

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE INFRACCIONES PENALES COMETIDAS POR MENORES: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

José Miguel de la Rosa Cortina
Fiscal. Juez excedente

I.- PARTE PRIMERA. ASPECTOS DE DERECHO SUSTANTIVO I.-1. Introducción I.-2. Fuentes I.-3. Bases del sistema I.-4 Responsabilidad “solidaria” en cascada: I.-5. Responsabilidad objetiva y moderación de la responsabilidad de los responsables solidarios: supuestos. I.-5.1 Situación en el régimen de la Ley Penal del Menor I.-5.2 Situación en el sistema del Código Civil I.-6. La concurrencia de causas (art. 114 CP) I.-7. Padres separados I.-7.1 Sistema de la LORPM I.-7.2 Sistema del Código Civil I.-7.2.1 Planteamiento del problema I.-7.2.2 Posiciones doctrinales I.-7.2.3 Criterios jurisprudenciales I.-7.3 Toma de posición I.-8. Tutores I.-9. Guardadores I.-10. Supuestos especiales de responsabilidad I.-10.1 Emancipados I.-10.2 Supuestos de extinción de patria potestad I.-11 La responsabilidad de los centros docentes I.-12. Responsabilidad subsidiaria del empresario por los daños irrogados por delitos cometidos por los trabajadores menores de edad en el desempeño de sus obligaciones o servicios: I.-13. Responsabilidad subsidiaria de titulares de vehículos I.-14. Responsabilidad subsidiaria de personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares I.-15 Pluralidad de infractores I.-15.1 Concurrencia de menores infractores I.-15.2 Concurrencia de infractores adultos y menores: I.-16. Concurrencia de causas de exención de la responsabilidad criminal: I.-17. Prescripción de la acción I.-18. Transmisibilidad de la obligación de indemnizar y del derecho a ser indemnizado I.-19. Derecho sustantivo aplicable en caso de reserva de acciones civiles I.-20 La responsabilidad civil de los infractores menores de 14 años: I.-21. Ayudas a las víctimas: I.-22. Responsabilidad de las Comunidades Autónomas: I.-22.1 Ideas generales I.-22.2. Delitos cometidos por menores en Centros de Internamiento I.-22.3 Moderación de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas I.-22.4 Otros supuestos de posible responsabilidad del Estado o de las Comunidades Autónomas I.-22.5. Concurrencia de los padres biológicos u otros potenciales responsables del menor tutelado por la CCAA I.-23. Cuestiones de Derecho Transitorio

II.- PARTE SEGUNDA. ASPECTOS DE DERECHO PROCESAL II.1 Fuentes II.2 Función del Ministerio Fiscal como actor civil: II.3 El perjudicado como actor civil: II.4 Naturaleza jurídica del proceso: II.5 Reglas de procedimiento: II.5.1 Actuaciones previas: II.5.1.1 Inicio del procedimiento penal e inicio de la pieza de responsabilidad civil: II.5.1.2 Notificación e información al perjudicado: II.5.1.3 Personación: II.5.2 Inicio del procedimiento civil II.5.3 Demanda y contestación a la demanda: II.5.4 Vista oral: II.5.5 Disposiciones especiales sobre la prueba: II.5.6 Sentencia civil: II.5.7 Los límites de la sentencia civil: II.5.8 Recursos: II.5.9 Ejecución: II.5.10 Ejecución provisional durante la sustanciación del recurso de apelación. II.5.11 Cosa Juzgada: II.5.12 Postulación: II.5.13 El procedimiento autónomo de responsabilidad civil por hechos cometidos por menores: II.5.14. Acumulación por conexidad II. 6. Medidas cautelares en la pieza separada de responsabilidad civil II. 7. Las costas en la pieza separada de responsabilidad civil: II.8. Informaciones al actor civil sobre la pieza principal: II.9 Posición de las Aseguradoras: II.9.1 Principios: II.9.2. El asegurador obligatorio en el proceso: II.9.3 El título ejecutivo: II.9.4 Posibilidades de personación como actor civil del asegurador que haya indemnizado a su asegurado. II.9.5 Facultades del asegurador voluntario demandado en orden a alegar la inexistencia de culpa penal. II.10 Addenda: la reforma que viene

I. PARTE PRIMERA. ASPECTOS DE DERECHO SUSTANTIVO

I.-1. Introducción

Los pilares en los que se asienta la responsabilidad civil son la concurrencia de una acción u omisión por parte del sujeto, la existencia de un resultado lesivo y la relación de causalidad entre la acción y el resultado. Puede ésta subdividirse en tres grandes grupos, según que la acción que se impute sea consecuencia de un cumplimiento o incumplimiento contractual (responsabilidad civil *ex contractu*), que la acción sea

constitutiva de un ilícito penal (responsabilidad civil *ex delicto*), o que la acción constituya la infracción del principio general del derecho *non laedere alterum* (responsabilidad civil extracontractual o aquiliana).

Conforme al art.1092 del Código Civil "*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*".

Hay, pues, dos regímenes legales distintos para regular la responsabilidad civil derivada de hechos antijurídicos, dependiendo de si los mismos son o no típicos penalmente.

La distinta regulación, por un lado del ilícito civil, en los arts. 1902 y siguientes del Código Civil, y por otro lado del ilícito penal, en los arts. 109 a 122 del Código Penal, ha llevado a algunos autores a la conclusión de que son distintas responsabilidades¹. Frente a esta concepción, se alza la actualmente mayoritaria, que parte de que la expresión habitual de que la responsabilidad civil deriva de la criminal es sólo una referencia nominal pues "la sujeción de un patrimonio a una ejecución (responsabilidad civil) no la puede provocar el delito, cuya única consecuencia es la pena"².

Las críticas doctrinales a la diferenciación de la responsabilidad civil *ex delicto* de la que nace de otros actos u omisiones no tipificados han sido continuas, desde GÓMEZ ORBANEJA a la mas reciente doctrina³

Algunos autores⁴, han encontrado la razón histórica del desdoblamiento en dos regulaciones distintas en el CC y en el CP en que la codificación civil (1888) fue posterior a la promulgación del primer Código Penal (1848) por lo que fue en este texto en el que el legislador optó por regular la responsabilidad civil de forma sistemática, asumiendo esta misma opción los posteriores Códigos. Carece de explicación lógica, sin embargo, que el legislador de 1995 y el de 2000 (CP y LORPM) pese a no tener tales condicionamientos históricos haya optado por seguir con el perturbador sistema de regulaciones diversas de lo que debiera ser un objeto unitario: la responsabilidad extracontractual.

1 TORO PEÑA, Juan Antonio. La Responsabilidad Civil En La Ley Orgánica 5/2000 (Título Octavo, Artículos 61, 62, 63 Y 64) Justicia de menores: una justicia mayor (Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores) Consejo General Del Poder Judicial

2 FONT SERRA, Eduardo "Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor" Atelier, Barcelona, 2003.pag 34 Esta dicotomía es altamente perturbadora y da lugar a numerosos conflictos y equívocos, por lo que este mismo autor considera que "es una tarea urgente unificar las normas sobre la responsabilidad civil, concentrándolas en el Código Civil, con absoluta independencia de que traiga causa de un acto delictivo o no"

3 FONT SERRA, Eduardo op cit. Para este autor "la calificación jurídico penal no añade nada a la conducta o actividad ilícita que genera responsabilidad civil. Tanto la responsabilidad civil *ex delicto* como la nacida de actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia tienen su origen en una conducta o actividad que infringe el *neminem laedere*"

4 MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ , José Manuel "La responsabilidad civil "*ex delicto*" de padres, tutores y maestros". Estudios de Derecho Judicial

Por si no fuese ya complejo este sistema de doble regulación de la responsabilidad civil extracontractual según provenga o no de delito, la *actio civilis ex delicto* no tiene un régimen jurídico unificado sino que junto al régimen específico del CP se sitúa un régimen especialísimo para delitos cometidos por menores.

El art. 19 CP 1995 dispone que *los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código* y su apartado 2º declara que *cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*. La remisión a esa *ley que regule la responsabilidad penal del menor* de que habla el art. 19 CP ha de entenderse hecha a la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores 5/2000, de 12 de enero (en adelante LORPM), que regula tanto los aspectos propiamente penales como los aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil.

Es curioso cómo la responsabilidad civil por delitos o faltas cometidas por menores se ve afectada por un primer reenvío del CC al CP (art. 1092 CC) y un segundo reenvío de éste a la LORPM (art. 19 CP), sin que los reenvíos acaben aquí ya que la LORPM realiza a su vez un doble reenvío:

1) Por un lado la LORPM remite al CP para la regulación de la extensión de la responsabilidad civil.

2) Por otro lado, la LORPM remite al CC y a la LECiv para regular todo lo relativo a la responsabilidad civil cuando el perjudicado se reserve la acción civil para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil (art. 61.1 LORPM)⁵.

En todo caso debe tenerse en cuenta que aunque los hechos cometidos por menores sean penalmente típicos quedarán en todo caso sometidos al Código Civil cuando los infractores sean menores de catorce años (pues quedan extramuros de la LORPM).

Por lo demás, algunas resoluciones jurisprudenciales tienden a hacer converger la entidad, naturaleza y extensión de la responsabilidad civil ya procedentes de delito o falta y de los actos u omisiones no delictivos, en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia ⁶

5 El tenor literal de este sorprendente precepto dice así: La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

6 SAP Jaén núm. 20/2002, Sección 1ª, de 28 noviembre (Ponente Jurado Cabrera) (JUR 2003/14953) “La distinta regulación, por un lado el ilícito civil, en los arts. 1092 y siguientes del Código Civil, y por otro lado el ilícito penal, en los arts. 109 a 122 del Código Penal, unido a que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula la materia en los arts. 101 a 108, lo que hace considerar en algunas ocasiones que la consecuencia de ambas ilicitudes son derivadas de distintas responsabilidades, y puede decirse que la responsabilidad civil derivada de los arts. 109 a 122 del Código Penal, es la misma que la prevista en el art. 1902 y siguientes del Código Civil. Por todo lo cual se puede concluir que la obligación de indemnizar, prevista en el art. 109 del Código Penal, es la misma que la prevista en el art. 1902 del Código Civil”.

En todo caso, y por mucho que se observen puntos comunes⁷, debe partirse de la constatación de que existen divergencias entre el sistema de la Ley Penal del Menor y el del Código Civil. Aunque en la jurisprudencia civil es notoria la evolución hacia un sistema mucho más centrado en la reparación del perjudicado que en la acreditación de la culpabilidad, no se ha llegado a la objetivación total de la Ley Penal del Menor, y no es previsible que se llegue a tales extremos porque, sencillamente, la regulación contenida en los art. 1902 y ss CC, en nuestra opinión, no lo permite.

En estas líneas se van a abordar en dos partes separadas los aspectos de derecho sustantivo y los aspectos procesales. En relación con estos últimos debe tenerse presente que la LORPM sigue un sistema en el que la acción civil se tramita en una pieza separada de la penal, sistema que ha generado importantes disfunciones prácticas y cuya modificación ha sido insistentemente pedida por los operadores jurídicos.

I.-2. Fuentes

Como se ha dicho “pocos peligros tan graves pueden afectar a un ordenamiento jurídico como la falta de certeza de sus fuentes. Y ello en un doble sentido: que aparezca poco claro cuál es la normativa aplicable, y que esa normativa resulte poco concreta”⁸.

Pues bien, estos dos peligros se convierten en realidad en el sistema de responsabilidad civil de la LORPM y son origen de las complicaciones que su práctica origina.

En tanto en cuanto el régimen de responsabilidad civil *ex delicto* a que se refiere la LORPM es regulado por la misma de forma fragmentaria, tanto en sus aspectos procesales como sustantivos, debe resolverse como paso previo a cualquier labor exegética la cuestión de las normas que supletoriamente integrarían el sistema, teniendo en cuenta que el problema se complica ante la concurrencia, en la regulación de la responsabilidad civil, de varios textos normativos, concurrencia que obliga a optar por una ordenación de fuentes que a su vez va a condicionar la solución de muchos problemas. En nuestra opinión desde el punto de vista del Derecho sustantivo aplicable, las fuentes serían, ordenadas jerárquicamente las siguientes:

- 1) en primer lugar, habría que estar a lo dispuesto en los art. 61 a 64 de la LORPM, y normas concordantes de la misma (arts 2.2, 18, 19.2 y 22 LORPM).
- 2) En segundo lugar, las disposiciones contenidas en el Código Penal sobre extensión de la responsabilidad civil, en el capítulo I, título V del Libro I, (art. 109 a 115) conforme a la remisión específica contenida en el art. 62 LORPM

7 Vid. AAP Valencia de 16 de marzo de 2004 (Ponente Ilma Sra doña Isabel Sifres Solanes) “...en cuanto al contenido, pese a las diferencias teóricas, en la práctica, habida cuenta el estado actual de la jurisprudencia civil, no difiere en gran medida el derecho aplicable en la pieza de responsabilidad civil ...”

8 HERRERO- TEJEDOR ALGAR, Fernando “La prisión provisional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-1998

3) En tercer lugar, las disposiciones contenidas en el Código Penal sobre personas civilmente responsables, en el capítulo II título V del Libro I (arts 116 a 122) conforme a la remisión genérica de la Disposición Final 1ª LORPM

4) Como cláusula de cierre, las disposiciones del Código Civil sobre el régimen general de las obligaciones y sobre responsabilidad extracontractual para lo que no esté expresamente regulado en los anteriores textos normativos, conforme a lo dispuesto en el art. 4.3 CC: "*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*"⁹

I.- 3. Bases del sistema:

La LORPM en su exposición de motivos, en el punto 8 del número II establece que "*en este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas la Ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores si bien permitiendo la moderación judicial de la misma...*".

El art. 61.3 dispone que "*cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden.*"

Lo determinante para atribuir responsabilidad a padres, tutores acogedores y guardadores es la edad del menor en el momento de la comisión de los hechos, con independencia de que durante la tramitación del expediente pueda haber rebasado esa edad¹⁰.

⁹ Como dice BERNAL VALLS, "la supletoriedad del Código Civil (en relación con el Código Penal) está fundamentada en la naturaleza jurídico privada de la responsabilidad civil ex delicto" BERNAL VALLS, Jesús "La responsabilidad civil derivada de los delitos y las faltas" en Estudios Jurídicos- Ministerio Fiscal II, Madrid 1998

¹⁰ SAP Asturias núm. 145/2003 (Sección 2ª), de 22 mayo (Ponente Ilma Sra doña Maria Luisa Barrio Bernardo Rua) "En primer lugar y por lo que respecta a la falta de legitimación alegada por los padres de María Rosa amparada en el hecho de que al tiempo de interponerse la demanda su hija ya había cumplido la edad de dieciocho años, no puede olvidarse que en el citado artículo 63-3 se establece que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres ... y que cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos". Respecto de la primera de las cuestiones el artículo 5 de la citada ley donde se establecen las bases de la responsabilidad de los menores dispone en su número 3 que las edades indicadas en su articulado han de entenderse siempre referidas al momento de la comisión de los hechos. Por ello es evidente que concurre en los padres de la menor la legitimación que niegan al formular su recurso ya que es incuestionable que su hija el 9 de diciembre de 2.001, cuando cometió los hechos objeto de enjuiciamiento, contaba con diecisiete años, por lo que su responsabilidad solidaria esta amparada por el precepto, resultando indiferente por consiguiente que al momento de ejercitarse la acción para exigir la responsabilidad civil la misma ya hubiese rebasado dicha edad y alcanzado la mayoría de edad.

En el mismo sentido puede citarse la SAP León núm. 39/2004 (Sección 2ª), de 11 febrero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez) que declara que a los efectos de la responsabilidad civil "habrá de estarse a la fecha de los hechos en que aquellos eran aún menores de edad...dicha responsabilidad, y conforme señala el artículo 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, es solidaria respecto de los padres".

En efecto, el art. 2.2 LORPM dispone que *los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley* y por su parte, el art. 5.3 LORPM dispone que *las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores.*

Según el último inciso del art. 61.2 LORPM, el Juez puede moderar la responsabilidad de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho cuando no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave.

Es decir, los padres (y demás personas señaladas en el artículo) responden solidariamente con los menores haya o no haya dolo o negligencia, de forma objetiva¹¹. En caso de inexistencia de dolo o negligencia grave se podrá moderar la responsabilidad civil, pero ésta seguirá existiendo¹². Para BUENO ARÚS, la posibilidad de moderación de la responsabilidad en estos casos previstos en el último inciso del art. 61.3 es análoga a la previsión contenida en el art. 1.103 CC para la responsabilidad por negligencia.¹³

Aunque un sector de la doctrina y de la jurisprudencia menor¹⁴ se inclina por seguir considerando como fundamento último de la responsabilidad de los representantes legales la culpa, los términos en los que está redactado el art. 61 parecen no dejan lugar a dudas sobre la objetivación de forma que los señalados como responsables civiles junto con los menores a lo mas que pueden aspirar mediante la alegación y prueba de la propia diligencia es a una reducción en el quantum indemnizatorio, pero nunca a una exclusión de la propia responsabilidad.¹⁵ Así va asumiéndose por la jurisprudencia menor¹⁶.

Estas facultades moderadoras tendrán un importante campo en relación al título de responsabilidad: utilizando criterios de estricta justicia no puede exigirse la misma

14 SAP León núm. 39/2004 (Sección 2ª), de 11 febrero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez) “..la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos de los hijos que se encuentran bajo su guarda (art. 1903 del Código Civil) se justifica tradicional y doctrinalmente por la trasgresión del deber de vigilancia que a los mismos incumbe, omisión de la obligada diligencia in custodiando o in vigilando que el Legislador contempla, estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que le corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso. En el caso que nos ocupa los demandados, padres de los menores Clemente y Jose Ramón , no han probado que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia respecto de sus hijos menores de edad, que comprende también los deberes de educación y formación integral del mismo, surgiendo, por tanto, la responsabilidad derivada del citado art. 1.903 del CC.

En el mismo sentido SAP León núm. 364/2003 (Sección 2ª), de 10 diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez)

Igualmente SAP Sevilla, sec. 3ª, nº 453/2003, de 25 de septiembre Pte: Méndez Martínez, Eloy EDJ 2003/125602 En el caso que nos ocupa, no existe en las actuaciones que han llegado a esta superioridad ningún dato que lleve a apreciar culpa, negligencia o infracción del deber de vigilancia por parte de los padres del menor, en una agresión producida fuera del domicilio, sin conocimiento, ni participación alguna de los padres en lo que iba a ocurrir, o estaba ocurriendo, por parte de una persona de 17 años de edad, cuando tampoco se ha acreditado que el menor esté incurso en otro tipo de expediente del que quepa deducir que los padres no se han empleado en su educación con la diligencia de un buen padre de familia.

15 En este mismo sentido se ha dicho que “durante los debates parlamentarios en la elaboración de esta LORPM sí se tuvo en cuenta que el establecimiento de una responsabilidad solidaria en los términos previstos en la redacción suponía una objetivación de la responsabilidad civil de los guardadores mencionados y, no obstante, de manera consciente y voluntaria así se mantuvo” URBANO GÓMEZ, Susana, en “El régimen de responsabilidad civil «ex delicto» de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM)” “Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 1/2002. Ed. Aranzadi”

16 En este sentido, *ad exemplum* SAP, Soria núm. 130/2003 (Sección 1ª), de 17 octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.); SAP Vizcaya núm. 84/2003 (Sección 1ª), de 5 diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Herrera Cuevas) SAP Jaén 20/2002 (sección 1ª) de 28 de noviembre; SAP Burgos de 9 nueve de Mayo de 2003 (Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco M. Marín Ibáñez); SAP Burgos, sec. 1ª, de 12 de abril de 2002, (Pte: Carreras Maraña, Juan Miguel) La SAP Córdoba, sec. 2ª, nº 123/2004, de 9 de junio (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón) se alinea decididamente con la tesis de la responsabilidad objetiva pura y dura al declarar que “parece, más convincente la tesis de quienes opinen que se trata de una responsabilidad objetiva para quienes responden por hecho ajeno...Ello es así porque se prescinde totalmente de los criterios de imputación subjetivos, los cuales solo se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador la moderación de la responsabilidad, en el sentido de que podrá graduarse la cuantía de la indemnización, pero no suprimirla...No cabe duda de que el sistema presenta notables diferencias tanto del que regula la responsabilidad “ex delicto” que se basa de forma expresa en la culpa o negligencia del responsable, como del régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el art. 1903 CC, que también se apoya en criterios subjetivos a pesar de que la jurisprudencia haya avanzado hacia la cuasi-objetivación...Es claro, pues, conforme a su interpretación tanto literal, como finalista (art. 3 CC) del art. 61. L.R.O.P.M. que la responsabilidad de los tutores y guardadores es objetiva a todos los efectos... y además, deriva de su propio fundamento y de su finalidad, cual es: establecer un sistema objetivo, y sin excusas o fisuras, que garantice y asegure la indemnización de los daños sufridos por la víctima del delito cometido por menores; lo cual incluso se ratifica y objetiviza en la regulación de la intervención de las compañías de seguros en el art. 64 L.O.R.P.M.

responsabilidad a un padre que a un guardador de hecho. El guardador en muchas ocasiones estará realizando una labor altruista que no debe ser desincentivada mediante una penalización de conductas de culpas leves¹⁷.

Parece evidente que este precepto debe interpretarse de forma que, como dice DURANY, no produzca un efecto perverso de desincentivación de conductas socialmente útiles y beneficiosas¹⁸.

Esta regulación de responsabilidad objetiva supone un cambio en relación con el régimen del Código Civil, que si bien en su artículo 1903 prevé la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad, establece que esta responsabilidad cesará cuando *"...prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"*.¹⁹

En el mismo sentido, el art 20 CP 1973 preveía la responsabilidad civil de los padres por los hechos cometidos por los hijos menores de 16 años *"siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia"*. Siguiendo la evolución histórica de nuestro Derecho Penal podemos comprobar que el sistema originario seguía un principio de responsabilidad por culpa de los guardadores²⁰.

17 En este sentido dice atinadamente DURANY que el legislador introdujo "...una segunda regla, que permitía corregir los efectos indeseables de la primera. Y con esa intención introdujo un elemento de moderación en la responsabilidad objetiva de los responsables del menor, que en la práctica supone una institucionalización de la indemnización de equidad. La redacción pone en evidencia la indecisión del legislador: tras una norma genérica y amplia de imputación de responsabilidad, faculta al juez para corregir las consecuencias excesivamente severas que de su aplicación se puedan derivar. La solución no es la mejor de las posibles: desnaturaliza la figura de la responsabilidad objetiva e introduce un elemento de inseguridad jurídica al operador jurídico, pues no le ofrece guía alguna que le permita predecir la resolución final del caso" DURANY PICH, Salvador, en "Las reglas de la responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de Menores". INdret 1/2001

18 Así, dice este autor que "no se puede aplicar el mismo criterio de responsabilidad a los padres que conviven con el hijo que causa daños en el curso de una actividad delictiva que a la familia que ha acogido a un joven conflictivo con la intención de ayudarlo en su reinserción social. Un norma de este tipo acaba desincentivando la práctica del acogimiento familiar de jóvenes conflictivos".

19 En realidad, pese a la calificación que la Exposición de Motivos hace de la nueva regulación, lo cierto es que mas que de una "revolución", se trata de la culminación legal de una tendencia jurisprudencial de interpretación bajo parámetros cuasi-objetivos del art 1903 CC. La jurisprudencia, orientada por el principio "pro damnato", ha sido severa en la exigencia de tal responsabilidad, hasta el punto de prácticamente objetivarla, siquiera por la vía indirecta de exigir una rigurosa prueba de la diligencia empleada (*ad exemplum* SSTS 10 Marzo 1.983, 22 Septiembre 1.984, 22 Enero 1.991 y 7 Enero 1.992)".

20 El Código Penal de 1848 en su art. 8.2º declaraba exento de responsabilidad criminal "al menor de nueve años" y en su art. 8.3º "al mayor de nueve años y menor de quince, a no ser que haya obrado con discernimiento" sobre lo que el tribunal tenía que pronunciarse expresamente. En estos casos de exención respondían civilmente con sus bienes los propios menores. Si no tuvieren bienes responderán sus padres o guardadores, a no constar que no hubo por su parte culpa o negligencia (art. 16,2º). La reforma de 1850 siguió el mismo camino, pero añadiendo que: *"si no tuvieren bienes, responderán sus padres o guardadores en la forma expresada en la regla 1.ª (para locos o dementes)* que declaraba la responsabilidad de las personas que los tuvieran bajo su guarda legal *"a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia"*, añadiendo que *"no habiendo guardador legal, responderá con sus bienes el mismo loco o demente (ahora el menor), salvo el beneficio de competencia, en la forma que establece el Código Civil"*. El Código de 1928 declaró la irresponsabilidad del menor de dieciséis años (art. 56) y sometió al menor a la jurisdicción especial del tribunal tutelar para niños y en los lugares en que no hubiese

Por tanto, con la nueva LO 5/2000 de 12 de Enero, la responsabilidad de los padres pasa a ser por primera vez, una responsabilidad de carácter objetivo, no teniendo la prueba de la diligencia de los padres mas operatividad que la de servir para moderar la cuantía de la indemnización²¹.

En la Ley late sin duda un deseo de proteger a la víctima a toda costa, introduciendo esta responsabilidad objetiva de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, responsabilizándolos de los menores a su cargo de forma absoluta²². Al mismo tiempo parece que trata de simplificar el procedimiento, si bien no lo consigue, pues aunque la concurrencia de dolo o negligencia grave de los padres no es determinante para la existencia de responsabilidad civil, si es determinante para calibrar la extensión de

tribunales de esta clase, se distinguía entre menores de nueve años que "eran entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos", y los mayores de nueve y menores de dieciséis, que eran absueltos, salvo que obraren con discernimiento. En cuanto a la responsabilidad civil, la declaraba a los que los tuvieran bajo su potestad o guarda legal, a no probar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los menores en la forma y con las limitaciones relativas a la congrua alimenticia establecida por las leyes civiles (art. 77, 2 y 3). El texto de 1932 declaró exento de responsabilidad penal al menor de dieciséis años: "*Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la ley, será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.*" En el párrafo siguiente -3- se recoge que en las provincias en que no existieran estos órganos, se atribuía al Instructor que tomaría en cuenta: "*las condiciones subjetivas del agente y no el alcance del acto cometido*" (art. 8,2º). También este Código declara la responsabilidad del que: "*los tenga bajo su potestad o guarda legal, a no hacer constar que no hubo por su parte culpa o negligencia. No habiendo persona que los tenga bajo su potestad o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos... menores..., dentro de los límites que para el embargo de bienes señale la Ley de Enjuiciamiento Civil*". El Código de 1944 siguió idéntica formulación. Vid. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel "La responsabilidad civil "ex delicto" de padres, tutores y maestros". Estudios de Derecho Judicial

21 El Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en su enmienda num 28 propuso dar al párrafo 3º la siguiente redacción: *Los padres, tutores o guardadores serán responsables civiles subsidiarios de los daños y perjuicios que se deriven de los hechos delictivos cometidos por los menores que tengan bajo su potestad, tutela o guarda, y que vivan en su compañía, siempre que hubiere mediado negligencia por su parte en el ejercicio de dichas facultades.* Como justificación se ofrecía la del "mantenimiento de la regulación de la responsabilidad civil "ex delicto" tal como está contemplada en el Código Penal para los mayores de edad responsables de la comisión de una infracción penal".

22 En este sentido se ha dicho, tratando de explicar la filosofía subyacente a la reforma que "Este precepto es piedra de escándalo para los profesores de Derecho civil, que ven violentado el sistema establecido de la responsabilidad civil (¡el sistema es intangible!), pero los autores del correspondiente anteproyecto eran conscientes, y así lo han manifestado, de que esta regulación

es injusta, ciertamente, pero, puestos a escoger entre la injusticia de adjudicar las consecuencias económicas del delito a los padres o tutores del delincuente, o la injusticia de adjudicárselos sin remisión a las víctimas, que ya corren con las demás consecuencias personales del trauma delictivo (puesto que los delincuentes, y con mayor razón los menores de edad, son siempre insolventes a la hora del pronunciamiento judicial sobre la responsabilidad civil), puestos a escoger entre las dos injusticias, repito, aquéllos entendieron que era menos injusta la atribución a los padres y tutores inocentes, y que acaso se podría producir la consecuencia de que, por interés propio, los padres y tutores colaborarían más estrechamente con los poderes públicos en evitar la criminalidad de los jóvenes". BUENO ARÚS, Francisco "Delito, responsabilidad civil y ayuda a las víctimas. Situación actual" Estudios Jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2004 pag 851.

la misma, y por tanto, seguirá siendo *thema decidendi* y por ende, objeto de prueba²³. Junto a ese principio de protección de las víctimas (*pro victima, pro damnato*) se ha resaltado también el ánimo que inspira a la Ley de implicar al máximo a los padres en la obligación de socializar adecuadamente a los hijos, haciéndoles responsables objetivos de los daños que éstos pudieran irrogar a terceros²⁴.

No obstante, en la última jurisprudencia menor recaída encontramos poderosas resistencias a aplicar el sistema objetivo de responsabilidad²⁵

I.- 4. Responsabilidad “solidaria” en cascada:

El nº 3 del art. 61 LORPM dispone que *"Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden"*.

Como quiera que en múltiples supuestos pueden concurrir distintas categorías de responsables, se plantea la cuestión de si el hecho de que se aprecie la responsabilidad de quien ocupa una posición preferente, (v. gr. padre), impide exigir responsabilidad a quien le sigue en la lista, (v. gr. acogedores) .

23 Algunos autores consideran que esa posibilidad de moderación de la responsabilidad vuelven a dar juego a los términos subjetivos de la responsabilidad, en orden a fijar los límites cuantitativos de la misma, por lo que la responsabilidad no sería objetiva sino cuasi-objetiva. CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido “Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores” Ed. Trivium, 2001.

24 Estas dos finalidades las expresa muy bien la SAP Cantabria Secc. 4.ª S 23 de diciembre de 2003 (Ponente: Sra. Llaría Ibáñez) ... el art. 61.3 de la LO 5/2000 prescinde de estos principios y establece la responsabilidad solidaria del menor de 18 años y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, sin exigir que concurra ninguna otra circunstancia y sin perjuicio de que la responsabilidad pueda ser moderada por el juez (no eximida por completo) cuando no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave (AP Lérida S 11 Mar. 2002). Se aleja también del régimen general contenido en el art. 1903 del CC, que pese a la presunción de culpa --y a la cuasiobjetivación jurisprudencial-- descansa igualmente en la noción de negligencia y establece la responsabilidad extracontractual de los padres respecto de los daños causados por los hijos bajo patria potestad, señalando que dicha responsabilidad cesará cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Se puede concluir --siguiendo a Cuesta Merino-- que la intención del legislador, al elegir no convalidar las normas contenidas en el CC pero tampoco las del CP, ha sido introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad con una doble finalidad: en primer lugar amparar mejor los derechos de las víctimas al liberarles de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola también frente a la bastante frecuente insolvencia del menor infractor --asegurándoles así, mediante un sistema objetivo, sin fisuras ni excusas, la indemnización de los daños sufridos por tales víctimas--, y, en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores imponiéndoles las consecuencias civiles de las infracciones que éstos cometan por la transgresión del conjunto de deberes que tienen sobre ellos (en el mismo sentido del texto, y referidas a la protección de la víctima, sentencias de la AP Jaén de 10 Ene. 2003 y de Burgos de 30 Dic. y 12 Abr. 2002).

25 Así por ejemplo SAP Alicante de 11 de marzo de 2003 (ponente Faustino de Urquía Gómez). Considera esta sentencia que la responsabilidad civil exigible a los padres del menor tiene naturaleza subsidiaria y debe inspirarse necesariamente en principios de culpabilidad. Sentado esto la responsabilidad de los padres no puede estimarse concurrente pues no se ha acreditado por quien venía obligado a ello en función de las reglas que con carácter general regulan la distribución de la carga probatoria, que cuando los hechos tuvieron lugar hubieran incurrido en dejación o falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que les impone el art. 154 CC, tanto en la educación de su hijo cuanto a procurarle una formación integral, lo que conduce a su absolución. (La Ley nº 592, 25 de septiembre de 2003)

La cuestión es dudosa. Algunos autores, con cautelas apuntan a que "la dicción del art. 61-3 LORPM parece sugerir que no quepa condenar conjuntamente a varios de esos obligados solidariamente"²⁶ o a que "es una responsabilidad en la que se establece un determinado orden, referido a la posibilidad teórica de ejercicio de la función de guarda del menor, de tal modo que el orden preferente excluye al subsiguiente"²⁷.

CARRERA sistematiza las alternativas hermenéuticas posibles y que han sido defendidas en la doctrina en las siguientes: 1) Tesis del orden excluyente: el legislador ha establecido un orden de prelación, de manera que la existencia de sujetos de una clase previamente nombrada, excluye la responsabilidad de los sujetos de una clase posterior. 2) Tesis del orden acumulativo: el legislador no ha querido establecer un orden excluyente. La existencia de sujetos integrados en más de una de las categorías nombradas, no excluye la posibilidad de establecer una responsabilidad solidaria de todos ellos. 3) Tesis de la gestión efectiva del proceso educativo: el orden establecido por el legislador debe interpretarse de forma flexible, haciendo responder a quienes en el momento de sucederse los hechos se hallaban gestionando efectivamente el proceso educativo del joven, y ello con independencia de que existan sujetos que preceden en el orden literal de la norma²⁸. Para este autor, "ni la tesis de la exclusión ni la de la acumulación llevan en la práctica a resultados plenamente satisfactorios desde una perspectiva de justicia material, y si bien es cierto que las más recientes resoluciones apuntan hacia interpretaciones acordes con la tesis de la gestión efectiva del proceso educativo, no lo es menos que la de la acumulación sigue estando también presente en diversas resoluciones".

Podría defenderse que responden todos los nombrados cumulativamente por el hecho de que la responsabilidad es objetiva y por tanto ajena a la idea de culpa. Sin embargo para VAQUER ALOY solamente responderá uno o algunos de los mencionados, teniendo en cuenta que el precepto utiliza el inciso "*por este orden*" que en otro caso "carecería de sentido, puesto que si se establece un orden es porque no todos ellos ocupan el mismo lugar". La asunción de esta interpretación obligaría a establecer un criterio para seleccionar a quién de los mencionados va a responder en cada caso. Según el citado autor "para que exista relación de causalidad entre la conducta de cualquiera de los sujetos contemplados en el art. 61.3 LORPM y el daño sufrido por la víctima habrá que buscarse un criterio de imputación objetiva que permita atribuir el daño a la conducta del responsable solidario. Este criterio no puede ser otro que el ejercicio del deber de guarda". CONDE PUMPIDO Se alinea también con la tesis de la imputación a quien tenía efectivamente deberes de guarda²⁹

26 EGUSQUINZA BALMASEDA, M^a Angeles, op. cit.. Esta autora reconoce sus dudas al respecto cuando dice que "no se sabe cómo deberá entenderse esa suerte de responsabilidad en cascada, fuente segura de conflicto si el cuidado de los menores no se halla en manos de los padres o tutores" En este sentido se ha propuesto la conveniencia de demandar ad cautelam contra todos los que potencialmente pudieran estar obligados a fin de acertar con quien finalmente sea considerado responsable.

27 FONT SERRA, Eduardo op cit pag 43

28 CARRERA DOMÉNECH, Jorge, Un modelo en cierto modo revolucionario...(Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000)

29 CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido "Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores" Ed. Trivium, 2001., pag. 505)

Alguna resolución de Audiencias Provinciales parece inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales³⁰. Como veremos *infra* la jurisprudencia menor se inclina en los supuestos de menores internados en centro de reforma o de menores tutelados como medida de protección por la Entidad Pública hacia la responsabilidad solidaria junto con el menor de la Comunidad Autónoma excluyendo a los padres del menor aunque no se hallen privados de la patria potestad.

Esta interpretación, pese a su sentido común, prescinde de que, a diferencia de lo que establece el art. 1903 CC, el art. 61.3 LORPM no exige para que surja la responsabilidad de los padres o tutores que el menor esté bajo la guardia de los mismos, por lo que una interpretación sistemática nos llevaría a entender que no es necesario tal requisito³¹. En este sentido, se ha dicho que la LORPM "no sigue el que parece ser un mejor criterio de imputación, según el cual deberá responder de los daños quien en el momento de su producción podía ejercer de manera más efectiva las funciones de control"³²

La cuestión dista mucho de ser clara; el tenor literal del precepto genera dudas y confusión se opte por una línea de interpretación o se opte por la contraria. También cabría interpretar que puede demandarse y condenarse conjuntamente a todos los responsables solidarios del art. 61.3 que concurren, dando operatividad al inciso "por este orden" en fase de ejecución, de modo que solamente ante una situación de insolvencia de los obligados del tramo preferente podría instarse la ejecución respecto de otros obligados, que gozarían de un beneficio de excusión similar al previsto en el art. 1830 CC; esta vía interpretativa partiría de entender que la solidaridad la predica el art. 61 respecto de las relaciones entre el menor y cada categoría de representantes, pero no en las relaciones de las distintas categorías de representantes entre sí. No obstante, este sistema de responsabilidad no encaja en el concepto de solidaridad³³. Como acertadamente se ha dicho la interpretación basada en el criterio de imputación objetiva

30 Sentencia Audiencia Provincial núm. 2/2002 Lleida (Sección 2ª), de 11 marzo. Recurso de Apelación núm. 4/2001. Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda JUR 2002\118814 "No se contempla en esta Ley la posibilidad de concurrencia de varios responsables a que alude la recurrente sino que, por el contrario, la prelación es «por este orden», que bien podría considerarse excluyente, y no acumulativo, desde el momento en que no se exige el requisito de la convivencia ni el incumplimiento de deberes inherentes al ámbito de competencias de cada uno de ellos". Obsérvese que esta sentencia expresamente se aparta del criterio de imputación objetiva basada en el deber de guarda.

31 La LORPM parece que se decanta por un sistema de responsabilidad objetivo que no casa con este criterio de imputación en base al ejercicio del deber de guarda. Así se ha dicho que "la solución de hacer, en todo caso, responsables solidarios al menor de 18 años y a sus padres, tutores, acogedores y guardadores, por dicho orden, supone una derogación del sistema establecido en el...Código Penal anterior respecto de la responsabilidad de los padres o tutores por culpa in vigilando y del régimen previsto en el art. 1903 CC, que excluía dicha responsabilidad cuando aquellos demostrares haber actuado con la diligencia de un buen padre de familia" LANDROVE DÍAZ, *op. cit.*

32 DURANY PICH, Salvador. También en apoyo de esta interpretación puede hacerse referencia a la posición de MARTI SANCHEZ, Nicolás, *op. cit.*, para quien "la responsabilidad solidaria de los padres que sí es exigible con independencia de que convivan, de que estén separados o divorciados o de que el hijo menor viva con uno sólo de ellos, pues el artículo 61.3 no establece distinción alguna al respecto y su finalidad es proteger a los perjudicados por la conducta infractora de normas penales llevada a cabo por el menor"

33 Conforme al art. 1144 CC "el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente".

del ejercicio del deber de guarda “en definitiva basa la responsabilidad en el incumplimiento del deber de vigilancia del menor, no es acertada, pues las citadas expresiones legales revelan que el legislador ha querido prescindir de la culpa para establecer la responsabilidad”³⁴

Si la introducción de la posibilidad de moderar la responsabilidad supone una desnaturalización de la responsabilidad objetiva, la introducción de un orden de preferencia entre los potenciales responsables desnaturaliza la responsabilidad solidaria.

