

**AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE GIRONA**  
**SECCION SEGUNDA**

Rollo de apelación civil: nº 628/2005

Proviene: JUZGADO PRIMERA INSTANCIA A LA BISBAL D'EMPORDÀ

Procedimiento: nº 106/2005

Clase: Procedimiento Ordinario

**SENTENCIA 5012006**

Imos. Sres:

PRESIDENTE

D. JOSE ISIDRO REY HUIDOBRO

MAGISTRADOS

D. JOAQUIN FERNANDEZ FONT

D. JAUME MASFARRE COLL

Girona, a seis de febrero de dos mil seis.

En esta segunda instancia ha comparecido como parte apelante xxx de GIRONA, representada por la Procuradora Dña. Mercè Canal Pi ferrer y defendida por el Letrado D. IGNASI SANT.

Ha sido parte apelada xxx, representada por el Procurador D. CARLOS JAVIER SOBRINO CORTES y defendida por el Letrado D. JUAN JOSE SAPENA PEREZ GANDARES.

**ANTEDECENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El presente proceso se inicio mediante la demanda presentada en nombre de xxx de Girona contra xxx.

**SEGUNDO.** La sentencia que puso fin a la primera instancia dice en su parte dispositiva: "Desestimando la demanda de juicio ordinario instada por el Procurador D. Mique Jornet Bes, en nombre y representación de xxx asistido por el Letrado D. Ignasi Xavier Sant Blanch contra xxx representada por el Procurador D. Luis Vergara Colomer y asistida por el Letrado D. Juan José Sapena Pérez Gándaras, absuelvo a la entidad demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra, con expresa condena en costas a la parte actora".

**TERCERO.** En aplicación de las normas de reparto vigentes en esta Audiencia Provincial, aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, ha correspondido el conocimiento del presente recurso a la Sección Segunda.

**CUARTO.** En su tramitación se han observado las normas procesales aplicables a esta clase de recurso, habiendo efectuado las partes las alegaciones que pueden verse en los respectivos escritos presentados en esta segunda instancia, a los que se responde en los siguientes fundamentos jurídicos. Se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 30/01/2006.

**QUINTO.** Conforme a lo establecido en las indicadas normas de reparto, se designó ponente de este recurso al Ilmo. Sr. JOSÉ ISIDRO REY HUIDOBRO, quien expresa en esta sentencia el criterio unánime de la Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por el xxx de Girona se recaman los 95.323 euros con que indemnizó a los padres del menor xxx, de 12 años de edad, - que falleció en el campo de Fútbol del Casal, cuando asistía al Colegio xxx, de Palafrugell, del cual es titular la parte demandante-, a la entidad xxx, la cual aseguraba la responsabilidad civil de Palafrugell xxx, que utilizaba el recinto deportivo fuera de las horas lectivas por convenio con la junta Rectora del Patronat Municipal d'Esports de 9 octubre de 2003, en el cual se

establece que xxx se encargará del mantenimiento y vigilancia del Camp del Casal y se le concede una subvención a tales efectos (fol.21).

Los hechos acaecidos fueron los siguientes:

1.- xxx de Girona es titular y propietario del Colegio xxx junto al campo de Fútbol del Casal, del que se encuentra separado únicamente por una calle.

2.- Por convenio de fecha 1 de octubre de 2003 entre el Ayuntamiento de Palafrugell y la Parroquia de Palafrugell, dicho Ayuntamiento cedía la utilización del campo de fútbol durante el horario lectivo a los alumnos del Colegio xxx. A su vez, por convenio del Patronat Municipal d'Esports de l'Ajuntament de Palafrugell y el Club xxx, se atribuye el mantenimiento y control del Camp del Casal para la temporada 2003-2004 al Club xxx y se le concede una indemnización para mantenimiento y vigilancia del campo, en tanto utilizado por el Fútbol Base de dicho Club fuera de las horas lectivas y concretamente en las últimas horas de la tarde cuando entrenaban los equipos inferiores en las instalaciones.

