún tipo de actividad arriesgada, o peligrosa por si misma. Tampoco que cayera desde alguna instalación recreativa fija (columpios, toboganes, etc.) que por sus características o estado de conservación supusiera peligro para los menores. Ni se ha probado que existiera tal número de menores y tan escaso número de profesores o cuidadores por menor que les impidiera a los profesores prestar una atención y ejercer un control adecuado evitando acciones imprudentes de los menores. Ni siquiera se ha probado lo manifestado en demanda en relación a que fuera otro menor el que empujara al hijo de la actora jugando o encontrándose en posición de carrera.

De las testificaciones practicadas no se ha podido deducir ninguna suerte de negligencia, falta de cuidado o atención adecuada por el centro escolar a los menores en el patio. En efecto, sosteniendo la actora en el hecho cuarto de demanda que “el mecanismo lesional fue el violento golpe que sufrió en el muslo derecho tras el impacto contra el suelo en mala posición, por lo visto, tras ser empujado por otro niño”, por contra resulta que la testigo Sra. XXX, que era la profesora que se encontraba a cargo

del menor, refiere que el niño jugaba y corría, y de repente vio que estaba en el suelo caído y llorando pero ella no vio si cayó al suelo por algún empujón o por sí solo. Y en cualquier caso niega que estuviera subido a algún lugar o instalación en altura, o que cerca del menor hubiera alguna barandilla u objetos elevados, afirmando por contra que donde cayó el menor no había ninguna cosa donde pudiera hacerse daño. Y dice que el menor le dijo que estaba jugando al “pilla pilla” y que estaba corriendo, y refería nombres de otros niños pero nada más, esto es, que no le consta que indicara a alguno como autor de un empujón. Asimismo relata que había tres clases de unos 20 niños cada una, con tres profesores, por lo que se establece una proporción de un profesor vigilando cada 20 alumnos, que no se demuestra que resulte una ratio inadecuada. Dicha proporción la corrobora la testigo Sra. XXX y más o menos la testigo Sra. XXX. Ninguna de estas dos testigos vio el accidente, ayudando una vez ocurrido el mismo y la Sra. XXX ratifica que el menor no acusaba a ningún otro niño como supuesto autor de empujón alguno, limitándose a decir que jugaba al “pilla pilla”. Y ambas refieren que en esa zona en que estaba el menor no había obstáculos o elementos peligrosos.

Por lo demás los informes periciales no aclaran el mecanismo lesional concreto acaecido, no creyendo el perito de la actora –DR XXX- en la hipótesis de caída fortuita del propio menor, y no descartando el perito judicial –Dr XXX- tal posibilidad entre otras. Pero ya hemos razonado que **aun de haberse producido el empujón o agarrón etc de un menor al otro, no conlleva ello la afirmación de concurrencia de culpa o negligencia por parte de la profesora encargada que genere responsabilidad del centro**, teniendo presente la totalidad de circunstancias reseñadas, esto es, valorando en concreto el tipo de actividad o juego, circunstancias de la vigilancia de los niños, tipo de patio en que jugaban, etc.

Y como refieren las sentencias mencionadas, **la caída del menor en estas condiciones ha de considerarse fortuita**. Y ello aun en el caso de haberse dado probado que otro menor, corriendo o jugando a un juego no peligroso, hubiera reaccionado inopinadamente empujando al hijo de la actora, pues en tal situación nos encontraríamos ante un evento inevitable, por su espontaneidad, e imprevisible en concreto (por más que en abstracto siempre sea previsible que los niños se empujen con frecuencia entre sí en sus juegos) que impediría hablar de culpa del centro y sí de fuerza mayor del art 1.105CC. Obsérvese que, de seguirse la argumentación de la actora, la conclusión llevada al extremo **supondría** que, de ocurrir el evento fuera del centro escolar, **estando por ejemplo corriendo los menores en sus parque público bajo la vigilancia de sus propios padres**, que les consienten por ello tal actividad, y un menor jugando empujara a otro y le produjera lesiones, **habría que considerar responsables a los progenitores**, tanto el del menor que empuja por no prever o no evitar tal empujón y al del empujado por no prever que jugando su hijo puede ser empujado y sufrir lesiones, lo cual como vemos resulta un exceso injustificado pues a buen seguro dichos progenitores, como a las profesoras del centro, **les resulta en concreto difícil el**

**prever el comportamiento del niño** en un momento dado consistente en empujar al otro niño. No aparece por lo expuesto una mayor o más específica obligación de diligencia por el hecho de estar el menor en el recinto del colegio que, por ejemplo, de estar en el interior del propio domicilio, que es donde tienen lugar a diario los accidentes domésticos con menores, cuando de simples juegos no peligrosos “per se” se trata., ni por el hecho de ser profesores los que cuidan al menor y no los padres. Todo lo cual aboca a la desestimación de la demanda.

**TERCERO.-** Conforme a lo dispuesto en el art. 394LEC, no obstante la **desestimación de la demanda**, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia, ello a la vista de la dificultad de obtención de prueba suficiente por la actora de la concreta forma de producirse el siniestro, que hace dudoso el aspecto fáctico de la litis y explica la interposición de la demanda.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás generales y de pertinente aplicación, por el poder que me confiere la Constitución, y en nombre S.M. El Rey,

### **FALLO**

Que debo desestimar y **desestimo la demanda** instada por Doña XXX, representada por el Procurador Sr. Carmín, contra XXX representado por la Procuradora Sra. De Miguel, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en esta instancia.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación que se preparará ante este Juzgado en el plazo de cinco días desde su notificación, por medio de escrito en el que deberá constar la voluntad de recurrir así como los pronunciamientos que se impugnan

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión de autos, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada que ha sido justo la anterior sentencia por el Magistrado-Juez de este Juzgado que la ha dictado, en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, de lo que yo, el Secretario Judicial, doy fe.