Otras resoluciones sin embargo han admitido la posible condena solidaria de distintas categorías de responsables: concretamente del menor, de los padres y del centro docente (este último configurado como guardador de hecho).³⁵ La admisión de la tesis de

34 SAMANES ARA, Carmen “La responsabilidad penal de los menores”, Zaragoza, 2003. Sin embargo, tampoco esta autora alcanza conclusiones coherentes sobre el sentido del texto legal, refiriendo que la finalidad del orden del art. 61.3 es la de “que haya siempre un sujeto frente al que el perjudicado pueda dirigirse como responsable solidario”

35 SAP Cantabria Secc. 4.^a S 23 de diciembre de 2003 (Ponente: Sra. Llaría Ibáñez) SAP Cantabria Secc. 4.^a S 23 de diciembre de 2003 (Ponente: Sra. Llaría Ibáñez) Los sujetos pasivos obligados por la responsabilidad civil establecida en la L 5/2000, a tenor de su art. 61.3, son, en primer lugar, el propio menor y, en segundo lugar, pero solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores o guardadores legales o de hecho, por este orden. El menor es el principal responsable civil (AP Burgos SS 30 Dic. y 12 Abr. 2002), pero, por otra parte, en ningún caso va a ser posible excluir o exonerar de responsabilidad a estos otros responsables solidarios, ni aunque acrediten haber actuado con la máxima diligencia, sino que, si por el contrario no han favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, el juez podrá, en su caso y además de forma no obligatoria sino facultativa, moderar, en el sentido únicamente de reducir pero no excluir, dicha responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad objetiva, ajena a la noción de culpa civil, para quienes responden por hechos ajenos, prescindiéndose totalmente de los criterios de imputación subjetiva, los cuales únicamente se tienen en cuenta, como se ha indicado, para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad. Es suficiente la vinculación jurídica del menor con el responsable civil a través de alguna de las instituciones que enumera el art. 61.3 de la Ley. Además la Sala considera necesario (por la trascendencia que va a tener para resolver la cuestión concreta de quién o quiénes deban hacer frente al pago de los 174 euros establecidos en concepto de responsabilidad civil) mencionar ya cuál puede ser el criterio de imputación objetiva a tener en cuenta. Frente a aquellas opiniones doctrinales, sin duda cualificadas, que lo sitúan unas únicamente en el ejercicio del deber de guarda y vigilancia material (lo que haría que únicamente respondería solidariamente aquél que en el momento de cometer el daño el menor la ejerciera o tuviera encomendada) y otras únicamente en el deber de formación, la Sala estima que debe seguirse un criterio ecléctico, toda vez que la Ley impone a los padres no sólo el deber de velar por los hijos y tenerlos en su compañía, sino también el de educarlos y procurarles una educación integral, e idéntico compromiso exige a los tutores y a los acogedores e incluso al guardador de hecho al tratarse de una institución tuitiva a la que son aplicables las obligaciones del tutor, y qué duda cabe que estos otros aspectos son mucho más relevantes en el origen de los comportamientos delictivos del menor que los simples defectos en el ejercicio del deber de guarda en que se suele fundamentar la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad civil *ex delicto*; es decir, la Sala considera que el fundamento de este nuevo modelo de responsabilidad civil se encuentra no sólo en el deber de guarda sino también en el deber de educación y en el adecuado uso de las facultades de corrección que los padres, tutores, acogedores o guardadores tiene sobre su hijo, pupilos, acogidos o sometidos a su guarda.

Por lo que se refiere a la característica de la solidaridad de la responsabilidad, debe indicarse que la L 5/2000 ha optado por abandonar el criterio de la subsidiariedad que proponía el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 Abr. 1995, siendo así que ya el Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil presentado el 30 Oct. 1996 supone el cambio del criterio de la subsidiariedad por el de solidaridad, que tuvo su consagración definitiva en el Autoproyecto (sic) de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 Jul. 1997, que acabaría convirtiéndose en texto de la LO 5/2000.

la posibilidad de demanda y de condena a todos los responsables conjuntamente citados por el art. 61 presentaría la ventaja de reforzar las posibilidades de cobro de la víctima.

Parece que como conclusión podría sentarse la de que se va consolidando un criterio favorable a condenar, de entre los eventuales responsables señalados en el art. 61 LORPM, a quien en cada caso se encontraba en una situación de mayor posibilidad de control del menor³⁶, aunque este criterio, por la oscuridad de la Ley, no ha llegado a quedar establecido con solidez.

Coincidimos con CARRERA en que nos tememos que restan todavía muchas páginas de doctrina legal por escribir, hasta que los niveles de seguridad jurídica alcancen en este particular cotas aceptables³⁷.

Por nuestra parte, y con todas las prevenciones, nos decantamos por admitir la posibilidad de condena conjunta contra más de una de las categorías de responsables señalados por el art. 61, siempre que de los mismos pueda predicarse una responsabilidad en abstracto in educando o in vigilando, pero sin exigir culpa en concreto.

I.- 5 Responsabilidad objetiva y moderación de la responsabilidad de los responsables solidarios: supuestos.

I.- 5.1 Situación en el régimen de la Ley Penal del Menor

El inciso último del nº 3 del art. 61 LORPM dispone que "*cuando éstos (se refiere a los responsables solidarios) no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*".

El texto del art. 61 parece responder a un debate interno no exento de contradicciones en el que el legislador finaliza con una cautela ante el temor de que la objetivación de la responsabilidad y la atribución de la misma solidariamente a múltiples personas genere injusticias materiales: en esa tesitura opta por otorgar al Juez la posibilidad de moderar el *quantum* indemnizatorio. Se ha criticado esta opción ecléctica, en base a que al final no se beneficiarán ni los potenciales responsables (a la vista del rigor del régimen que se les aplica) ni las víctimas, que van a poder sufrir un recorte en su indemnización³⁸

En cuanto a la carga de la prueba, entendemos que quien alega la concurrencia de factores fundadores de la procedencia de la moderación de la responsabilidad habrá de acreditar cumplidamente su concurrencia³⁹.

³⁶ En esta línea también se ha dicho que "los padres a nuestro entender solo deberán responder cuando no hayan sido privados del deber de guarda. En el caso de padres separados, divorciados o en los de la atribución de la guarda a uno de los progenitores no casados, la responsabilidad civil alcanzará sólo al progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia en el momento en el que el menor haya cometido la infracción, pero no al que no la tenga" FONT SERRA, Eduardo "Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor" Ed. Atelier, 2003 Barcelona pag.

³⁷ CARRERA DOMÉNECH, Jorge, ¿Por este orden? Indret.

³⁸ En este sentido, DURANY PICH, Salvador, op. cit.

Se plantea la cuestión de si puede el Juez apreciar una falta total de culpa o negligencia, y correlativamente exonerar a los obligados solidarios de toda responsabilidad. Entendemos que la respuesta debe ser negativa. El sistema objetivo instaurado por la LORPM supone que los padres (y demás personas señaladas en el artículo) responden solidariamente con los menores haya o no haya dolo o negligencia. En caso de inexistencia de dolo o negligencia grave se podrá moderar la responsabilidad civil, pero ésta seguirá existiendo⁴⁰ En el mismo sentido se ha pronunciado la denominada “jurisprudencia menor”⁴¹

En definitiva, debe afirmarse que la responsabilidad de los padres, tutores, acogedores y guardadores es objetiva, no fundada en la culpa⁴².

39 En este sentido SAP Asturias núm. 145/2003 (Sección 2ª), de 22 mayo “tampoco es posible moderar en esta alzada su responsabilidad como solicitan con carácter subsidiario en su recurso pues como acertadamente establece el juzgador de instancia nada se ha probado al efecto. La solidaridad de los padres es la regla general según se desprende de la dicción del precepto y en este supuesto nada se ha acreditado por su parte para poder sostener que no hubiesen favorecido la conducta desplegada por la menor al haber desplegado toda la diligencia de un buen padre de familia y permitir aplicar esa facultad moderadora”.

También puede reseñarse la SAP Burgos de 9 nueve de Mayo de 2003 (Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco M. Marín Ibáñez). “debiendo por ende responder...sin que quede acreditado, a través de prueba de descargo aportada por parte de los obligados, circunstancia alguna que lleve a una moderación mayor de la fijada por el Juzgador de instancia a la hora de determinar el quantum indemnizatorio del que deben de responder los obligados por vía de responsabilidad civil”.

40 En el mismo sentido VAQUER ALOY, Antoni, en "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores: una propuesta de interpretación", La Ley año XXII, número 5224, 12 de enero de 2001. para quien siendo la responsabilidad objetiva, "no existe fundamento para excluir su responsabilidad ni aun acreditando haber actuado con la máxima diligencia". Esta interpretación también es asumida por LANDROVE DÍAZ, Gerardo, para quien "...de la literalidad de la norma se deduce que el Juez tiene solamente facultades para moderar dicha responsabilidad, pero no para eximir totalmente de ella a los sujetos mencionados en el art. 61.3, ya que no existe fundamento legal alguno que permita excluir la misma, ni siquiera cuando se acredite haber actuado con la máxima diligencia" en "Derecho Penal de Menores" Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001

41 Así puede citarse la SAP núm. 2/2002 Lleida (Sección 2ª), de 11 marzo. Recurso de Apelación núm. 4/2001. (Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda) En el mismo sentido, SAP Valladolid, 23 de diciembre de 2002, (ponente De la Torre Aparicio) También puede citarse la SAP núm. 78/2003 Madrid (Sección 4ª), de 29 julio Recurso de Apelación núm. 76/2003. JUR 2003\256763

Sigue también esta línea la SAP Palencia, sec. 1ª, nº 2/2004, de 15 de marzo (Pte: Bugidos San José, Mauricio) que declara que el Artículo 61.3.. determina que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres y únicamente cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con una negligencia grave su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos; lo que quiere decir rectamente interpretado que se establece como principio general de la responsabilidad solidaria de los padres y en ningún caso la exclusión y si solo la moderación para aquellos supuestos en que se pruebe que los padres no actuaron favoreciendo la conducta del menor con negligencia grave, pero tal moderación es una posibilidad puesto que el precepto no la hace preceptiva, de forma tal que habrán de ponderarse las circunstancias del caso para determinar si procede o no la moderación en cuestión.

42 En el mismo sentido, CARRERA DOMÉNECH, Jorge, “Un modelo en cierto modo revolucionario... (Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000) “, que también considera que esta es la tesis dominante en la jurisprudencia menor.

Algunos de los autores que proponen fundamentar la responsabilidad de los obligados solidarios en la obligación de la vigilancia o guarda del menor, postulan que en el caso de que no se acepte esta tesis y se opte por mantener la obligación en todo caso (se tenga o no la guarda) "debería considerarse, por lo menos, la posibilidad de atemperar aquella responsabilidad, conforme a la facultad que se le otorga al juez, si los obligados solidarios no han favorecido la conducta del menor "con dolo o negligencia grave" (art. 61-3 in fine LORPM)⁴³.

También genera dudas qué significado dar a la facultad de moderación. En nuestra opinión debe entenderse como posibilidad de reducción del *quantum* indemnizatorio. Aunque algún autor considera que esta interpretación supondría la ruptura del principio de la reparación de todos los daños irrogados, debe recordarse que la moderación sólo afectaría al representante, pero no al menor.

Otros autores postulan interpretar la moderación de la responsabilidad no como reducción del *quantum*, sino como modificación del régimen de solidaridad⁴⁴.

Alguna sentencia ha limitado los efectos de esta moderación al ámbito interno de la solidaridad, pudiendo por tanto reclamarse el total a los padres aunque se haya moderado su responsabilidad⁴⁵. Creemos que la línea interpretativa correcta es la que

43 En este sentido, EGUSQUINZA BALMASEDA, M^a Angeles

44 Así, MARTI SANCHEZ, Nicolás, op. cit., para quien debe aclararse el "significado de «moderar la responsabilidad». Si se refiere a la solidaridad, en cuyo caso cabría la posibilidad de degradarla hasta dejarla en responsabilidad subsidiaria, o aplicarla sólo cuando resulte evidente que el menor carece de medios bienes, o ingresos por trabajo u otra fuente para satisfacer la indemnización al perjudicado; o si en cambio la moderación lo es de la cantidad a pagar por el responsable solidario. Me inclino por la primera interpretación, aunque con un límite: que no se llegue a la responsabilidad subsidiaria, pues entonces se desvirtuaría sustancialmente el contenido del precepto, además de que la reducción de la cantidad a cargo del responsable solidario supone no una moderación de la responsabilidad, sino de la indemnización a pagar por el responsable. Otra posible interpretación aunque desechable pues no se adecua a la finalidad de la previsión legal es la de entender que la moderación de la responsabilidad consiste en limitar a unos bienes determinados aquéllos con los que responde el responsable solidario".

45 SAP Madrid núm. 78/2003 (Sección 4^a), de 29 julio: En cuanto a las personas a las que le son exigibles, el art. 61.3 dispone que cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados, en primer lugar sus padres. La responsabilidad de los padres y cuidadores es una responsabilidad objetiva, que "Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos". Se trata de una responsabilidad objetiva por cuanto el responsable no queda exonerado ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda, y si bien los términos de tal responsabilidad pueden ser moderados en los supuestos de ausencia de dolo o negligencia grave (atenuación que debe hacerse a través de la fijación de las cuotas de responsabilidad interna de los codeudores solidarios, a efectos del derecho de repetición de aquél que paga), no puede afectar a los derechos indemnizatorios de los perjudicados, acreedores, a los que debe reconocérseles la reparación de la totalidad, en los términos fijados en el Código Penal, tal como previene el art. 62 LORRPM; pues el acreedor tiene el derecho, reconocido en el art. 1.144 del Código Civil, de reclamar de cualquiera de los deudores solidarios el pago de la totalidad. Quedando a salvo conforme resulta del art. 116 CP, último inciso, la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. Cabe citar mutatis mutandi la Sentencia del Tribunal Supremo de 8-2-1989 (RJ 1989, 1499), en cuanto establece que "...en este caso sólo hay un responsable penal y civil en ese momento porque la referencia a otra persona cuya conducta ya se enjuició habrán de relacionarse entre sí en el momento procesal correspondiente...en este momento el "único" responsable enjuiciado en la sentencia debe ser condenado al pago de todos los daños y perjuicios sufridos, sin perjuicio de que si con la circunstancia de una anterior condena alguno de los procesados hubiera satisfecho la totalidad pudiera repetir en los términos del art. 1903 contra el que no la satisfizo y ejercitar acciones oportunas de resarcimiento frente al otro coimputado

atribuye a la moderación efectos no solo *ad intra* sino también *ad extra*, habiéndose dictado también pronunciamientos en este sentido⁴⁶. Parece claro que si pese ha entenderse que no concurre culpa de los padres y optar por tanto por moderar su responsabilidad, si la insolvencia del menor generara automáticamente la obligación de los padres de responder por el total, teniendo en cuenta que sociológicamente son absolutamente minoritarios los supuestos en los que los hijos menores tienen patrimonio propio, la facultad de moderación sería una institución carente de operatividad práctica y sus pretendidos efectos de equidad quedarían neutralizados por la insolvencia generalizada de los menores.

o frente al perjudicado para evitar el enriquecimiento injusto, dado que existe solidaridad entre los autores (art. 107 del Código Penal [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) y que el art. 1138 del Código Civil (LEG 1889, 27) presume en las obligaciones mancomunadas (simples o solidarias) que el crédito o la deuda están divididas en tantas partes como acreedores o deudores haya".

46 SAP Asturias núm. 176/2003 (Sección 2ª), de 19 junio "Por el Ministerio Fiscal se impugna la sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Oviedo en la Pieza de Responsabilidad Civil dimanante del Expediente antedicho interesando que se deje sin efecto la moderación de la responsabilidad civil solidaria de los padres del menor (reducción de 30 %) que el Juzgado de Menores estableció en uso de la facultad reconocida en el artículo 61.3. de la LO sobre responsabilidad penal de los menores...La pretensión de que la facultad de moderación recogida en el precepto antedicho tenga sólo efectos "ad intra" no se corresponde con el espíritu ni la letra de la Ley. Efectivamente, si la facultad de moderación no tuviera efectos "ad extra", estaríamos ante una responsabilidad civil más severa aún que la que recoge el artículo 1903 del Código civil (LEG 1889, 27) en sus párrafos 2º y 6º, y no parece que sea esa la intención del legislador, pues como expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) de 12-4-2002 (JUR 2002, 154507), lo primero que podemos advertir en esta nueva regulación es la importante innovación que se introduce en el sistema general de responsabilidad civil y que la Exposición de Motivos de la Ley califica de "revolucionario" en lo que respecta a la solidaridad con el menor responsable de los hechos, de sus padres, tutores, acogedores o guardadores. Sin que olvidemos que el menor infractor es el principal responsable civil, pues el art. 61.3 LORPM (RCL 2000, 90) dice, textualmente, que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de 18 años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el juez según los casos "sin embargo la realidad es que la nueva Ley está introduciendo un tercer modelo de responsabilidad civil de padres y guardadores, distinto a los contenidos en los Códigos Civil y Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Sobre este nuevo modelo se ha sostenido la tesis de que se trata de una responsabilidad por culpa cuasi-objetiva por la implicación que estas personas, según los casos, han de tener en el proceso del desarrollo personal del menor, con lo que todo esto puede ayudar para intentar evitar la dejadez en la educación, como la actitud de protección y de justificación de la conducta del niño. Por el contrario parece, mas convincente la tesis de quienes opinen que se trata de una responsabilidad objetiva para quienes responden por hecho ajeno. Ello es así porque se prescinde totalmente de los criterios de imputación subjetivos, los cuales sólo se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del juzgador la moderación de la responsabilidad, en el sentido de que podrá graduarse la cuantía de la indemnización, pero no suprimirla, "cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave" (art. 61.3. LORPM) No cabe duda de que el sistema presenta notables diferencias tanto del que regula la responsabilidad "ex delicto" que se basa de forma expresa en la culpa o negligencia del responsable, como del régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el artículo 1903 del Código civil, que también se apoya en criterios subjetivos a pesar de que la jurisprudencia haya avanzado hacia la cuasi-objetivización. Es claro, pues, conforme a su interpretación tanto literal, como finalista (artículo 3 del Código civil) del artículo 61.3. de la LORPM que la responsabilidad de los tutores y guardadores es objetiva a todos los efectos. Así, se desprende de la propia lectura del precepto y de que únicamente en un inciso separado se permita, no la exclusión, sino la moderación de la responsabilidad y además, deriva de su propio fundamento y de su finalidad, cual es: establecer un sistema objetivo, y sin excusas o fisuras, que garantice y asegure la indemnización de los daños sufridos por la víctima del delito cometido por menores, pero de ahí a pretender que la moderación de la responsabilidad civil solidaria sólo puede aplicarse "ad intra" hay un paso más que, en opinión de esta Sala, la Ley no autoriza a

En el art. 1103 CC se prevé una posibilidad de moderación de la responsabilidad análoga a la contenida en el art. 61.3 LORPM.

La falta de antecedentes, la asunción de los hechos o el cumplimiento de la medida no han de servir para moderar la responsabilidad de los padres⁴⁷.

La jurisprudencia menor fundamenta la facultad de moderación en los esfuerzos desplegados por los progenitores para socializar adecuadamente a sus hijos⁴⁸. Así, justifica la moderación el no haber incurrido los padres en abandono o descuido consciente o involuntario manifiesto y grave, que pueda calificarse como dejación de la

dar...TERCERO Sentado lo anterior, ha quedado demostrado el hecho de que los padres del menor en alguna medida sí han cumplido con su labor de educadores, tratando de prever otros males, por lo que esta Sala considera adecuada y ajustada a derecho la indemnización establecida en concepto de responsabilidad civil con cargo al menor y a los padres del mismo y la moderación de responsabilidad respecto de éstos, por lo que, al no ser atendibles los argumentos de quien recurre, procede confirmar la sentencia impugnada, con expresa desestimación del recurso de apelación formulado contra la misma, si hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

47 SAP Vizcaya núm. 84/2003 (Sección 1ª), de 5 diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Herrera Cuevas) Ciertamente, hay una facultad judicial, dispuesta en el mismo art. 61.3 LORPM, de moderar la responsabilidad solidaria de los padres del menor, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave...La conclusión de la sentencia de instancia es que los apelantes nada han acreditado sobre que no hubieran favorecido la oportunidad de las lesiones originadas por Jose Enrique , y nada contrario puede pedirse que concluya el tribunal, sobre la base de datos inanes, bien por posteriores a la conducta engendradora del daño, cuales la aceptación de la medida por el menor, su pacífico cumplimiento, la ausencia de detectados comportamientos violentos ulteriores, etc., o bien por referidos a otras conductas, según pueda ser la falta de antecedentes, si además se examina el contenido del informe del Equipo Técnico del expediente de reforma.

48 Vid. SAP Córdoba 37/2004 (sección 2ª), de 20 de febrero *No obstante lo anterior el examen de las diligencias permite constatar una serie de datos que en opinión del tribunal, corroboran la versión de la recurrente y que han de ser ponderados en la fijación de la responsabilidad de Marina ...En efecto el primer Informe del equipo técnico de apoyo del Juzgado de Menores de fecha 15-5-2001 elaborado para otras diligencias anteriores a los que trae causa esta pieza de responsabilidad civil por hechos acaecidos el 29-7-01, destaca como la recurrente tuvo el hijo como consecuencia de una relación de dos años con un hombre casado, que nunca ha constituido un apoyo eficaz para el menor, que la madre trabajaba en una empresa de limpieza que tuvo que abandonar por el problema de drogadicción de su hijo, que la madre se encontraba totalmente desbordada por la situación, no encontrando más apoyo que en un hermano suyo, pero que ha buscado ayuda desesperadamente en todo tipo de organismos e instituciones : de drogodependencia: Centro Provincial Drogodependencia (Buen Pastor) Proyecto Hombre, Arco Iris, Reto, de menores : SAFI, Juzgado de Menores...Siendo aun más significativo el segundo informe de fecha 13-11-01 complementario del anterior en el que se significa como desde mayo Bartolomé acude al centro provincial de Drogodependencias dos veces a la semana, siempre acompañado de su madre, que esta es una mujer fuerte, con carácter, que le esta apoyando y orientando continuamente, y esta muy volcada en él, en sus necesidades y recuperación. Evolución positiva que es confirmada por el médico del C.P.D. que esta interviniendo con Bartolomé quien informa que acude siempre a los controles y entrevistas acompañado por su madre, siendo esta un apoyo muy importante en la intervención y recuperación del menor...Valorando todos estos factores referidos este tribunal de lo penal estima que la responsabilidad civil de la madre de Bartolomé , debe limitarse a la cuantía correspondiente al 50 % de lo solicitado, estimando parcialmente el recurso interpuesto por Marina .*

En este mismo sentido puede citarse la En este mismo sentido SAP Lugo 126/2001 (sección 2ª), de 23 de octubre JUR 2001 332000 (Ponente Edgar Amando Fernández Cloos) Por lo que se refiere a la segunda parte del recurso, que hace alusión a la aplicación de lo dispuesto en el art. 61. 3. de la misma Ley Orgánica 5/2000 que establece que "cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la

atención y preocupación por el comportamiento de los hijos que en el contexto social medio se exige de los padres de familia⁴⁹. El hecho de que el progenitor solicitara el ingreso del hijo problemático en un establecimiento de la Entidad Pública de Protección de Menores, con rechazo de la solicitud, se puede tener especialmente en cuenta para moderar la responsabilidad respecto de los padres⁵⁰.

Es lo que CARRERA ha dado en llamar moderación de la responsabilidad de los progenitores fundamentada en la “buena gestión del proceso educativo del hijo”⁵¹. No obstante, este autor considera que existen todavía notorias discrepancias sobre un aspecto clave; a saber: si la moderación debe basarse en un juicio genérico a la gestión educativa por parte de los guardadores, o por el contrario debe apoyarse en circunstancias concretas directamente relacionadas con el supuesto litigioso que de un modo especial aconsejen una atenuación de la responsabilidad.

En nuestra opinión, este segundo aspecto debe ser también un módulo esencial a la hora de calibrar la operatividad de la facultad moderadora.

La facultad de moderación ha sido rechazada en delitos contra la libertad sexual cometidos por menores que no han sido formados adecuadamente por sus progenitores en esta esfera de la vida⁵². También se ha rechazado cuando se ha detectado incumplimiento

conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos”. Así entienden los aquí recurrentes, padres del menor causante de la actuación penalmente reprochable, que a ellos no le es apreciable conducta dolosa o negligente de tipo alguno...Al respecto hemos de señalar que, efectivamente, el comportamiento de los padres, que intentaron mantener a su hijo dentro de unos parámetros de conducta y educación perfectamente socializables, ha de merecer que se produzca, en lo que a su responsabilidad civil se refiere, una moderación de la cuantía en la que ha de verse estimada la demanda pues, desde luego, los padres intentaron tener escolarizado a su hijo y, en un momento ulterior y cuando la escolarización resultaba prácticamente imposible, le posibilitaron el acceso al trabajo... Así esta Sala, moderando el importe indemnizatorio al que han de hacer frente los padres, en consideración a la conducta por ellos desplegada en la tutela de su hijo, entiende que la reclamación ha de verse estimada por la cantidad de 2.000.000 pts., incrementada con las 69.000 pts que corresponden a los días de baja que sufrió la perjudicada.

49 SAP Alicante, sec. 1ª, 211/2003, de 14 de abril Pte: Gil Martínez, Antonio EDJ 2003/86595 de lo actuado no se desprende que estos hubieran incurrido en ese abandono o descuido consciente o involuntario manifiesto y grave, que pueda calificarse como dejación de la atención y preocupación por el comportamiento de los hijos que en el contexto social medio se exige de los padres de familia, que justificaría la imposibilidad de graduarla, por lo que estimamos que su responsabilidad debe limitarse a la cobertura solidaria de la cuota del tercio que correspondería satisfacer por repetición a su mentado hijo.

50 SAP Asturias núm. 241/2003 (Sección 2ª), de 2 octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García-Braga Pumarada) ha quedado demostrado el hecho de que los padres del menor en alguna medida sí han cumplido con su labor de educadores, tratando de prever la causación de comportamientos como el de autos y así las cosas es muy significativo lo alegado al respecto por la madre del menor en el sentido que con anterioridad a la fecha del robo presentó una solicitud de internamiento ante la Fundación de Servicios Sociales de Gijón que le fue denegada. Por lo que esta Sala considera adecuada y ajustada a derecho la indemnización establecida en concepto de responsabilidad civil con cargo al menor y a los padres del mismo y la moderación de responsabilidad respecto de éstos

51 CARRERA DOMÉNECH, Jorge, Un modelo en cierto modo revolucionario...(Estudio de la doctrina de las Audiencias Provinciales relativa al art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000)

52 SAP Alicante núm. 168/2003 (Sección 1ª), de 31 marzo El particular recurrido es la minoración de la responsabilidad civil solidaria establecida en la sentencia impugnada a los ahora recurrentes sobre la base

en las obligaciones de control de los padres respecto de los hijos⁵³. También ha sido rechazada la moderación cuando no se han acreditado cumplidamente las circunstancias que deben justificarla⁵⁴.

Parece claro que esta facultad de moderación deberá aprovecharse para tener especialmente en cuenta los supuestos en los que resulten responsables personas que tengan bajo su guarda a un menor por motivos altruistas (v. gr. acogedores de menores desamparados)⁵⁵, debiendo tenderse siempre hacia interpretaciones que eviten desincentivar conductas socialmente beneficiosas.

de no constar probado ningún tipo de favorecimiento de la conducta del menor ya sea de forma dolosa o con negligencia; es decir, el objeto de esta nueva demanda es la pretensión de reducir la responsabilidad civil de los padres del menor condenado al amparo de lo dispuesto en el art. 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El citado precepto parte del principio general de la responsabilidad solidaria de los padres de un menor de 18 años por los daños y perjuicios causados de un hecho cometido por el menor en cuestión y, a continuación precisa que: " Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos". Pues bien, de lo que se discrepa en la resolución recaída en la instancia es que al no constatarse ningún tipo de falta de atención de los padres acerca del comportamiento de su hijo menor de edad, debe, moderarse la cifra de la responsabilidad civil y a tal efecto, la representación legal de los recurrentes aporta testimonio de un auto que archiva la denuncia presentada por la fiscalía de menores a raíz de que en el transcurso del propio expediente, tanto el menor, como sus padres así como las madres de los menores afectados, han declarado que, a veces han visto películas de contenido pornográfico ante la presencia de los hijos de las anteriores...la desestimación del recurso de apelación presentado en esta pieza de responsabilidad civil viene dada por la conjunción de los factores siguientes: en primer lugar, por el principio consagrado en el art. 1.903 del Código Civil, esto es, la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos mientras se encuentren bajo su guarda, responsabilidad objetiva respecto de la que no se exige ningún tipo de favorecimiento para graduar su propia responsabilidad; en segundo término, la propia aportación de las referidas diligencias que finalizar con un auto de archivo, ponen en evidencia, en contra de los intereses de los recurrentes, las aseveraciones ya expuestas, esto es, la presencia del menor Jose Pablo , joven de 16 años en la época de los hechos, en la exhibición de películas de tipo pornográfico no apropiadas para su edad que, con toda seguridad influyeron en su ánimo tratando de reproducir, con menores de 3, 6 ó 7 años los comportamientos exhibidos; en tercer lugar, la presencia en tales visualizaciones del citado Jose Pablo resultan totalmente achacables a la absoluta negligencia, falta de conocimiento del propio contenido de la palabra "educación" por parte de quienes legalmente tienen atribuida la función de su guarda, custodia, cuidado y "educación", permisividad que pone en evidencia y demuestra con absoluta claridad el discutido y negado favorecimiento, con su conducta, en los hechos rechazables e ilícitos cometidos por su hijo; por último, el propio texto del párrafo cuestionado, alude a que incluso cuando no se demuestre negligencia o conducta dolosa en la actitud de los padres con respecto a los actos de sus hijos, tal rebaja o aminoración de la responsabilidad económica de los padres es un mera "posibilidad" que deberá conceder o denegar el Juez o Tribunal, según los casos.

53 SAP núm. 1/2003 Jaén (Sección 1ª), de 10 enero Recurso de Apelación núm. 30/2002. AC 2003/284 En los casos de que no concurra dolo o imprudencia en los responsables civiles solidarios se le permite al Juez moderar la responsabilidad civil, siempre que demuestren que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Esta moderación será en el importe de la cuantía de la reparación o de la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima...El letrado alega que el menor causante del robo vive independientemente desde los 14 años y además le constan multitud de expedientes. Además como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal los padres han incumplido reiteradamente su función de control no dando importancia a la educación reglada de sus hijos y permitiendo que éstos abandonasen el colegio a edad temprana. Pues bien, todos estos comportamientos, lo que demuestra es que los padres han favorecido la conducta delictiva del menor y en consecuencia el recurso debe de ser desestimado.

54 SAP León, sec. 2ª, nº 102/2004, de 21 de abril (Pte: Muñoz Díez, Antonio) En cuanto a la falta de favorecimiento de la madre a la conducta del menor, a que hace referencia el art. 61.3 de la L.O. 5/2000, de 12 de enero...En el caso que nos ocupa la demandada, madre del menor Íñigo, y a quien por resolución judicial le venía atribuida la guarda y custodia del mismo, no ha probado que obró con la diligencia debida

Las Audiencias han declarado que esta facultad de moderación no tiene carácter imperativo sino que su utilización es opcional para el Juez de Menores⁵⁶

Se objetiva por tanto la responsabilidad civil de los padres y asimilados y se separa el régimen de la LORPM del régimen del CC, que, recordemos pese a la evolución jurisprudencial sigue siendo un régimen basado en la culpa y sigue existiendo la posibilidad siquiera remota de exoneración.

I.- 5.2 Situación en el sistema del Código Civil

Veamos a continuación cual es la situación en el sistema del Código Civil: el art. 1903 *in fine* dispone 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*. Pese al tenor claro y rotundo del precepto, la tendencia jurisprudencial hacia la objetivación de la responsabilidad de los progenitores ha restringido los supuestos de exoneración.

Pero por muy restrictivo que se sea, debe respetarse la letra y el espíritu de la Ley y dejar resquicios para dar operatividad a esa prueba exonerante.⁵⁷

La doctrina también postula la posibilidad de exoneración. Para LEÓN GONZÁLEZ⁵⁸ “la prueba liberatoria consiste, en realidad, en la demostración de que el hecho del menor es un acontecimiento atípico en relación al “ámbito de control del padre”. Por su parte, para DE ÁNGEL la prueba liberatoria debiera integrarse por demostrar que “el daño se ha producido por una causa extraña y no previsible en los límites normales dentro de los que opera una garantía de resarcimiento vinculada a la patria potestad”⁵⁹

en su deber de vigilancia respecto de su hijo menor de edad, que comprende también los deberes de educación y formación integral del mismo, surgiendo, por tanto, la responsabilidad derivada del citado art. 1903 del CC. y sin que proceda tampoco, por tanto, efectuar moderación alguna en la misma

55 En el mismo sentido VAQUER ALOY, Antoni, op. cit.

56 SAP Orense 11 de febrero de 2003 (ponente Otero Seivane) La posibilidad de moderación prevista en este precepto tiene carácter facultativo y no imperativo (“... podrá ser moderada por el Juez, según los casos”) de modo que queda al arbitrio del Juzgador tal posibilidad. En cualquier caso, como bien razona el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, no se halla exenta de negligencia la conducta de los padres del menor teniendo en cuenta la obligación de custodia que pesa sobre los mismos, la comisión por el segundo de numerosos hechos delictivos y la hora de la sustracción origen de las presentes actuaciones (6’45).

57 En este sentido se ha dicho que “el padre mas atento y cuidadoso no puede impedir que su hijo de corta edad se comporte imprevisible y repentinamente de forma peligrosa; ni que su hijo adolescente en un arranque de rebeldía se comporte de forma desacostumbradamente arriesgada y cause daños. Si semejante comportamiento es habitual, estaría ciertamente justificada la adopción de medidas coercitivas de control y, si dicho comportamiento fuera extremo, también estimo exigible a unos padres responsables el concierto tanto de un seguro de responsabilidad civil como otro de daños” LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinadora)-VVAA “Los menores en el Derecho español” Ed. Tecnos, 2002

58 LEÓN GONZÁLEZ, JM “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad” Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas” Pamplona, 1969, pag. 288)

59 DE ÁNGEL YANGUEZ, Ricardo, “Comentario del Código Civil” Ministerio de Justicia, 1990

En todo caso, no exime de responsabilidad el dato de que en el momento de comisión de los hechos por parte del menor sus padres no se encontraran presentes como reiteradamente ha declarado el TS⁶⁰ y las Audiencias Provinciales⁶¹, ni siquiera aunque los daños hubieran sido irrogados por un menor maduro o “gran menor”⁶²

En opinión de DE ÁNGEL YAGÜEZ los hechos imputados al menor que en el momento de acaecer se encuentra desempeñando un trabajo por cuenta ajena, son de responsabilidad del empresario y no de los padres habida cuenta de que el menor actúa aquí “bajo la disciplina propia del trabajador por cuenta ajena”.

Debe también recordarse que como se predica en general de la responsabilidad extracontractual, tampoco cabe en materia de responsabilidad por hechos cometidos por menores alegar la presunción de inocencia, como causa de exoneración de responsabilidad, como reiteradamente ha establecido nuestro Tribunal Supremo⁶³ En el mismo sentido se ha pronunciado la denominada jurisprudencia menor, extendiendo la inoperatividad al principio *in dubio pro reo*⁶⁴.

60 Sentencia Tribunal Supremo núm. 234/2000 (Sala de lo Civil), de 11 marzo RJ 2000\1520 Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil La acción por culpa extracontractual ejercitada deviene del suceso que ocurrió el día 11 de junio de 1985, cuando el hijo menor del que recurre, con ocasión de encontrarse jugando en la calle, recibió un impacto en su ojo izquierdo, que fue lanzado por el también menor, hijo de los demandados, don Alex G. G., al dispararle con un tiragomas que él mismo había fabricado, valiéndose de la boquilla de una botella a la que sujetó un globo. Las graves lesiones oculares causadas, determinaron que se produjera intensa disminución de la visión del agredido. El TS afirma que “los hechos probados conforman culpa del artículo 1902 del Código Civil y según la jurisprudencia de esta Sala resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho (SS. de 10-3-1983 [RJ 1983\1469], 22-1-1991 [RJ 1991\304] y 7-1-1992 [RJ 1992\149]). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (Sentencias de 24-3-1979 [RJ 1979\919], 17-6-1980 [RJ 1980\2409], 10-3-1983, 7-1-1992 y 29-5-1996)”.

61 SAP León (Sección Tercera) de 19 de septiembre de 2003 (Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Adolfo Mallo Mallo) Se trata de una responsabilidad por «semi riesgo», con proyección cuasi objetiva, que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de ser cometido el hecho

62 SAP núm. 385/1997 Huesca, de 20 noviembre (Rollo de Apelación núm. 74/1997. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate) Tampoco «exonera de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la Sentencia 29 diciembre 1962 (RJ 1962\5141), se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad de dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños» (En este caso el menor tenía 17 años)

63 Sentencia Tribunal Supremo núm. 120/2003 (Sala de lo Civil), de 13 febrero Recurso de Casación núm. 1858/1997. RJ 2003\1045 Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz «la presunción de inocencia, no es aplicable al caso de la culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los artículos 1902 y 1903 del Código Civil , pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir, que el patrimonio de la víctima quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo (SS. 20 de febrero de 1989 [RJ 1989\1215], 25 de marzo de 1991 [RJ 1991\2443], 7 de enero de 1992 [RJ 1992\149] y 2 de marzo de 1993 [RJ 1993\2545], entre otras)». Asimismo lo reiteran las sentencias de 28 de marzo de 2000 (RJ 2000\2500), que recoge la doctrina jurisprudencial vertida en sentencias anteriores, y de 28 de junio de 2002 (RJ 2002\5509), en un caso de obligación contractual.

64 SAP Cáceres núm. 92/2003 (Sección 2ª), de 20 mayo Nos encontramos en un litigio civil, ante una cuestión de este orden, no en un proceso penal. El proceso civil es rogado, siendo muestra de ello el artículo

Pese a la tendencia hacia la objetivación, la exoneración de responsabilidad de los progenitores, como no podía ser de otra manera, sigue admitiéndose en nuestros Tribunales. El TS ha excluido la responsabilidad de los progenitores en los supuestos en los que no se ha considerado al menor incurso en antijuridicidad. En aplicación de esta doctrina se ha exonerado de responsabilidad en un supuesto en el que unas menores jugaban a la comba, resultando una de ellas lesionada porque a la otra se le escapó el extremo de la cuerda⁶⁵ También se ha negado responsabilidad por daños irrogados por un menor a otro al rozarse jugando en una atracción de colchón blando y tobogán debidamente vigilada y en la que además se les exigió previamente descalzarse⁶⁶

216 de la norma de ritos cuando especifica que habrá de ser la actividad de las partes la que aporte hechos, pruebas y pretensiones. Esta aseveración viene a cuento de que la recurrente entiende que se ha vulnerado en ésta litis la presunción de inocencia. La afirmación carece de consistencia jurídica y no es de recibo, primeramente por lo que ya se ha dicho; en segundo lugar, porque nuestro Tribunal Supremo ha sido muy claro en esta cuestión a través de las sentencias de su Sala primera de 27-7-1985 SIC y 20-2-1989 (RJ 1989, 1215) , refiriéndose concretamente al artículo 1902 del Código Civil ; en tercer lugar, la doctrina constitucional, Sentencias del TC. 139/1990 (RTC 1990, 139) y 52/1989 (RTC 1989, 52) , señaló que la extensión de ese principio al ámbito probatorio civil sólo procedía en supuestos excepcionales y tras ponderar las singularidades que en cada caso concurren; en cuarto lugar, la vía penal iniciada en su día, folios 132 y siguientes, terminó con una resolución de archivo, lo que confirma las razones expuestas anteriormente; en quinto lugar, es la prueba que en estos autos se haya practicado la que acreditará si ese hecho (el abuso sexual) ha existido o no. De ser afirmativa la respuesta surgiría la responsabilidad de los demandados (padres de los menores intervinientes en aquel evento), responsabilidad que llevaría al siguiente tema, la cuantificación dineraria de esa responsabilidad (paternal) de los demandados. Por último, es obligado adelantar el fracaso de la alegación que afecta a la regla "in dubio pro reo". Además de las razones expuestas en relación con la presunción de inocencia y de que no estamos en un proceso penal, es notoria la diferencia entre la regla alegada y la presunción de inocencia, siendo esta una garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia subjetiva del convencimiento del órgano Judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso, perteneciendo esta regla a las facultades del Juzgador de instancia, no siendo la misma precepto constitucional, entrando en juego sólo cuándo efectivamente practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia.