3.- El 16 de octubre de 2003, se encontraba entrenando en las mismas el equipo de fútbol de alevines A, del Club xxx, del cual era entrenador D. xxx y como era habitual, colocaron una portería portátil del tipo "futbol 17" en el centro del campo para reducir el tamaño del terreno de juego; como empezó a llover con insistencia, sobre las 20.10 horas se decidió dar por concluido el entrenamiento. Cuando finalizan el entrenamiento y para evitar accidentes siempre quitan la portería portátil de campo y la sitúan tumbada y encadenada en un lateral de instalación deportiva.

4.- Ese día 16 de octubre, ante la fuerte lluvia que caía y el nerviosismo que ello provocaba en los menores, el entrenador no se acordó de que la portería estaba colocada en medio del campo de fútbol y se fueron dejándola allí bajo la persistente lluvia.

5.- Al día siguiente 17 de octubre de 2003, sobre las 10.50 horas, es decir, en horario escolar, los alumnos del Colegio xxx, pasaron a disfrutar del recreo al Campo de fútbol., desde el recinto del propio colegio, que queda separado por una calle. Para ello un profesor del Centro, xxx, vigilaba el cruce de la calle por parte de los alumnos, y otro, Sr. xxx, era quien vigilaba dentro del campo la actividad recreativa.

Unos alumnos, entre los que se encontraba xxx, al penetrar en el recinto deportivo, se han dirigido a la portería situada en el centro del campo y al intentar colgarse o subirse a la misma esta ha caído sobre xxx, proporcionándole un fuerte golpe en la cabeza que acabó produciéndole la muerte.

**SEGUNDO.-** La sentencia de primera instancia añade como probado que la portería portátil, cuando se instaló, se sujetó por sus dos vértices al suelo mediante dos piezas en forma de "L" evitando con ello su movilidad, -pues así lo declaró el Sr. xxx que había entrenado a los alevines y utilizado la portería el día anterior-, y que la portería quedó debidamente sujeta al suelo.

Y a través de una particular valoración probatoria, interpreta que ningún reproche puede efectuarse al personal encargado del entrenamiento del Club xxx, al entender que el entrenador obró con toda prudencia y diligencia exigida, e imputa toda responsabilidad a los profesores encargados de la supervisión y vigilancia de los recreos, que no impidieron a los alumnos agarrarse o subirse a la portería pese a haberla visto en el medio del campo de fútbol, comportamiento culposo del que se desprendería la responsabilidad del Centro educativo donde cursaba los estudios el menor fallecido, que así debió entenderlo cuando procedió a indemnizar a los padres en la cantidad reclamada de 95.323 euros, por lo que desestima la demanda.

**TERCERO.-** Denuncia la parte demandante error en la valoración de la prueba en relación a la ley y jurisprudencia aplicable, porque de la prueba practicada se desprende que fue el Club xxx quien incumplió no solo medidas de cautela y de cuidado lógicas y razonables al tratarse del uso de instalaciones deportivas por menores, sino que no se respetaron las normas reglamentarias sobre el uso de tales instalaciones, revelándose como causante indiscutible de la situación de riesgo y peligro que comportó luego un resultado de muerte.

Efectivamente, el acervo probatorio demuestra que siendo el Club xxx el responsable del mantenimiento, control y vigilancia del Camp del Casal durante el horario no lectivo, no cumplió debidamente con el cuidado y diligencia que el compromiso asumido a través del convenio de mantenimiento y vigilancia conllevaba.

Es incuestionable que una portería portátil situada en un lugar donde los alumnos de una escuela desarrollan su actividad de ocio, constituye un elemento de riesgo, tanto si no dispone de los pertinentes anclajes, como si los tiene colocados, pues estos no soportarían el peso de tres o cuatro muchachos que se cuelguen del larguero. De ello era consciente el entrenador de alevines que propició la colocación de la portería el día anterior y luego no se ocupó de retirarla del terreno de juego dejándola reclinada y encadenada como muestran las fotografías obrantes al folio 12, a fin de evitar cualquier manipulación de los menores y cualquier peligro.

Pero además, la afirmación del órgano “a quo” en el sentido de que la portería se encontraba debidamente calzada y sujeta cuando dejaron de entrenar los alevines el día anterior, solo tiene como apoyo la versión del encargado del grupo y entrenador de estos, D. xxx; pero esa versión no es exactamente lo que se desprende de las declaraciones que obran en el atestado, donde efectivamente aquel manifiesta que sujetaron los dos vértices de la portería al suelo con clavos de hierro para evitar que se moviera del lugar, transcurriendo todo el entrenamiento sin novedad.