65 STS núm. 1266/2001 (Sala de lo Civil), de 28 diciembre RJ 2002\3094 (Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote): no puede prosperar el motivo respecto a los padres de la menor Patricia, que fue la niña que según el relato de la sentencia impugnada, la que dejó soltar el extremo de la comba, que impactó en el ojo de la compañera, porque la responsabilidad que establece el citado art. 1903, a los padres, por los daños que causen sus hijos que se encuentren bajo su guarda, se refiere a su vez a los causados por el incumplimiento de las obligaciones que impone el artículo anterior, por lo que para que surja la responsabilidad por el hecho de tercero, es imprescindible, que ésta se sustente en una actuación o en una omisión culposa de ese tercero, sin que implique en ningún caso este precepto, la aceptación de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Responsabilidad por consiguiente, que 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; juego que era practicado, en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora, por lo que a los padres en forma alguna, se les puede imputar una actitud omisiva culposa, exigible para que la acción prospere (SS. 18 de octubre de 1999 [RJ 1999\7615] y 16 mayo de 2000 [RJ 2000\3930]).

66 SAP Málaga núm. 42/2004 (Sección 5ª), de 14 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Hipólito Hernández Barea) Consta la existencia de monitores y su vigilancia genérica de los juegos de los niños, consta que el aforo del local no se sobrepasa y consta que las instalaciones se encontraban en perfecto estado y cumpliendo las ordenanzas en vigor sobre este tipo de parques de ocio infantil. Han de considerarse en ese contexto pues fortuitas las lesiones producidas en la mano del menor hijo del demandante, y ello porque lo que es indiscutible es el resultado dañoso y su relación efecto- causa con el encontronazo con otro niño con ocasión

Para analizar si procede la exoneración se han barajado dos criterios fundamentales (vid. SAP Barcelona núm. 845/2003 (Sección 17ª), de 11 noviembre)⁶⁷ : 1) se distingue entre actividades en principio inocuas o peligrosas, descargando de las primeras el rigor que en el caso de las segundas se hace recaer sobre el padre. Si la actividad es inocua la exigencia de vigilancia y control es evidentemente menor y el deber más relajado ya que la previsibilidad de un daño es también escasa, salvo los imponderables que toda actividad humana y sobre todo de niños, puede presentar y que sólo se podrían conjurar por completo a través de la prohibición de la propia actividad, lo que está fuera de lugar. A nadie se le ocurre impedir que los niños jueguen corriendo y

de ocupar los dos la misma atracción: el colchón blando al final y como amortiguador de un tobogán. Y es que un roce en este tipo de juegos entra dentro de la más absoluta normalidad sin que sea ni posible ni conveniente que los menores usen las atracciones de forma individual ni aislada, pudiéndose afirmar por el contrario que el choque no se hubiese evitado con la sola presencia de la monitora en las cercanías del tobogán. Y por ello ningún reproche culpabilístico se le puede hacer a la misma ni por extensión a la empresa dueña del parque infantil ni a su aseguradora. Y si se cumplieron las condiciones normales de mantenimiento de las atracciones y de vigilancia y cuidado de los responsables, han de considerarse fortuitas las lesiones sufridas por el hijo del demandante, sin que a ello obste la teoría de la inversión de la carga de la prueba por causa del riesgo en cuanto viene proyectada al daño normalmente previsible por el actuar con algún medio peligroso que también normalmente pueda producirlo. Y así, sin objetos contundentes y despojados incluso de calzado es imprevisible el daño y debe entenderse que cesa la obligación de responder por mandato del artículo 1105 del propio Código Civil al ser la lesión consecuencia del propio juego sin intervención de ningún factor extraño o peligroso que pudiera evidenciar la falta de la debida vigilancia por parte de los cuidadores. Todo lo cual lleva a la confirmación de la sentencia recurrida.

67 SAP Barcelona núm. 845/2003 (Sección 17ª), de 11 noviembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Foncillas Sopena) Estando dos niños de siete años jugando con otros compañeros en un espacio abierto, en el transcurso de los juegos, carreras y persecuciones propias de la edad, uno de ellos derribó al otro con tal mala fortuna que, al no poder ampararse con las manos que tenía ocupadas con una libreta se golpeó directamente con la cara, con el resultado de tres piezas dentales afectadas, con pérdida o fractura. El padre del niño accidentado reclama, al amparo del art. 1903 del C.Civil, frente al padre del niño causante de la caída por no haber observado el deber de vigilancia, control y custodia que integran el contenido de la patria potestad, y frente a la compañía de seguros que cubre su responsabilidad civil. La Juzgadora de primera instancia considera que el suceso fué un lance del juego, una situación fortuita encuadrable en el art. 1105 C.Civil de la que no se puede seguir ninguna imputación a título de culpa para el padre, por lo que desestima la pretensión indemnizatoria ejercitada, alzándose contra esta decisión el actor que insiste en su postura...Por muy rigurosos que sean los contornos de la responsabilidad de los padres y cuidadores y por mucho que se haya objetivado, no se ha llegado al extremo de considerarla completamente objetiva, de forma que deba desencadenarse como simple consecuencia del daño causado por el menor. El último párrafo del art. 1903 C.Civil establece, como no podía ser de otra manera, una cláusula de salvaguarda para el padre y de exclusión de su responsabilidad, para cuando se prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño...La medida de la exclusión es, pues, la de la utilización de la diligencia de un buen padre de familia y la prueba de la misma...En cuanto a la primera circunstancia, dado que el concepto utilizado es indeterminado, hay que acudir a criterios establecidos por la lógica y el sentido común con la ayuda de los pronunciamientos de la jurisprudencia para integrarlo o dotarlo de contenido, sin dejar de tener muy presente que es precisamente el comportamiento del padre, que es frente al que se postula la responsabilidad, y no tanto el del hijo, el que ha de enjuiciarse para determinar si hubo en él inobservancia del exigible deber de vigilancia y control sobre el menor. Se trata de una materia muy compleja que depende mucho de las circunstancias del caso, así como difícil y delicada por recaer el juicio sobre la postura frente a actos ajenos. De la debida acreditación de las circunstancias descritas y comentadas se deriva de la diligencia del padre demandado, respecto del que, se mire por donde se mire, no se ve ninguna causa de imputación a título de culpa de la que pueda seguirse responsabilidad, que sólo podría venir motivada por una concepción puramente automática y fatal de la figura. Hay que concluir, como se hace en la sentencia apelada, que el desgraciado suceso no puede ser situado en el marco de la culpa sino en el del caso fortuito, por tratarse de un lance propio del juego, sin previsibilidad y, por tanto,

persiguiéndose 2) el carácter de la propia acción desencadenante del daño pues no es lo mismo una rápida e inopinada que coge por sorpresa a todos, impidiendo cualquier reacción anticipativa, que otra que por diversas circunstancias de tiempo o de actitud se va fraguando, de forma que puede preverse y evitarse utilizando un cuidado y observación adecuados y normales.

También es interesante e ilustrativo el supuesto analizado en la SAP núm. 59/1998 La Coruña (Sección 1ª), de 2 febrero en la que se exonera de responsabilidad a la madre en relación con la muerte causada por su hijo a otro menor, con el que se encontraba bromeando en un vestuario tras una competición deportiva, tratándose de un menor adecuadamente educado. En nuestra opinión, en este supuesto pesa en el ánimo del Tribunal el hecho de que el menor fallecido presentaba problemas de salud que contribuyeron (aún sin romper la relación de causalidad) al luctuoso resultado así como el argumento (de menor peso) de que habiéndose causado los daños en un vestuario masculino, la posibilidad de la madre de vigilar estaba excluida⁶⁸.

I.- 6 La concurrencia de causas (art. 114 CP):

sin posibilidad de ser evitado desde la perspectiva de normalidad de un diligente padre de familia.

68 SAP núm. 59/1998 La Coruña (Sección 1ª), de 2 febrero (Rollo de Apelación núm. 2205/1997. Ponente: Ilma. Sra. D^a M^a Angeles Paredes Prieto) los hechos tuvieron lugar en el campo de fútbol del polideportivo de la localidad, donde se encontraban los dos menores, además de otros jóvenes también miembros del equipo local de juveniles con los entrenadores del equipo, al finalizar un entrenamiento y que el menor Francisco cuando su amigo entró en los vestuarios, y bromeando le asió la pierna con la empuñadura del paraguas poniéndole la zancadilla, siguió la broma agarrando el paraguas y arrojándolo contra aquél. Que el paraguas fue a impactar contra la cabeza del otro joven, golpeándole en la sien, momento en que cayó al suelo, produciéndose instantes después un ligero sangrado, y a continuación pérdida de consciencia siendo trasladado a Hospital General de Galicia donde ingresó en coma profundo, falleciendo el día 18 de octubre.... En la causa de la muerte participan, por tanto, el traumatismo craneoencefálico sufrido por el impacto del paraguas y posterior caída y la presencia de malformación vascular aneurismática previa.

Está probado en autos que el accidente origen de la presente reclamación tuvo lugar en el polideportivo de la localidad donde los menores desarrollaban una actividad deportiva organizada, nada más finalizar el entrenamiento del equipo de juveniles al que pertenecía el hijo de la demandada, cuando el menor, los demás componentes del equipo y los entrenadores se encontraban en los vestuarios cambiándose de ropa.

La demandada no ejercía ni podía ejercer -de hecho, lógicamente, no le estaría permitido el acceso a los vestuarios masculinos- en ese momento sus funciones de vigilancia que razonablemente podía hacer descansar en los adultos que organizaban la actividad deportiva, en la confianza de que éstos vigilarían el comportamiento de su hijo y de los demás menores desde el momento en que entraban en las dependencias del polideportivo hasta que las abandonaban, y como mínimo desde el inicio a la conclusión, de los partidos, entrenamientos o cualesquiera otras actividades relacionadas con el equipo.

De otro lado, tampoco puede exigirsele mayor cuidado o atención respecto de los ratos de ocio del menor que el de ocuparle en una actividad organizada como la que desarrollaba. Y, ninguna culpa «in educando» puede apreciarse cuando consta en autos que el menor era un joven de comportamiento normal y en ningún modo agresivo -todos los testigos coinciden en que no existió ninguna disputa entre los menores y que simplemente jugaban entre ellos-.

El recurso que impugna el pronunciamiento absolutorio de la demandada no puede prosperar, por cuanto como concluye la sentencia apelada no puede atribuirse culpa alguna a la madre del menor causante del accidente en la producción del evento, conclusión que se comparte en cuanto la madre del menor no omitió los deberes de vigilancia y cuidado entendiéndose que actuó con la necesaria diligencia atendidas las circunstancias del caso concreto sin que se llegue a advertir en qué podía haber consistido la vigilancia preventiva del daño específico en el supuesto.

Es aplicable el art. 114 del CP, que dispone que *si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización*⁶⁹

La jurisprudencia menor está dando juego a esta vía moderadora, aunque es muy reacia a aplicar la compensación de culpas cuando concurre un delito doloso. En este sentido se pronuncia la SAP León, sec. 2ª, nº 102/2004, de 21 de abril⁷⁰

Sin embargo, la SAP Asturias, sec. 2ª, nº 379/2004, de 16 de diciembre aplica la moderación por compensación de culpas en un supuesto en el que el menor que finalmente resulta agredido y lesionado, había exigido dinero con ademanes amenazadores a los agresores⁷¹.

69 En este mismo sentido debe tenerse presente que el punto 1.7 del Anexo de la Ley 30/95 dispone que *"son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias"*. Por su parte, el art. 1 de la Ley 30/95 dispone que *"en el caso de daños a las personas... sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado..."* y *"si concurrieren la negligencia del conductor y la del perjudicado se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento en la cuantía de la indemnización, atendida la entidad respectiva de las culpas concurrentes"*.

70 (Pte: Muñoz Díez, Antonio) En cuanto a la posible compensación de culpas es de señalar que el art. 114 C. Penal, regula de manera expresa en el campo de la responsabilidad civil "ex delicto" la concurrencia de conductas, y permite la disminución prudencial del importe de la reparación o de la indemnización de daños y perjuicios cuando la víctima contribuye con su comportamiento a la producción del resultado lesivo indemnizable. La moderación de la reparación o de la indemnización de daños y perjuicios es una facultad discrecional atribuida a Jueces y Tribunales, que podrá ser acordada por éstos siempre que la víctima de la infracción penal y beneficiaria de la responsabilidad civil derivada de ésta hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido... Pues bien, es evidente que no resulta procedente efectuar la moderación que se pretende y ello al encontrarnos ante una infracción dolosa... En este sentido ha de señalarse que la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha venido reconociendo reiteradamente la posibilidad de moderación prudencial del "quantum" indemnizatorio, particularmente en el caso de los delitos o faltas imprudentes. Ahora bien, en el supuesto de los delitos dolosos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta particularmente restrictiva, ya que, o bien se ha declarado de manera expresa y genérica por la improcedencia del ejercicio de la facultad moderadora de la responsabilidad civil "ex delicto" respecto de las infracciones penales dolosas (STS de 24 de septiembre de 1996 EDJ 1996/6385), al señalarse que la doctrina de la concurrencia de conductas "se refiere a delitos culposos en los que la culpa de la víctima por su incidencia en la causalidad del resultado lesivo degrada la culpabilidad del autor o con más precisión técnica, conlleva sólo una compensación moderadora del "quantum" de responsabilidad civil" y que "este esquema no es trasladable -sin salvedades- al delito doloso y a los cursos causales que en él tienen lugar", o bien se ha rechazado la posibilidad de moderación de la responsabilidad civil en atención a las particulares circunstancias concurrentes en el caso concreto, como pueden ser la limitada edad o especial situación de desvalimiento de la víctima (SSTS de 16 de junio y 4 de octubre de 2000 EDJ 2000/27689, entre otras)... En el supuesto concreto que nos ocupa, ha de estimarse plenamente acertada la decisión adoptada por el juzgador de instancia en el sentido de no hacer uso de la facultad discrecional moderadora establecida en el art. 114 C. Penal. La moderación de la responsabilidad civil "ex delicto" no resulta procedente, porque de la relación de hechos probados no resulta la existencia de dato alguno que justifique su aplicación puesto que de su contenido cabe inferir una reacción desproporcionadamente violenta del menor frente a la actitud de D. Emilio que se había limitado a llamarle la atención por haber sacado una consumición de la Discoteca.

71 . (Pte: Vázquez Llorens, Covadonga) esta sentencia declara que la moderación de la reparación o de la indemnización de daños y perjuicios es una facultad discrecional atribuida a Jueces y Tribunales, que podrá ser acordada por éstos siempre que la víctima de la infracción penal y beneficiaria de la responsabilidad civil derivada de ésta hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido,

La SAP Soria, 40/2002 de 5 de marzo⁷² analiza un supuesto interesante de concurrencia de culpas, en un supuesto en el que un menor fallece como consecuencia de la droga que le facilita otro menor, habiendo el fallecido presionado al otro menor para que le proporcionara la droga y habiendo consumido una gran cantidad de alcohol previamente⁷³.

I.-7 Padres separados o divorciados:

I.-7.1 Sistema de la LORPM

El art. 61.3 LORPM, a diferencia de lo que establece el art. 1903 CC, no exige para que surja la responsabilidad de los padres o tutores que el menor esté bajo la guardia de los mismos, por lo que puede defenderse que en el caso de padres que no convivan juntos, la responsabilidad alcanzará tanto al progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, como al que no la tenga, sin perjuicio de las facultades de moderación del Juez que en estos casos puede –justificadamente- desplegar toda su operatividad⁷⁴. Otra

debiendo señalar que aunque en el caso de infracciones dolosas como la presente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulta particularmente restrictiva a su estimación, no está excluida...La moderación de la responsabilidad civil “ex delicto” resulta procedente a juicio de esta Sala, por cuanto y si bien de la relación de hechos probados se desprende sin ningún género de dudas la realidad de una reacción desproporcionada frente a la acción del perjudicado, lo que acertadamente llevó a no apreciar causa alguna de justificación ni completa ni incompleta, no puede olvidarse que el incidente surge, como así se recoge en la sentencia, cuando el perjudicado José Pablo se dirigió a los menores exigiéndoles la entrega de dinero, al tiempo que tenía la mano en la parte de atrás de la cintura, y cuando el mismo fue golpeado, su acompañante también mayor de edad, cogió por el cuello a un joven que se encontraba en compañía de los menores al tiempo que les manifestaba: “yo voy para Villabona pero os llevo para adelante”, por lo que parece oportuno visto la forma y la causa que motivó la agresión, moderar el importe de la indemnización concedida, si bien en la cuantía de un 20%

72 (ponente Ilmo Sr. Don Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate)

73 Los hechos son los siguientes: Eloisa frecuentaba un círculo de amistades consumidores de narcóticos, que le presionaban para que obtuviera y les proporcionara gratuitamente productos de este tipo de la farmacia de su madre, y con la finalidad de ganarse la consideración y estima de sus amigos, proporcionó aquella noche la referida sustancia -atropina, que produce efectos excitantes y alucinatorios- a José Manuel y a Alvaro, cuyo organismo no soportó la ingestión, produciéndose el fatal desenlace. Esta sentencia aprecia la concurrencia de culpas y lo hace en los siguientes términos: “ El siguiente motivo del recurso esgrimido por los recurrentes se refiere a la concurrencia de culpas apreciada por el Juzgador de instancia, solicitando las demandadas la apreciación de culpa exclusiva de la víctima y defendiendo los actores la única actuación negligente de Eloisa desencadenante del fatal desenlace...Para poder apreciar concurrencia de culpas se requiere un actuar independiente del perjudicado respecto del resultado lesivo -Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1981-, exigiendo la concurrencia de culpa de la víctima que confluyan la actividad causante del daño y la conducta de quien lo sufre, de tal suerte que sin generar la segunda una plena ruptura de la causalidad eficiente, coadyuva en la causación del daño, circunstancia que repercute en la indemnización debida -Sentencias de 16 de mayo de 2000, y 8 de julio y 29 de octubre de 1999-.

En el supuesto de autos consideramos indudable la existencia de concurrencia de culpas apreciada por el Juzgador de instancia, por las circunstancias que apunta - consumidor diario de hachís y speed, haber ingerido una gran cantidad de alcohol aquella noche y haber solicitado a Eloisa que le diera alguna sustancia que voluntariamente consumió-, además de haber consumido la víctima todo el producto que le fue facilitado negándose a devolver a Eloisa el resto; y correcta la distribución de un 30% de culpa a Eloisa y un 70% a la propia víctima por estas circunstancias”.

74 No obstante, debe tenerse en cuenta que las posiciones doctrinales no son pacíficas, y así por ejemplo, para TESÓN, "los padres que están desposeídos de la custodia por distintas razones y que no tienen la guarda de los menores infractores que se encuentran en familias acogedoras o instituciones o en los casos de separación o divorcio, el cónyuge que no tenga la custodia de los menores, no deben responder solidariamente por los daños derivados de los hechos delictivos que el hijo cometa, a no ser que se le pueda

posible solución es la de de, a la hora de distribuir la carga de la indemnización entre los progenitores, fijar tantos por ciento, atribuyendo un tanto por ciento inferior al progenitor no convivente. Esta es la vía por la que opta la SAP Soria, 40/2002 de 5 de marzo⁷⁵

Lógicamente, si se sigue el criterio de imputar la responsabilidad exclusivamente a quien efectivamente desempeña las funciones de guardia, el progenitor no convivente podría en determinadas ocasiones ser exonerado. En este sentido se pronuncia la SAP León, sec. 2ª, nº 102/2004, de 21 de abril⁷⁶.

Es en este punto interesante repasar cual es la situación en el sistema del Código Civil.

I.-7.2 Sistema del Código Civil

I.-7.2.1 Planteamiento del problema

La responsabilidad de los padres que no viven juntos (por estar separados - de hecho o judicialmente-, divorciados, o por haberse declarado nulo su matrimonio, o sencillamente, por no haber sido nunca pareja convivente) por los hechos cometidos por los hijos no está expresamente regulada en el CC. El art. 1903 establece la responsabilidad respecto de los padres que tengan a los hijos bajo su guarda. Surge la

imputar objetivamente la responsabilidad de la comisión, por ejemplo, por su influencia negativa durante el ejercicio del derecho de visita". TESÓN MARTÍN, Fernando "La responsabilidad civil en la nueva Ley Penal de los Menores", La Ley, año XXII, nº 5418.

75 (ponente Ilmo Sr. Don Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate), que analiza los siguientes hechos: Eloisa frecuentaba un círculo de amistades consumidores de narcóticos, que le presionaban para que obtuviera y les proporcionara gratuitamente productos de este tipo de la farmacia de su madre, y con la finalidad de ganarse la consideración y estima de sus amigos, proporcionó aquella noche la referida sustancia -atropina, que produce efectos excitantes y alucinatorios- a José Manuel y a Alvaro, cuyo organismo no soportó la ingestión, produciéndose el fatal desenlace. La sentencia en primer lugar aplica la doctrina de la compensación de culpas entre Eloisa (menor infractora) y Alvaro (menor fallecido), para seguidamente y en relación con el monto de que es responsable Eloisa, distribuir la responsabilidad entre los padres: "habida cuenta de que Eloisa se hallaba bajo la custodia de su madre que es quien regentaba la farmacia y que debió haber adoptado las medidas necesarias para que su hija no tuviera acceso a la referida sustancia, nos parece acertada la ponderación efectuada por el Juzgador de instancia al respecto, del 90% a María Eloisa, de un 10% por cuenta de Ricardo.

76 Pte: Muñoz Díez, Antonio Respecto de la responsabilidad del padre esta es inexistente puesto que queda acreditado que por Auto de 21 de noviembre de 2002, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ponferrada, en expediente de Medidas Provisionales núm. 565/2002, se atribuyó la guarda y custodia a la madre, siendo posteriormente ratificada tal medida en Sentencia de 20 de febrero de 2003, del mismo Juzgado, en la que se acuerda la Separación de los cónyuges D. Rafael y Dª Ricardo, y se aprueba el convenio regulador suscrito el 1 de diciembre de 2002, en el que se atribuye la guarda y custodia del hijo, Íñigo, a la madre... Si bien el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de octubre de 1990, en relación con la aplicación del artículo 1903 del C.c. , señala que "no se puede ignorar el carácter flexible del concepto "bajo su guarda", que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio", es lo cierto que no se ha acreditado que al momento de los hechos, 26 de enero de 2003, en que la madre tenía ya judicialmente otorgada la guarda y custodia del hijo, este se encontrase, siquiera fuese de manera provisional o transitoria, bajo custodia del padre, cuyas visitas al mismo, por parte del hijo, se dejaban en el convenio a la conveniencia de este último y quien, además, tiene manifestado que desde la separación no ha vuelto a tener contacto alguno con su padre... En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto, debe ser estimado el motivo de recurso y absuelto el padre de la reclamación formulada frente al mismo.

duda de si con esa expresión se introduce como criterio de imputación el de tener a los hijos consigo.

La doctrina se divide. El problema principal es el de si debe responder el progenitor que no vive con el hijo, planteándose también qué ocurre si los hechos se cometen cuando el menor se encuentra disfrutando del régimen de visitas establecido respecto del progenitor con el que no convive.

I.-7.2.2 Posiciones doctrinales

Los autores se dividen en quienes propugnan un criterio extensivo, tendente a imputar responsabilidad a los progenitores aunque alguno de ellos no conviva con el menor, un criterio restrictivo, que considera que solo debe responder el convivente, y un criterio mixto, que distinguiría si los daños se han producido por culpa in vigilando (en cuyo caso solo responde el convivente) o por culpa in educando (en cuyo caso responderían los dos progenitores).

Para DURANY PICH “la regla que rige... es que la guarda real prevalece sobre la guarda legal”. Este autor constata que si bien el Código Civil no recoge expresamente este criterio si aparece en el art. 139.3 del Codi de Família de Catalunya de 1998. Para el caso de padres que no viven juntos, establece que “en todo caso, las obligaciones de guarda deben ser ejercidas por aquél de los dos, padre o madre, que en cada momento tenga al menor con él, bien porque tenga asignada de hecho o de derecho la residencia habitual, o bien porque el menor se encuentre en su compañía como consecuencia del régimen de comunicación y de relación que se haya establecido”⁷⁷

Para DÍEZ PICAZO y GULLÓN “precisamente por requerirse sólo la guarda es posible afirmar la responsabilidad del cónyuge a quien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio se haya puesto a su cuidado algún hijo aún no privando de la patria potestad al otro, o bien se haya adoptado judicialmente aquella medida durante la sustanciación de los pleitos mencionados...la razón parece clara: aunque la separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92.1) y con mas razón durante el desarrollo de los pleitos, lo cierto es que el padre que no viva con su hijo no puede guardarlo”.

En opinión de DE ÁNGEL YANGÜEZ, puede defenderse que en caso de separación judicial, nulidad o divorcio el cónyuge responsable debe ser aquél que tenga encomendada la guarda del menor “si bien hay que tener presente que si se considera la culpa in educando como fundamento (o al menos uno de ellos) de la responsabilidad que nos ocupa, podría hacerse extensiva esa responsabilidad al otro progenitor, en cuanto hubiera participado en la educación del hijo”. Plantea también DE ÁNGEL YANGÜEZ el caso de la separación de hecho de los progenitores “una separación de hecho arbitraria no le autoriza a descargar sobre el otro esposo o progenitor las consecuencias desfavorables del cuidado de los hijos.” Para este autor la separación de hecho suscita dudas. Para este autor parece que en principio responderá el cónyuge bajo cuya guarda se

⁷⁷ “en tot cas, les obligacions de guarda han d'ésser exercides per aquell dels dos, pare o mare, que en cada moment tingui el menor amb ell, bé perquè hi tingui assignada de fet o de dret la residència habitual, bé perquè el menor s'hi trobi en companyia a conseqüència del règim de comunicació i de relació que s'hagi establert” DURANY PICH, Salvador “Padres y maestros”. InDret 1/00

halla el menor. Para DE ÁNGEL es de elemental preocupación en estas hipótesis demandar conjuntamente a padre y madre.

Para CASTÁN “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva (art. 156 apartado quinto); lo cual nos hace pensar que será a este progenitor a quien incumba la responsabilidad derivada de daños causados por el hijo.⁷⁸

La interpretación que realiza LACRUZ⁷⁹, se basa en que el precepto no exige para afirmar la responsabilidad que el hijo viva con el progenitor, sino simplemente que esté bajo su guarda, que este autor identifica con que se encuentre bajo su control, por lo que no cabría exonerar la responsabilidad por ejemplo del padre separado. Otra interpretación llevaría a cargar sobre los hombros del progenitor mas sacrificado y que mas se dedica al hijo, la responsabilidad por hechos cometidos por el mismo.

Para RAGEL en estos supuestos respondería por la vía del art. 1903 CC el progenitor que no convive con los hijos en base a que “el art. 1903.2 CC hace responsables a los padres sin condicionar la responsabilidad a la circunstancia de que los hijos habiten en su compañía, a diferencia de lo que sucede en la configuración de la responsabilidad de los tutores; en segundo lugar el CC establece que el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos, lo que supone que han de preocuparse por su educación y por sus actos, sin poder desentenderse de una y otros ni exonerarse de responsabilidad por los mismos; y en tercer lugar la solución contraria, que se exigiera la convivencia para que naciera la responsabilidad del progenitor, produciría resultados injustos, pues en mas de una ocasión los padres eludirían su posible responsabilidad dejando a sus hijos al cuidado de otra persona en un domicilio distinto.

En contra se manifiesta LETE DEL RIO, que opina que “en caso de separación judicial, nulidad o divorcio, será responsable el cónyuge (padre o madre) al que se haya encomendado la guarda del menor, aunque no se hubiera privado de la patria potestad al otro (cfr. Arts 90.A y 91 CC). Y, por la misma razón (la guarda o custodia del hijo), en caso de separación de hecho, será responsable aquél de los cónyuges bajo cuya guarda o cuidado se encuentre el menor””

I.-7.2.3 Criterios jurisprudenciales

En primer lugar se debe partir de la presunción de que los padres tienen a los hijos menores bajo su guarda.⁸⁰

78 CASTÁN TOBEÑAS, José Derecho Civil español, Común y foral, Tomo IV, Reus S.A.

79 LACRUZ VERDEJO, Elementos II-1

80 SAP La Coruña 30 de noviembre de 2002 (ponente Ballesteros Pascual) si bien es cierto que la responsabilidad de los padres por culpa "in vigilando" solo se extiende a los actos de los hijos que se encuentran bajo su guarda de acuerdo con el artículo 1.903 del Código Civil (), no lo es menos que en el caso que nos ocupa la única prueba sobre la inexistencia de esta circunstancia viene ofrecida por el propio hijo en su confesión obrante al folio 693 por lo que en modo alguno puede darse por probada su vida al margen de sus padres y ha de regir la presunción legal de que los padres tienen en su compañía a sus hijos menores de acuerdo con lo establecido en el artículo 154 del Código Civil.

En segundo lugar, no exonera de responsabilidad “el dato de no hallarse presente el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la sentencia de 29 de diciembre de 1962, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad; y, por otro lado, se quebrantaría el criterio de equidad, al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños que le privan de una capacidad laboral plena”⁸¹.

El pronunciamiento mas concreto del TS en la materia es la STS de 11 octubre 1990⁸². Se considera responsable al padre no custodio pero en un supuesto de menor de 17 años al que se autorizaba indistintamente para permanecer con uno u otro progenitor y que al tiempo de producirse los hechos se encontraba con el padre. En definitiva en esta sentencia el TS opta por atribuir la responsabilidad al progenitor con quien el menor está efectivamente al tiempo de ocurrir los hechos de los que deriva la responsabilidad.⁸³

En el ámbito de la jurisprudencia menor, es mayoritaria la línea tendente a exonerar al progenitor no custodio. La SAP Barcelona (Sección 16ª), de 29 octubre 1999⁸⁴ acoge el criterio restrictivo, eximiendo de responsabilidad al padre divorciado a quien no se atribuyó la guarda: “la disolución del vínculo conyugal de los padres de Víctor producida a través de *la Sentencia de divorcio* de abril de 1994 y *la correspondiente atribución de la guarda y custodia* sobre el dicho menor a su madre Victoria C., supone que en el momento (atardecer de un día laborable) en que ocurrió el suceso enjuiciado, el menor se hallara bajo la exclusiva guarda y custodia de su madre, y baste acudir al invocado art. 1903 del Código Civil para advertir que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos queda circunscrita a «los daños causados por los que se encuentren bajo su guarda», como no podía ser de otra forma, ya que sólo a aquel

81 STS, Sala Primera, de 22 de enero de 1991. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia Tribunal Supremo núm. 234/2000 (Sala de lo Civil), de 11 marzo Recurso de Casación núm. 1922/1995. RJ 2000\1520 Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho (SS. de 10-3-1983 [RJ 1983\1469], 22-1-1991 [RJ 1991\304] y 7-1-1992 [RJ 1992\149]). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (Sentencias de 24-3-1979 [RJ 1979\919], 17-6-1980 [RJ 1980\2409], 10-3-1983, 7-1-1992 y 29-5-1996).

82 STS (Sala de lo Civil), de 11 octubre 1990 RJ 1990\7860 Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

83 “Tampoco se ha conculcado el art. 1903, puesto que en el caso de autos su aplicación ha sido correcta por concurrir todos los requisitos en él exigidos. Dice el recurrente que el texto legal vigente establece que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda y que el menor hijo del recurrente, por separación judicial de sus progenitores, quedó, según convenio regulador, bajo la guarda de la madre. Siendo ciertas estas afirmaciones del recurrente, no se puede ignorar el carácter flexible del concepto «bajo su guarda», que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio pues en el presente dada la edad del menor, 17 años, se la autorizaba a acudir y permanecer, según su voluntad, en las esferas de relación paterna y materna. Y la sentencia recurrida ha declarado hecho probado que el accidente se produjo cuando el hijo estaba bajo custodia del padre. Este hecho, al no haberse impugnado, ha de mantenerse en casación y comporta la desestimación del motivo y del recurso”.

84 (Recurso de Apelación núm. 19/1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Seguí Puntas)

progenitor que se halle ejerciendo esa concreta facultad/deber integrante de la patria potestad (art. 154.II.1º CC) cabrá reprocharle que haya desatendido la guarda y protección debida a su hijo, al tiempo que sólo dicho ascendiente podrá redargüir que obró con «la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño»”.

Esta es la misma posición adoptada por la Audiencia Provincial de Huesca⁸⁵ y por la Audiencia de Castellón, en un supuesto en el que se analiza específicamente el caso de un matrimonio separado⁸⁶

85 Sentencia Audiencia Provincial Huesca núm. 167/2003 (Sección Unica), de 20 junio Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate creemos que la expresión bajo su guarda empleada en el artículo 1.903 del Código civil (modificado por las leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 1/1991, de 7 de enero), al regular la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos, no equivale a bajo su patria potestad, tal como resulta de su propio tenor literal y de una interpretación sistemática del mismo precepto y con relación a otros artículos del mismo Código civil. Así, desde un punto de vista terminológico, guarda sólo puede significar el cuidado directo de una persona y no el derecho inherente a la paternidad y maternidad establecido como institución a favor de los hijos, conforme a lo indicado en el artículo 154 del Código civil. Por otro lado, si bien la responsabilidad regulada en el artículo 1.903 tiene un carácter casi objetivo, la exclusión reconocida en su párrafo último, cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, no se corresponde, respecto del caso que nos ocupa, con la institución de la patria potestad, sino con el cuidado directo del progenitor que en cada momento pueda ostentar la guarda del menor y, por tanto, tenga la posibilidad de prevenir el daño concreto, más allá de las obligaciones educativas generales propias de la patria potestad. En fin, en la esencia misma de las crisis matrimoniales se encuentra la distinción entre guarda y custodia de los hijos y mantenimiento de la patria potestad, como corroboran expresamente determinados preceptos del Código civil (por ejemplo, su artículo 158-2.º). Este es el criterio que mantuvimos en nuestra sentencia de 21-I-1999 y que siguen otras Audiencias (sentencia de 29-X-1999 de la de Barcelona, sección 16.ª, y sentencia de la de Castellón, sección 2.ª, de 26-I-1999), al igual que el Tribunal Supremo, implícita o expresamente (sentencia de 11-X-1990).

El día de autos, el hijo del codemandado Carlos Daniel estaba bajo la guarda de su madre y no de su padre como consecuencia del régimen de visitas establecido a favor del segundo en el procedimiento matrimonial, tal como resulta de la declaración emitida por la madre en el juicio y corroboran otros hechos, como que la madre del joven fue la que acudió a Comisaría y que el señor Carlos Daniel reside en Zaragoza, mientras que los hechos ocurrieron en Jaca, en donde el menor vive con su madre. En todo caso, sólo a los demandantes es reprochable que decidieran demandar al padre del menor en lugar de traer a juicio a ambos progenitores.

Sobre la base de todo lo expuesto, debemos confirmar la absolución de Carlos Daniel, pues su hijo no se encontraba bajo su guarda el día en que se causaron los daños, por lo que, partiendo de la acción ejercida, en los términos indicados, huelga analizar las demás cuestiones planteadas por esa parte al impugnar el recurso.

86 SAP núm. 15/1999 Castellón (Sección 2ª), de 26 enero. Recurso núm. 113/1997. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Antón Blanco La Ley 11/1981, de 13 de mayo vino a matizar tal responsabilidad de los padres al condicionar su responsabilidad a «que se encuentren bajo su guarda». En base a ello la Jurisprudencia ha admitido la exoneración de los padres en aquellos casos en que la actividad lesiva o dañosa del menor se produce en un ámbito donde su obligación de velar por los hijos ex art. 154 núm. 1 del Código Civil debe entenderse como delegada (por ejemplo la S. de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991\8910], referida a la delegación del deber de guarda en favor del centro escolar en cuyo recinto se produjeron las lesiones causadas por el menor).

Por ello, con idéntica razón y constatable causa, *tal exoneración ha de producirse en el caso de que la guarda del menor la ostenta exclusivamente de forma temporal uno de los progenitores en virtud de lo dispuesto en el convenio regulador aprobado por la sentencia en procedimiento matrimonial, en cuyo caso aquel que estuviere privado de dicha guarda y custodia no le alcanza la responsabilidad derivada del art. 1903, párrafo 2º del Código Civil si el daño causado se hubiere producido cuando el menor estuviere bajo la ordinaria guarda y custodia de aquel que la tiene concedida.*

No faltan resoluciones aisladas que siguen una interpretación amplia de estar bajo la guarda, atribuyendo responsabilidad a ambos progenitores.⁸⁷ En este mismo sentido se ha entendido que cuando en la sentencia de divorcio se atribuye una guarda compartida, hay título bastante para atribuir responsabilidad, incluso en el supuesto de que en el momento de ocurrir los hechos el menor estuviera en compañía del otro progenitor en virtud del derecho de visitas⁸⁸.

El precepto no anula la responsabilidad, de forma objetiva, a la verificación de la condición de padre. De ser así no se hubiera añadido un «prius», cual es el que el menor se encontrare bajo la guarda del padre demandado. A criterio de la Sala el precepto es sumamente claro, de modo que ni siquiera por la vía de la «culpa in educando» cabría hacer responsable al padre demandado, *que no ejerce la guarda ni tiene la custodia*, porque ésta, y no otra, es la «conditio legis» que ha de verificarse, y que no aparece en el presente caso.

Internarnos en argumentos sobre la supuesta injusticia que sería hacer soportar la obligación resarcitoria sobre quien ya soporta la guarda del hijo, como se expone en la contestación del recurso, sería entrar en un terreno especulativo, ya que no existe la menor constancia de que la guarda y custodia de un hijo, por cuya titularidad litigan a menudo muchos progenitores, sea entendida por los aquí demandados como una carga. Con esa forma de ver, también se podría argumentar que la injusticia reside en condenar al padre que careciendo de la oportunidad de velar por su hijo y de reprenderle por jugar al balón en un sitio prohibido, tiene que pechar con las consecuencias de las omisiones en las que, en este sentido, ha incurrido el otro progenitor, además de abonarle la oportuna pensión. En definitiva por los anteriores razonamientos el recurso debe de ser estimado, dejando absuelto al apelante de la pretensión resarcitoria deducida contra él por la actora.

87 La SAP Córdoba (Sección 2ª), núm. 293/2001 de 5 diciembre (JUR 2002\44482 Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) declara a estos efectos que “el art. 1903, en su redacción actual tras la Ley 13/5/81 (RCL 1981\1151), exige para que los padres sean responsables de los daños causados por los hijos que éstos "se encuentran bajo su guarda" a diferencia de la redacción anterior que se refería a "los hijos menores de edad que vivan en su compañía". La vigente expresión gramatical es más amplia en cuanto al referirse a la guarda, se incluye sin duda no sólo vivir en su compañía, sino también los supuestos de convivencia en sentido, patria potestad compartida en caso de separación de los padres, etc.” Ya con anterioridad, la SAP Córdoba, de 27 enero 1993 Rollo de Apelación núm. 279/1992 Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre se pronunció en idéntico sentido

88 SAP Zaragoza Sección 2ª 31 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acín Garós) hay que entrar en el examen de la segunda de las excepciones opuestas por la representación de D. Salvador, el cual, divorciado de su esposa, madre de Pedro Antonio, por sentencia de 20-9-1996 (autos 820/96 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Zaragoza), niega la responsabilidad que se le imputa en base a que el referido hijo estuvo en el mes de julio en compañía de la madre...El art. 1903.2 CC , ciertamente, circunscribe la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos a «los daños causados por los que se encuentren bajo su guarda», aunque la doctrina predica la flexibilización de ese concepto “bajo su guarda” y admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita (en este sentido STS 11-10-1990). Normalmente la atribución de la guarda se hace en virtud de un título “la sentencia” que articula un ejercicio alternativo de las facultades que confiere, adquiriéndola por un tiempo determinado, según el régimen de visitas que se establezca, aquel a quien no se le atribuye. Hay entonces un desplazamiento en su titularidad y consecuencias, una de ellas la obligación de responder por los actos ilícitos que el menor ejecute. En el caso, sin embargo, no hay cuestión, pues la estipulación primera del convenio regulador aprobado por la sentencia de separación señala que «Javier queda bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, conviviendo con cada uno de ellos durante el período de un curso escolar». El padre, pues, era en julio de 1999 titular de una guarda compartida y no puede eludir las responsabilidades que el art. 1903.2 CC le impone, ni siquiera por la razón esgrimida de estar en el día de los hechos realizando un traslado de domicilio, pues la responsabilidad de que se trata se configura bajo un régimen de objetivización, no

Una línea intermedia es la seguida por la Audiencia de Murcia, que sucintamente admite la responsabilidad del progenitor no custodio pero siempre que se acredite concurrencia de culpa o negligencia por su parte, es decir, sin que ésta se presuma⁸⁹.

I.-7.3 Toma de posición

A) En relación con el sistema del Código Civil, en todo caso y como premisa, creemos fuera de toda duda que cuando la guarda y custodia se ejerciera únicamente por uno de los progenitores por dejación de las obligaciones del otro (por ejemplo, padre que no convive con el hijo por no haber asumido la paternidad, o progenitor que abandona injustificadamente el domicilio conyugal, etc) parece claro que habrían de responder ambos. En otro caso se premiaría o se daría un tratamiento privilegiado al progenitor que incumple las obligaciones derivadas de la patria potestad. Además, en estos supuestos el que no ejerce incumple y con mayor intensidad las obligaciones de vigilar y educar.

Para otros supuestos, mas matizadamente en nuestra opinión, habrá de distinguirse en el caso de padres que no vivan juntos si el daño irrogado por el hijo puede fundarse en *culpa in vigilando* o *en culpa in educando*. Si trae causa en *culpa in vigilando*, habrá de

pudiendo exonerarse los padres por encontrarse trabajando en el momento en que el hecho dañoso se produce (STS 29 diciembre 1962)...

89 SAP Murcia, de 5 febrero 1993 Rollo de Apelación núm. 212/1992 Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Ataz López solicitan los apelantes, subsidiariamente, que se condene también al padre del causante del daño, al que la sentencia impugnada absolvió por haberse demostrado que existía una situación de separación judicial entre los progenitores, y que la guarda y custodia había sido encomendada a la madre. Solicitud esta que encierra un delicado problema de interpretación jurídica, pues estando la responsabilidad de los padres basada, desde el punto de vista teórico, en una presunción de culpa, in vigilando o in educando según los casos, no hay que olvidar que el art. 1903 del Código Civil, en el que la misma se consagra, procede de una época en la que, ciertamente, los hijos «in potestate» se encontraban sometidos, tanto legal como social y culturalmente, a una severa y estricta dependencia respecto de sus padres, la cual hoy día no se mantiene en los mismos términos, sino que los cambios legislativos y sociales operados a lo largo del presente siglo han venido a determinar una cada vez mayor dosis de autonomía e independencia para los hijos menores de edad. Evolución esta que, sin embargo, no ha venido a traducirse en la correspondiente suavización de la responsabilidad de los padres, sino que, más bien al contrario, ha sido precisamente en este campo en el que el propio Tribunal Supremo ha afirmado que se produce una progresiva tendencia a la objetivización, reveladora de que en la base de tal responsabilidad se encuentra hoy en día, además de la citada presunción de culpa, el intento de ampliar la cobertura del daño, en virtud del principio «pro damnato» que impera en materia de responsabilidad civil, y ante la consideración de que, habitualmente, los menores de edad son insolventes. Consideraciones todas estas que, sin embargo, no permiten al juzgador vulnerar la letra y el espíritu de la Ley que, en el art. 1903 del Código Civil, atribuye la responsabilidad a los padres, por los hechos de los hijos que se encuentren «bajo su guarda», y en el último párrafo del mismo precepto autoriza la prueba de la diligencia empleada para prevenir el daño. Pero como al mismo tiempo no se puede sostener que la patria potestad no acompañada de guarda y custodia de los hijos sea un simple rótulo sin contenido, y resulta paradójico y contradictorio que sea precisamente el progenitor que se ocupa de los hijos -asumiendo así una mayor carga de preocupaciones, trabajo y responsabilidad hacia ellos- el que resulte único responsable de los daños que éstos puedan causar, hay que concluir con que del hecho de que el padre no ostente la guarda y custodia de los hijos no se deduce, sin más, una exoneración de responsabilidad por los daños que éstos puedan ocasionar, sino que seguirán siendo responsables por tales daños, si bien su responsabilidad, al no caber en la letra del art. 1903 del Código Civil, deberá encauzarse a través del art. 1902 del mismo cuerpo legal; de manera que no operará, respecto de ellos, la inversión de la carga de la prueba realizada por el primero de los preceptos citados, sino que para exigirles responsabilidad se requerirá probar su culpa en orden a la vigilancia o educación del menor, que haya podido tener relación causal con el daño que se reclama. Prueba que en el supuesto enjuiciado no se ha producido y que obliga a desestimar también esta alegación de los apelantes.

responder el progenitor que en el momento de ocurrir los hechos tuviere bajo su guarda al menor: bien el que tuviera atribuida la guarda y custodia o quien, pese a no tenerla atribuida se encontrara disfrutando de derecho de visitas. Si trae causa en *culpa in educando*, cabrá atribuir responsabilidad a ambos progenitores, con independencia de quién tuviera atribuida la guarda y custodia. La responsabilidad in educando se extiende también al progenitor no conviviente puesto que tiene también obligación de velar por su hijo y proporcionarle educación.

Por tanto, debe partirse del carácter flexible del concepto «bajo su guarda», que podrá abarcar pues situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio. Puede ser responsable de los daños causados por el hijo el progenitor que, aun no ostentando la guarda y custodia, estuviera ejerciendo el derecho de visitas.

En general, pues, la responsabilidad o irresponsabilidad del progenitor que no tiene al hijo en su compañía dependerá de si alguna forma puede conectarse el hecho dañoso cometido por el hijo con la responsabilidad in educando.

En los casos de separación de hecho o de inexistencia de convivencia, la solución también habrá de ser la de la imputación de responsabilidad a quien se encontraba con el menor en el momento del hecho, con posibilidad de imputación al otro progenitor si puede encontrarse basamento en la culpa in educando o en caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad⁹⁰.

B) En relación con el sistema de responsabilidad de la LORPM entendemos que en principio responden ambos progenitores solidaria y objetivamente con el menor, sin perjuicio de poder moderar el quantum indemnizatorio para el progenitor al que no pueda imputarse infracción del deber de guarda en sentido amplio. Si se rechaza responsabilizar en todo caso a ambos progenitores entendemos debieran aplicarse los criterios establecidos *supra*: responsabilidad del progenitor que tiene al hijo en su compañía y responsabilidad de quien no lo tiene si alguna forma puede conectarse el hecho dañoso cometido por el hijo con la infracción del deber de guarda en sentido amplio o con la responsabilidad in educando.

I.-8 Tutores:

Debe recordarse que el art. 229 CC obliga a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, a los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor, y que "si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados".

Debe, en todo caso descartarse la responsabilidad del tutor que lo sea exclusivamente de los bienes del tutelado (arts 227 y 236.1 CC).

No habiéndose constituido la tutela responden, en su caso, los parientes llamados a ella⁹¹. LÓPEZ SÁNCHEZ se plantea si en este caso la responsabilidad se extendería al Ministerio Fiscal o incluso a la autoridad judicial que al amparo del art. 228 CC hubiera

⁹⁰ En contra de esta tesis se sostiene que para estos supuestos "debe permanecer íntegra la responsabilidad ex art. 1903.2 CC en estos casos, dado que los cónyuges no pueden autoexonerarse de sus deberes legales mediante un acuerdo privado" LÓPEZ SÁNCHEZ, op.cit. pag 273

tenido conocimiento en el territorio de su jurisdicción de alguna persona que debía ser sometida a tutela y no hubiera pedido o dispuesto, respectivamente, la constitución del instituto tutelar, concluyendo con que “lo cierto es que dicha solución constituiría una interpretación excesivamente rigorista”⁹²

En relación con el supuesto de varios tutores, coincidimos con DE ÁNGEL YAGÜEZ en que “si éstos no tienen determinado su ámbito de actuación, la responsabilidad debe corresponder a todos, salvo que sea posible identificar responsabilidades individuales de alguno de los mismos”.

Para CASTÁN la misma responsabilidad alcanzará a los defensores judiciales nombrados para los casos en que por cualquier causa el tutor o el curador no desempeñaren sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo (art. 299 CC)⁹³.

I.-9. Guardadores

Siguiendo a CONDE PUMPIDO ha de reputarse como tales a los que asumen transitoriamente la guarda del menor, bien en los supuestos previstos por la ley (guardador legal, art. 172.2 CC), bien de forma efectiva y fáctica (art. 303 CC)⁹⁴ En cuanto al guardador de hecho, parece que debe considerarse como tal a “aquel que de facto se encarga del menor como si fuera su tutor, aunque no tenga legalmente encomendadas las funciones propias del cargo.”⁹⁵

Es relativamente frecuente que los abuelos, que en la actualidad suelen asumir el rol de padres respecto de los nietos por incapacidad o imposibilidad de los hijos, resulten condenados como guardadores⁹⁶.

91 En el mismo sentido DE ÁNGEL YAGÜEZ “parece defendible que a falta de tutor, deberán responder las personas que teniendo la obligación de promover la constitución de la tutela no lo hubieren hecho”

92 op. cit. pag 274

93 CASTÁN TOBEÑAS, José Derecho Civil español, Común y foral, Tomo IV, Reus S.A.

94 CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido “Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores” Ed. Trivium, 2001.

95 LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (coordinadora)-VVAA “Los menores en el Derecho español” Ed. Tecnos, 2002. Para estos autores “guardador de hecho no es, técnicamente, el profesor durante el período que pasa con los niños”

96 SAP Burgos de 9 nueve de Mayo de 2003 (Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco M. Marín Ibáñez). Se analizan los siguientes hechos: "sobre las 16 horas del 3 de mayo de 2.001, la menor, María Purificación , en compañía de otras mujeres de su familia, rodeó ,en la calle Río Ebro de la localidad de Miranda de Ebro, a Susana , con motivo de que ésta había reprendido a un niño de la familia de aquellas, que a su vez había zarandeado a la hija de Susana . En el curso de la discusión que surgió, la menor golpeó en la cara a Susana , causándole heridas consistentes en herida inciso contusa en puente nasal y contusiones en ambas mejillas que requirieron para su sanidad tan solo la primera asistencia facultativa, no precisando tratamiento médico ni quirúrgico y curando en 7 días. Con ocasión de la agresión se rompieron las gafas de Susana que tuvo que comprar otras por el valor de 98'27” y se afirma que “en el presente caso queda acreditado una guarda legal y de hecho por parte de los abuelos maternos Luis Alberto y Melisa (prueba documental incorporada al folio 44 de las actuaciones) ejercitada durante el periodo en el que los hechos sometidos a enjuiciamiento acaecen, debiendo por ende responder los abuelos maternos solidariamente de los daños causados por la nieta, María Purificación , sin que quede acreditado, a través de prueba de descargo aportada por parte de los obligados, circunstancia alguna que lleve a una moderación mayor de la fijada por el Juzgador de

Con los guardadores se plantea en toda su crudeza la significación que haya de darse al inciso “por este orden” y el criterio de imputación de responsabilidad. En efecto, normalmente existirán unos padres que ejercen con normalidad con carácter habitual la guarda y que los han dejado provisionalmente con otras personas. Parece habrá de analizarse caso por caso, pues operar con parámetros objetivos puros puede conducir a resultados injustos. FONT SERRA considera que “en los casos de la llamada delegación provisional, temporal o circunstancial de la guarda, aunque quepa calificar a quien ha recibido la delegación como guardador de hecho momentáneo, a nuestro juicio, al no quedar excluida la obligación de guarda de los padres, no quedará tampoco excluida su responsabilidad. Por tanto, es dudoso que los padres no deban responder, conjunta y solidariamente, con el guardador momentáneo, en aquellos casos en que la actividad dañosa del menor se produce en un ámbito, donde su obligación de velar por los hijos podía entenderse como delegada, como serían por ejemplo, los supuestos de daños causados en el domicilio de un tercero por el hijo menor dejado en compañía de un familiar”⁹⁷

I.-10. Supuestos especiales de responsabilidad

I.-10.1 El menor emancipado:

Cabe plantearse si ante hechos cometidos por un menor de edad emancipado deben responder solidariamente alguna de las personas a que se refiere el art. 61.3 LORPM.

La doctrina se divide. Así, EGUSQUINZA BALMASEDA, tras resaltar el olvido por la ley de los emancipados, considera que aparentemente han sido asimilados al resto de menores de edad, por lo que también serían responsables los padres. Sin embargo, para esta autora "ello...resulta contradictorio con el régimen del Código civil, en el que la posición de los emancipados es inequívoca, ya que son tratados como mayores y llevan vida independiente (art. 323 del CC), sin que padres y tutores respondan por aquellos (art. 1903, párr. 2º y 3º)". Partiendo de que "debe aceptarse que la responsabilidad solidaria que el art. 61.3 LORPM asigna, por este orden, a los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, se fundamenta en la obligación que en ese momento se tiene de la vigilancia o guarda del menor y su atribución resulta por dichas causas", propone esta autora excluir la responsabilidad de los padres en estos supuestos⁹⁸. En el mismo sentido, para VAQUER ALOY los padres no responderán por los daños causados por sus hijos emancipados pues "desaparecida la obligación de guarda, se desvanece el fundamento de imputación de la responsabilidad"⁹⁹

instancia a la hora de determinar el quantum indemnizatorio del que deben de responder los obligados por vía de responsabilidad civil.

97 FONT SERRA, Eduardo op cit pag.100

98 EGUSQUINZA BALMASEDA, op cit.

99 Para este autor sin embargo mientras exista el deber de guarda los padres o tutores serán responsables, sin que puedan escudarse en el no ejercicio de sus funciones o en la imposibilidad de tal ejercicio si no hacen uso de la posibilidad que les confiere el art. 172.2 CC de ceder temporalmente la guardia a la entidad pública competente..."

En sentido contrario se pronuncia DURANY PICH, para quien los padres "responderán siempre con el menor, se encuentren en el ejercicio de la patria potestad o la tengan privada o suspendida. Incluso lo harán en los casos de emancipación del hijo, pues la norma no prevé lo contrario"¹⁰⁰

Por nuestra parte entendemos que tras la emancipación del menor de edad (art. 314 y ss Código Civil) cesaría la responsabilidad de sus padres respecto de hechos cometidos con posterioridad. También quedaría sin efecto la responsabilidad del tutor en el supuesto del menor tutelado que obtuviere el beneficio de mayor edad (art. 321 CC) y ello porque –sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre la obligación de guarda y su repercusión en la responsabilidad civil- la emancipación es una causa de extinción de la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el art. 169 CC.

De esta emancipación formal que da lugar a la extinción de la patria potestad, deben distinguirse los supuestos en los que la emancipación derive de la vida independiente del menor consentida por los padres¹⁰¹, que, en tanto no extinguen la patria potestad, no debiera tampoco eximir a éstos de responsabilidad¹⁰². Además de este fundamento, podría argumentarse que precisamente la comisión del delito generador de responsabilidad civil pone de manifiesto que el menor no estaba debidamente preparado para vivir independientemente de sus padres, debiendo éstos como consentidores de esa emancipación de facto responder solidariamente con el menor. Cabría afirmar que esta responsabilidad incluso podría eventualmente considerarse agravada por infracción de los deberes *in vigilando e in educando*.

I.-10.2 Supuestos de extinción de patria potestad

En caso de adopción, los padres biológicos quedarían exentos de responsabilidad por los hechos cometidos por el menor tras la constitución de la misma. La adopción es también, conforme al art. 169 CC, causa de extinción de la patria potestad.

La privación total de la patria potestad, en causa criminal o matrimonial, -art. 170 CC-, en tanto extingue la patria potestad, también tendría el mismo tratamiento: exención de responsabilidad por hechos posteriores y perpetuación de la responsabilidad por hechos anteriores a la firmeza de la resolución en la que se acuerda la extinción.

I.-11 La responsabilidad de los centros docentes

100 DURANY PICH, Salvador, en "Las reglas de la responsabilidad civil en el nuevo Derecho Penal de Menores". INdret 1/2001

101 en los supuestos de emancipación tácita por concesión de los padres, prevista en el art. 319 CC, éstos pueden revocar el consentimiento por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad.

102 Otros autores no distinguen entre los distintos supuestos de emancipación y otorgan a todos ellos el efecto de excluir la responsabilidad de los padres: vid. MARTI SANCHEZ, Nicolás, op. cit. "...si el menor está emancipado, o en situación equiparada a la emancipación en el caso de un mayor de dieciséis años (artículo 319 CC), al haberse extinguido la patria potestad (artículo 169.2º CC) ya no opera la responsabilidad solidaria de los padres que sí es exigible con independencia de que convivan, de que estén"

La LORPM no regula el supuesto previsto en el art. 1903.5 CC¹⁰³. Ante esta laguna se discute la posibilidad de aplicar este precepto, a los efectos de demandar como responsables civiles a los titulares de centros docentes de enseñanza no superior por los daños y perjuicios derivados de delitos y faltas cometidos por los 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"*.

DURANY PICH parte de que conforme a la jurisprudencia del TS no puede acudir al art. 1903.5 CC al no asumir la tesis del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión¹⁰⁴ y en esta tesitura considera que restan dos opciones: o bien forzar el texto del CP, y aplicar de manera supletoria y por analogía la regla del art. 120.3 si se trata de un centro docente privado¹⁰⁵ y del art. 121 si es de titularidad pública, y de esta manera hacer responder subsidiariamente a los titulares del centro, o bien entender que la figura del guardador del art. 61.3 de la LORPM incluye también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda, y aplicar entonces la regla de ese artículo¹⁰⁶.

103 El anteproyecto de Ley Orgánica Penal y Juvenil del Menor de 27 de abril de 1995 expresamente recogía en su art 37.3 que "las personas o entidades públicas o privadas que sean titulares o de las que dependa un Centro de enseñanza serán responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del centro, menores de 18 años, durante los períodos en que dichos alumnos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, si existiese negligencia en dicha vigilancia".

104 Esta tesis de las normas fundamentadoras de una única pretensión en esencia defiende que la responsabilidad civil derivada de delito tiene un fundamento, común con la responsabilidad aquiliana y por tanto puede acudir para su tratamiento indistintamente a las normas del CP y del CC. En esta línea trae a colación este autor las STS, 1ª, 30.12.1992, Ar. 10565 -hijo que conduce el vehículo de la empresa de su padre sin autorización de éste y sufre un accidente en el que fallece un acompañante y queda tetrapléjico el otro-, y STS, 2ª, 2.3.1994, Ar. 2097, violación de una chica de 20 años por un chico de 17).

105 En Derecho Penal de adultos se ha dicho que la desaparición de la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de centros "no supone que resulte imposible la exigencia de responsabilidad civil subsidiaria en tales supuestos, sino que ahora debe acomodarse a las exigencias más genéricas y generales prevenidas en este párrafo 3 del nuevo art. 120 CP" TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo "Código Penal" Ed. Colex, 6ª edición 2001.

106 En este mismo sentido, EGUSQUINZA BALMASEDA op. cit., ante la derogación del art. 22-2 CP del 1973, plantea también la posibilidad de que los titulares de centros pudieran reputarse guardadores de hecho, pero tampoco descarta que puedan quedar al margen del art. 61-3 LORPM.

También admite la demanda en el proceso penal de menores frente a los centros docentes BUSTO, para quien "habría que acudir a la regla prevista en el art. 1903.4 del CC (LEG 1889, 27) , si se trata de un centro privado y a la contemplada en el art. 121 del CP, si es un centro de enseñanza público. Sin embargo, la finalidad de la norma y la injustificada diferencia de trato respecto al resultado de aplicar las normas del CP que la interpretación enunciada conlleva, justifican que la regla de la responsabilidad solidaria se haga extensiva a los titulares de los centros -de enseñanza, de trabajo o lugares de acceso controlado y restringido- en cuya órbita de vigilancia y control los menores se encuentren en el momento de cometer el ilícito relevante penal y civilmente". BUSTO LAGO, José Manuel. Aranzadi Civil núm. 17/2004 Parte Estudio Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004

Otros autores se limitan a constatar las opiniones divergentes resaltando el carácter problemático de la posibilidad de accionar en el proceso de menores contra el centro docente. Vid. FONT SERRA, Eduardo "Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor" Ed. Atelier, 2003 Barcelona pag.100

En nuestra opinión entendemos que no existe obstáculo a que pueda demandarse en la pieza separada de responsabilidad civil al centro escolar con base en el art. 1903 CC. A este respecto podemos encontrar resoluciones de la Sala Segunda del TS que asumirían la tesis del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión¹⁰⁷. Creemos la omisión de la LORPM no puede interpretarse en el sentido de que se reserva la acción civil para su ejercicio en exclusiva contra las personas expresamente señaladas en el precepto. Por el contrario, con el fin de evitar el siempre odioso peregrinaje de jurisdicciones y conforme al principio de economía procesal –que exigiría que todos los eventuales responsables pudiesen ser demandados en un mismo proceso- como conforme al principio de protección de la víctima parece que la interpretación mas correcta sería la de entender que los responsables civiles que contempla el CP y el CC también pueden ser demandados con tal carácter en la pieza separada de la LORPM. No debe, a este respecto, olvidarse la cláusula de supletoriedad general contenida en el art. 4.3 del Título Preliminar del CC.¹⁰⁸

El tener que acudir para fundamentar la responsabilidad de los centros docentes al Código Civil implica la necesidad de tener muy presentes los criterios de interpretación que al respecto viene manteniendo la Sala Civil del Tribunal Supremo¹⁰⁹.

107 Vid. STS 2ª, S 18-10-1996, núm. 715/1996, . Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto, en la que podemos leer que " conviene destacar -utilizando términos de la doctrina jurisprudencial de esta Sala- que la acción civil "ex delicto", como es notorio, no pierde su específico carácter por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción criminal (v. arts. 19, 101 y siguientes, y 117 C.P. y arts. 100, 108, 112,114, 116 y 117 L.E.Cr.). De ahí que, en lo que no sea específico de dicha acción (v. arts. 1092 C.C. y los arts. del Código Penal antes citados), le son de aplicación las normas del Código Civil referentes a la "responsabilidad civil"; bien directamente, y en todo caso por razón de evidente analogía (art. 4.1. y 3 C.C.)".

108 En sentido contrario se ha postulado la necesidad de que si el perjudicado tiene interés en dirigirse contra el Centro escolar se reserve la correspondiente acción SAMANES ARA, Carmen "La responsabilidad penal de los menores", Zaragoza, 2003. Esta misma tesis la defiende CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido "Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores" Ed. Trivium, 2001.

109 En este sentido, se ha dicho que "el deber de vigilancia... no se lleva al extremo de convertir a los maestros o centros de enseñanza en garantes de la integridad física de los alumnos bajo su custodia. En consonancia con su conocido regreso a planteamientos culpabilísticos, el Tribunal Supremo... ha exonerado a centros docentes de responder por hechos poco menos que inevitables, que hayan ocurrido de manera rápida e inopinada (STS, 1ª, 10.3.1997), o por lesiones fortuitas que se hayan producido en el recreo escolar. Tratándose de actividades beneficiosas por su contribución a la socialización de los menores, la escuela y sus empleados no responden por las lesiones que algún alumno haya podido padecer fortuitamente durante el desarrollo de las mismas, *siempre que aquéllos no hubieran agravado el riesgo ordinario* de que tales accidentes se produjeran". FERRER I RIVA, Josep, en "Niños y adolescentes" Indret.

Siguiendo a DURANY PICH, deben tenerse en cuenta las siguientes pautas en relación con la responsabilidad de los centros docentes: 1) "el comportamiento lesivo del alumno debe producirse dentro de la esfera de influencia del centro docente, que incluye los lugares donde se desarrollan las actividades escolares, extraescolares o complementarias: puede ser tanto el edificio e instalaciones del propio colegio, como el autobús escolar, o el lugar visitado con ocasión de una salida cultural".

2) "el daño de cuyas consecuencias se responsabiliza a la escuela deberá haber tenido lugar también durante (y en principio únicamente) el horario escolar. Se incluye el tiempo empleado en el transporte, si corre a cargo del colegio, así como los períodos dedicados a la enseñanza en sentido estricto y los empleados en el deporte, descanso, alimentación, y cualquier otro tipo de actividades de esta clase. Igualmente las actividades desarrolladas fuera del horario escolar, pero organizadas directa y claramente por el colegio".

3)" los centros públicos están sometidos a un criterio de responsabilidad objetiva, derivado de la regulación por la que se rige, que son las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración recogidas en los arts. 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Decididamente sigue la tesis de poder demandar al Centro en la pieza separada de responsabilidad civil como guardador de hecho la SAP Cantabria Secc. 4.^a S 23 de diciembre de 2003 (Ponente: Sra. Llaría Ibáñez)¹¹⁰

Esta sentencia fundamenta la responsabilidad del centro directamente en el art. 61.3 LORPM.

La fundamentación de la responsabilidad del centro directamente en la LORPM llevaría consigo una mayor carga de objetivación.

Administrativo Común, de 1992, en su versión reformada de 1999. En la práctica, ello implica que causación de daños equivale a responsabilidad. A los centros privados se les aplica un estándar de responsabilidad por culpa con una inversión legal de la carga de la prueba." DURANY PICH, Salvador, en "Padres y maestros" Indret

110 Por lo que se refiere a la característica de la solidaridad de la responsabilidad, debe indicarse que la L 5/2000 ha optado por abandonar el criterio de la subsidiariedad que proponía el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 Abr. 1995, siendo así que ya el Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil presentado el 30 Oct. 1996 supone el cambio del criterio de la subsidiariedad por el de solidaridad, que tuvo su consagración definitiva en el Autoproyecto (sic) de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 Jul. 1997, que acabaría convirtiéndose en texto de la LO 5/2000...En el caso ahora enjuiciado, al lado del menor Héctor M., se pretende la responsabilidad civil solidaria de sus padres así como del Colegio Altamira, centro donde cursaba sus estudios Héctor M. en el momento de realizar la conducta típica. Puede sorprender que no aparezcan mencionados expresamente como responsables en la L 5/2000 los Centros de Enseñanza, a pesar de que, por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 1995 se indicase en su art. 37.3 que las personas o Entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiese un Centro de Enseñanza eran responsables civiles subsidiarios por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del Centro menores de 18 años, durante los periodos en que se hallaren bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro y estuviesen desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias, siempre que existiese negligencia en dicha vigilancia, recogiendo asimismo este supuesto en la Proposición de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor presentada el 29 Nov. 1996; sin embargo, en el Borrador de Trabajo sobre el Proyecto de la Ley Penal Juvenil de 30 Oct. 1996 y en el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores de 1 Jul. 1997 se omite cualquier referencia a la responsabilidad del titular del Centro docente, al igual que sucede con la LO 5/2000. Ahora bien, la omisión de legislador no es un descuido pues, como indica López Sánchez, su presencia queda constatada durante los debates parlamentarios, de donde se deduce que el propósito del legislador fue el de entenderlos comprendidos en una de las categorías especificadas, como una especie dentro de un género más amplio, habiéndose incluso presentado enmiendas en el Congreso proponiendo la expresa inclusión de las personas o entidades públicas o privadas que fuesen titulares o de las que dependiera un centro de enseñanza. En definitiva, el centro de enseñanza se va a equiparar a guardador de hecho (entendiendo por tal, en sentido amplio, aquella persona que, por propia iniciativa o por acuerdo con los padres o tutores, ejercita funciones de guarda, de forma continuada e independiente), ya que asumen por delegación las funciones de vigilancia y guarda de los menores desde su entrada en el centro hasta la salida del mismo, durante la jornada lectiva de forma regular durante todo el año escolar (sin olvidar, lógicamente, el relevante papel que desempeña en la formación y educación del menor).

Una vez aclarada esta aparente laguna legal, debe recordarse cuándo y dónde se producen los hechos típicos que han generado la responsabilidad civil. El bofetón lo propina Héctor M. la mañana del día 8 de enero cuando, dentro de la jornada escolar, estaban realizando la actividad consistente en acudir los alumnos del Colegio Altamira al Centro Cultural La Vidriera, acompañados del correspondiente tutor, para ver una película, lugar donde también habían acudido alumnos de otros centros escolares, entre ellos Héctor de los O., del Instituto Ría del Carmen (declaraciones del representante del Colegio Altamira obrante al folio 145, y del propio Director del Ría del Carmen, explicando la naturaleza de la actividad desarrollada). Asimismo, el mensaje amenazador se remite por Héctor M. horas después, a las 14,41 horas, y lo hace físicamente dentro del propio Colegio, desde el comedor del mismo, mientras está comiendo, periodo durante el cual los alumnos también se encontraban bajo la vigilancia y la guarda del Centro escolar, que incluso debe mantener a algún profesor allí mientras tiene lugar dicha actividad.

En este mismo sentido aunque fundamentando la posibilidad de demandar al Centro docente en la aplicación supletoria de los art. 120 y 121 CP se ha pronunciado la SAP Álava Secc. 1.^a de 27 de mayo de 2005 (Ponente: Sr. Tapia Parreño)¹¹¹

En todo caso entendemos que el perjudicado pese a haber accionada civilmente en vía penal, si no ha demandado en esta vía al centro docente, podrá hacerlo posteriormente en vía civil¹¹².

Por todo ello, la Sala considera que, teniendo en cuenta el criterio ecléctico de imputación objetiva por el que ha optado (deber de educación, formación y corrección así como el de guarda y vigilancia), van a resultar responsables solidarios con el menor tanto sus padres como el Colegio Altamira (quien tenía atribuidas las facultades de guarda y vigilancia durante la jornada escolar, además de ejercer la función formativa, compartida ésta con los padres)

111 “Se ha cuestionado doctrinalmente si los Centros escolares pueden ser objeto de una reclamación en esta sede especial de la jurisdicción de menores, y el recurrente, como hemos indicado, estima que no resulta procedente, pero no podemos asumir este planteamiento...La responsabilidad civil exigida en la Pieza de Responsabilidad Civil en la jurisdicción de menores es una responsabilidad ex delicto, puesto que así se deduce entre otros de los arts. 2 en relación con el art. 1 de la LORPM...El art. 61 de dicho Cuerpo Legal ha establecido una responsabilidad solidaria de los menores y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, pero no ha excluido la posibilidad de que también puedan ser responsables civiles de ese hecho criminal otras personas físicas o jurídicas...Así, contempla expresamente el art. 61.4 LORPM que se pueda aplicar el art. 145 de la L 30/1992, de 26 Nov., de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, lo que nos lleva a una eventual responsabilidad civil de las Administraciones Públicas (centros educativos públicos incluidos o la Administración educativa), e igualmente una responsabilidad civil de las aseguradoras que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la Ley especial (lo que eventualmente podría haber tenido su relevancia en este supuesto, pues probablemente, como suele ser habitual, la demandada puede tener un seguro que cubriría también los actos ilícitos cometidos por menores contra otros menores en el Centro escolar, pero como no lo desconocemos no avanzaremos por esta línea)...Pero, también se ha de tener en cuenta que la disp. adic. Primera de la LORPM establece que tiene el carácter de norma supletoria, para lo no previsto expresamente en la citada Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el CP. En este sentido, las normas que regulan la referida Pieza contienen un reenvío al CP, y más específicamente el art. 62 LORPM, sobre la extensión de la responsabilidad civil, remite al Cap. I del Título V del Libro 1 del CP (arts. 109 a 115 CP); el art. 63 LORPM prácticamente reproduce el art. 117 CP, y el art. 61.4 LORPM, ya expuesto, recoge una previsión que se aproxima al art. 121 CP con relación a las responsabilidades de las Administraciones Públicas...Y tal remisión específica al CP de ciertas normas que regulan la Pieza, junto con la consideración de derecho supletorio del CP en el ámbito sustantivo y la catalogación de la responsabilidad penal de los menores como una responsabilidad penal ex delicto permite concluir que todos los preceptos del CP que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la subjurisdicción penal de menores, y concretamente sería posible aplicar sin ninguna dificultad la responsabilidad contemplada en el art. 120 CP, y específicamente la prevista en el apartado tercero, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares...En base a las consideraciones expuestas, sería posible ejercitar en la citada Pieza una acción contra el menor responsable y sus padres como responsables directos y solidarios y contra un Centro educativo privado o público como responsable civil subsidiario, al amparo de los arts. 120.3 y 121 CP. Ésta es una posición que mantienen ciertos autores (la propia recurrente recoge esta opinión en el desarrollo del segundo motivo --pág. 14 del recurso--), y algunos de ellos también han sostenido que dentro de la mención de «guardadores» que se recoge en el art. 61.3 LORPM también se incluye al Centro docente, puesto que durante la jornada lectiva ejerce funciones de guarda

112 STS (Sala de lo Civil), de 11 octubre 1990 RJ 1990\7860 Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo: cuando las circunstancias personales del autor no permiten encontrar un responsable civil subsidiario por no existir personas de las comprendidas en el art. 22 del Código Penal, y el autor está en

Debe, pues, partirse de que puede ser demandado el Centro en el ámbito de la Ley Penal del Menor cabiendo tres posibilidades:

1) Considerar al centro como guardador de hecho y aplicar directamente el art. 61.3 LORPM (responsabilidad objetiva y solidaria)

2) Aplicar supletoriamente el Código Penal, y concretamente el art. 120.3 CP (responsabilidad de personas naturales o jurídicas por delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción) (responsabilidad subjetiva y subsidiaria)

3) Aplicar el régimen jurídico previsto en el Código Civil, no rigiendo por tanto, respecto del mismo el sistema de responsabilidad objetiva. El Centro podrá ser exonerado si no concurre culpa y simultáneamente podrá ser condenado civilmente el progenitor o representante legal del menor con base en el art. 61 LORPM. Sería pues de aplicación lo dispuesto en el art. 1903.6 CC, a tenor del cual, “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”. Esta cláusula es de exoneración, frente a la contenida en el art. 1904.2 CC, que es de repetición (el Centro responde y por tanto paga pero puede dirigirse después contra los profesores que incurrieron en dolo o culpa grave).

Analizando la jurisprudencia del TS y la doctrina de las Audiencias Provinciales, claramente se extrae la conclusión de que –al menos cuando los centros no son de titularidad pública- nos encontramos ante una responsabilidad basada en la culpa por lo que consecuentemente cuando no concurre ésta, no se exige responsabilidad al Centro titular. Son numerosos los supuestos de exoneración.

El TS ha excluido la responsabilidad de los Centros en supuestos en los que los daños derivan de una acción imprevisible ejecutada por un menor sobre otro menor, utilizando objetos de uso normal, existiendo vigilancia ordinaria por parte del profesorado y sin que en el menor agresor concurrieran especiales circunstancias que impusieran medidas especiales de vigilancia.¹¹³ También en supuestos de juegos que se desenvolvían

alguna de las relaciones intersubjetivas contempladas en el art. 1903 del Código Civil, es posible que el perjudicado, que no ha sido resarcido de los daños sufridos, ejercite la acción civil directa, no subsidiaria, derivada de la responsabilidad extracontractual por hechos ajenos que contempla dicho artículo. Su contenido podría haber sido satisfecho por el juez penal si hubieran concurrido los requisitos del art. 22 del Código Penal, pero si éstos no concurren y sí los del art. 1903 del Código Civil, queda expedito este cauce de restauración del orden patrimonial alterado por violación del deber «neminem laedere» y que tiene su fundamento en la culpa «in vigilando» o «in eligendo»... El recurrente entiende que en el caso de autos se agotó la acción reparadora, puesto que se ejercitaron conjuntamente las vías civil y penal, pero ello no es así, porque ni se dictó sentencia condenatoria contra responsable civil subsidiario ni en la resolución se trató cuestión alguna propia del art. 1903; en consecuencia, decae el primer motivo y debe analizarse si la sentencia conculca el art. 1903 del Código Civil como sostiene el recurso en el segundo de los planteados.

113 Vid. STS (Sala de lo Civil), de 21 noviembre 1990 RJ 1990\9014 Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. La base fáctica del asunto se centra en el lamentable hecho acaecido el día treinta de marzo de mil novecientos setenta y nueve en la guardería infantil, de la Asociación de Antiguas Alumnas del Instituto de B.V. María, de Portugalete, que causó la pérdida del ojo izquierdo al menor, Jesús M. C.,

dentro de la normalidad, como un partido de baloncesto en el que un menor resulta lesionado al recibir un balonazo.¹¹⁴ Se excluye la responsabilidad del centro en un supuesto de juego inocuo, el juego de la comba, en el que a una menor se le soltó un extremo de la cuerda impactando en el ojo de otra menor, causándole la pérdida del mismo y habiendo existido vigilancia mientras tal juego se desarrollaba¹¹⁵ También se considero inexistente la responsabilidad del centro en un supuesto en el que en plena clase, con presencia de la profesora, un menor lesiona a otro en el ojo al lanzarle un lápiz¹¹⁶. En este último supuesto se partió, no ya de la admisibilidad de prueba contra la presunción de culpa, sino que se estimó que no concurría un mínimo indiciario que permitiera la operatividad inicial de tal presunción. También se ha exonerado a los

como consecuencia de la acción de otro menor, de seis años, que lo agredió, mientras comían, con un tenedor. El padre del menor tan gravemente lesionado ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios en reclamación dirigida contra la guardería infantil, en la persona de su Directora. Las resultancias probatorias de la instancia han establecido, con el valor de intangibilidad, consiguiente a los efectos de este recurso, que en el momento de la agresión se encontraban en el comedor veinticuatro escolares en condiciones que no pueden estimarse anormales ni incómodas y vigilados convenientemente por la profesora encargada del grupo de niños que se hallaba presente en el comedor. Ningún dato externo en el comportamiento del menor que causó la lesión, sugería la necesidad de una especial atención al mismo. El hecho aconteció de manera súbita e inopinada. El TS declara que “.- Consecuentemente, ni el artículo 1902, ni el relacionado 1903, en especial aplicable a este caso, en cuanto concierne a la responsabilidad por hecho ajeno, supuesto concreto de los educadores, pueden interpretarse, con olvido del propio concepto de la culpa, como fondo remanente, de los mismos; lo que obliga a considerar si un suceso de tales características era previsible, dentro de una orden cotidiana o normal y a valorar la imposibilidad de evitarlo. Desde luego, de los datos probados, no se infiere por las circunstancias de rapidez, con que el hecho se desarrolló, por la ausencia de antecedentes en la conducta del niño, y, finalmente, por el carácter infrecuente e improbable del caso, que quepa imputar una conducta negligente a los guardadores. De otra parte, ya se tiene dicho que la profesora encargada se hallaba cumpliendo sus cometidos en el comedor, lo que, en principio obvia, la omisión de la diligencia debida exigible conforme a la naturaleza de la relación jurídica entre padres y educadores en lo relativo al pacto concreto de estar pendientes de los niños durante las comidas para prevenir o subsanar defectos o excesos de carácter ordinario...Por tanto, debe concluirse, como lo hicieron las sentencias de primero y segundo grado, calificando el hecho como caso fortuito, al darse en el suceso la circunstancia de imprevisibilidad señalada -Sentencia de 23 de junio de 1990 que produce indemnidad en los términos señalados por el artículo 1105 del Código Civil.