Pero “preguntado si en el momento de finalizar el entrenamiento se retiraron esos clavos de hierro, manifiesta que el no retiró ningún clavo, y desconoce si alguna otra persona lo hizo”. Y añade, “preguntado si después del uso del campo por parte de su equipo, alguna otra persona utilizó posteriormente las instalaciones de fútbol del Casal, manifiesta que no”; y “preguntado si cuando marchó del campo de fútbol se quedó alguna persona vinculada al Club xxx en el interior del recinto, manifiesta que se quedó el Presidente del Club y varios padres de los menores del equipo que él entrena” (Acta de declaración al folio 20).

Por su parte el Presidente del Club que según el entrenador se había quedado en el interior de las instalaciones una vez que él se fue, declaró ante la policía, preguntado por el motivo de la posición de la portería en el medio del campo, “que al finalizar el entrenamiento de ayer se empezó a recoger, pero que comenzó a llover de forma considerable, marchando del lugar rápidamente sin darse cuenta de la posición final de la portería” (fol. 18)

Finalmente, el mismo atestado refleja: “Que realizada una primera inspección ocular en el lugar, vio que la portería se encontraba estirada en el suelo, observando los alrededores de la portería, sin encontrar ningún sistema de sujeción” (fol.15).

Por lo tanto, afirmar que cuando la portería cayó sobre el menor fallecido, estaba convenientemente anclada y sujeta con unas piezas de hierro en forma de “L” que se sitúan en cada una de las bases de la portería, no tiene un efectivo sustrato probatorio ya que el atestado consigna que en los alrededores de la portería caída no se halló ningún elemento de sujeción (clavos de hierro). El Presidente del Club, declara que se empezó a recoger, es decir, que se iniciaron las tareas de retirada de los útiles y aparatos utilizados en el entrenamiento, uno de los cuales era la portería portátil, pero que a comenzar a llover copiosamente, se marcharon del lugar sin más, es decir, sin acabar la recogida de los elementos empleados, circunstancia perfectamente compatible con que se retiraran los anclajes y clavos de hierro que sujetaban la portería pero dejándola en pie en el lugar y no acabando con la operación de retirada de aquella que requería la intervención de varias personas para su traslado, ante la fuerte lluvia que empezó a caer y la desbandada que al parecer produjo.

Por eso, ante la objetividad del atestado respecto a la inexistencia de elementos de sujeción de la portería, pese a buscarlos por los alrededores (en zona limpia y sin obstáculos que dificultaran su apreciación cual es el centro del terreno de tierra), y las circunstancias concurrentes que se han expuesto, la inferencia fáctica de que la portería estaba convenientemente sujeta al ocurrir el accidente porque cuando se colocó el día anterior, según su responsable se sujetó con los clavos de hierro, es cuando menos contraria a los datos objetivos consignados en el “atestado”, que efectivamente desvirtúa la supuesta sujeción de la portería al producirse el siniestro.

**CUARTO.-** Del conjunto del acervo probatorio se desprende sin ningún género de duda que la portería portátil fue colocada en el campo de fútbol por el grupo de Fútbol Base del Club xxx al frente del cual había un encargado o entrenador. La portería portátil, por su inestabilidad y por las circunstancias del lugar y forma en que estaba colocada generaba un riesgo que fue provocado por quienes la colocaron y la dejaron instalada en contra de la conducta habitual de retirarla y encadenarla tumbada, una vez terminado el entrenamiento, por lo que este acto se presenta como antecedente determinante del efecto dañoso producido.

Según reiterada jurisprudencia, en principio quien crea un riesgo, aunque en dicho momento se corresponda a un actuar lícito, debe soportar las consecuencias derivadas del actuar peligroso del que se sirve, SSTS 11 diciembre 1997, 9 julio 1994. Y ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en la línea cuasi-objetiva minoradota del culpabilismo subjetivo, presupone actuación voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, mantenimiento y seguridad, a fin de que no se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces de adecuada aplicación el art. 1902 del Código Civil, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, SSTS 30 julio 1998, 8 octubre 1996, 9 julio 1994, 22 septiembre 1992, 13 diciembre 1990.