114 Vid. STS núm. 524/1993 (Sala de lo Civil), de 20 mayo Recurso núm. 2998/1990. RJ 1993\3718 Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa

115 STS núm. 1266/2001 (Sala de lo Civil), de 28 diciembre Recurso de Casación núm. 2757/1996. Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote: Respecto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con la doctrina de esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culpable omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas (SS. 10 de octubre de 1995 [RJ 1995\7186], 10 de marzo de 1997 [RJ 1997\2483], 8 de marzo de 1999 [RJ 1999\2249] y 11 de marzo de 2000 [RJ 2000\1520]). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 1999 (RJ 1999\7615) y 11 de marzo de 2000 (RJ 2000\1520), supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en recaer la carga de la prueba de la culpa, en vez de en los demandantes en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por la falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo.

116 STS núm. 210/1997 (Sala de lo Civil), de 10 marzo Recurso de Casación núm. 1248/1993. RJ 1997\2483 Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa Los hechos analizados eran los siguientes: “la menor..., nacida... en fecha 5 de marzo de 1982. En 16 de febrero de 1989, encontrándose la

centros en supuestos de niños de 1 y 2 años que se arañan o muerden entre sí¹¹⁷. No se ha apreciado responsabilidad en supuestos de lesiones causadas a niño por otros al jugar con un banco en un Jardín de Infancia concurriendo imprevisibilidad y ausencia de antecedentes de peligrosidad en los causantes del hecho¹¹⁸. Se ha considerado juego no peligroso, inocuo y por tanto, no generador de responsabilidad civil el denominado “juego del tren chu chu” (el día de autos unos ciento veinte niños de aproximadamente seis años, se encontraban en un recinto cerrado del colegio por estar lloviendo, en espera de acceder al comedor, bajo la supervisión de dos personas no docentes, hallándose un grupo de aquéllos jugando al tren chu-chu, momento en que la fila de niños enlazados se desploma, produciéndose lesiones la menor, sin que, en un primer momento, las

menor en el Colegio Nebrija fue lesionada en presencia de un profesor del Centro, de datos personales desconocidos, por el menor Israel I. C., en el ojo izquierdo al introducirle un lápiz o bolígrafo en el mismo. Como consecuencia de ello, la menor fue intervenida quirúrgicamente al día siguiente en el Centro médico «Povisa» y nuevamente operada”. El razonamiento empleado es el siguiente: (se aplica la legislación anterior a 1991 pero utilizando razonamientos aplicables a la legislación vigente en la actualidad) “En este caso queda probado que no medió conducta negligente alguna, ni de la profesora doña María Pilar F. I., ni del Centro Docente, que incluso dispuso de una alumna mayor en prácticas para reforzar la vigilancia de los escolares en la clase de dibujo... lesiones se produjeron estando presente la profesora de dibujo y con ocasión de una discusión habida entre los menores mencionados, sin que la profesora tuviera conocimiento de lo sucedido hasta haber sido informada con posterioridad, dato éste que se desprende de las pruebas de confesión y de la testifical de la profesora practicadas. Esta relación fáctica es reveladora de que el hecho tuvo que acontecer de manera rápida e inopinada, así como difícilmente previsible dentro de un orden cotidiano o normal, y reveladora, también, de la imposibilidad de imputar a la profesora y, a su vez, al Colegio una indiciaria conducta negligente, sin la cual, no es dable primar la presunción culposa del artículo 1903 CC, con la correlativa exigencia de probar el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia.

117 SAP Cádiz núm. 93/2003 (Sección 4ª), de 18 julio (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Zambrano Ballester) se ha de convenir en que: de una parte, que un compañero de los siete que componían el grupo, todos ellos de edades comprendidas entre uno y dos años, en dos momentos determinados, muerda al menor de nuevo ingreso en la mano y le arañe en la cara, son hechos imprevisibles que pueden ocurrir en cualquier fiesta o celebración a la que asistieran un semejante número de niños de las mismas edades, en iguales circunstancias y en presencia de los propios padres, sin que éstos hubiesen podido evitarlos; y de otra, que lo mismo cabe decir de la caída del menor, de sólo 14 meses de edad, mientras aprende a andar con un correpasillos, diseñado y fabricado para tal fin, incluso en su propio domicilio con sus padres presentes.

Y si a lo dicho se añade que el número de niños que componían el grupo en modo alguno puede considerarse excesivo, la presencia en él de dos cuidadoras idóneas y la aptitud del centro para la actividad que se desarrollaba, se ha de concluir en el cumplimiento por parte del mismo de la obligación de cuidado que le incumbía, en que los incidentes relatados con las escasas consecuencias producidas no fueron más que los propios del riesgo que, aún a pesar de la normal vigilancia dispensada, todos los niños de 14 meses de edad ordinariamente corren y en que por ello la valoración probatoria realizada en la sentencia recurrida resulta correcta, como ajustada a lo dispuesto en los artículos 216 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

118 SAP Sevilla, de 21 junio 1994 Rollo de Apelación núm. 100/1994. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García Casas “de los datos probatorios no puede inferirse tampoco en este caso, por las circunstancias de rapidez con que el hecho se desarrolló, por la ausencia de antecedentes de peligrosidad en los niños causantes del daño y por el carácter infrecuente e improbable del caso, que quepa imputar conducta negligente a los guardadores; sin que pueda olvidarse que en el momento en que el hecho se produjo, hora del desayuno de los menores en el jardín, estaban allí cumpliendo sus cometidos hasta cinco educadores cualificados. Lo que obvia pues la omisión de diligencia debida exigible conforme a la naturaleza de la relación jurídica entre padres y educadores en lo relativo al pacto concreto de estar pendientes de los niños en todo momento, para prevenir o subsanar los actos o excesos de carácter ordinario. Sin necesidad pues de acudir al «caso fortuito» que debe ser independiente de quien lo alegue, no puede deducirse del contexto en que el hecho se produjo la existencia de conducta negligente en las codemandadas, que a través de la prueba que

cuidadoras se apercibieran de ello, hasta que la menor lesionada se acercó a ellas llorando y quejándose del brazo)¹¹⁹

Se rechaza especialmente en supuestos en los que las lesiones se producen por caídas durante los juegos¹²⁰. Se ha rechazado también la responsabilidad del centro en unas lesiones causadas a un menor que fue arrollado por otros dos que se encontraban peleando¹²¹.

Sin embargo, no se ha exonerado de responsabilidad al centro en el supuesto de lesiones causadas por un menor a otro durante un juego en principio inocuo –la pelota- en

les concernía, han acreditado no sólo el cumplimiento de las exigencias mínimas reglamentarias sino las más específicas relativas a la cualificación profesional de los guardadores y medidas de seguridad adoptadas. Como tampoco es dado colegir que pudiera existir un nexo causal entre el daño producido y la posible conducta culposa o negligente de los agentes. Ciertamente que «la mala utilización del material de juego por los niños, en sus infantiles juegos, puede generar responsabilidad en los guardadores»; mas no es menos cierto que un banco no es elemento de juego en un jardín, y resulta racionalmente imprevisible intuir el uso que de tal elemento vayan a hacer los niños, pues, aun estrechando y multiplicando hasta extremos de severa minuciosidad la vigilancia, tal conducta infantil no podría ser ni prevista ni evitada. En consecuencia de todo lo expuesto, y con desestimación en parte del recurso, procede la confirmación en parte de la sentencia que se impugna con fundamentos en los argumentos jurídicos que ambas resoluciones contienen”.

119 SAP núm. 114/1996 Vizcaya (Sección 4ª), de 15 marzo Rollo de Apelación núm. 395/1994. Ponente: Ilma. Sra. Dª Nekane Bolado Zárraga “Resulta innegable que la práctica del juego del «tren chuchu» al que el día de autos se dedicaban un grupo de los alumnos entre los que se hallaba Ana Rebeca, «no era una actividad peligrosa ni ilícita», por el contrario y como se recoge en la sentencia apelada, puede ser considerado como uno de los juegos infantiles más inocuos y por ello más practicado entre los niños de corta edad, por no necesitar la utilización de elementos por sí mismos peligrosos ni el realizar actividades bruscas ni tan siquiera al correr. Siendo un juego cotidiano y normal, practicado en presencia de dos cuidadoras, debe considerarse si el evento dañoso era previsible y valorar si fue posible evitarlo. La inocuidad del juego del tren chu-chu en sí mismo considerado y las circunstancias normales en que el día de autos se desarrollaba el mismo -no consta en los autos que hubiera violencia en la conducta de los niños que lo practicaban- y la improbabilidad de que tal resultado lesivo se produjera aun con una mayor vigilancia por parte de las dos cuidadoras que allí se encontraban o con la existencia de un mayor número de cuidadores, lleva a considerar a esta Sala que no se puede imputar una conducta negligente a las referidas cuidadoras ni tampoco al colegio, ya que tan sólo la prohibición de su práctica hubiera evitado el lamentable accidente, el cual no hubiera sido vetado ni por el más diligente de los cuidadores al tratarse de un juego inofensivo y no implicar riesgo. Por tanto, debe concluirse, como lo hizo la sentencia de instancia, calificando el hecho como caso fortuito, al darse en el suceso acaecido el día de autos la circunstancia de imprevisibilidad señalada, que produce indemnidad en los términos señalados por el artículo 1105 del Código Civil, de ahí que no pueda seguirse el criterio de equidad que el recurrente invoca, y no sólo porque, conforme al artículo 3.º, párrafo 2, del Código Civil, la equidad sólo puede basar una resolución judicial de manera exclusiva «cuando la ley expresamente lo permita», supuesto que no es el de esta litis, sino también porque la ausencia de responsabilidad en los demandados conlleva su inaplicación, por lo que procede, como ya anunciábamos, desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución apelada”.

120 STS núm. 178/1999 (Sala de lo Civil), de 8 marzo Recurso de Casación núm. 2585/1994. Los hechos que aparecen probados son los siguientes: El día 20 de febrero de 1992 los alumnos del Colegio San José-Hijas de la Caridad, de Ciudad Real, durante el período de 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 Angel 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 ciento sesenta y dos 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. Para el TS “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

el que se recibe durante el período de juegos, el recreo, un balonazo, el decurso de los hechos muestra que los profesores que vigilaban el recreo ni se enteraron y que el profesor que atendió al menor le proporcionó una ayuda insuficiente¹²².

En cuanto al estándar de diligencia que se exige a los titulares de los Centros docentes para exonerarse, la SAP Cádiz núm. 93/2003 (Sección 4ª), de 18 julio¹²³ considera que ha de aceptarse de una parte, que se establece una presunción de culpa en las personas o entidades titulares del centro docente, de tal forma que es a éstas a quienes corresponde la prueba de la ausencia de su negligencia; y de otra, que es la diligencia del buen padre de familia, es decir, la de la persona normal o media tenida socialmente como

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, en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte de aquellos a quienes se les 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”.

121 SAP núm. 274/1997 Navarra (Sección 3ª), de 24 octubre Rollo de Apelación núm. 7/1997. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Cobo Sáenz: En la resolución recurrida se considera acreditado que la caída del menor en el patio del colegio, se produjo «... cuando otros dos alumnos de la misma edad que el lesionado, peleaban entre sí y arrollaron a Sergio que se hallaba viendo un partido de fútbol, cayendo el mismo al suelo en tan mala postura que se produjo las lesiones que antes han quedado descritas.

existe una presunción de culpa en quien debe responder por hecho ajeno, cualificadamente en una situación como la que nos ocupa, es decir la de responsabilidad de un centro docente de enseñanza no superior por los daños y perjuicios que puedan causar sus alumnos, durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Pero esa presunción posee un alcance sólo procesal, desde luego no es «iuris et de iure», su ámbito de operatividad propio se centra definidamente, en el marco probatorio, y para que opere en definitiva, como razonadamente se expone en el precedente que acabamos de citar, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, debe existir al menos «un indicio de culpa»; exigencia que se ratifica desde la regulación propia del Derecho navarro, sobre cuya preferencia ya nos hemos referido y con arreglo a la cual para que sea exigible la responsabilidad extracontractual, se ha de acreditar que el daño es producto de una concreta negligencia, apreciable en la omisión de medidas de cuidado exigibles según las «circunstancias del caso».

El que dos alumnos, que comparten el patio con otros muchos, se hallen «riñendo» entre sí, sin que conste que en el desarrollo de esa «pelea» se empleara una especial violencia, o se utilizaran medios peligrosos, «arrollando» en el desarrollo de tal contienda a un niño de once años que estaba ajeno a la pelea, al parecer contemplando un partido de fútbol, cayendo este niño sobre su pierna izquierda y produciéndose como consecuencia de esa caída una fractura de fémur, en modo alguno revela que por parte de los profesores u otras personas afectas como cuidadores al centro educativo, se hubieran omitido de modo tal que pudiera comprometer la responsabilidad del centro, las elementales pautas de cuidado y vigilancia exigibles.

122 STS núm. 349/2000 (Sala de lo Civil), de 10 abril Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela El día 6 de noviembre de 1987, sobre las 12.05 ó 12.10 horas, cuando, en momentos de recreo, el niño Jesús M. M., de 7 años de edad, se encontraba en el patio del Colegio Público «Gumersindo Azcárate» de Armunia, dependiente del Ministerio de Educación y Ciencia, recibió un balonazo en la cabeza, ignorándose si el golpe fue producido por un balón de fútbol, baloncesto, balonmano o de otras características, si era de cuero, de goma o de otro material peligroso por su dureza o contextura, y si fue lanzado con la mano o con el pie, cuyo evento ocurrió sin que se percataran del mismo los Profesores encargados de la vigilancia en los períodos de recreo allí presentes, con la manifestación de algunas jóvenes alumnas de que el suceso tuvo lugar al finalizar el tiempo de descanso y que fue en clase cuando apreciaron que Jesús se encontraba algo mareado o indispuerto.

prudente en esta esfera de actividad, y cuya infracción ha venido determinando la que en nuestro derecho histórico es denominada culpa leve «in abstracto», el patrón o nivel de cuidado que, en concordancia con la exigida en el artículo 1104.2 del mismo Código, los citados titulares del centro han de acreditar para exonerarse de su responsabilidad presunta.

La asunción de criterios culpabilísticos, alejados de planteamientos objetivos también se abre paso en relación con las guarderías¹²⁴. Las circunstancias de rapidez con que el hecho se desarrolló, la ausencia de antecedentes de peligrosidad en los niños

2.–Instantes después, el menor indicado volvió desde el patio al aula donde se impartían clases por su propio pie, sin que nadie advirtiera a la Profesora del estado de aquél, ni de que hubiera sufrido el referido balonazo, sino que fue ésta al llamar a Jesús para su turno de lectura, quién observó la indisposición, y, ante la manifestación de éste de que le dolía la cabeza, acudió con él a los servicios y le echó un poco de agua, y, al insistir en su dolencia, le llevó hasta la Secretaría para entregarlo a su madre en cuanto llegara.

3.–Aproximadamente, a las 13 horas de aquel día, la madre recogió a Jesús y lo llevó a pie hasta el domicilio familiar y al notar que empeoraba, lo trasladó al «Sanatorio Miranda» donde ingresó sobre las 14.30 horas, en cuyo centro fue atendido inmediatamente por la gravedad que presentaba y se acordó por el doctor don Mariano C. P. su traslado al Servicio de Urgencias del Hospital Princesa Sofía de León, donde quedó internado al encontrarse en estado de coma.

4.–Por consecuencia de la lesión, el niño Jesús M. M. resultó con graves secuelas definitivas de traumatismo cráneo-encefálico con hematoma intercaneal; máxima minusvalía motora de las extremidades izquierdas y parcial en la extremidad inferior derecha; idéntica minusvalía a nivel de lenguaje de expresión; progresiva deformación de su raquis dorsal y lumbar, lo cual, amén de incrementar la inestabilidad de su columna, puede posibilitar alteraciones en su médula espinal; e, incluso, dada la gravedad de la lesión cerebral, el desarrollo de la afección de epilepsia.

No se exime de responsabilidad al titular del centro “pues, aunque no fueron demandados los Profesores encargados de la vigilancia en el recreo, su conducta merece reproche al estar probado que ni siquiera se enteraron del suceso, ni que de alguna manera se desvirtuara que el juego de donde derivó el accidente era compartido conjuntamente por niños de corta edad y adolescentes; y, además, la atención facilitada al lesionado por la Profesora, que impartía lecciones en el aula, quien tampoco figura como parte en este proceso, fue superficial e incorrecta, habida cuenta de que se limitó a aliviarlo con un poco de agua y a llevarlo a las dependencias de Secretaría, donde no hay constancia de que se le prestara ningún tipo de socorro sanitario, a la espera de que lo recogiera la madre de aquél al terminar las clases de la mañana, de todo lo cual deviene la responsabilidad de la Administración por la incidencia en este caso de los presupuestos legales para ello”.

123 SAP Cádiz núm. 93/2003 (Sección 4ª), de 18 julio (Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Zambrano Ballester)

124 SAP núm. 422/1999 Almería (Sección 1ª), de 22 noviembre (Recurso de Apelación núm. 60/1999. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Gómez Bermúdez) Son hechos admitidos por ambas partes -y sobre los que descansa el derecho actuado por los actores frente a los demandados, que es una reclamación de cantidad derivada de culpa extracontractual de los arts. 1902 y ss. CC- que el día 10 de noviembre de 1995, la menor María del Carmen G. C. (de dos años y medio de edad) se encontraba en la guardería La Oca, de Almería, bajo el control y vigilancia de al menos una monitora jugando con otros al juego infantil conocido como «el tren de Holanda».La Sala entiende que de los hechos probados no se deduce conducta imprudente o negligente de la auxiliar de guardería que vigilaba a los niños (al menos una) y por ende de la propia cooperativa que explota el negocio. Y ello porque, en primer lugar, se trata de un hecho (golpe con un marco de una puerta) cuyo desarrollo es tan rápido que impide toda reacción humana a fin de evitar sus consecuencias so pena de exigir una labor de inmovilización de los menores que iría mas allá de lo razonable. En segundo lugar porque, como la propia madre afirma en confesión judicial en respuesta a la séptima posición (folios 62 y 63), se trata de una niña buena y tranquila lo que hace más imprevisible su reacción e implica que no hubiera de prestarse un cuidado extraordinario por parte de los encargados de la vigilancia (nótese que sólo si el menor es problemático, agresivo, nervioso, etc., podría exigirse una especial diligencia en la vigilancia extramuros de la normalidad, pero no al contrario). En tercer lugar porque el juego durante cuyo transcurso se produce el accidente es un juego de escaso o nulo riesgo,

causantes del daño y el carácter infrecuente e improbable del caso son circunstancias que sirven para exonerar de responsabilidad a la guardería¹²⁵.

También en el ámbito contencioso administrativo, se declara la responsabilidad del Estado como titular del centro docente en un supuesto en el que un menor sufrió un daño como consecuencia de una caída al intentar huir de otros compañeros de cursos superiores que pretendían gastar una novatada, por lo que cabe entender que el daño se produce en el recinto escolar y por unos hechos que no se hubieran producido de haber mediado mayor cuidado del Centro o Profesor responsables, que han de velar para que no se produzcan acciones de tal naturaleza (STS Sala 3ª, sec. 6ª, de 20 de diciembre de 2004)¹²⁶.

habitual entre niños y, desde luego, absolutamente normal dentro de las actividades de una guardería (que es un lugar de recogida y primera educación de los niños) y, finalmente, por el carácter infrecuente e improbable del caso, sin que por ello quepa imputar una conducta negligente a los guardadores. De otra parte, ya se tiene dicho que la auxiliar encargada se hallaba cumpliendo sus cometidos de guarda con los menores, lo que en principio obvia, la omisión de la diligencia debida exigible conforme a la naturaleza de la relación jurídica entre padres y educadores en lo relativo al pacto concreto de estar pendientes de los niños durante las horas que permanecen en el establecimiento educativo para prevenir o subsanar defectos o excesos de carácter ordinario. Por ello debe concluirse calificando el hecho como caso fortuito, al darse en el suceso la circunstancia de imprevisibilidad señalada (S. 23 junio 1990 [RJ 1990\4888]), que produce indemnidad en los términos señalados por el art. 1105 CC.

Por último, no es correcto el razonamiento de la sentencia de primera instancia según el cual podían adoptarse medidas que impidan accidentes como el que nos ocupan consistentes en el acolchamiento de paredes y esquinas y marcos (razonamiento del que parece querer deducirse una actitud negligente o de ausencia de adopción de todas las precauciones) porque en cuanto a las instalaciones y medidas de seguridad sí que ha de estarse a las normas reglamentarias que regulan el sector (no habiéndose planteado ni acreditado su no cumplimiento) y, cumplidas éstas, será decisión de los padres contratar los servicios de uno u otro establecimiento en atención a un plus en las medidas de prevención, sin que tal circunstancia pueda constituir (por no exigible) la base de la imputación de responsabilidad.

125 SAP Sevilla, de 21 junio 1994 Rollo de Apelación núm. 100/1994. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio García Casas). Ante todo debe observarse, como muy acertadamente se ha puesto de relieve en el acto de la vista, «que el elemento material causante del daño (el banco situado en el jardín) no es en esencia elemento peligroso; la sujeción al suelo en que está situado no es medida precautoria de los posibles y eventuales daños que pueda ocasionar, sino elemental medida aseguradora del propio banco». Y es que, además, ni siquiera puede afirmarse que sea un elemento previsiblemente peligroso para que, en previsión de posibles riesgos, hayan de poner sobre él los responsables especiales medidas de seguridad en evitación de los daños ocasionables». Por otra parte y en lo que concierne a las condiciones del Centro en que el daño se produce, la parte actora-apelante trata de desvirtuar el Informe obrante al folio 225, en el que la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía informa sobre la pertinente autorización administrativa de que el Centro disfruta, sobre la concurrencia en su Profesorado de los requisitos de los arts. 15 y 16 del Real Decreto 1004/1991, de 14 junio (RCL 1991\1607 y 1797) (experiencia profesional de 10 años en Preescolar), sobre las condiciones de espacio, aulas, zonas de recreo, etc. del recinto, sobre las medidas de seguridad, sobre la inexistencia de denuncias por infracción de dichas medidas precautorias; afirmando la apelante que dicho informe, referido al núm. 38 de la calle Virgen del Valle se refiere a un local distinto que aquel en que se produjo el hecho dañoso, cuando está probado que los núms. 38 y 52 de dicha calle corresponden al mismo local; por lo que la Sala otorga plena validez y eficacia a dicho informe, pues clarifica ciertamente los elementos oficiales y objetivos del Centro en que el daño se produjo. La propia Inspección escolar afirma que el Centro está atendido por «personal especialmente cualificado». ... Ciertamente es finalmente que «la mala utilización del material de juego por los niños, en sus infantiles juegos, puede generar responsabilidad en los guardadores»; mas no es menos cierto que un banco no es elemento de juego en un jardín, y resulta racionalmente imprevisible intuir el uso que de tal elemento vayan a hacer los niños, pues, aun estrechando y multiplicando hasta extremos de severa minuciosidad la vigilancia, tal conducta infantil no podría ser ni prevista ni evitada

I.-12 Responsabilidad subsidiaria del empresario por los daños irrogados por delitos cometidos por los trabajadores menores de edad en el desempeño de sus obligaciones o servicios:

Con carácter previo parece debe hacerse un recordatorio de la regulación del régimen del trabajador menor de edad. Para analizar su marco jurídico hemos de acudir a las disposiciones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de Marzo, que en su artículo 6 asume una cláusula general prohibitiva: "*se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años*".¹²⁷

Se permite el trabajo a la franja comprendida entre los 16 y los 18 años, pero se establece un régimen propio tendente a dotarle de una especial protección¹²⁸ Ese régimen jurídico especialmente tuitivo también tiene su manifestación en la regulación de los riesgos laborales¹²⁹.

En estos supuestos entendemos sería aplicable supletoriamente lo dispuesto en el art. 120.4º CP¹³⁰ y por tanto podría demandarse como responsable civil subsidiario al

127 Aún en un supuesto específico se admite la posibilidad de trabajadores de menos de 16 años, ya que el art 6.4 ET dispone que "la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados". Por tanto, es en todo caso necesario que la autoridad laboral compruebe caso por caso, con carácter previo, que no existe ningún tipo de peligro. El régimen se completa con el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

128 el propio art 6 se dispone que "los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana". Una de las preocupaciones del legislador es la de impedir que estos trabajadores menores puedan ser sometidos a una jornada demasiado rigurosa. A estos efectos, el artículo 34 dispone que "los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos". Por su parte, este mismo artículo en su número 4 y en cuanto a períodos de descanso también introduce especialidades tras regular el período de descanso de 15 minutos en la jornada continuada. "En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media." En el art 6.3 se dispone que: "Se prohíbe realizar horas extraordinarias a los menores de dieciocho años". También se establece un régimen especial en cuanto a descanso semanal, y así el art 37 dispone que: " Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos".

129 El art. 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 31/95 de 8 de Noviembre recoge un especial deber de vigilancia de los riesgos afectantes a los trabajadores menores "derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto", concluyendo en su párrafo 2º con que "teniendo en cuenta los factores anteriormente señalados, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos."

empresario, sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad solidaria de las personas a que hace referencia el art. 61.3 LORPM.

Como refiere la SAP Álava Secc. 1.^a de 27 de mayo de 2005 (Ponente: Sr. Tapia Parreño) “todos los preceptos del CP 1995 que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la subjurisdicción penal de menores, y concretamente, sería posible aplicar sin ninguna dificultad la responsabilidad contemplada en el art. 120, y específicamente la prevista en el ap. 3.º, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares”.

I.-13 Responsabilidad subsidiaria de titulares de vehículos:

También será posible dirigir la demanda contra las personas a las que se refiere el nº 5 del art. 120 CP: *Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.*¹³¹ En este mismo sentido, el art. 1.3 del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, establece la responsabilidad subsidiaria del titular del vehículo¹³²

130 Este precepto dispone que "Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

4º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios". La jurisprudencia exige como requisitos: 1) La existencia de una relación de dependencia entre el autor de un delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halle; y 2) Que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo aunque sea extralimitándose en ellas... (vid. STS 2ª, S 10-04-1997, núm. 467/1997, Pte: Puerta Luis, Luis Román)

131 Debe tenerse presente que la jurisprudencia ha interpretado este precepto de forma progresiva, flexibilizando sus requisitos Vid. ATS 2ª, 14-07-2000, núm. 1987/2000, Pte: Martínez Arrieta, Andrés "Existe una presunción de autorización siempre que alguien conduzca un vehículo de titularidad ajena, trasladándose al propietario la carga de acreditar la inexistencia de tal autorización...y ello porque no es dable pensar, con carácter general, que un propietario desconozca que el vehículo de su pertenencia es conducido por un tercero, pues el titular del vehículo, en cuanto este es un elemento de riesgo susceptible de causar daños a las personas o en los bienes, ha de tener en todo momento el control del mismo, sin que pueda imaginarse, salvo supuestos marginales y cuya prueba le incumbe, una conducción no autorizada por él... Y es doctrina de esta Sala que siempre que hay una persona que ejercita una actividad peligrosa, y en el desarrollo de tal actividad, en la que obra en interés o beneficio de otra persona, comete una infracción penal, es claro que cabe imponer la responsabilidad civil subsidiaria; incluso la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de aplicación de esta clase de responsabilidad civil en casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en quien ha de responder, bastando para ello que haya una cierta dependencia, de forma que se encuentra sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste posibilidad de incidir en la misma modificándola o interrumpiéndola, como ocurre, por ejemplo, en los casos de cesión gratuita de un vehículo a un tercero que lo utiliza en beneficio e interés propio, sin utilidad alguna para el cedente".

132 Art. 1.3 “3. El propietario no conductor de un vehículo asegurado responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con éste por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. El propietario no conductor de un vehículo sin el seguro de suscripción obligatoria responderá civilmente con el conductor del mismo de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por éste, salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído.

No obstante, se ha mantenido la responsabilidad directa del titular del vehículo al amparo del art. 1902 CC por culpa propia cuando éste ceda la utilización al menor no poseedor de la licencia, teniendo en cuenta que cuando los vehículos sean de la categoría A2 o superiores legalmente es necesario tener 18 años cumplidos.¹³³

I.-14 Responsabilidad de titulares de establecimientos por los daños irrogados por delitos cometidos por menores con infracción de reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad en relación con el delito cometido:

Sería de aplicación el art. 120.3º, y por tanto, concurriendo los requisitos que dicho precepto establece, podrían ser demandados como responsables civiles subsidiarios.¹³⁴

Debe tenerse en cuenta que conforme a la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de los art. 120.3 y 121, en los casos de delitos cometidos en Centros de Internamiento por menores, existiendo infracciones reglamentarias, podrá demandarse a la Comunidad Autónoma como responsable civil subsidiaria en la pieza de responsabilidad civil. Sin embargo, como veremos *infra*, la subjurisdicción de menores se está decantando por declarar en estos casos la responsabilidad directa de las Comunidades Autónomas al entender que en estos casos son guardadores del menor.

I.-15 Pluralidad de infractores

I.-15.1 Concurrencia de menores infractores

Los supuestos en los que los coautores sean todos menores de 18 años habrán de regularse conforme a lo dispuesto en el art. 116 CP, por lo que coautores y cómplices responderán solidariamente por sus cuotas cada uno dentro de su respectiva clase y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La SAP León (sección tercera), de 14 de diciembre de 2002¹³⁵ siguiendo esta interpretación, declaró al respecto que “conforme al artículo 116-2 del Código Penal, los autores deben responder solidariamente entre sí a los efectos de saldar la responsabilidad civil, por lo que tampoco procede la distribución de cuotas entre los menores solicitada por la parte recurrente.”

133 SAMANES ARA, Carmen “La responsabilidad penal de los menores”. Colección “El Justicia de Aragón” Zaragoza, 2003

134 Acepta esta tesis la SAP Zaragoza, sec. 1ª, 280/2003, de 12 de septiembre Pte: Cucala Campillo, Francisco EDJ 2003/112238 El primer motivo del recurso se centra en alegar que se ha producido infracción del artículo 120.3 del Código Penal EDL 1995/16398 puesto que, a su entender, no se ha producido por la Mercantil asegurada, Macaluja SL, infracción de reglamentos de policía o disposición de la autoridad. Y así, y prima facie, señalan que el establecimiento podía servir bebidas alcohólicas al menor Guillermo que tenía 17 años en el momento de los hechos y a la víctima Marcelino. Para ello afirman que la entrada en vigor de la ley 3/2001 de 4 de abril de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias EDL 2001/19757 se produjo mediante días hábiles (8 de mayo de 2001) y no por días naturales (4 de mayo del 2001).

135 (ponente Tomás Carrasco),

Las consecuencias de la solidaridad predicable respecto de todos los menores intervinientes irradia a los demás responsables solidarios que concurren con cada menor, de forma que si cada menor responde del todo, cada responsable solidario de cada menor responde también del todo, sin perjuicio de los correspondientes derechos de repetición. La SAP Córdoba, sec. 2ª, nº 123/2004, de 9 de junio (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón) aborda con precisión esta cuestión¹³⁶

Mas complejo es el supuesto en el que concurriendo varios menores, se celebren juicios distintos para cada uno. La SAP Alicante, sec. 1ª, 211/2003, de 14 de abril¹³⁷ rechaza que la sentencia declare la responsabilidad solidaria de otros menores presuntamente partícipes para los que aún no se había celebrado el juicio¹³⁸ Podrá pedirse en cada juicio todo a cada uno, sin perjuicio de la prohibición del enriquecimiento injusto.

136 El recurso interpuesto por el Letrado de la Junta de Andalucía contra la sentencia dictada en la pieza separada de responsabilidad civil dimanante de las diligencias de reforma 22/02 Juzgado de Menores de Córdoba, por la que estimando, en parte la pretensión indemnizatoria deducida por el Ministerio Fiscal condenó a la Junta de Andalucía, solidariamente con el menor Ignacio a abonar a D. Jesús, la cantidad de 940,66 €, destaca en su alegación primera como la sentencia, en aplicación del art. 61-3 in fine L.O. 5/2000 ha aplicado una reducción sobre el presupuesto de reparación del coche de aproximadamente el 15 %, y que los daños fueron ocasionados por el menor aquí condenado junto con otra persona menor de edad por lo que afirmado en la sentencia que los hechos de los que deriva esta responsabilidad son imputables no solo al menor de que la Junta es responsable, sino también a otro menor de edad, es claro que este también ha de ser considerado responsable civil de los daños ocasionados, conforme dispone el art. 116 C.P., debiendo señalarse la cuota de que deba responder cada uno y al haber responsable solidarios de los daños al menor y a la Junta de Andalucía, de hecho se esta condenado a la Junta a responder de los daños imputables al menor y de los imputables a otro menor de edad que también participó en los hechos.

Esta alegación que pretende la limitación de la responsabilidad civil a cargo de la Administración a la cuota que correspondería al menor, ha de ser desestimada por cuanto la responsabilidad civil que se dilucida en esta pieza, proviene de una resolución de orden penal y el art. 116-2 establece una responsabilidad solidaria entre los autores por sus respectivas cuotas, por lo que ha de ser puesta en su totalidad a cargo del menor y solidariamente con él, de la Junta, sin perjuicio, claro es, de la acción que les asiste de ejercer la acción de repetición contra quien, junto con el referido menor, hubiera participado en los hechos.

137 Pte: Gil Martínez, Antonio EDJ 2003/86595

138 Esta sentencia aborda este supuesto en los siguientes términos: La declaración de solidaridad que se insta resulta inviable porque en este juicio no se puede efectuar ningún pronunciamiento respecto a terceros que no han sido parte en el mismo, porque se vulneraría su derecho de defensa (art. 24 CE.). No obstante, se trata de una forma de responsabilidad compartida que no precisa para su surgimiento y exigencia de ningún pronunciamiento judicial, porque tiene su fuente en las disposiciones legales reguladoras de la responsabilidad civil, que devienen de necesaria observancia para todos los que se encuentren en una situación subsumible en los supuestos previstos por el legislador, que sirven de soporte para cualquier reclamación que pudiera realizarse en base a los mismos. Así el art. 116.2 C. Penal declara la responsabilidad solidaria entre sí de todos los autores del delito. Por tanto, si por la división de la contienda de la causa que surge por la participación de un menor en la comisión delictiva (art. 61 1 y 2 LO. 5/2000, 12 enero) se pronuncian resoluciones diferentes sobre el mismo objeto litigioso, sus contenidos deberán complementarse por las disposiciones legales aplicables conjuntamente a ellas, como sucede con el carácter solidario de la responsabilidad de cada uno de los partícipes en el delito, a pesar de que cada una de las resoluciones dictadas no pueda referirse más que a quienes han sido parte en los procesos que las motivan. De forma que las disposiciones solidarias del citado art. 116.2 C. Penal pueden surtir efecto aunque no haya una única resolución judicial que expresamente se refiere a cuantos resultan comprendidos en la solidaridad. E igualmente en la misma situación se encuentra la posibilidad de repetición de quien haya hecho efectivo el pago contra sus codeudores solidarios por sus respectivas cuotas (art. 116, párrafo final C. Penal), por tratarse de obligaciones "ex lege" cuyas acciones pueden ser ejercitadas por quienes resulten titulares de ellas (art. 1089 y 1090 C. Civil).

I.-15.2 Concurrencia de infractores adultos y menores:

Cuando en los hechos enjuiciados hayan participado mayores y menores de edad y sean en principio responsables civiles unos y otros, podrá pedirse todo a todos, tanto en el procedimiento de menores como en el de adultos¹³⁹, al tratarse de responsables solidarios, sin perjuicio de que en ningún caso será admisible el enriquecimiento injusto, que se produciría cuando el perjudicado cobrase el total de la indemnización debida de ambos responsables en los dos procedimientos escindidos. Ya contamos con pronunciamientos que asumen esta tesis¹⁴⁰.

En estos casos también será aplicable lo dispuesto en el art. 116 CP según el cual *"quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno"*. Por ello, si se acredita que ya se ha pagado el todo en el procedimiento de adultos, la pieza separada de responsabilidad civil quedará sin objeto, debiendo archivers¹⁴¹.

139 Claramente *-mutatis mutandi-* parece inclinarse por esta tesis la STS de 28 de febrero de 1989 (ponente Ruiz Vadillo, Enrique), cuando establece que "...en este caso sólo hay un responsable penal y civil en ese momento porque la referencia a otra persona cuya conducta ya se enjuició habrán de relacionarse entre sí en el momento procesal correspondiente... en este momento el "único" responsable enjuiciado en la sentencia debe ser condenado al pago de todos los daños y perjuicios sufridos, sin perjuicio de que si con la circunstancia de una anterior condena alguno de los procesados hubiera satisfecho la totalidad pudiera repetir contra el que no la satisfizo y ejercitar las acciones oportunas de resarcimiento frente al otro coimputado o frente al perjudicado para evitar el enriquecimiento injusto, dado que existe solidaridad entre los autores (art. 107 CP) y que el art. 1138 CC presume en las obligaciones mancomunadas (simples o solidarias) que el crédito o la deuda están divididas en tantas partes como acreedores o deudores haya".

140 La SAP Valladolid (sección segunda) nº 840/2002 de 22 de noviembre desestima una alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse formulado la demanda en la pieza separada contra un mayor de edad penal copartícipe, pues como es obvio, no podía demandársele en la jurisdicción de menores, añadiendo que esta imposibilidad "no impide la atribución de la responsabilidad civil, su totalidad al menor demandado en esta pieza, y ello sin perjuicio, claro es, de la acción que pudiera ejercitarse contra aquel tercero en su condición de responsable solidario de los daños causados a fin de obtener el resarcimiento del exceso en la indemnización que se haya abonado, debiendo tenerse en cuenta además, y como también razona el Juez de instancia, la imposibilidad de traer a la pieza como demandado o codemandado...a una persona mayor de edad penal".

141 En este sentido el auto del Juzgado de Menores nº 2 de Sevilla en sentencia 3/03 de 18 de marzo analiza un supuesto en el que el mayor de edad condenado por el delito de receptación satisfizo en el Juzgado de lo Penal el importe reclamado en la pieza separada de responsabilidad civil, por lo que declara que "la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal no puede prosperar, so pena de producir un enriquecimiento injusto" en la víctima. En todo caso, el razonamiento, que nos parece válido para desestimar la demanda de ejecución, no parece adecuado para impedir el dictado de sentencia condenatoria (salvo desistimiento del demandante), pues el que ha pagado tiene un interés legítimo en que se declare la responsabilidad civil del que debiera responder con él, a efectos de repetición.

La SAP León núm. 339/2003 (Sección 1ª), de 15 septiembre (Ponente: Ilma. Sra. Dª. Olga María Cabeza Sánchez) sigue también esta tesis: "se sostiene por el apelado que D. Romeo ya ha sido indemnizado por las lesiones sufridas por lo que se produciría una doble condena. Esto no es así, el menor será condenado a abonar las indemnizaciones solidariamente, con los «mayores» que resultaron igualmente condenados en el procedimiento seguido ante el juzgado de lo penal (folio 32 y ss.) por las lesiones sufridas por Romeo, sin perjuicio, si estas ya han sido abonadas en su integridad del derecho de repetición que tengan contra el menor y sus padres dichas personas, la indemnización es solo una, por unas únicas lesiones sufridas, aunque los autores de las mismas sean varios y por ello varios responsables civiles solidarios".

Cabe plantearse el supuesto en el que habiendo finalizado el expediente penal incoado al menor se promuevan las acciones civiles, pese a la concurrencia de copartícipes mayores de edad, sometidos a la jurisdicción penal de adultos, respecto de los que no han finalizado las actuaciones penales. Podría entenderse que no cabría promover acciones civiles contra ninguna persona hasta que no finalizaran todas las actuaciones penales (las penas ordinarias y las penas de menores). Sin embargo, en nuestra opinión, la respuesta ha de ser la contraria: cabrá ejercitar acciones contra el menor, pues su responsabilidad es solidaria¹⁴²

I.-16 Concurrencia de causas de exención de la responsabilidad criminal:

El art 5 LORPM establece la posibilidad de aplicar la circunstancias previstas en los nº 1º, 2º y 3º del art 20 CP 1995 (anomalía o alteración psíquica, trastorno mental transitorio, estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos y alteraciones en la percepción)

En este caso habrá de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 118 CP 1995, que establece que *“la exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º art. 20 no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: a) En los casos de los núms. 1º y 3º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.*

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”.

En estos casos conforme al art. 119 CP el Juez que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención procederá a fijar las responsabilidades civiles¹⁴³.

Conforme a estas disposiciones del CP, de aplicación supletoria, podría dictarse sentencia condenatoria en la pieza separada de responsabilidad civil, a pesar de haber recaído sentencia absolutoria en la pieza principal. Entendemos que de acuerdo con esta regulación especial del CP aplicable supletoriamente, quedaría derogada para este supuesto concreto la regla general de responsabilidad solidaria y objetiva de los padres, tutores y guardadores, pudiendo quedar éstos exentos de responsabilidad si se acreditara

142 Este es el criterio que sigue la SAP Almería, de 6 abril 1995 “se alegó la litispendencia al entender que había que esperar a la terminación del proceso penal contra los otros participantes en la cacería. Sobre este particular debemos de precisar que la responsabilidad que aquí se enjuicia dimana de hechos que ya han sido enjuiciados por el Juzgado de Menores y la responsabilidad de los enjuiciados en el proceso penal en trámite en todo caso sería solidaria con la que aquí se enjuicia por lo que sólo para exigirla a los acusados en el proceso penal sería necesario esperar a su terminación”.

143 "En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda."

una actuación diligente. Esta interpretación es equitativa y socialmente útil, teniendo en cuenta que alivia la ya de por sí gravosa situación en la que se encuentra quien tiene a su cargo un menor con graves alteraciones psíquicas.

Debe tenerse también presente que conforme a lo dispuesto en el art. 118.2º CP en relación con el art. 20.2º, si el menor fuese declarado exento de responsabilidad penal por apreciarse una eximente derivada de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas o drogas, también quedará subsistente la posibilidad de condena civil.

I.-17 Prescripción de la acción:

Ya la Séptima Partida, Ley XXII del Título IX declaraba que "fasta un año puede todo ome demandar enmienda de la deshonra o del tuero que recibió. E si un año pasase desde el día que le fuese hecha la deshonra, que non demandase en juicio enmienda de ella".

Es este el precedente del plazo de prescripción que el CC establece para la acción derivada de culpa extrancontractual.

Sin embargo, no será aplicable el ap. 2º, art. 1968 CC, que fija en un año el plazo de prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia a que se refieren los arts. 1902 y ss, pues este término prescriptivo es de aplicación tan sólo a las acciones nacidas de culpa extracontractual "no penadas por la ley". Cuando se ejercitan acciones tendentes a reclamar responsabilidades civiles nacidas de delitos o faltas, el plazo de prescripción será el general de 15 años de las acciones personales del art. 1964 CC.¹⁴⁴

144 144 Sentencia Tribunal Supremo núm. 1075/2003 (Sala de lo Civil, Sección Unica), de 18 noviembre Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez. para la Audiencia el plazo de prescripción de la acción no es el citado según los arts. 1902-1968, según el Juzgado, sino el de 15 años, porque, la acción es la civil «ex delicto», ex art. 1092 CC.... es bien evidente que, en ningún caso, por el Tribunal Penal se determinó que el ilícito hubiera comportado tipicidad penal alguna, al no ser constitutivo ni de delito ni de falta, por lo que, no es posible incardinar la acción dentro del alcance del art. 1092 del CC (LEG 1889, 27) («Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777] »), como hace la Sala, ya que, el pie forzoso de previa configuración punitiva es lo que habilita el ejercicio de la acción civil en este supuesto y, entonces, sí sería correcto el plazo de 15 años apreciado; más cuando, como en autos, se ejercita una acción de responsabilidad contractual del art. 1902 CC -y sin perjuicio de que también se aluda al art. 1092, y que, se repite, requiere el sustrato previo de declaración penal-, en mor de unos hechos que provocan una actuación penal sin responsabilidad alguna de este tipo, habrá que acoplar también el juego del denunciado en el Motivo, art. 1093: «Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro» y, por ello encajarlo en el marco de la prescripción anual aquiliana del art. 1968.2º.

En este sentido vid. SAP Castellón, S 02-10-1993, rec. 352/1992. Pte: Marco Cos, José Manuel (EDE 1993/13366), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las SS 21-3-84, 3-5-88 y 19-10-90

Igualmente y dentro de la subjurisdicción de menores, la SAP Castellón, sec. 3ª, nº 198/2004, de 14 de junio (Pte: Bardón Martínez, Adela) declara que el plazo de prescripción de la acción civil es el de quince años, que con carácter general para las acciones personales que no tengan señalado término especial fija el artículo 1964 del Código Civil

En cualquier caso, la acción, una vez notificado el perjudicado de la apertura de la pieza de responsabilidad civil, si se quieren aprovechar los cauces específicos de la jurisdicción de menores deberá ejercitarse en el plazo de un mes (art. 61.1 LORPM).

En el mismo sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, al disponer que " la acción a ejercitar ante el Juez de primera instancia prescribirá a los 15 años si fuere derivada de infracción penal (a excepción de la derivada de los delitos de calumnia e injurias que será de un año por disposición expresa del art. 1968.2 CC). Si fuere derivada de culpa extracontractual, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que en el Expediente penal no haya resultado acreditada la comisión de infracción penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento), el plazo de prescripción será el de un año (art. 1968.2 CC)". Las sentencias penales y civiles del procedimiento de menores deberán notificarse a los perjudicados, como preceptúa la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 siendo tales notificaciones esenciales a la hora de determinar el dies a quo del plazo de prescripción.

Debe tenerse presente que si el perjudicado se reserva la acción civil para ejercitarla en la vía civil, parece que de acuerdo con la disposición general del art. 61.1 LORPM "o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.", podría correrse el riesgo de que se entienda aplicable el régimen prescriptivo del art. 1968.2 CC. En cualquier caso será aplicable la regla de que mientras se sustancia la vía criminal no se

abre la vía civil, no iniciándose por tanto el plazo de prescripción de la acción civil (art. 114 LECrim)¹⁴⁵. Esto ya era claro en el sistema anterior a la LORPM¹⁴⁶

Esta cuestión engarza con el problema de cual debe ser el derecho a aplicar en los supuestos en los que la acción civil derivada de delito o falta se ejercite ante el orden jurisdiccional civil. En todo caso es claro que si se acude a la jurisdicción civil porque se ha dictado en la penal sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento en base a que los hechos no son delictivos, no podrán aplicarse las normas de responsabilidad civil de la legislación penal y nunca podrá jugar el plazo de quince años.

I.-18 Transmisibilidad de la obligación de indemnizar y del derecho a ser indemnizado:

La LORPM nada establece al respecto. Tampoco el CP actualmente en vigor. Sin embargo si se regulaba en el CP de 1973 que establecía al respecto, en su art. 105 que *"la obligación de satisfacer la responsabilidad civil y el derecho a reclamarla se transmiten respectivamente a los herederos del responsable y del perjudicado"*. También aparece regulado en la LECrim, de aplicación supletoria a la LORPM, estableciéndose en el art.

145 La SAP Álava Secc. 1.^a de 27 de mayo de 2005 (Ponente: Sr. Tapia Parreño) declara que *"los actores, en representación de su hija, han optado por la vía civil, conforme al citado art. 61.1, y entonces la acción prescribe al año, según el art. 1968.2 CC, pero el dies a quo no es el del acto ilícito, sino aquel en que el perjudicado ha optado por el ejercicio de la acción en el orden civil. Hasta entonces no se puede estimar que corra el tiempo de la prescripción. Por otra parte, analizado el hecho desde el punto de vista civil, aceptando que el agresor y sus padres eran responsables, conforme a los arts. 1902 y 1903.1 CC, es claro que el procedimiento penal interrumpiría la prescripción respecto de ellos --art. 114 LECrim.-- , pero también habría de entenderse interrumpida respecto del centro educativo, según el art. 1974 CC, puesto que se trata de una obligación solidaria propia que deriva de un diferente título de imputación... teniendo en cuenta que era posible que los actores ejercitaran una acción de responsabilidad civil durante la tramitación del proceso de menores en el seno de la Pieza mencionada contra el Centro educativo, no se puede aceptar el planteamiento de la recurrente en el sentido de que no existía ningún óbice para plantear la acción del art. 1903 CC ejercitada en este proceso, y, en última instancia, que no se habría interrumpido la prescripción de la acción civil ejercitada en esta sede por la tramitación del proceso en la jurisdicción penal juvenil... En el caso, los actores, en representación de su hija, han optado por la vía civil, según previene el art. 61.1 LORPM citado, y entonces la acción efectivamente prescribe al año, según el art. 1968.2 CC, pero el dies a quo no es el del acto ilícito, sino aquel en que el perjudicado definitivamente ha optado por el ejercicio de la acción en el orden civil y conforme al CC. Hasta entonces, hasta que decide reservarse las acciones en la citada Pieza, no se puede estimar que corra el tiempo de la prescripción, pues, reiteramos, está abierta la posibilidad de que el perjudicado pueda exigir a los responsables civiles directos y subsidiarios la responsabilidad civil ex delicto en el seno de la jurisdicción penal de menores"* Añade la sentencia, quizás de forma un tanto contradictoria que *"Es más, teniendo en cuenta que la acción a ejercitar ante el juez de Primera Instancia puede ser también la derivada del delito, una vez que se declara la responsabilidad penal de un menor, si se produce la reserva de acciones, como ya hemos indicado que es posible el ejercicio de una acción ex delicto contra un Centro educativo, según señalaba la circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado y ha establecido la jurisprudencia del TS (TS S 18 Nov. 2003), dado que el plazo para el ejercicio de esta acción civil es de 15 años, los demandantes podrían haber ejercitado esa acción en dicho plazo."*

146 STS de 13 septiembre 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba) siendo inconcuso que las actuaciones de los Tribunales Tutelares de Menores, por lo mismo que entrañan prejudicialidad a los efectos del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impiden la iniciación del cómputo del plazo prescriptivo en tanto no concluyan, como esta Sala ha declarado reiteradamente -sentencias de veintinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, ocho de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, ocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho de febrero de mil novecientos ochenta y tres -,

115 que “*la acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil*”.

I.-19. Derecho sustantivo aplicable en caso de reserva de acciones civiles

En el proceso penal de adultos, si el perjudicado se reserva las acciones civiles para ejercitarlas ante la jurisdicción civil, ha de esperar al resultado del proceso penal. Una vez finalizado éste, la acción a ejercitar ante la jurisdicción civil será la acción civil *ex delicto*, para el caso de que la sentencia en la vía penal hubiese sido condenatoria o la acción de responsabilidad civil extracontractual, conforme a los art. 1902 CC y ss, para el caso de que la sentencia hubiera sido absolutoria¹⁴⁷

Por extraño que parezca, conforme al art. 61.1 LORPM en este caso, aunque los hechos sean constitutivos de delito y así se declare en la sentencia penal del proceso de menores, si el perjudicado se reserva las acciones civiles para ejercerlas en la jurisdicción civil serán aplicables las normas del CC¹⁴⁸.

I.-20. La responsabilidad civil de los infractores menores de 14 años:

El artículo 3 de la LORPM regula el régimen de los menores de catorce años, disponiendo que “*cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.*”

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, en estos casos no serán de aplicación las disposiciones de la LORPM sino que el perjudicado deberá acudir ante el orden jurisdiccional civil para reclamar a través de las normas procedimentales de la LEC según la cuantía del pleito y conforme a las normas sustantivas del Código Civil (art. 1902 y ss). El fundamento es claro: además de que en ningún caso se les va a declarar responsables conforme a la Ley de reforma, la acción civil para depurar la responsabilidad civil regulada en la LORPM solamente nace de los hechos cometidos por las personas a las que resulte aplicable la misma, como expresamente establece el art. 2.2 de la Ley. No estando los menores infractores de 14 años abarcados dentro del ámbito de la Ley, tampoco debe serles de aplicación (ni a ellos ni a sus representantes), las disposiciones de derecho civil contenidas en la misma, no ya obviamente en el proceso de reforma, sino tampoco en el proceso civil declarativo ordinario¹⁴⁹.

¹⁴⁷ En este sentido, vid FONT SERRA, op cit pag. 29, con cita de la STS de 4 de mayo de 1983

¹⁴⁸ En el mismo sentido se pronuncian SAMANES ARA, Carmen “La responsabilidad penal de los menores”, Zaragoza, 2003. Igualmente se pronuncia en este sentido URBANO GÓMEZ, Susana, en “El régimen de responsabilidad civil «ex delicto» de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM)” “Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales *núm.* 7/2002. Ed. Aranzadi y CONDE PUMPIDO FERREIRO, Cándido, en “Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores” Ed. Trivium, 2001.

También contamos ya con algún pronunciamiento de Audiencias Provinciales¹⁵⁰. La remisión en bloque a la legislación civil, tanto procesal como sustantiva va a tener importantes consecuencias prácticas, entre otras, en nuestra opinión la de que el plazo de prescripción, aunque los hechos haciendo abstracción de la edad del infractor pudieran ser constitutivos de delito, el plazo sería el de un año y en ningún caso el de quince.

I.-21. Ayudas a las víctimas:

El art. 61.4 LORPM declara expresamente aplicables las disposiciones de la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Conforme a la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre, sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de los fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores *durante la fase de instrucción de los expedientes, cuidarán los fiscales de cumplimentar, cuando fuera procedente, la información de auxilios económicos, y de asegurar la incorporación al expediente de los elementos de prueba relativos a la realidad de los daños físicos y psíquicos sufridos por los agraviados para hacer posible la aplicación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, tal como dispone la Circular 2/1998*

Devendrá también aplicable, pese a que no se hace una referencia expresa, el régimen de ayudas a víctimas del terrorismo, conforme a lo dispuesto en la Ley 32/1999 de 8 de octubre *de solidaridad con víctimas del terrorismo*) y en el Real Decreto 1912/1999 de 17 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999.

Como reseña BUENO ARÚS “estas prestaciones tienen una configuración semejante a las prestaciones de la Seguridad Social, y también el fundamento, que es meramente la existencia de una necesidad que determina una carencia grave. Las prestaciones corren a cargo del Estado y son de suyo de diferentes características”¹⁵¹.

149 La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 sigue esta línea cuando afirma que "el procedimiento de responsabilidad civil ante el Juez de Menores no se seguirá cuando los hechos hubieren sido cometidos por menores de 14 años. En tales casos...los perjudicados habrán de ejercer la acción civil contra tales menores y sus representantes ante la jurisdicción civil".

150 SAP La Rioja núm. 374/2003 (Sección 1ª), de 5 noviembre (Ponente: Ilma. Sra. Dª. Carmen Araujo García) consta al folio 74 de las actuaciones Decreto del Fiscal archivando el expediente dado que "los presuntos responsables son menores de doce años", y, al folio 76, auto de fecha 26 de marzo de 2001 del Juzgado de Menores acordando el archivo del expediente, archivo que, efectivamente, se produjo, como consta al folio 92. Por tanto, ninguna declaración de responsabilidad en aquel expediente se produjo, ni en el mismo resultó constatada la autoría respecto al hijo de la demandada en cuanto a los daños ocasionados en el vehículo del actor; y, la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige, como elemento estructural de la misma, una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos; Dicha responsabilidad viene de modo indeclinable subordinada a la criminal, que surge de todo delito o falta; esto es, la responsabilidad civil es consecuencia indeclinable de la criminal y no puede exigirse sin la previa declaración de la existencia del hecho punible de la que dimana.

151 BUENO ARÚS, Francisco “Delito, responsabilidad civil y ayuda a las víctimas. Situación actual” Estudios Jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2004 pag 899

El principio de solidaridad social que inspira a la legislación de ayuda a las víctimas ya había sido consagrado en Declaraciones internacionales. Debe en este punto resaltarse la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 20 de noviembre de 1985, conforme a la que cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente, los Estados procurarán indemnizar financieramente a las víctimas de delitos graves que causen lesiones corporales o menoscabo de la salud física o mental; así como a la familia o las personas a cargo de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado incapacitadas. Para asemejar esta prestación económica al mutualismo o contrato de seguro, se fomentará el establecimiento de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. También en esta línea debe mencionarse el Convenio número 116 del Consejo de Europa (Estrasburgo, 24 de noviembre de 1983) sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos.

I.-22 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas:

I.-22.1 Ideas generales

Desde Rafael GAROFALO¹⁵², un sector de la doctrina se plantea la cuestión de promover la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la comisión de delitos cuando el delincuente no es habido o demuestra su insolvencia.

El art. 61.1 declara responsables civiles solidarios junto al menor, además de a los padres, a los tutores, acogedores y guardadores.

Teniendo en cuenta que las CCAA como entes públicos de protección de menores son las personas jurídicas que asumen la tutela y la guarda de los menores que se encuentran en situación de desamparo o riesgo, se plantea la cuestión de si pueden ser condenadas como responsables civiles en el procedimiento especial de exigencia de responsabilidad civil por hechos cometidos por menores.

En las líneas siguientes de este trabajo trataremos de aclarar cual es actualmente el *status quaestionis* en la jurisprudencia menor.

Aunque tras la promulgación del CP de 1995 se mantuvo por algún sector de la doctrina la tesis de que el Estado y las Comunidades Autónomas solamente podían ser condenados civilmente en el proceso penal en los supuestos estrictamente previstos en el art. 121 CP¹⁵³, pronto se abrió camino tanto en la doctrina como en la jurisprudencia

152 BUENO ARÚS, op cit pag 852. Para este autor el planteamiento es el siguiente: entre dejar a la víctima sin indemnización o imputar el importe de ésta a las partidas del Presupuesto como una contribución de todos (ciertamente impuesta y objetiva) a la satisfacción de las víctimas, suena mejor esto último. Sobre todo, cuando se añaden dos argumentos más: a) El Estado también tiene culpa en la situación de la víctima por no haber sido capaz de precaver el delito o de detener a su autor; y los fallos deben pagarse para dar ejemplo; b) La Sociedad, representada por el Estado, es una Sociedad criminógena, que provoca y facilita las injusticias y las conductas delictivas en un porcentaje matemáticamente incalificable e indemostrable, pero real; luego, es justo que contribuya también a satisfacer las justas consecuencias del delito.

153 Que dispone que “El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la

la posibilidad de responsabilidad civil *ex delicto* de los entes públicos, como cualquier persona jurídica, en base al art. 120.3 CP¹⁵⁴. Pese a los sucesivos intentos de legislador de residenciar en exclusiva la exigencia de responsabilidad civil de las administraciones en el orden contencioso, los mismos se han visto siempre abocados al fracaso¹⁵⁵

En esta dirección, el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000, resolvió que “el art. 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120-3.º del Código Penal”.

misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.“

154 El art. 120.3 CP dispone que Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

“A la vista de que sólo el art. 121 del CP alude específicamente a la responsabilidad subsidiaria del Estado, la provincia, el municipio y demás entes públicos, en tanto el art. 120 hace mención genéricamente a las personas naturales o jurídicas, se ha sostenido por algunos que la responsabilidad del Estado sólo puede fundarse en el art. 121 como norma de carácter especial, no siendo factible acudir a la normativa del art. 120.3.º. La pretensión de los que así hablan --voces generalmente venidas del campo administrativo, restringiendo la responsabilidad subsidiaria del Estado en vía penal-- es la de desplazar al área administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, las demandas contra las Administraciones Públicas. Tal argumentación es contestada por un sector amplio resaltando que el art. 120.3.º no establece ninguna distinción entre personas jurídicas públicas y privadas. Ante cualquier duda debe optarse por la interpretación más favorable a víctimas o perjudicados. Los arts. 2 e) y 4.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, favorecen, bien que de modo indirecto, semejante interpretación” Responsabilidad civil subsidiaria del Estado y de la Comunidad Autónoma. fundamentos legales que la viabilizan SOTO NIETO, Francisco. Diario La Ley nº 6014, 10 de mayo de 2004.

155 Gráficamente se han descrito estos intentos “Desde el punto de vista de la legislación procesal, la «publicación» de la materia resulta claramente de lo dispuesto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 (LJCA), cuyo art. 2, e) fue redactado originariamente en 1998 a base de incluir hasta tres proposiciones que, acumulativa y sucesivamente, atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones públicas. Disponía, en dicha redacción originaria, el art. 2, e) LJCA que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social». Como fácilmente se advierte, cualquiera de las oraciones incluídas en este apartado habría bastado por sí sola, formalmente, para conseguir la finalidad normativa prevista, mas el legislador prefirió repetir hasta tres veces, tres, la proposición. Tal contumacia formal suele ser indicio seguro, en las normas jurídicas, de escaso éxito material, y tan así ha debido ser ello (como inmediatamente veremos) que, en la reforma de la LJCA operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, el legislador ha considerado oportuno cuadruplicar por escrito el mandato legal, añadiendo a la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa de estas pretensiones la precisión de que ello tendrá

Con anterioridad a la vigencia de la LORPM el TS ya tuvo oportunidad de analizar la responsabilidad civil en vía penal de las Comunidades Autónomas por hechos cometidos por menores de entre 16 y 18 años sometidos a su tutela.¹⁵⁶

Con el nuevo sistema de responsabilidad civil instaurado por la LORPM en nuestra opinión claramente cabe condenar a las CCAA como responsables civiles junto al menor tutelado infractor. La responsabilidad de la CCAA como tutor sería además, sin duda solidaria junto a la del menor infractor¹⁵⁷.

Esta misma estructura de responsabilidad civil objetiva y solidaria sería aplicable cuando la CCAA hubiera asumido solo la guarda del menor¹⁵⁸.

lugar «aun cuando en la producción del daño concurren [las Administraciones Públicas demandadas] con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. RIVERO GONZÁLEZ, Manuel “La progresiva consagración de la jurisdicción penal como sede para el enjuiciamiento de responsabilidades administrativas” Estudios Jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia. 2004

156 Vid. STS 2ª, S 26-03-1999, núm. 473/1999, rec. 1285/1998. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDE 1999/1597) "veamos ya si se puede fundar la responsabilidad civil subsidiaria de la Comunidad Autónoma recurrente en el art. 120.1º CP. La Consejería... de La Rioja... declaró el desamparo del condenado en la Sentencia recurrida, que a la sazón aún no había cumplido los quince años, por lo que a partir de esa fecha asumió su tutela y, con ella, la obligación de adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda de acuerdo con lo previsto en el art. 172.1 CC. Dichas medidas, entre las que se encuentran las... de educar al menor y procurarle una formación integral, así como promover su mejor inserción en la sociedad, no parece que fueran adoptadas en modo suficiente por la mencionada Consejería. No se trata de imputarle a dicho Organismo el fracaso en la educación del condenado, puesto que el éxito o el fracaso de todo esfuerzo educativo es siempre un resultado aleatorio. Lo que cabe reprocharle es no haber hecho frente con la debida diligencia, una vez asumida por la misma la tutela, a la regresión y conflictividad que presentaba la conducta del sentenciado tras el cese de la medida judicial que le había sido impuesta por el Juez de Menores cuando aún no había sido declarado su desamparo... durante los catorce meses que transcurrieron entre la declaración de desamparo del acusado y la comisión del delito por el que ha sido condenado, estuvo éste en varios centros de protección de los que sistemáticamente se fugaba, sin que fuese posible retenerlo en ellos por la propia naturaleza de dichos centros y la índole meramente protectora de la función en cuyo desempeño se acordaba su ingreso. Si se hubiese tenido en cuenta que el sentenciado necesitaba una atención y un control más cercanos, que su conducta era cada vez más peligrosa para sí mismo y para los demás... y que el ambiente que claramente exigían las características de su personalidad era uno en que la autoridad y normas de régimen interior hubiesen compensado sus escasos mecanismos de autocontrol y de responsabilidad, el organismo tutelar, que lógicamente no podía cumplir la condición legal de la convivencia con el tutelado, si hubiese podido sustituir la inserción voluntaria del mismo en centros de protección, cuya inoperancia constantemente se ponía de manifiesto, por su puesta a disposición del Juez de Menores para que el mismo pudiese acordar de nuevo su internamiento en un centro de reforma. Permitir que, a lo largo de más de un año, el que entonces era todavía menor de dieciséis años llevase una vida errática, de marginación, fugas y conducta delictiva, llegando a consentirse pasivamente, tras la última fuga, el anuncio de que no pensaba ingresar en ningún otro establecimiento, no puede decirse que representase el puntual cumplimiento de los deberes de guarda que incumbían al Organismo que tenía su tutela por ministerio de la ley...cabe advertir un cierto nivel de negligencia que guarda con el delito cometido una relación de causa/efecto, lo que autorizaba al Tribunal de instancia a condenar a la Consejería... como responsable civil subsidiaria de los daños producidos"

157 SAP Burgos, sec. 1ª, de 12 de abril de 2002, rec. 42/2002. Pte: Carreras Maraña, Juan Miguel EDJ 2002/24388 “Partiendo de la idea de que es errónea la calificación de la Sentencia recurrida de que la responsabilidad de la Junta de Castilla y León es subsidiaria, pues claramente indica el art. 61 L.O.R.P.M. que la responsabilidad de los tutores o guardadores "será solidaria"

158 Vid. SAP Valladolid de 22 de octubre de 2002.(Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel de la Torre Aparicio). “... queda acreditado que la menor Kaoutar P. T. se hallaba bajo la guarda legal de la Gerencia

Debe tenerse en cuenta que respecto de los menores declarados en desamparo, las CCAA asumen la tutela y se colocan en una posición muy similar a la del tutor de Derecho Privado¹⁵⁹, por lo que como tal debe responder y, por tanto, conforme al art. 61.3 LORPM podrá ser demandado ante el Juzgado de Menores. De hecho, las impugnaciones a estas declaraciones de desamparo y las oposiciones a la tutela automática son conocidas por la jurisdicción civil y no por la contenciosa, pese a declararse mediante actos administrativos: el art. 172.6 CC dispone que “las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la Ley serán recurribles ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”. Esta tesis por lo

Territorial de los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León....Este es un régimen contemplado en el artículo 172 del Código Civil donde se distingue que la entidad pública encomendada de la protección de menores asume por ministerio de la Ley la tutela del menor en situación de desamparo, y asume la guarda del menor en dos supuestos: cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, y soliciten de dicha entidad que asuma su guarda durante el tiempo necesario, así como cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda. Esta guarda, a su vez, puede realizarse mediante el acogimiento familiar ejercido por la persona o personas que determine la entidad pública, o el acogimiento residencial que se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor...En virtud de lo expuesto, se estima que es competente esta jurisdicción de menores para resolver la responsabilidad civil reclamada ya que deriva de la guarda legalmente asumida por la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León respecto de la menor Kaoutar P. y ostentada en el momento de los hechos”.

En el mismo sentido, SAP Alava, sec. 2ª, 24/2004, de 10 de febrero Pte: Ilma. Sra. Doña Mercedes Guerrero Romeo, EDJ 2004/26238

Cabe igualmente citar la SAP Valladolid, 933/2002, de 23 de diciembre, (ponente De la Torre Aparicio) ...Como primer motivo de impugnación sostiene la falta de jurisdicción en base a que la responsabilidad civil frente a la Junta de Castilla y León debe seguir el régimen de la responsabilidad Patrimonial de la Administración, recogida en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, perteneciendo dicha pretensión al ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa e invoca, a tal efecto, la Circular de la Fiscalía 1/2000. A la luz de la propia Ley Orgánica 5/2000, entendemos que la Jurisdicción de Menores es hábil y adecuada para resolver la reclamación civil de los daños y perjuicios derivados de infracciones penales cometidas por menores pero con el contenido y alcance prevenido en la propia Ley (artículos 61 a 64). En efecto, el art. 61-3 permite deducir ante el Juez de menores la responsabilidad civil pertinente contra el menor y solidariamente contra sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, respecto de los cuales podrá ser moderada la citada responsabilidad cuando no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Y el apartado 4 del citado art. 61 establece expresamente que, en su caso, se aplicará también lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo cual debe interpretarse en relación con el número anterior en el sentido de que cabe deducir la responsabilidad civil contra la Administración Pública ante el Juzgado de menores, a través de la pieza de responsabilidad civil, pero cuando dicha Administración se encuentre en alguna de esas situaciones legales: tutor, acogedor o guardador legal o de hecho respecto del menor causante de los daños o perjuicios. No cabe confundir o identificar esta responsabilidad con la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de los servicios públicos, ya que aquella presenta un origen ex delicto (ilícito penal) y se extiende a las personas indicadas en el citado art. 61-3 de la LO 5/2000 en función del deber de control y vigilancia que los padres, tutores o guardadores han de tener sobre los menores a su cargo ya sea por virtud de la relación filial ya por los mecanismos de protección jurídica del menor previstos en el Código Civil. Así pues se trata de una responsabilidad equiparable a la prevista en el art. 1903 del Código Civil (responsabilidad por acto de otros) para los padres o tutores respecto de los actos de los hijos menores pero derivada de la comisión de un ilícito penal por parte de éstos.

159 En este mismo sentido se ha dicho que “estamos ante una verdadera tutela de Derecho Privado, aunque especial, sui generis, caracterizada por su ámbito subjetivo (se aplica a los menores desamparados), por el órgano al que corresponde (la Entidad Pública de Protección de Menores) y, sobre todo, por su carácter automático (que altera el régimen de constitución judicial propio de la tutela ordinaria, al constituirse sin intervención judicial” LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina “La responsabilidad civil del menor”

demás ha sido acogida por las Audiencias Provinciales¹⁶⁰. Este parece ser también el criterio de la Fiscalía General del Estado¹⁶¹.

La responsabilidad de las CCAA por hechos cometidos por menores tutelados se ha consolidado hasta el punto de imputarles los hechos cometidos por un menor tutelado incluso aunque el daño lo recibiera un profesor o empleado de la Comunidad encargado en ese momento de velar por el mismo¹⁶².

En el fondo, en nuestra opinión, está latente en esta atribución de responsabilidad objetiva a las Comunidades Autónomas la corriente que propugna la socialización de los daños y perjuicios derivados de la delincuencia juvenil, en sintonía con la dirección doctrinal que propone “la desaparición absoluta de la obligación personal del delincuente,

Dickynson, 2001

160 La SAP Valladolid (sección segunda) nº 840/2002 de 22 de noviembre contesta a la alegación de la falta de jurisdicción alegada por la Entidad Pública de Protección de Menores, demandada por ser la tutora del menor causante de los daños “la jurisdicción de menores...es hábil y adecuada para resolver la reclamación civil de los daños y perjuicios derivados de las infracciones penales cometidas por menores, y ello porque, si bien es cierto que el apartado cuarto del art 61...establece que , en su caso se aplicará también lo dispuesto en el art 145 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no lo es menos que tal disposición ha de ponerse en relación con el número anterior del indicado art 61 y en el sentido de que cabe deducir la responsabilidad civil contra la Administración Pública por este procedimiento ante el Juzgado de Menores cuando la misma se encuentre en alguna de las situaciones legales mencionadas (tutor, acogedor o guardador legal o de hecho...), no pudiendo confundir o identificar esta responsabilidad con la responsabilidad patrimonial de la Administración puesto que aquella presenta un origen ex delicto y se extiende a las personas indicadas en el citado art 61.3 en función del deber de control y vigilancia que los padres, tutores o guardadores han de tener sobre los menores a su cargo en virtud de la relación de filiación o de los mecanismos de protección jurídica del menor previstos legalmente”.

En el mismo sentido, SAP Alava núm. 149/2003 (Sección 2ª), de 31 julio (Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mercedes Guerrero Romeo). En la fecha en que ocurrieron los hechos el Consejo del Menor era el guardador legal de Luis Andrés , se había responsabilizado de su guarda y custodia, por lo que conforme a lo establecido en el art. 61.3 LORPPM es también responsable solidario de los daños y perjuicios ocasionados por el menor como consecuencia de los hechos que este realice.

Por todo ello, la Sala estima que el Consejo del Menor tiene que responder de los daños y perjuicios ocasionados por Luis Andrés el día 11 de enero de 2.002, primero por mandato legal como especifica el art. 61.3 LORPPM, y en segundo lugar porque el Consejo, conociendo la conflictividad del menor y sus antecedentes, no tomó las medidas necesarias para vigilarle e impedir que saliese en compañía de otro menor del centro a realizar todos los actos ilícitos cometidos en la fecha ya indicada.

Cabe también citar la SAP Valladolid 758/2002, de 22 de octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel de la Torre Aparicio). “A la luz de la normativa de la propia Ley Orgánica 5/2000, entendemos que la Jurisdicción de Menores es hábil y adecuada para resolver la reclamación civil de los daños y perjuicios derivados de infracciones penales cometidas por menores pero con el contenido y alcance prevenido en la propia Ley ...el apartado 4 del citado art. 61 establece expresamente que, en su caso, se aplicará también lo dispuesto en el art. 145 de la Ley 30/1992... lo cual debe interpretarse en relación con el número anterior en el sentido de que cabe deducir la responsabilidad civil contra la Administración Pública por este procedimiento ante el Juzgado de menores cuando la misma se encuentre en alguna de esas situaciones legales mencionadas: tutor, acogedor o guardador legal o de hecho del menor que ha cometido el ilícito penal causando los daños o perjuicios. No cabe confundir o identificar esta responsabilidad con la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que presenta un origen ex delicto (ilícito penal) y se extiende a las personas indicadas en el citado art. 61-3 en función del deber de control y vigilancia que los padres, tutores o guardadores han de tener sobre los menores a su cargo, en virtud de la relación de filiación o de los mecanismos de protección jurídica del menor previstos en el Código Civil . Es una responsabilidad civil equiparable a la prevista en el art. 1903 del Código Civil para los padres o tutores...

La SAP Alava, sec. 2ª, nº 173/2004, de 7 de octubre (Pte: Poncela García, Jesús Alfonso) también condena a la Administración como guardadora en un supuesto en el que un menor internado en un centro lesiona a un agente de la Policía Autonómica

derivada de su condición de fecedor, sustituyéndola por un régimen propio de la Seguridad Social, en que la responsabilidad se desvincula de la culpabilidad y se fundamenta, mejor que en el principio *cuius commoda eius incommoda*, en el principio fundamental de solidaridad que es propio de un Estado democrático de Derecho”.¹⁶³

Esta corriente socializadora, no puede *de lege data*, tener sino un impacto limitado. No obstante, como veremos, la jurisprudencia menor es muy rigurosa en supuestos de menores protegidos por las Comunidades Autónomas y en menores sometidos a medidas de reforma ejecutadas también por las CCAA, a la hora de declarar la responsabilidad de éstas. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, como dato sociológico que un importante porcentaje de menores infractores procedentes de familias desestructuradas son o han sido protegidos por las CCAA.

I.-22.2. Delitos cometidos por menores en Centros de Internamiento

161 Esta parece ser también la postura de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, *a contrario* cuando en relación con los menores de 14 años establece que "no obstante, cuando la acción tienda a exigir la responsabilidad de la Administración con fundamento en la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores derivada de los actos de los menores a su cargo, el conocimiento de tales pretensiones compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y en el art. 2, apartado e), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

162 SAP núm. 2/2002 Lleida (Sección 2ª), de 11 marzo. Recurso de Apelación núm. 4/2001. Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda JUR 2002\118814 “habiendo asumido la Generalitat de Catalunya, a través de la Dirección General de Atención al Menor, la tutela del menor Jesús Jiménez en el año 1998, y encontrándose éste en un Centro Educativo de Atención a la Infancia, no se aprecia motivo alguno por el que la ahora demandante deba ser considerada como guardadora de hecho a los efectos del art. 61-3. El hecho delictivo se produjo durante una clase de cocina en la que los alumnos tienen a su disposición instrumentos o utensilios peligrosos como es el cuchillo con el que se cometió la agresión. La decisión de cual es el centro adecuado para el adecuada guarda, control, tratamiento o vigilancia del menor no le incumbe a la ahora perjudicada ni tampoco le corresponde decidir sobre cuales son las actividades en las que puede participar, habida cuenta de los informes técnicos que advierten de los impulsos agresivos del menor, de los ingresos en tres ocasiones en la Unidad de Crisis de Adolescentes por episodios de auto y heteroagresividad y de la necesidad de supervisión constante por un adulto para mantener una línea de funcionamiento adecuada y adaptarse a la dinámica de grupo. Lo único que consta en autos es que la demandante era la profesora del taller de hostelería del centro (así lo manifiesta la Sra. R. C. en su comparecencia ante los Mossos d'Esquadra). En tales circunstancias no es admisible que la Generalitat pretenda trasladar a la demandante los riesgos que comporta el ejercicio de la tutela, guarda, custodia y formación del menor que desempeña por ministerio de la Ley (art. 172-2 y 269 CC), y aún cuando en el momento mismo de la agresión el menor se encontrara en la clase que aquella impartía, es evidente que lo hacía sometida a las instrucciones, supervisión, dirección y vigilancia de quien tiene asumida la tutela, sin que pueda modificar su responsabilidad ni trasladarla a un tercero en virtud de un contrato de trabajo (que no consta) puesto que por su propia naturaleza de orden público y por el carácter tuitivo que la tutela comporta, asumió una serie de facultades y deberes que son intransmisibles”

163 BUENO ARÚS, Francisco “Delito, responsabilidad civil y ayuda a las víctimas. Situación actual” Estudios Jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2004 pag 898 Este autor añade que “Sin embargo, con carácter ejemplar se podrá mantener la responsabilidad civil derivada del delito tal cual en los Códigos futuros, a fin de que, si el delincuente llega a ser habido o viene a mejor fortuna, sea objeto de una acción de repetición por parte del Estado que pagó para evitar un enriquecimiento indebido por parte de aquél”.

Debe tenerse en cuenta que conforme a la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de los art. 120.3 y 121¹⁶⁴, en los casos de delitos cometidos en Centros de Internamiento por menores, existiendo infracciones reglamentarias, podrá demandarse a la Comunidad Autónoma como responsable civil subsidiaria en la pieza de responsabilidad civil.¹⁶⁵

La jurisprudencia menor ha analizado estos supuestos, decantándose por la condena de las Comunidades Autónomas en casos de agresiones cometidas por menores internados en Centros de reforma contra sus compañeros de internamiento¹⁶⁶ o contra sus cuidadores o vigilantes.

164 “Las sentencias de 28 de junio de 2000, 5 de junio de 2001 y 13 de junio de 2003 ofrecen un perfecto esquema acerca de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos. La misma se producirá en los siguientes casos: a) Cuando los personalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar. 1. Sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos. 2. Que el hecho se hubiere cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones. 3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados. b) Cuando no sean responsables de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias: 1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos. 2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible. 3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito cuyos daños se tratan de resarcir”. Responsabilidad civil subsidiaria del Estado y de la Comunidad Autónoma. fundamentos legales que la viabilizan SOTO NIETO, Francisco. Diario La Ley nº 6014, 10 de mayo de 2004

165 Así por ejemplo la STS 2ª, 28-06-2000, núm. 954/2000, Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José declara que " el art. 121 del C.P. no es de aplicación porque el homicida no era agente de la Administración Penitenciaria, sino que, por el contrario, su vínculo con ella, como el de su víctima, era de sujeción especial (SSTC 120/90 y 57/94) y convertía a los funcionarios competentes para la organización de la seguridad en la cárcel en garantes de la vida y de la integridad corporal de los internos pues así lo establece el art. 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de modo que si los controles de seguridad no detectaron el arma con la que un interno mató a otro, los encargados de realizarlos incurrieron en una omisión culposa que influyó causalmente en la producción del resultado, caracterización esencial del art. 120.3 que es, por ello, aplicable a la cuestión discutida al concurrir, además, todos los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo, invariablemente respecto al derogado art. 21 del C.P. de 1.973". En el mismo sentido, STS 1360/2000, de 10 de julio.