La citada jurisprudencia aplicada al caso examinado supone que la colocación por parte de los encargados del Fútbol Base del Club xxx, de la portería portátil en el medio del campo para entrenar, que

luego dejaron instalada y no retiraron con el peligro que ello comportaba para terceros y en particular menores que eran los usuarios principales de las instalaciones, conlleva que sea el citado Club o al demandada como aseguradora de la responsabilidad civil del mismo, quien deba demostrar que actuó con toda la diligencia necesaria y sin el menor atisbo de culpa, cosa que no solo no ha hecho, sino que además el resultado probatorio confirma un evidente actuar negligente al mantener la instalación de la portería, acentando por el hecho de que esta, cuando cayó sobre el menor, no disponía de ningún accesorio de soporte, lo cual permite inferir que, o bien no se colocó con elementos de sustentación, o bien se retiraron antes de abandonar las instalaciones los encargados del Club, quedando la portería en ambos casos sin elementos de soporte, lo cual le confería, si cabe, mayor peligro, ante la evidente utilización de la zona deportiva por los menores del Centro Escolar durante las horas lectivas.

**QUINTO.-** En definitiva, la negligencia de los encargados del Club deportivo que instauraron el elemento de riesgo y no lo retiraron tras el entrenamiento, cual era la conducta habitual según declaró el testigo xxx, entrenador, que además añadió en su manifestación ante la policía : “per evitar accidents com el que ens ocupa, sempre trepen la porteria portàtil del camp i la situen a un lateral del recinte esportiu” (quan finalitzen l’entrenament).

En esta causa eficiente del siniestro no interfiere la conducta de los profesores del centro escolar encargados de la vigilancia de los alumnos durante el recreo, pues el hecho de que nada más entrar en las instalaciones deportivas, - en cuya puerta se encontraba el Sr. xxx controlando que los alumnos procedentes del recinto escolar accediesen a la zona deportiva tras cruzar la calle que las separa-, unos alumnos fuesen directamente a la portería que la noche anterior los responsables del Club xxx habían dejado en el centro del campo y al colgarse de ella provocaran su vencimiento y caída sobre el menor fallecido, no permite imputar al profesor responsable de la vigilancia del recreo ningún tipo de actuar negligente, ya que él, ni puso, ni conocía el elemento de peligro que otros habían instaurado, como tampoco podía saber, por el hecho de apreciar la portería en el centro del campo de fútbol, cuál era el estado, situación y eventual estabilidad de la misma para sin más calificarla de inmediato como un elemento peligroso al que los alumnos no se pudieran acercar adoptando automáticas medidas al respecto. La portería era un elemento común y racional en el entorno de la zona deportiva, y ello no tenía por qué llamar la atención del educador. Lo que no era normal es que esa portería de tubos de hierro estuviese carente de anclaje en unas instalaciones deportivas utilizadas por menores de manera que, ante una presión pudiera caer sobre ellos por su propio peso y la patente inestabilidad que presentaba, circunstancia que en principio no tenía que ser conocida por el profesor, que vigilaba el acceso de los alumnos a la zona deportiva donde se desarrollaba el período de recreo, el cual, estando en esa función, fue avisado del accidente producido al entrar los primeros alumnos que se dirigieron al centro del campo y se vieron inmediatamente implicados en el siniestro.

Como tampoco ha de interferir en la responsabilidad del asegurado por la demandada la supuesta existencia de un conserje de las instalaciones deportivas que se ocupara de que estas quedaran en condiciones de seguridad, y mucho menos que este fuese funcionario municipal o que dependiera del Ayuntamiento, acaecimientos nuevos no alegados en la contestación a la demanda y en absoluto probados, cuando lo que tiene pleno soporte documental es la asunción del mantenimiento, vigilancia y control del “camp del Casal” por parte del Club xxx, fuera de las horas lectivas que era utilizado por el “Colegio xxx”, para lo cual incluso había obtenido una subvención municipal de 2.837,71 euros (fol.21).

Consecuentemente, debe ser revocada la sentencia que incurre en un claro error al valorar la prueba, de la cual se desprende que la culpabilidad en el evento dañoso procede del actuar negligente del asegurado por la demandada, y esta parte no ha demostrado que hubiera actuado con diligencia necesaria razonable para impedir el resultado daños, cuando fue la única causante de riesgo o peligro que desembocó en el fatal resultado.