166 SAP Valladolid, 23 de diciembre de 2002, (ponente De la Torre Aparicio) PRIMERO.- La Junta de Castilla y León impugna la sentencia de instancia, que condena de forma solidaria a Juan B. B. y a la Gerencia Territorial de los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León a indemnizar a Adolfo F. B. la cantidad de 1.020 euros en concepto de responsabilidad civil, así como al pago de las costas de instancia. A través del recurso la Junta de Castilla y León solicita su absolución alegando las excepciones de falta de jurisdicción y falta de legitimación pasiva; y subsidiariamente, pide que se modere, en aras del principio de culpabilidad, la cuantía indemnizatoria....En el presente caso, nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad civil derivada de unas lesiones dolosas causadas en el Centro de Menores Zambrana por el menor Juan B. B. al también interno Adolfo F. B., al haberle agredido y golpeado en la cabeza a consecuencia de lo cual éste último sufrió fractura del cuello del segundo metatarsiano de la mano derecha y rotura parcial del incisivo superior derecho para cuya curación precisó, además de 64 días de los que 50 estuvo incapacitado, de tratamiento médico consistente en inmovilización con escayola durante 34 días, y tratamiento rehabilitador dirigido por un médico durante un mes quedándole como secuelas, rotura parcial del incisivo superior derecho. Por estos hechos Juan B. B. fue declarado autor de un delito de lesiones imponiéndosele la medida de internamiento en régimen semiabierto por tiempo de seis meses. Juan B. B., cuando realizó los hechos enjuiciados, el 29 de julio de 2001, tenía 17 años y se encontraba internado en el

También se ha condenado a la Comunidad Autónoma como responsable civil por los hechos cometidos por un menor que se encontraba fugado del centro en el que debía estar cumpliendo una medida de internamiento impuesta conforme a la LORPM¹⁶⁷.

Igualmente se declara la responsabilidad de la CCAA por hechos cometidos por el menor sometido a medida de internamiento en centro semiabierto, en un momento en el que el menor infractor estaba fuera del centro, declarando que tal responsabilidad es objetiva¹⁶⁸.

Centro de Menores infractores de Zambrana cumpliendo una medida de internamiento en régimen semiabierto por tiempo de 18 meses impuesta por el Juzgado de menores.

167 SAP Salamanca núm. 2/2004 (Sección 1ª), de 26 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo) Alega la entidad recurrente en apoyo de su pretensión impugnatoria de la sentencia de instancia, en primer lugar, que la Administración Autonómica no ostenta la tutela del menor Jesús Ángel, sino que se ha limitado en el pasado a procurar, en el ejercicio de sus facultades de protección, las medidas de apoyo que se han estimado más adecuadas debido a las graves conductas asociales que el mismo presentaba; en segundo término, que dicho menor tampoco se hallaba en acogimiento residencial, ni bajo la guarda de la Sección de Protección a la Infancia de la entidad Pública, toda vez que, a raíz de decretarse por el Juzgado de Menores de Salamanca la medida de internamiento en Centro Terapéutico en la Unidad de Socialización del Centro "Zambrana" de Valladolid, la Gerencia Territorial de Servicios Sociales acordó mediante Resolución de fecha 14 de mayo de 2.002 dejar en suspenso el acogimiento residencial en el Centro "Santiago Uno", al no resultar compatible con la medida judicial adoptada; y finalmente, que los hechos origen de la responsabilidad civil que se declara ocurrieron tras fugarse el referido menor del Centro "Zambrana" y hallándose en el domicilio y bajo la guarda de hecho de su abuela materna Doña Antonieta, por la que incluso el día 24 de septiembre de 2.002 se compareció ante el Juzgado de Menores para manifestar que tal menor se encontraba con ella....Tercero.- Ahora bien, si es verdad que puede afirmarse que la entidad recurrente no ostentaba la tutela del menor Jesús Ángel, no puede desconocerse: 1º) que el expediente de acogimiento residencial a que el mismo se hallaba sujeto no fue cancelado tras su internamiento en el Centro "Zambrana" por acuerdo del Juzgado de Menores, sino que simplemente se dejó en suspenso aquella medida de acogimiento residencial por ser incompatible con la de internamiento; 2º) que el referido menor, cuando se encontraba cumpliendo la medida de internamiento en el Centro "Zambrana", asimismo de titularidad de la entidad recurrente, se fugó del Hospital al que había sido llevado para la curación de unas lesiones que se había ocasionado en un descuido de la cuidadora que le acompañaba... al tiempo de la comisión de los hechos origen de la responsabilidad civil dicho menor se encontraba bajo la guarda de la entidad pública recurrente, y ello no solo por el expediente de acogimiento que tenía abierto, sino porque el mismo estaba con medida de internamiento en un Centro de Reforma de la misma entidad, en la que por consiguiente recaía el deber de vigilancia, y del que se había fugado. Concorre, por ello, el presupuesto necesario para su declaración de responsabilidad civil, de acuerdo con el artículo 61. 3º, de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores..."

168 SAP Zaragoza, sec. 1ª, nº 174/2004, de 28 de abril, Pte: Blasco Obedé, Rubén EDJ 2004/30028 "El menor estaba al cuidado de la Comunidad Autónoma, y la existencia de un régimen semiabierto, aunque en ejecución de una medida del Juzgado, no excluye el deber de vigilancia sobre el menor y la responsabilidad derivada del mismo por parte de la recurrente, no pudiendo olvidarse que en realidad el sistema de protección del menor, con las medidas establecidas en la ley, supone un cauce para su reeducación por la institución pública correspondiente, cauce que se entiende fracasado si el tutelado comete una infracción tipificada, siendo responsable la Comunidad Autónoma, tesis ya seguida por este Tribunal en sentencias como la número 88 de 2 de marzo de 2004. Se insiste, la ley, precisamente acogiendo la tesis expuesta, permite la minoración, nunca la anulación de la responsabilidad".

En nuestra opinión la condena de la CCAA en estos supuestos en los que no tiene asumida la tutela ni la guarda en sentido civil, conforme a los art. 172 y ss CC, debiera encauzarse por la vía del art. 120.3 CP, como responsabilidad subsidiaria y no por otra vía.

Sin embargo, la doctrina que se va acuñando de los precedentes de las Audiencias Provinciales apunta a considerar que aunque los menores internados en Centros de reforma no tengan medidas civiles de protección, se encontrarían en relación con la CCAA en una situación similar a la de la guarda regulada en el CC por lo que la responsabilidad de éstas no sería subsidiaria sino solidaria¹⁶⁹.

Aun admitiendo esta interpretación, la misma habrá de quedar limitada en todo caso a los supuestos en los que los internados sean propiamente menores. Si ya han rebasado la edad de 18 años al tiempo de cometerse los hechos solo cabrá la responsabilidad de la CCAA por la vía del art. 120.3 o 121 CP.

En nuestra opinión también podría plantearse exigir responsabilidad no solo de la CCAA sino de la Fundación o Asociación que ha asumido la responsabilidad de la gestión de los centros de internamiento.

I.-22.3 Moderación de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas

Se ha rechazado el uso de la facultad de moderación respecto de las entidades públicas de protección cuando los antecedentes del menor pusieran de relieve la existencia de factores de riesgo y pese a ello no se hubieran adoptado las medidas adecuadas para neutralizarlos¹⁷⁰.

169 SAP Salamanca núm. 2/2004 (Sección 1ª), de 26 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo) “...al tiempo de la comisión de los hechos origen de la responsabilidad civil dicho menor se encontraba bajo la guarda de la entidad pública recurrente, y ello no solo por el expediente de acogimiento que tenía abierto, sino porque el mismo estaba con medida de internamiento en un Centro de Reforma de la misma entidad, en la que por consiguiente recaía el deber de vigilancia, y del que se había fugado. Concorre, por ello, el presupuesto necesario para su declaración de responsabilidad civil, de acuerdo con el artículo 61. 3º, de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...”
En el mismo sentido, SAP Zaragoza, sec. 1ª, 174/2004, de 28 de abril Pte: Blasco Obedé, Rubén EDJ 2004/30028

170 SAP Alava, sec. 2ª nº 149/2003, de 31 de julio Pte: Guerrero Romeo, Mercedes EDJ 2003/89834 En la fecha en que ocurrieron los hechos el Consejo del Menor era el guardador legal de Luis Andrés, se había responsabilizado de su guarda y custodia, por lo que conforme a lo establecido en el art. 61.3 LORPPM es también responsable solidario de los daños y perjuicios ocasionados por el menor como consecuencia de los hechos que este realice. No podemos acceder a la petición del recurso en cuanto a que se modere la responsabilidad de la institución puesto que esta es una responsabilidad objetiva que corresponde solidariamente a los padres o en su caso tutores o guardadores de hecho o legales del menor, que en todo caso los Jueces y Tribunales podrán moderar, pero que en este caso no corresponde puesto que el Consejo del Menor ya con anterioridad a que se encargase de la guarda de Luis Andrés conocía los antecedentes de éste, sabía que era una persona conflictiva, que debía ser vigilada de cerca, y debió adoptar desde el primer día las medidas necesarias de vigilancia que le correspondían en relación con las circunstancias personales del menor.

En esta misma línea la SAP Córdoba (sección 2ª), 79/2004, de 13 de abril rechaza la moderación de la responsabilidad de la Comunidad pues *en el supuesto de autos concurre una peculiaridad que pone de manifiesto una cierta negligencia en el cumplimiento de las funciones de custodia del menor, puesto que las actuaciones obrantes en la causa ponen de relieve que el mismo (ver encabezamiento sentencia 5-7-2002 (folio 52) tenía su domicilio en el centro de las Lagunillas de Jaén, lo que denota que dicho menor se*

También se ha rechazado la moderación cuando el menor protegido por la Entidad Pública cometió el delito mientras permanecía fugado del Centro de Protección¹⁷¹.

La SAP Burgos, sec. 1ª, de 12 de abril de 2002¹⁷² analiza esta cuestión en un supuesto en el que un menor inmigrante extranjero respecto del que la Comunidad ha asumido su protección, agrede a un vigilante jurado del centro en el que es internado. La sentencia reconoce la responsabilidad civil de la CCAA pero a la hora de ponderar la posible moderación de su responsabilidad se decanta por dar un tratamiento específico a la Entidad Pública, reduciendo el *quantum* indemnizatorio del que deben responder, sobre la base de valorar la finalidad altruista de la custodia y la necesidad de no desmotivar el ejercicio de este tipo de custodia¹⁷³. En este punto entendemos que el argumento utilizado

había fugado de tal centro y que por parte de los responsables de dicha institución no se tomaron las medidas de vigilancia adecuadas y cuya omisión evidencia una cierta negligencia influyente, en ultimo termino, en los resultados dañosos, de los que, por ello, habría de responder con carácter solidario.

171 La SAP Córdoba, sec. 2ª, nº 123/2004, de 9 de junio (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón) analiza “si la facultad moderadora prevista en el art. 61.3 L.O. 5/2000 debe hacerse con un porcentaje notoriamente mayor siendo especialmente relevante que la Junta de Andalucía no ha favorecido la conducta del menor...El motivo del recurso no debe prosperar pues la responsabilidad del art. 61-3 se explica en función del deber de control y vigilancia que los padres, tutores o guardadores de hecho han de tener sobre los menores a su cargo en virtud de la relación de filiación o de los mecanismos de protección jurídica del menor previstos legalmente y es por ello que la doctrina critica la forma de moderar dicha responsabilidad, la del favorecimiento que sitúa al borde del abismo la posibilidad de reclamar a un tercero vinculado jurídicamente con el menor cualquier tipo de acción, toda vez que la subordinación plasmada conllevaría una insignificante cuota, de ahí que se postula su aplicación de forma restrictiva por motivos de equidad, razones históricas y coordinación con el tratamiento que de ello se hace en el orden civil tanto en el derecho positivo (arts. 270, 1094, 1104, 1719, 1889 y 1903) como en la doctrina mayoritaria de la Sala 1ª T.S. (ss. 11-10-90, 12-2-94, 30-6-95, 9-7-98, 15-3-99 y 10-4-2000), máxime cuando en el supuesto de autos concurre una peculiaridad que pone de manifiesto una cierta negligencia en el cumplimiento de las funciones de custodia del menor, puesto que las actuaciones obrantes en la causa ponen de relieve que el mismo (ver encabezamiento diligencias preliminares) tenía su domicilio en el centro de DIRECCION000, CALLE000 núm. 000 Córdoba, lo que denota que dicho menor se había fugado de tal centro y que por parte de los responsables de dicha institución no se tomaron las medidas de vigilancia adecuadas y cuya omisión evidencia una cierta negligencia influyente, en ultimo termino, en los resultados dañosos, de los que, por ello, habría de responder con carácter solidario.

172 (Pte: Carreras Maraña, Juan Miguel EDJ 2002/24388)

173 Razona así la sentencia reseñada: “queda por resolver si en el presente caso concreto procede moderar la responsabilidad de la Entidad Pública recurrente ...Sobre este particular precede estimar que la facultad de moderación debería de ejercerse en función del deber de guarda que corresponda en cada caso, y aminorarse la responsabilidad del acogedor que realiza esta función de forma altruista, para no desmotivar a las personas que se ofrecen a realizar estas labores, o del guardador de hecho, en los casos en que los representantes legales directos hayan hecho dejación de sus funciones, sin que, en ningún caso sea posible la exclusión total de responsabilidad, ni aun acreditando haber actuado con la máxima diligencia, porque ello no lo permite la letra de la ley.

En nuestro caso concurren algunas circunstancias concretas que deben de tomarse en consideración:

- 1.- La parte condenada a abonar las responsabilidades civiles al perjudicado por la agresión del menor en una entidad pública y precisamente la encargada de la protección y custodia de los inmigrantes extranjeros como es la Junta de Castilla y León, lo cual acredita con toda evidencia y obviedad que en ningún caso habrá favorecido la actividad delincencial del menor, sino que por su propia función y finalidad lo ha protegido y evitado.
- 2.- A mayor abundamiento en este caso resulta que el lesionado es el Vigilante de Seguridad contratado por la Junta de Castilla y León para evitar altercados y agresiones en el Centro de Acogida.

no es especialmente atendible pues la necesidad de no desmotivar debe ser predicable de los particulares que asumen este tipo de funciones de forma voluntaria, pero no de las Entidades Públicas que ejercen esta función conforme a la obligación *ex lege* que les corresponde, por lo que no debiera jugar ningún papel la mayor o menor motivación, no ya de la Entidad Pública, que como persona jurídica carece de esas dimensiones psicológicas, sino tampoco respecto de los funcionarios que la sirven, que deben cumplir con sus deberes con independencia de que se encuentren subjetivamente mas o menos predispuestos.

I.-22.4 Otros supuestos de posible responsabilidad del Estado o de las Comunidades Autónomas

Cabe plantearse si la Comunidad Autónoma habrá de responder también por los actos de quienes aun no habiendo sido formalmente declarados en desamparo, lo estaban materialmente, cuando la misma, pese a tener conocimiento de la situación, no haya actuado promoviendo la declaración de desamparo¹⁷⁴. En nuestra opinión en estos supuestos la Comunidad habría también de ser condenada como responsable civil. Otra interpretación supondría fomentar el fraude de ley e incentivar el incumplimiento de las obligaciones que en materia de protección de menores están atribuidas a las Comunidades Autónomas. En apoyo de esta tesis favorable a la responsabilidad pese a la inexistencia de declaración formal de desamparo podría esgrimirse tanto el carácter automático de la tutela por desamparo¹⁷⁵ como –analógicamente- lo dispuesto en el art. 229 CC en relación con la responsabilidad en que incurren quienes obligados a promover la tutela no lo hicieren. En definitiva, no podría premiarse con la exención de responsabilidad a quien precisamente incumplió una obligación que de haber respetado hubiera hecho nacer esa responsabilidad¹⁷⁶.

Estos criterios entendemos también serían de aplicación en los supuestos en los que la Comunidad Autónoma acuerda el cese en la tutela de menores especialmente problemáticos so pretexto de que la actitud del menor impide actuar en su protección. Estos acuerdos de cese de tutela no tienen ningún fundamento legal y por tanto, no pueden traer como consecuencia en nuestra opinión la exención de responsabilidad.

Es claro, pues, que procede "moderar" la responsabilidad de la entidad condenada, pues, como se ha indicado, si bien no es legalmente posible excluir la responsabilidad ante ésta situación, sin embargo procede moderar la responsabilidad que por imperativo legal sería solidaria, en el 50% de la indemnización fijada y por lo tanto se cifra la indemnización en 84.10 E ó 14.000 Ptas.

174 Este conocimiento previo podría acreditarse por ejemplo por el hecho de que el menor hubiera estado ingresado por encontrarse de hecho en desamparo, en un Centro de protección dependiente de la Comunidad, sin que ésta –sin causa justificada- hubiera asumido la tutela.

175 A este respecto, el art. 172 CC dispone que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas"

176 Debe recordarse que la LO 1/96 de 15 de enero dispone en su art 18 que "1. Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

No obstante algún pronunciamiento de Audiencias ha exigido cumplida prueba de que en el momento de cometerse los hechos el menor se encontraba ya bajo la tutela de la Entidad Pública de Protección de Menores, no considerando a tales efectos suficiente que el proceso de asunción de tutela se hubiera iniciado.¹⁷⁷

La SAP Zaragoza, sec. 1ª, nº 88/2004, de 2 de marzo¹⁷⁸ condena al menor inculcado como responsable civil directo por los daños causados en un vehículo durante el período en que estaba detenido por la Policía y a la Dirección General de la Policía como responsable civil solidaria, al considerar que la culpa "in vigilando" de la Dirección General de la Policía como organismo directo de custodia es patente y quedó acreditada. En este supuesto el Ministerio Fiscal al plantear la demanda de responsabilidad civil por daños en un turismo, lo hace: a) Contra el menor, como principal responsable civil ya que él causó los daños. b) Contra la madre del menor, por culpa in educando. c) Contra la D.G.P. como Responsable Civil Solidaria (culpa in vigilando); "y si bien es cierto que ante este planteamiento no cabría oponer la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, por haber sido traídos al proceso todos aquellos que pudieran verse afectados o alcanzados por el fallo, necesidad derivada de la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada y de evitar fallos contradictorios; no lo es menos que cuando suceden los hechos ninguna responsabilidad por los mismos puede atribuirse a la madre del menor, dado que éste se encontraba guardado legalmente (o bien de hecho) por los funcionarios de policía que se encontraban en aquel momento de servicio en las dependencias de la Fiscalía de Menores, y que tienen la obligación de detener al menor y custodiarlo art. 17.4 de L.O. 5/2000 , y 5.3 de LO.5/1986 donde se establece la obligación de custodia a los detenidos.

I.-22.5. Concurrencia de los padres biológicos u otros potenciales responsables del menor tutelado por la CCAA:

Como sabemos, el nº 3 del art. 61 LORPM dispone que *"cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden"*.

177 SAP Soria 130/2003 (Sección 1ª), de 17 octubre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael María Carnicero Giménez de Azcárate.) Como fundamento del recurso, la Entidad Administrativa alega que en el momento de cometerse los hechos que dieron lugar a la pieza de responsabilidad, la menor Julia no estaba bajo la tutela de la Junta de Castilla y León, que comenzó el 13 de noviembre de 2002...Analizando el recurso promovido por la Junta de Castilla y León, que aduce que en la fecha en que se cometieron los hechos que dieron lugar a la pieza de responsabilidad civil, observamos que ni en la sentencia dictada por el Juzgado de Menores, objeto del presente recurso, ni en la sentencia dictada el 4 de abril de 2003, en la que se enjuician los hechos cometidos por los menores y que dieron lugar al origen de la pieza de responsabilidad, resulta acreditado que la Junta de Castilla y León tuviera asumida la tutela de la menor Julia . Efectivamente, la sentencia objeto de recurso en su fundamento jurídico primero, afirma que la referida menor en el momento de los hechos, "estaba siendo sometida a tutela administrativa por la Junta de Castilla y León". Sin embargo, tras un reexamen de la prueba en esta alzada, no resulta acreditado que esta Entidad tuviera asumida la tutela de la menor en el momento de la comisión de los hechos, pues no consta prueba alguna en ese sentido. Por tanto, la sentencia objeto de recurso considera probado que la Junta tenía la tutela de la menor, cuando ello no resulta así. Y por ello, el recurso debe prosperar, al no poder imputarse la responsabilidad a la Gerencia de Servicios Sociales, por no quedar acreditado que la menor Julia estuviera bajo la custodia de la Administración cuando sucedieron los hechos de los que dimana la pieza de responsabilidad.

178 Pte: López Millán, Antonio Eloy EDJ 2004/11096

Como quiera que en múltiples supuestos pueden concurrir distintas categorías de responsables, se plantea la cuestión de si el hecho de que se aprecie la responsabilidad de quien ocupa una posición preferente, (v. gr. padre), impide exigir responsabilidad a quien le sigue en la lista, (v. gr. acogedores). Este punto tiene especial importancia en el supuesto de concurrencia de responsabilidad civil de la CCAA como Entidad Pública de Protección de Menores, pues lo normal es que junto a ella, en principio concorra también al menos potencialmente la responsabilidad de los padres o de otros guardadores.

Alguna resolución de Audiencias Provinciales parece inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales, decantándose por imponerla exclusivamente a las Administraciones Públicas. Así por ejemplo en un supuesto de menor tutelado por la Entidad Pública se ha considerado que responde solidariamente con el menor la Comunidad Autónoma pero no los padres del menor.¹⁷⁹. Esta misma solución se ha aplicado a un supuesto en el que la Entidad Pública solo ostentaba la guarda y ello pese a que los padres no se hallaban privados de la patria

179 SAP Valladolid, 23 de diciembre de 2002, (ponente De la Torre Aparicio) se aduce falta de legitimación pasiva de la Junta de Castilla y León dado que el art. 61-3 de la LO 5/2000 establece un orden de responsabilidad según el cual los padres responden en primer lugar, luego los tutores, en tercer lugar se cita a los acogedores y finalmente a los guardadores legales o de hecho y, por lo tanto, en ningún caso puede imputarse dicha responsabilidad solidaria a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales, que tan solo ostentaba en el momento de producirse los hechos la guarda del menor, al tener éste padres que no estaban privados de la patria potestad. No compartimos dicho criterio expuesto por la recurrente toda vez que en el momento de producirse los hechos correspondía a la Gerencia de Servicios Sociales exclusivamente, y no a los padres, ejercer el derecho-deber de control y vigilancia del menor en virtud de la guarda legal asumida sobre el mismo en cuanto sujeto a la medida de internamiento en un Centro de menores por resolución judicial. Esta situación produce la suspensión de hecho de las facultades de los padres para llevar a cabo las mencionadas funciones tutelares mientras el menor estuviera bajo esa guarda institucional. De ahí que los padres ninguna posibilidad de control tenían sobre su hijo en tales circunstancias y, por lo tanto, no puede atribuírseles esta responsabilidad civil del art. 61-3 de la Ley de responsabilidad penal de los menores , sino que la misma debe recaer en la Administración demandada al ostentar, con exclusión de los padres, las funciones de tutela (obligación de la vigilancia y control) del menor en el momento de los hechos, en virtud de la guarda legal.

También la SAP Córdoba, sec. 2ª, nº 123/2004, de 9 de junio (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón) La alegación segunda considera que la representación legal que ostenta la Junta no es equiparable a la que corresponde a los padres y tutores en los casos ordinarios pues se trata de su tutela encomendada por ministerio de Ley a causa del incumplimiento por sus padres de los deberes que le son propios (art. 172 cc.) resulta así que exigiendo la responsabilidad a la Administración a quien esta encomendada la protección de los menores, los padres que incumplen sus deberes para con los hijos son “premiados” con la exención de responsabilidad, mientras que quienes si cumplen con sus deberes han de responder de los daños ocasionados por sus hijos.. ..El contenido de la anterior alegación hace necesario partir de una premisa previa cual es que si bien de una simple interpretación literal del art. 61-3 Ley Orgánica 5/2000 podía llevar a entender que lo que en el mismo se establece es una especie de responsabilidad excluyente en atención al orden que dicho precepto determina, esa interpretación lógica y sistemática ha de conducir a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el art. 61-3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, siendo evidente que otra interpretación condenaría al absurdo de atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños causados por su hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor o asumida por Entidad Pública.

potestad¹⁸⁰. Esta tesis también ha sido seguida pese a que la razón por la que la Entidad Pública había asumido la tutela del menor responsable estribaba en el incumplimiento de los progenitores¹⁸¹.

En esta misma línea –*mutatis mutandis*– la SAP Zaragoza, sec. 1ª, nº 88/2004, de 2 de marzo, en un supuesto en el que el menor que causa los daños se encontraba detenido por la Policía, se condena al infractor y a la Dirección General de Policía (sic), dejándose al margen al progenitor del menor¹⁸².

También se ha condenado a la Comunidad Autónoma como responsable civil por los hechos cometidos por un menor que se encontraba fugado del centro en el que debía estar cumpliendo una medida de reforma, no cesando la responsabilidad de la Comunidad

180 SAP Valladolid de 22 de octubre de 2002. (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel de la Torre Aparicio). Se sostiene por el apelante que “a la luz del orden de responsabilidad prevenido en el artículo 61-3 de la LO. 5/2000 deberán responder civilmente la menor y sus padres, en ningún caso la Gerencia de Servicios Sociales que sólo tenía la guarda de la menor y a la que únicamente podría imputársele la responsabilidad solidaria de no existir los padres....La referida guarda asumida por la Gerencia de Servicios Sociales supone el ejercicio de las facultades de control y vigilancia del menor que, en tales circunstancias, sus padres no pueden ejercer en modo alguno, de forma que esta situación se asemeja a una suspensión de hecho de las facultades de los padres de llevar a cabo dichas funciones mientras estén bajo dicha guarda institucional, salvo los casos, por ejemplo, situaciones de visitas y permisos de salidas con los padres en que éstos se hacen cargo, aunque fueren transitoriamente, de los menores. En el caso actual, sólo la entidad pública que ejercía la guarda del menor tenía facultades y posibilidad, en el momento en que acaecen los hechos, para vigilar y controlar la actuación de la menor, y no sus padres, por lo que a ella le alcanza la responsabilidad civil solidaria recogida en el art. 61-3 de la Ley de Responsabilidad Penal de los menores”.

181 SAP Córdoba (sección 2ª), 79/2004 de 13 de abril. (Ponente Puebla Povedano) *La alegación segunda considera que la representación legal que ostenta la Junta no es equiparable a la que corresponde a los padres y tutores en los casos ordinarios pues se trata de su tutela encomendada por ministerio de Ley a causa del incumplimiento por sus padres de los deberes que le son propios (art. 172 cc.) resulta así que exigiendo la responsabilidad a la Administración a quien esta encomendada la protección de los menores, los padres que incumplen sus deberes para con los hijos son "premiados" con la exención de responsabilidad, mientras que quienes si cumplen con sus deberes han de responder de los daños ocasionados por sus hijos...El contenido de la anterior alegación hace necesario partir de una premisa previa cual es que si bien de una simple interpretación literal del art. 61-3 Ley Orgánica 5/2000 podía llevar a entender que lo que en el mismo se establece es una especie de responsabilidad excluyente en atención al orden que dicho precepto determina, esa interpretación lógica y sistemática ha de conducir a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el art. 61-3 se enumeran, en la que en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, siendo evidente que otra interpretación condenaría al absurdo de atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños causados por su hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor o asumida por Entidad Pública.*

182 Esta sentencia absuelve a la madre y condena a la DGP, al considerar que debe asumir las consecuencias derivada de la falta de vigilancia del menor o de no haber vigilado como su estado requerida dadas sus características. Esta resolución declara que no puede olvidarse que la responsabilidad civil cada vez mas objetiva como el art. 61-3 L.O.R.R.P.M establece, sin que se exija acreditación de culpa alguna. Se trata de una ley especial que establece, no cabe duda, unas responsabilidades, aunque por no producir efecto de cosa juzgada, siempre interinas. En todo caso, aunque se fuera al art. 1903 del C.C. la culpa “in vigilando” de la D.G. Policía por organismo directo de custodia es patente y acreditada. En consecuencia la Sala considera al igual que ya lo hiciera en otros supuestos en que funcionarios u organismos de la D.G.A. incurrieran en falta de vigilancia respecto del menores encargos de su custodia la responsabilidad directa de esta, se aplique en idéntico sentido a la D.G. de la Policía.

por el dato de que en el momento de cometer el ilícito penal generador de la responsabilidad civil el menor fugado se encontrara bajo la guarda de hecho de la abuela¹⁸³.

Igualmente, en un supuesto en el que el Consejo del Menor de Álava asumió la guarda de un menor que causó lesiones después de la resolución administrativa de asunción de guarda pero antes de que se produjera el efectivo ingreso en el centro de protección, cuando aún se encontraba viviendo con la madre, se condena a la Entidad Pública de Protección y se exonera a la madre¹⁸⁴.

183 SAP Salamanca núm. 2/2004 (Sección 1ª), de 26 enero (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ildefonso García del Pozo) "...aun cuando en el momento de la comisión de los hechos origen de la responsabilidad civil se encontraba en el domicilio de la abuela, por la que incluso se había comparecido en el Juzgado de Menores para ponerlo en conocimiento y solicitar que se le permitiera continuar en el mismo, sin reintegrarlo a aquel centro, dicha pretensión no fue aprobada por tal Juzgado por el que se ofició incluso a la Policía para que procediera al reingreso del menor en aquel centro... Por consiguiente, tal y como señala en su escrito de impugnación del recurso el Ministerio Fiscal, que al tiempo de la comisión de los hechos origen de la responsabilidad civil dicho menor se encontraba bajo la guarda de la entidad pública recurrente, y ello no solo por el expediente de acogimiento que tenía abierto, sino porque el mismo estaba con medida de internamiento en un Centro de Reforma de la misma entidad, en la que por consiguiente recaía el deber de vigilancia, y del que se había fugado. Concorre, por ello, el presupuesto necesario para su declaración de responsabilidad civil, de acuerdo con el artículo 61. 3º, de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, procediendo, por tanto, el rechazo del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución impugnada".

184 SAP Alava, sec. 2ª, 24/2004, de 10 de febrero Pte: Ilma. Sra. Doña Mercedes Guerrero Romeo, EDJ 2004/26238 El Consejo del Menor de Álava considera que la Juez de Menores interpreta indebidamente el art. 61.3º LORPM, manifiesta que si bien ha quedado acreditado que asumió la guarda de Pedro Miguel el día 5 de octubre, debe tenerse en cuenta que ingresó en el Centro de menores el día 20 de noviembre, habiendo cometido la infracción por la que resultó condenado el día 3 de noviembre.... la sentencia dictada en la instancia condena al Consejo del Menor a abonar la cuantía reclamada por las lesiones y secuelas producidas a Leonardo en agresión, como ya exponía la sentencia penal dictada por el mismo Juzgador. La Resolución argumenta que en el momento en que sucedieron los hechos, el menor no se encontraba bajo la guarda y custodia de su madre sino de quien había asumido la guarda del menor que era el Instituto Foral de Bienestar Social, responsable civil de los hechos cometidos por el menor en el tiempo en que ocurrieron los hechos.

En efecto, ha quedado demostrado por la documentación anexa que la madre de Pedro Miguel solicitó en junio de 2001 que el Consejo del Menor asumiese la guarda legal de su hijo ante los conflictos de convivencia y los continuos problemas de conducta que presentaba el menor. El Consejo asume la guarda de forma provisional mientras valoraba su situación personal y familiar, extremos que han sido reconocidos por las partes, en esas fechas el menor residía en el Centro de Acogida Bosco Etxea, siendo después acogido por la Institución en el Hogar Socio-Educativo de Sansoheta en régimen de guarda dónde residió durante unos meses. El día 5 de octubre de 2001 el Consejo del Menor legaliza la situación y asume de forma definitiva la guarda legal de Pedro Miguel, si bien, unos días mas tarde, el 8 de octubre, el menor acude a casa de su madre y permanece con ella hasta el día 20 de noviembre, lo que significa que en la fecha en que ocurrieron los hechos Pedro Miguel, aunque seguía bajo la guarda legal del Consejo del Menor, se encontraba en casa de su madre. La situación mencionada no significa que la madre asumiese la guarda del menor durante el espacio de tiempo que permaneció en su vivienda puesto que la situación legal de Pedro Miguel no cambia, era el Consejo del Menor quien seguía teniendo la guarda legal y, por tanto, quien era responsable civil de todos sus actos conforme al art. 61.3º LORPM, no se puede trasladar la responsabilidad a la madre por el hecho de que permaneciese Pedro Miguel unos días con ella, el Consejo se responsabilizó de él con anterioridad, y no puede trasladarse la responsabilidad a otra persona diferente mientras no se asuma de forma expresa y legalmente.

En este caso ninguna duda existe de quien ostentaba la guarda de Pedro Miguel, todas las partes lo reconocen, y la documentación aportada así lo indica, si el menor permaneció unos días en casa de su

Entendemos que esta tesis de condenar como responsable civil solidario a la CCAA con exclusión de los padres, aunque el menor, en el momento de comisión de los hechos se encontrase con los padres e incluso aunque no hubiera asumido la tutela sino simplemente la guarda no parece pueda ser defendida en modo alguno: en estos supuestos la alternativa está entre condenar civilmente a los padres, por su condición de tales y además por ostentar la guarda efectiva en el momento de suceder los hechos o por condenar a éstos y conjuntamente a la CCAA, por entender que la responsabilidad de unos no excluye la de los otros. Pero excluir sin más a los padres no obedece a ningún fundamento, ni gramatical ni teleológico¹⁸⁵.

I.-24 Cuestiones sustantivas de Derecho Transitorio

Desde el punto de vista sustantivo, ha de partirse de la no aplicación retroactiva del régimen agravado de responsabilidad establecido en el art. 61.3. Así lo ha declarado la SAP Zaragoza núm. 118/2004 (Sección 5ª), de 23 febrero ¹⁸⁶ Sin embargo, el problema no es pacífico pues otras Audiencias han admitido la aplicación del régimen civil sustantivo de la LORPM a hechos anteriores a su entrada en vigor¹⁸⁷.

madre es el Consejo quien debía vigilarle y el hecho de no hacerlo significa que debe asumir la responsabilidad por los hechos ajenos cometidos por quien permanece bajo su custodia. En resumen, el art. 61.3º LORPM establece la responsabilidad de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, sin que sea necesario que concurra la responsabilidad de más de uno de los mencionados, y sin que pueda trasladarse la misma a uno u otro según con quien se encuentre en ese momento, el deber de vigilancia, control y custodia permanece a favor de la persona o entidad a la que se le ha encomendado esta labor, por lo que deberá responder solidariamente conjuntamente con el autor de los hechos de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su comportamiento, razones por las que este motivo de recurso no puede prosperar.

185 En este sentido, la SAP Valladolid de 22 de octubre de 2002.(Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel de la Torre Aparicio), obiter dicta parece apuntar a que en caso del menor internado que comete los hechos durante un permiso disfrutado junto a sus padres, quienes deben responder son éstos y no la CCAA. Dice así la sentencia: “Se sostiene por el apelante que “a la luz del orden de responsabilidad prevenido en el artículo 61-3 de la LO. 5/2000 deberán responder civilmente la menor y sus padres, en ningún caso la Gerencia de Servicios Sociales que sólo tenía la guarda de la menor y a la que únicamente podría imputársele la responsabilidad solidaria de no existir los padres....La referida guarda asumida por la Gerencia de Servicios Sociales supone el ejercicio de las facultades de control y vigilancia del menor que, en tales circunstancias, sus padres no pueden ejercer en modo alguno, de forma que esta situación se asemeja a una suspensión de hecho de las facultades de los padres de llevar a cabo dichas funciones mientras estén bajo dicha guarda institucional, salvo los casos, por ejemplo, situaciones de visitas y permisos de salidas con los padres en que éstos se hacen cargo, aunque fueren transitoriamente, de los menores .En el caso actual, sólo la entidad pública que ejercía la guarda del menor tenía facultades y posibilidad, en el momento en que acaecen los hechos, para vigilar y controlar la actuación de la menor, y no sus padres, por lo que a ella le alcanza la responsabilidad civil solidaria recogida en el art. 61-3 de la Ley de Responsabilidad Penal de los menores”.

186 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver) que declara que “por lo que respecta a la responsabilidad de los padres, no podrá aplicarse el art 61-3 L.O.R.P.M. pues aún no estaba en vigor en el momento de cometerse los hechos por el menor Cristóbal”

187 SAP Valladolid de 22 de octubre de 2002.(Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Angel de la Torre Aparicio) Que la Ley de Responsabilidad Penal de los menores hay que entenderla e interpretarla como un bloque de legalidad que ofrece una repuesta unitaria y coherente con todo el nuevo sistema de responsabilidad establecido, dentro del cual se contempla la deducción de responsabilidad penal y también la de responsabilidades civiles en pieza separada, conforme al contenido y reglas que en la misma Ley se previenen. Por ello no cabe disgregar que para la responsabilidad penal sean aplicables las normas de dicha Ley Orgánica 5/2000 mientras que no lo sean para la responsabilidad civil , cuando surge del mismo hecho y la Ley no hace tal distinción, sino que, por el contrario, la citada Disposición Transitoria permite

En la práctica quizás salvo en supuestos extremos, la interpretación cuasiobjetiva que la jurisprudencia civil ha venido haciendo del art. 1903 y 1904 CC privará de excesivo dramatismo al problema.

II.- ASPECTOS DE DERECHO PROCESAL

II.1 Fuentes

En nuestra opinión, las normas a aplicar habrían de obtenerse de las siguientes disposiciones en relación con los aspectos procesales:

1) Disposiciones de los art. 61 a 64 de la LORPM, y normas concordantes de la misma (arts 2.2, 18, 19.2 y 22 LORPM).

2) Las disposiciones contenidas en el art. 115 del Código Penal sobre el contenido de la sentencia en relación con la responsabilidad civil conforme a la remisión específica contenida en el art. 64.8ª LORPM

3) Las disposiciones contenidas en el Código Penal sobre ejecución de la sentencia en relación con la responsabilidad civil (art. 25 y 126) conforme a la remisión específica contenida en el art. 64.9ª LORPM

4) Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en cuanto a sustanciación del recurso de apelación frente a la sentencia, y en cuanto a ejecución conforme a la remisión específica contenidas en el art. 64.9ª LORPM.

5) Las disposiciones de la LECrim que resulten compatibles con las previsiones de la LORPM, en virtud de la remisión genérica de la Disposición Final 1ª. Dentro de las disposiciones de la LECrim, serían de preferente aplicación las disposiciones relativas a procedimiento abreviado, conforme a la propia Disposición Final.

6) Las disposiciones contenidas en la LEC en cuanto a la práctica de la prueba y en general para todo lo no regulado por la LORPM, y la LECrim, teniendo en cuenta que conforme a la cláusula general de supletoriedad del art. 4 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil "*En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley*".