**SEXTO.-** En cuanto al importe indemnizatorio, teniendo en cuenta que no se trata de un accidente acaecido como consecuencia del uso y circulación de vehículo de motor al que sea de aplicación el baremo anexo de la Ley de responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor, no se infringe dicha norma por el hecho de conceder la cantidad reclamada en concepto de subrogación por pago, si como ocurre en el presente caso el pago efectuado, arts. 1158 y 1210 CC, cuyo reembolso se reclama, responde efectivamente a la cantidad indemnizable, que este Tribunal considera ajustada atendiendo y ponderando las circunstancias y consecuencias dañosas objeto de indemnización.

Puesto que el pago realizado por el no obligado Bisbat i Diócesis de Girona (Fundamento Segundo de la Sentencia apelada), ha sido contemplado como una obligación extracontractual, por inexistencia de precedente obligación, marco en el que se desarrolla el pago por un tercero, interesado o no en la obligación, el que paga podrá reclamar del deudor lo que hubiera pagado, al no hacerlo contra su voluntad, pago que ha quedado demostrado que se efectuó en utilidad del asegurado de la demandada que

conocía la situación y facilitó incluso a la fuerza instructora copia de la póliza de seguros que cubría su responsabilidad civil.

El pago por parte del titular del Centro escolar del que era alumno el menor fallecido, bien por interés propio de mantener el prestigio de la institución o incluso de evitar el peregrinaje de los familiares para obtener la indemnización por el fallecimiento del hijo, en modo alguno puede ser interpretado como un reconocimiento de culpabilidad como sesgadamente se alega por la parte demandada, y prueba de ello es que ha reclamado el reembolso de la cantidad indemnizada, de 95.323 euros que se pagaron, suma que deberá ser reembolsada por la aseguradora demandada hasta el límite de la cobertura de la póliza cuya copia obra a los folios 165 y ss de los autos, de fecha 11 de diciembre 1997, con sus correspondientes actualizaciones, que no constando en autos, excepto la general para el año 2002, cuya copia obra al folio 22, deberá obtenerse el límite de cobertura excluyéndose del importe indemnizatorio los 150'25 euros de franquicia por siniestro que la póliza contempla, circunstancias que en cualquier caso no han de afectar ni a los intereses legales reclamados desde la interposición de la demanda, ni a las costas, al acogerse sustancialmente los pedimentos de la demanda.

**SÉPTIMO.-** La estimación del recurso con revocación de la sentencia apelada y acogimiento sustancial de las pretensiones de la demanda comporta la imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia, art. 394.1 LEC, sin que proceda especial imposición de las costas de esta apelación, art. 398.2 LEC.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación:

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora Dña. Mercè Canal Piferrer, en nombre representación de xxx, contra la Sentencia de 23 de septiembre de 2005, del Juzgado de 1ª instancia nº4 de la Bisbal, dictada en los autos de procedimiento ordinario nº 106/2005, de los que el presente rollo dimana, revocamos dicha resolución.

Y estimando en lo fundamental la demanda interpuesta por xxx contra xxx, condenamos a esta última a pagar a la actora la cantidad que la cobertura del seguro de responsabilidad civil, póliza nº 096-9780335561, garantiza respecto a la indemnización por víctima, convenientemente actualizada a la fecha del siniestro hasta el límite de lo reclamado, descontado el importe de la franquicia, cantidad que devengará el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas de la primera instancia y sin hacer especial imposición de las costas de la apelación.

Contra la presente sentencia no cabe recurso extraordinario alguno, ya que se a tramitado el procedimiento no en razón de la materia sino de la cuantía litigiosa, que no excede de 150.000 euros.

Notifíquese esta sentencia a las partes y déjese testimonio de ella en el presente Rollo y en las actuaciones originales, que se devolverán al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del que proceden.

Así lo ha decidido la Sala, integrada por los IImos. Sres. Magistrados ya indicados, quienes, a continuación, firman.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el IImo. Sr. Magistrado Ponente D. José Isidro Rey Huidobro, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de todo lo que certifico.