Por último también serán de aplicación, conforme a las remisiones específicas contenidas en la LORPM las disposiciones contenidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y el art. 145 Ley 30/92 de 26 de Noviembre.

enjuiciar en toda la dimensión que previene la nueva Ley sobre la delincuencia juvenil (responsabilidad penal y civil) los hechos anteriores que estuvieren en trámite o en curso a la entrada en vigor de la misma....Hemos de reproducir el razonamiento de la sentencia en el sentido de que el nuevo régimen de responsabilidad civil solidaria instaurada en la LO 5/2000 no supone una aplicación retroactiva de la misma al no afectar a derecho o situaciones jurídicas agotadas, ni incidir sobre situaciones o derechos consolidados (STC 42/86 y 97/90).

Debe tenerse en cuenta en esta ordenación de fuentes que aunque en principio la LECrim es el derecho supletorio general, ésta regula la acción civil acumulada a la penal, por lo que sus previsiones en muchas ocasiones no serán aplicables y habrá de acudir a las normas de la LEC. En todo caso, antes de acudir a la LEC ha de partirse de que las disposiciones de la LECrim –y en especial las dedicadas al procedimiento abreviado– deben aplicarse preferentemente para colmar lagunas.^{188.}

Por tanto, el Derecho supletorio de primer grado debiera ser la LECrim¹⁸⁹ y el de segundo grado la LEC, salvo lo relativo a apelación contra sentencias y ejecución de sentencias, materias respecto de las que conforme expresamente se determina en la regla 9ª del art 64, se excepciona la regla general y se aplica directamente la LEC¹⁹⁰

Sin embargo hay que reconocer que nuestras conclusiones en cuanto a la supletoriedad de primer grado no son pacíficas y hay grandes divergencias a la hora de aceptar si ha de acudir a la LECrim o a la LEC. Así, la conclusión nº 28 del seminario de Jueces de Menores celebrado en Madrid en octubre de 2002 establece que “*la legislación aplicable será la contenida en los art 61 y siguientes de la LORPM y para lo no previsto, como supletoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.¹⁹¹ En nuestra opinión esta conclusión es claramente errónea. La pieza separada de responsabilidad civil, en lo no expresamente regulado en los arts. 61 a 64, debe integrarse con las disposiciones de la LECrim, en especial con las del procedimiento abreviado, porque así deriva de la Disposición final, que es aplicable al expediente principal y a todas sus piezas. Sólo cuando la LECrim no permita colmar la laguna habrá de acudir a la LEC. En materia de

188 Se ha mantenido que "no existen en las reglas de tramitación una remisión expresa a la LECiv, salvo en la regla 9ª, rigiendo la LECrim como supletoria (DF 1ª). Por tanto...las cuestiones que se susciten...no expresa o claramente resueltas por la Ley, deberán resolverse teniendo en cuenta que estamos en la jurisdicción penal, y adoptando de forma supletoria la LECrim, aunque esta regule el ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal" VENTURA FACI, Ramiro y PELÁEZ PÉREZ, Vicente en "Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia." Cólex, junio 2000. En este mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, que mantiene que "es previsible que tan novedoso procedimiento para la exigencia de responsabilidades civiles en este marco genere serios problemas de interpretación y aplicación en numerosos trámites y supuestos no regulados de forma clara o explícita por la propia Ley Orgánica y en los que la LECrim –como norma supletoria– no resultará del todo aplicable, por regular conjuntamente el ejercicio de la acción civil con la penal". "Derecho Penal de Menores" Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001

189 En este mismo sentido se pronuncia el AAP Jaén, sec. 1ª,159/2001, de 3 de diciembre Pte: Arias-Salgado Robsy, Elena EDJ 2001/66919

190 En todo caso debe tenerse en cuenta en esta ordenación de fuentes que aunque en principio la LECrim es el derecho supletorio general, ésta regula la acción civil acumulada a la penal, por lo que sus previsiones en muchas ocasiones no serán aplicables y habrá de acudir a las normas de la LECiv. Vid. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel “Notas sobre responsabilidad civil en Derecho Penal de Menores” Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal, I-2001.

191 Siguiendo esta misma interpretación la Sentencia de 29 de enero de 2002 del Juzgado de Menores de Vitoria, dictada en la pieza nº 12/01 se inclina por la supletoriedad de la LECiv “en lo no previsto por esta LO deberá aplicarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que así lo prevé expresamente la regla 9ª del citado art. 64 y porque las lagunas de este procedimiento especial no pueden ser colmadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no recoge ninguna norma procedimental susceptible de ser utilizada, al no prever una demanda y una contestación, ni una vista oral con pruebas civiles y por tanto conforme al art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, tendríamos que integrar la LO. 5/2000 con aquella ley adjetiva civil”.

ejecución y de apelación la LORPM remite expresamente a la LEC, por lo que *a sensu contrario*, en las demás materias habrá de estarse al sistema de fuentes general de la LORPM (DF 1^a) sin perjuicio de que, si la laguna no puede integrarse, acudir finalmente a la LEC como derecho supletorio procesal general conforme a lo dispuesto en su art 4.

Encontramos algún pronunciamiento de la jurisprudencia menor que claramente se decanta por la supletoriedad de primer grado de la LECrim¹⁹². Esta supletoriedad de primer grado trae consigo, entre otras consecuencias, la aplicación del art. 741 LECrim (valoración de la prueba en conciencia)¹⁹³

II.2 Función del Ministerio Fiscal como actor civil:

En el art. 61.1 LORPM se dispone que “ *la acción para exigir la responsabilidad civil se ejercitará por el Ministerio Fiscal salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil* ”.

La regla será, pues, la de que el Fiscal ejercerá la acción civil¹⁹⁴. No la ejercerá como excepción, en tres supuestos: 1) cuando el perjudicado renuncie a ella 2) cuando el perjudicado la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil 3) cuando el perjudicado se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil

Debe recordarse que el artículo 108 LECrim, para el proceso penal de adultos, dispone que “*la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.*”

Por tanto, se observa una importante diferencia entre una y otra regulación: en el proceso de adultos, aunque el perjudicado se persone y ejercite la acción civil, el Fiscal también la ejercerá si procede. Por contra, en el proceso de menores, personado el perjudicado para ejercitar la acción civil, deja de actuar el Fiscal. Creemos que es mas acertada la regulación de la LORPM, toda vez que la acción civil va encaminada a satisfacer intereses particulares y, cuando el titular del bien jurídico se persona a defender

192 AAP núm. 159/2001 Jaén (Sección 1^a), de 3 diciembre JUR 2002\36641

193 SAP Jaén 21/2002, de 11 de diciembre (ponente Ilmo. Sr. Don Pío Aguirre Zamorano) “en este caso en el que no existe procedimiento penal previo con más razón es de aplicación la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ya se anunció en el anterior fundamento de derecho. En consecuencia es de aplicación el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza al juez sentenciador para que dicte sentencia apreciando en conciencia las pruebas practicadas en el juicio”

194 Como se ha dicho, “el *laissez-faire* propio del Estado liberal se contentaba con poner a disposición de los particulares los medios adecuados, acciones y Tribunales, para defender sus derechos, siendo decisión de su libre voluntad utilizarlos o renunciar a ellos. Hay un matiz, sin embargo, propio del Estado social o intervencionista en el encargo legal a Jueces y Fiscales de ocuparse de los intereses de la víctima o perjudicado a menos que conste su libre voluntad en contrario” BUENO ARÚS, Francisco “Delito, responsabilidad civil y ayuda a las víctimas. Situación actual” Estudios Jurídicos. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, 2004 pag 852.

sus propios intereses la presencia del Fiscal es ajena a la función constitucional que se le atribuye en el art. 124 CE¹⁹⁵. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 sigue la tesis de que el Fiscal no necesita presentar escrito de personación.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 permite que el Fiscal no entable demanda o desista de la ya formulada en determinados supuestos. A estos efectos reconoce que "*es tarea del Ministerio Fiscal la de impulsar y procurar la reparación civil de la víctima y, al tiempo, la de evitar la iniciación o continuación de litigios civiles innecesarios*".¹⁹⁶

La CFGE señala *ad exemplum* ("sin ánimo exhaustivo") otros supuestos en los que el Fiscal "debe o puede no entablar la demanda o desistir de la acción civil entablada". Estos otros supuestos no son tanto manifestación de un principio de oportunidad en el ejercicio de la acción civil sino de la concurrencia de impedimentos de fondo derivados de la interdependencia entre la pieza separada de responsabilidad civil y el expediente penal principal¹⁹⁷.

195 La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 constata las diferencias del sistema de la LORPM con el sistema de la LECrim.... "se confiere al Ministerio Fiscal una legitimación activa cuya naturaleza es subsidiaria por hallarse supeditada a la decisión del propio perjudicado acerca de la renuncia, reserva e incluso ejercicio por sí mismo de la acción civil. El Fiscal no intervendrá en la pieza separada de responsabilidad civil, ni consiguientemente en la fase de ejecución de la sentencia, en los supuestos en que se produzca el ejercicio, la reserva o la renuncia por el perjudicado".

196 Los supuestos en los que se admitiría al Fiscal no entablar demanda, pese a concurrir los requisitos formales para su interposición son: 1) supuestos de manifiesto desinterés expreso o tácito del perjudicado por la reclamación: puede entenderse que no existe interés por parte del perjudicado cuando, habiendo sido emplazado en forma por el Fiscal para que manifieste su voluntad y/o aporte las pruebas de que disponga, no comparezca sin alegar justa causa. 2) Supuestos de manifiesta insolvencia del menor y ausencia de cualquier otra persona que pueda responder solidariamente con él: esta previsión de la Circular será mas difícil de utilización en la práctica, toda vez que será difícil *ex ante* conocer la solvencia de los responsables. 3) Supuestos de ínfima cuantía de los daños causados: la indeterminación del concepto "*ínfima cuantía*" hace en este punto esencial el propio sentido de la responsabilidad de cada Fiscal. En todo caso, sería descabellado que quien ha sido perjudicado en forma muy limitada pudiera, disparando con pólvora ajena, obligar al Fiscal a interponer demandas por cuantía ínfima poniendo en marcha (y ocupando) los limitados medios de la Administración de Justicia. Como pautas, entendemos debe tenerse en cuenta el costo medio del procedimiento, la posición económica del perjudicado y las posibilidades de éste de actuar por sí. En este sentido, podrían elevarse las cuantías mínimas exigidas cuando el perjudicado sea una gran corporación con asesoría jurídica propia.

197 Son los siguientes supuestos: a) Sobreseimiento libre del Expediente: en base a que "...la improsperabilidad de la acción civil, que por definición deriva de la comisión de una infracción penal, resulta palmaria cuando se niega, con los efectos propios de un sobreseimiento libre, el hecho mismo, su carácter de infracción penal o la participación del menor", añadiendo que "...si el auto de sobreseimiento libre declarara probado que el hecho no se produjo, el cierre del proceso civil no sólo alcanza a la pieza seguida ante el Juez de Menores sino también al proceso civil ordinario ante la jurisdicción civil (en este sentido, art. 116 LECrim)". b) Sobreseimiento provisional del Expediente: si se adopta esta decisión por no resultar suficientemente acreditada la producción del hecho o por no estar acreditada suficientemente la participación del menor, "...ha de tenerse en cuenta que es más que probable que el Fiscal, en atención a lo actuado, desista del ejercicio de la acción civil. Para ello, o no formulará demanda o si ya la hubiere formulado podrá presentar escrito de desistimiento de la acción civil que desencadena la crisis procesal y conclusión del proceso civil (art. 22 LEC)". Sin embargo la Circular hace la salvedad (para nosotros difícil de mantener, pues no habrá ni pronunciamiento sobre la vertiente penal ni previsión legal para permitir conocer independientemente el aspecto civil) de que "a diferencia del sobreseimiento libre, es posible teóricamente una valoración por el Juez de Menores de la prueba a practicar en la audiencia civil que permitiera la estimación de la demanda" c) Sobreseimiento del Expediente por

II.3 El perjudicado como actor civil:

Como hemos visto, la víctima o perjudicado puede personarse en la pieza separada, causando automáticamente la "expulsión" del Fiscal como actor civil.

La regla 2ª del art. 64 dispone que *“en la pieza de referencia podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el art. 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.”*

A los efectos de poder presentar el escrito de personación con indicación de las personas contra las que pretenden reclamar y el escrito conteniendo las pretensiones (regla 4ª del art 61), el perjudicado deberá poder tener acceso al expediente instruido por el Fiscal. Tal acceso también habrá de permitírsele cuando se reserve las acciones para ejercitarlas en el proceso civil ordinario (*vid. infra*).

Tras la reforma 15/2003, el ofendido va a tener derecho no solo a personarse en la pieza separada de responsabilidad civil sino también en el expediente principal, pudiendo por tanto intervenir en la configuración de los hechos penalmente declarados como probados y disipando, desde esta perspectiva, algunas dudas doctrinales que se habían planteado.

II.4 Naturaleza jurídica del proceso:

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, para DIAZ MARTÍN "realmente no se trata de una pieza separada, es un proceso especial autónomo que tiene por objeto exclusivo determinar las responsabilidades civiles".¹⁹⁸

DE LAMO RUBIO considera que "parece configurarse como un proceso incidental" y como "un incidente civil declarativo y especial, inserto, con cierta autonomía, en el proceso de menores".¹⁹⁹

conciliación o acuerdo de reparación: son los supuestos del art. 19. Aunque este precepto expresamente establece que este sobreseimiento no implicará necesaria ni automáticamente la conclusión de la pieza de responsabilidad civil, como dice la CFGE "...no obstante, es perfectamente posible que la actividad de mediación efectuada... implique en algunos supuestos el cumplimiento por el menor de la satisfacción íntegra de la responsabilidad civil". Es claro que en estos casos el Fiscal habrá de interesar "la conclusión del proceso civil por carecer sobrevenidamente de objeto a tenor del art. 22 LEC".

198198 En "Tratamiento procesal de la delincuencia de menores", La Ley, número 4908, 19 de Octubre de 1999)

199199 DE LAMO RUBIO, op. cit.

Para FONT SERRA la pieza separada “no es un proceso civil independiente del proceso principal de menores, sino un cauce incidental del mismo”²⁰⁰.

Por nuestra parte entendemos que se trata de un procedimiento civil declarativo especial y plenario (al no existir prueba tasada), autónomo (al no coincidir las partes con las de la pieza principal) y de efectos limitados (al no producir cosa juzgada).

Aunque es un proceso civil²⁰¹ las interconexiones con el proceso penal del que trae causa condicionan fuertemente su sustanciación y la sentencia²⁰². Desde este punto de vista se le ha conceptualizado como un procedimiento penal²⁰³

II.5 Reglas de procedimiento:

El esquema general del procedimiento de la pieza separada sería el siguiente: se tramita por el mismo Juez de Menores que conoce de los autos penales. El procedimiento arranca con la remisión por parte del Fiscal de Menores (como órgano instructor) al Juez de Menores del denominado parte de incoación del expediente. A partir de este momento el Juez de Menores incoa y tramita la pieza separada de responsabilidad civil, de forma paralela a los autos penales. La primera resolución que dicta el Juez de Menores es el auto de apertura de la pieza separada, en el que debe identificar a los perjudicados y notificarles su derecho a constituirse como partes. Tras la notificación los perjudicados pueden personarse mediante escrito en el que señalen (al menos por aproximación) a los presuntos responsables civiles dentro del plazo que se les señale, no precisando abogado ni procurador. Seguidamente el Juez dicta auto de inicio del procedimiento en el que fija las partes. El Fiscal será parte salvo renuncia, reserva o personación del perjudicado. A continuación el Fiscal o el perjudicado ha de presentar la demanda, de la que se da traslado al demandado. Seguidamente se convoca la vista oral, en la que tiene lugar la práctica de la prueba y las alegaciones. La sentencia se dicta cuando ya se ha dictado resolución definitiva en los autos penales. La misma es apelable ante la Audiencia Provincial, no produce efectos de cosa juzgada y se ejecuta conforme a las disposiciones de la LEC.

Este esquema puede dar la falsa impresión de que nos encontramos ante un procedimiento sencillo. A esta falsa impresión también nos conduce la Exposición de Motivos de la Ley. Bien al contrario, como tendremos ocasión de analizar, el procedimiento puede resultar extraordinariamente complejo.

II.5.1 Actuaciones previas:

II.5.1.1 Inicio del procedimiento penal e inicio de la pieza de responsabilidad civil:

200 FONT SERRA, Eduardo “Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor” Atelier, Barcelona, 2003.pag 45

201 En este sentido, AAP Cádiz, sec. 7ª, 43/2002. Pte: Pérez Pérez, Juan Javier EDJ 2002/25602

202 La SAP Jaén núm. 191/2003 (Sección 1ª), de 26 septiembre (Ponente: Ilma. Sra. Dª. Mª Jesús Jurado Cabrera)resalta esta doble naturaleza

203 AAP Valencia (sección quinta) de 5 de abril de 2004 (rollo de apelación 3011/04) “...con independencia de la norma que deba aplicar, de naturaleza penal es el procedimiento en que actúa, sea para depurar la acción penal como la civil”

El art. 64.1 LORPM dispone que *tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, procederá a abrir una pieza separada de responsabilidad civil, notificando a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.*

Debe en este punto aclararse que la instrucción del procedimiento se seguirá ante Fiscalía, mientras que el procedimiento civil se seguirá ante el Juez de Menores a través del cauce de la pieza separada de responsabilidad civil, que pese a la terminología común, nada tiene que ver con la pieza de responsabilidad civil del procedimiento de adultos, que se utiliza para servir de cauce para las medidas cautelares. En el proceso de menores la pieza de responsabilidad civil es el procedimiento en el que se sustancia la pretensión civil.

Del tenor del artículo 64.1 LORPM parece que la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil es automática: recibido el parte de incoación, se abre la pieza, sin necesidad para el Juez de entrar a valorar si el delito o falta ha podido generar responsabilidad civil. En esta fase inicial, serán los potenciales perjudicados, y en su defecto, el Ministerio Fiscal, los que tengan la iniciativa. Obviamente, si los perjudicados no se personan y el Ministerio Fiscal entiende que no procede ejercitar acciones civiles, la pieza separada acabará prematuramente.

En todo caso, parece claro que si desde el primer momento se comprueba que la infracción no ha generado responsabilidad civil, el Juez podrá acordar la no incoación de pieza separada, en tanto en cuanto no habrá persona alguna a la que notificar su condición de posible perjudicado²⁰⁴.

Debe en este punto analizarse los efectos de la inadmisión de la denuncia en las diligencias penales. El artículo 16.2 LORPM dispone que *“quienes tuvieren noticia de algún hecho... presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito... pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma.”*

En este art. 16.2 se da por tanto al Fiscal la posibilidad de truncar *ab initio* el procedimiento cuando entienda que los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido.

También cabrá archivar el procedimiento por aplicación supletoria del art. 269 LECrim, conforme al que *"formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente ... a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa"*.

204 En este mismo sentido se ha pronunciado el Juzgado de Menores nº 1 de Madrid, en su auto de 10 de julio de 2001 y la Audiencia Provincial Las Palmas en su auto núm. 189/2001 (Sección 1ª), de 4 septiembre. En el mismo sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 obliga al Fiscal a anticiparse, tomando la iniciativa para evitar una apertura de pieza separada inútil.

En todos estos supuestos de inadmisión de denuncia, no procederá ninguna actuación desde el punto de vista de la tramitación de responsabilidad civil. En estos casos por tanto, no habrá lugar a ninguna actuación en relación con la pieza de responsabilidad civil, salvo lo relativo a la notificación genérica al denunciante²⁰⁵. Esta notificación está en consonancia con lo dispuesto en el art 270 LOPJ y con la disposición contenida en el art. 779.1.1ª LECrim²⁰⁶, y será la vía que permita a quien se considere perjudicado entablar otro tipo de actuaciones como pueda ser la de ejercitar acciones civiles ante el orden jurisdiccional civil.

II.5.1.2 Notificación al perjudicado:

El art. 64.2 dispone que el Juez procederá a notificar a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la pieza separada, estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

Por su parte el art. 22 dispone que el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de menores en la pieza de responsabilidad civil

Por tanto, dos pueden ser los órganos que notifiquen al perjudicado: Juez de Menores y Fiscal. La Ley parece partir de que lo que abunda no daña, y diseña un sistema en el que el solapamiento de las notificaciones al perjudicado será regla general, lo que no se compadece bien con el principio de economía procesal.

II.5.1.3 Personación:

Previamente a la demanda, los perjudicados que pretendan ejercitar la acción civil deberán presentar un escrito de personación que, al menos, contendrá indicación genérica de las personas contra las que se pretendan dirigir.

a) Sujetos: pueden personarse en la pieza separada de responsabilidad civil: 1) los perjudicados que hayan recibido notificación; 2) los que espontáneamente se consideren perjudicados; 3) las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas.

En cuanto a los responsables, el Juez de menores notificará al menor y a sus representantes legales en su caso su condición de posibles responsables civiles.

²⁰⁵ La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 dispone a este respecto que "no se abrirá el procedimiento civil ante el Juez de Menores en todos aquellos casos en los que el Fiscal mantenga la investigación en el seno de las Diligencias preliminares del art. 16.2. El Fiscal impedirá la apertura de la pieza civil en aquellos casos en que, conforme al art. 16.2, acuerde la inadmisión a trámite de la denuncia, así como el archivo de las Diligencias Preliminares por no revestir los hechos caracteres de infracción penal o por no ser el autor conocido"... "La pieza civil sólo se incoará cuando tales Diligencias Preliminares concluyan bien mediante resolución del Fiscal acordando que se transformen en Expediente de menores o bien expresando que se desiste -art. 18- de tal incoación".

²⁰⁶ que tras la reforma operada por Ley 38/2002 de 24 octubre dispone que el Juez Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa

b) Plazo: el art. 64.2 debe ponerse en relación con el art. 61.1, que permite al perjudicado ejercitar por sí la acción en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada. Por tanto dicho plazo límite entendemos debe ser de un mes²⁰⁷.

Conforme a la SAP Cantabria. (Sección 2ª) de 4 de octubre 2002²⁰⁸ “*si el escrito de personación del perjudicado, expresando su intención de ejercitar la acción, se presenta fuera del plazo de un mes referido en el art. 61.1 habrá de ser inadmitido por el juez. En tal caso, el Fiscal será quien ejercite la acción civil en la pieza separada. El perjudicado, habida cuenta del transcurso del plazo preclusivo, no podrá intervenir en el proceso civil seguido ante el juez de Menores, sin perjuicio de su derecho tanto a decidir la conclusión del proceso civil ante el juez de Menores, lo que tendría lugar si renuncia a la acción o se la reserva, cuanto a entablar la acción civil ante la jurisdicción civil una vez finalizado el proceso civil ante el juez de Menores*”

c) Forma: la personación tiene lugar mediante escrito de personación en el que se indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

Flexibiliza la Ley por tanto, el requisito de la identificación de los potenciales demandados, no exigiendo más que una indicación genérica de la identidad, habida cuenta que, en esta fase procedimental embrionaria puede que no aparezcan todas las circunstancias personales de los potenciales demandados. El desconocimiento por parte del perjudicado de la existencia de aseguradoras quedaría subsanado por la comunicación en tal sentido hecha al Juzgado por el designado como responsable²⁰⁹

Al poder encontrarse el procedimiento en una fase sin unos contornos perfilados en la que no aparezcan claramente definidos los datos identificadores de los eventuales responsables, en esta fase de personación deberá interpretarse con flexibilidad y sin rigorismos la necesidad de indicar su identidad. Esta es la finalidad de entender cumplimentado el requisito con la "indicación genérica". Incluso esta indicación genérica se ha flexibilizado hasta el punto de admitirla en la demanda, con una referencia

207 La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 considera que "nada obsta a que en atención a las circunstancias concurrentes el Juez pueda establecer un plazo de duración superior. Pero debe negarse, en virtud del principio pro actione, la posibilidad de que se señalen plazos inferiores al del mes que preconiza el art. 61. Continúa la Circular postulando que los perjudicados que no hayan sido notificados de la apertura de la pieza debe entenderse que podrán personarse en cualquier momento hasta la fase de audiencia inclusive, transcurrida la cual y pendiente únicamente la sentencia solo los quedará el derecho de acudir a la vía civil ordinaria.

208 SAP Cantabria. (Sección 2ª) de 4 de octubre 2002, ponente Saguillo Tejerina, Ernesto, (Rº Apelación 50/2002. Sentencia nº 56/2002)

209 Este supuesto es analizado por la SAP Madrid (sección cuarta) 55/2002, de 18 de septiembre en la que la Comunidad de Madrid, antes de contestar a la demanda, compareció en la pieza de responsabilidad civil, dada su condición de tutora institucional del menor infractor, para poner en conocimiento del Juzgado la vigencia de un seguro de responsabilidad civil, considerando que “para evitar indefensión de quien pudiera ser condenado como responsable civil directo, basta lo que se ha efectuado, que se ponga en conocimiento de la aseguradora la existencia del procedimiento dándole la posibilidad de personarse como parte demandada, de formular oposición y de defenderse frente a las reclamaciones propugnadas.

simplemente a los padres sin identificación nominativa, todo ello en beneficio de la víctima²¹⁰.

El perjudicado debe personarse en el plazo de un mes previsto en el art. 61.1 y si presenta el escrito fuera de plazo, el mismo habrá de ser inadmitido por el Juez, debiendo en estos casos continuar como actor el Fiscal, y no debiendo permitirse la intervención del perjudicado, sin perjuicio de su derecho a renunciar o reservarse la acción, provocando la conclusión del procedimiento.²¹¹ El Fiscal perderá definitivamente la legitimación si el perjudicado se persona dentro de plazo, no recuperándola aunque tras la personación el perjudicado no presente demanda en forma.

Las pretericiones de perjudicados en el auto de apertura de pieza o en el auto de inicio del procedimiento traerán consigo las correspondientes posibilidades impugnatorias al incurrir en causa de nulidad.²¹²

Distinto será el supuesto de perjudicados cuyos datos o cuya existencia se ponga de manifiesto con posterioridad a la fase de personación, hipótesis que tiene difícil solución técnica, pero que en todo caso habrá de afrontarse dando prioridad a los principios de tutela judicial efectiva, de proscripción de la indefensión y de protección de la víctima.²¹³

210 SAP Cáceres de 19 de mayo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. Presidente Don Juan Francisco Bote Saavedra) "si bien es cierto que en el auto abriendo la pieza de responsabilidad civil se habla de representantes legales de la menor sin identificar sus nombres, al igual que se hace en la demanda, no lo es menos que cuando se les notifica el auto y son emplazados para contestar sí se hace en la persona del padre y de la madre, expresando sus nombres y apellidos, por lo que no existe duda quienes son los representantes legales de la menor, que sí fueron emplazado con entrega de copia de la demanda y no contestaron a la misma, por lo que no puede hablarse de indefensión, al menos imputable al órgano jurisdiccional, procediendo desestimar el primer motivo".

211 En este sentido, Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000. No obstante, para el caso de reserva por el perjudicado tras la formulación de demanda por el Fiscal, la Circular matiza los efectos, al establecer que " en tales casos, el Fiscal deberá desistir de la acción civil e instar la conclusión del proceso civil a tenor del art. 20.2 LEC de 2000. Con arreglo a este precepto si el demandado ya hubiere sido emplazado para contestar a la demanda el Juez de Menores habrá de darle traslado por plazo de 10 días para que manifieste su conformidad o no oposición al desistimiento, en cuyo caso el Juez dictará auto de sobreseimiento. En otro caso el Juez adoptará la decisión que proceda, pudiendo acordar la continuación del juicio civil a tenor del párrafo último del art. 20.3 LEC de 2000".

212 En el mismo sentido, TESÓN MARTÍNEZ, op cit

213 En esta línea, la conclusión nº 40 del seminario de Jueces de octubre de 2002 establece que "Si la personación se verificara fuera de plazo, si es del posible responsable civil se admitirá sin retrotraer las actuaciones. Si es del perjudicado, siempre tendrá el plazo inicial si no se le hubiere concedido antes".

Para CARRERA DOMÉNECH "la obligación que compete al Ministerio Público, ex art. 22.3, de notificar a todo posible perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en el proceso de responsabilidad civil, puede complicar las cosas. Sin duda, en numerosas ocasiones, tras la investigación inicial de un hecho delictivo, y con posterioridad incluso a la remisión del atestado a la autoridad instructora, se abren nuevas líneas de investigación que pueden culminar con diligencias ampliatorias o complementarias de las iniciales, en las que aparezcan otros posibles perjudicados. En tales casos, es obvio que el Ministerio Público deberá cumplir con la obligación de notificación que le impone el número 3 del art. 22, pudiendo darse la circunstancia de que pretendan comparecer en el proceso civil nuevas personas, más allá del periodo inicial de un mes, e incluso posiblemente cuando este se halla ya en una fase avanzada de su tramitación. Este tipo de supuestos no tienen fácil solución. Con todo, no creemos que en estos casos se pueda impedir, con carácter general, la personación de esos posibles perjudicados, remitiéndoles al orden jurisdiccional civil. Tampoco creemos

II.5.2 Inicio del procedimiento:

Tiene lugar mediante auto de inicio del procedimiento que debe dictar el Juez una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles (o transcurrido el plazo sin personaciones).

El contenido de este auto lo recoge el art. 64.6 LORPM: se señalarán las partes actoras y demandadas según lo solicitado por los actores y lo que se desprenda del expediente y concederá un plazo de diez días a los demandantes para que presenten un escrito con sus pretensiones y propongan la prueba que consideren necesaria, incluida la confesión en juicio y los testigos.²¹⁴

En este auto de inicio del procedimiento, entendemos el Juez podrá rechazar tener por actor civil a quien, pese a haberse personado, carezca manifiestamente de legitimación. Recordemos que en principio pueden personarse quienes espontáneamente (es decir, sin ser llamados) se consideren como perjudicados. En todo caso, dicha resolución rechazando la personación por falta manifiesta de legitimación será susceptible de recurso de reforma (art. 41.2) y de apelación (por aplicación subsidiaria de la LECrim, Disposición final primera de la LORPM)²¹⁵.

Este peculiarísimo "auto de inicio del procedimiento" ha sido duramente criticado por la doctrina²¹⁶.

II.5.3 Demanda y contestación a la demanda:

que la solución tenga que pasar por la incoación de un segundo o ulterior proceso civil. Nos inclinamos por pensar que, en cuanto sea posible, deberá detenerse la tramitación del proceso por lo que a los primeramente comparecidos respecta, iniciando el trámite en cuanto a los segundos, hasta alcanzar un mismo momento procesal. No se nos oculta el que esta solución, un tanto atípica, no estará exenta de problemas, pero pensamos que en la medida en que el estado del proceso lo permita, puede ser la mejor de las posibles. CARRERA DOMÉNECH, Jorge "La cosa juzgada en el proceso de responsabilidad civil regulado en la LO 5/2000". Aranzadi, junio de 2000, nº 5 Revista TSJ y AP

214 Aunque se hable de escrito con pretensiones, dicho escrito no es ni más ni menos que una demanda, como con posterioridad especifica el art 64.5ª. Para DOLZ LAGO, este escrito deberá recoger el contenido esencial de la demanda previsto en la LEC (Manuel Jesús Dolz Lago, "La nueva responsabilidad penal del menor", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000)

215 Esta afirmación no es pacífica, pues hay un importante sector que defiende la aplicación supletoria de la LECivil y considera por tanto que el recurso procedente sería el de reposición. En este sentido se pronuncian las conclusiones sobre responsabilidad civil aprobadas en las I Jornadas de Jueces de Menores, organizadas por el CGPJ y celebradas en Madrid los días 10 a 12 de noviembre de 2003

216 Se han utilizado, entre otros, los siguientes argumentos: "...se pronuncia sobre un tema, en muchos casos, trascendente para la prosperabilidad de la acción... condiciona el desenlace de la demanda en la pieza... obvia un principio consustancial a la idea de proceso civil en nuestro derecho, como es el dispositivo, también llamado *de justicia rogada*" Vid. BARREDA HERNÁNDEZ, Armando, "La trascendencia de la solidaridad de padres o guardadores dentro de la pieza separada de responsabilidad civil instaurada en la LORRPM" La Ley, 1 Marzo 2002

Aunque el art. 64.6 dispone que el Juez “concederá un plazo de diez días a los demandantes para que presenten un escrito con sus pretensiones y propongan la prueba”²¹⁷ dicho escrito no es ni más ni menos que una demanda, como con posterioridad específica el art 64.5²¹⁸

El efecto de dejar transcurrir el plazo de 10 días sin presentar demanda será el de la caducidad de la instancia²¹⁹.

La demanda fija los contornos del pleito, sin que sea dado modificarlos con posterioridad sustancialmente. Sin embargo, la jurisprudencia menor ha situado este efecto en sus justos límites, permitiendo mutaciones no sustanciales por causas no imputables al demandante²²⁰.

217 En cuanto al contenido de la demanda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 dispone que *"El Fiscal formulará la demanda en los diez días siguientes a la notificación del auto de inicio del procedimiento.... no podrá alcanzar a los copartícipes del hecho cometido por el menor que fueren mayores de 21 años o mayores de 18 a los que no se les aplique las reglas de esta Ley. Cuando hubiere varios perjudicados la demanda se limitará a solicitar la responsabilidad de aquellos que no hubieren renunciado o reservado la acción civil o que no hubieren presentado escrito de personación."*

218 Para DOLZ LAGO, este escrito deberá recoger el contenido esencial de la demanda previsto en la LEC (Manuel Jesús Dolz Lago, "La nueva responsabilidad penal del menor", Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000)

219 AAP núm. 37/2002 Jaén (Sección 1ª), de 5 abril Recurso de Apelación núm. 14/2002. ARP 2002\784 “la caducidad de la instancia es una de las especies del concepto más general de extinción del proceso, entendiéndose por extinción del proceso toda conclusión anormal producida sin que el proceso, haya cumplido su fin, esto es, sin que se haya decidido sobre la pretensión en el mismo planteada... Cuando la extinción se causa por una inactividad de los sujetos se está ante la caducidad, que se produce pues, sin acto de clase alguna, por el simple hecho del transcurso del tiempo sin realizar actividad procesal. Tiene como fundamento objetivo la necesidad de evitar la excesiva prolongación de los procesos. Si predomina el aspecto subjetivo no cabría estimar la caducidad en los supuestos en que la paralización se produce por la voluntad expresa de las partes, puesto que en tal caso faltaría la presunción de abandono. Aplicando esta doctrina al presente caso que nos ocupa no cabe duda que en el mismo concurren los elementos y requisitos señalados por nuestro Alto Tribunal para poder apreciarla, y en consecuencia tener por abandonada la instancia y caducada de derecho, por no instarse su curso, puesto que habiéndose modificado el auto por el que se desestima el recurso de reposición planteado, en fecha 1 de octubre de 2001, llegado el día 2 de noviembre de 2001 en que se dicta el auto que es objeto de apelación, no se ha presentado por el perjudicado el escrito de demanda;

220 “Uno de los efectos de la demanda es la prohibición de la “mutatio libelli”, en cuanto que establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, no podrá alterarse posteriormente, sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias en los términos previstos en la Ley... Así, el artículo 426 de la LEC permite añadir peticiones accesorias o complementarias a las iniciales siempre que no se cause indefensión y pretensiones derivadas de hechos acaecidos o conocidos con posterioridad. En el caso de autos no se trata de modificaciones sustanciales que alteren el objeto del litigio sino que nos encontramos ante simples ampliaciones o modificaciones de la petición principal derivadas del conocimiento del informe médico forense en el que se refleja la incapacidad temporal y las secuelas derivadas del accidente, sin que en modo alguno se altere la causa petendi. La Ley permite, en base a razones prácticas, la posibilidad de que durante el proceso las partes realicen modificaciones en sus pedimentos, que aunque supongan un cambio en lo inicialmente solicitado no conlleven lo que se denomina “cambio de demanda”. La actora circunscribe su acción en todo momento a la reclamación del resarcimiento de los daños personales sufridos a resultas del accidente, elevando la cantidad solicitada a la vista del informe del médico forense. Por ello, no puede tener favorable acogida el recurso en este extremo al no incurrir la sentencia en incongruencia”. SAP Alicante, sec. 3ª, 24/2004, de 20 de enero Pte: Renart García, Felipe EDJ 2004/12291

El Juez dará traslado del escrito con las pretensiones a los demandados a fin de que éstos contesten y propongan la prueba que consideren necesaria.

En el caso de que los demandados no presenten escrito de contestación, debe entenderse que existe oposición a la demanda y procederá impulsar de oficio el procedimiento, dando por precluido el trámite y convocando a las partes al juicio oral.²²¹

La demanda vendría a asumir en este sistema la función que en el proceso penal de adultos representa en lo tocante a responsabilidad civil el escrito de conclusiones provisionales o de calificación²²².

II.5.4 Vista oral:

Una vez tenga el Juez en su poder los escritos, convoca a demandantes y demandados²²³ a una vista oral en la que ordenadamente se exponen las alegaciones y se practican las pruebas propuestas y admitidas.

No hay previsión expresa en cuanto al plazo para convocar a las partes al juicio oral, por lo que parece que la ley deja este punto a lo que determine el Juez de Menores. En todo caso deberá ser un plazo breve, pues la LORPM establece que deberá convocarse "inmediatamente" que tenga el Juez en su poder los escritos de unos y de otros.

Conforme al sistema de prelación de fuentes, la vista habrá de seguir las disposiciones de los art. 688 a 700 LECrim, con lo que la misma se articularía con gran flexibilidad y sin encorsetamientos, por lo que sería posible la conformidad del menor y

221 En este mismo sentido se pronuncia ALONSO BURGOS, op.cit., entendiendo que es de aplicación supletoria lo dispuesto en la LEC

222 Como refiere BUSTO "El acto en que se delimita la pretensión civil en el proceso penal es en el escrito de calificación provisional, que viene así a identificarse, a estos efectos, con la demanda -y, en su caso, la reconvenición- cuando aquella pretensión se ejercita en un proceso civil. En efecto, como contenido propio del escrito de calificación, el art. 650.2 de la LECrim/1882, prevé que cuando sostengan la acción civil, el Ministerio Fiscal y, en su caso, el acusador privado, expresarán en él: 1º) La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida. 2º) La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad", si bien, como el mismo acertadamente matiza Resultando claro que la pretensión civil se delimita mediante un acto de parte -y no del Juez (v. gr., en virtud del auto acordando la adopción de medidas cautelares en la fase de instrucción, ex art. 615 de la LECrim)-, la jurisprudencia del TS ha venido a confirmar que la congruencia de la sentencia, también en el ámbito de las pretensiones civiles, ha de analizarse desde la perspectiva del escrito de conclusiones definitivas, pues comoquiera que toda sentencia penal ha de resolver sobre las conclusiones definitivas y no sobre las provisionales de las partes, la pretendida fijación de la acusación en el escrito de conclusiones provisionales privaría de sentido al art. 732 de la LECrim, a tenor del cual, en el juicio oral, practicadas las diligencias de prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación, que han de comprender también, en su caso, la cuantía de los daños y perjuicios causados por el delito y la persona o personas que aparezcan como responsables de los mismos (en este sentido, SSTs de 19 de febrero de 1986 de 8 de mayo de 1985 y de 25 de enero de 1990).. BUSTO LAGO, José Manuel. Aranzadi Civil núm. 17/2004 Parte Estudio Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004

223 La importancia de la citación es evidente: Citatio est fundamentum totius iudicii

sus representantes legales sobre la responsabilidad civil (art 695 LECrim) y la celebración de la vista en ausencia del menor y de sus representantes (art 973.1 LECrim)²²⁴

Sin embargo, la conclusión nº 42 del seminario de Jueces de Menores de octubre de 2002 establece que *“se entiende como regulación supletoria de la misma (fase de audiencia) la prevista en la LEC para el Juicio Verbal Civil”*

No estamos en absoluto de acuerdo con tal conclusión que se inspira en una errónea delimitación del sistema de fuentes. La cuestión no es meramente académica, pues si se opta por el sistema de la LEC como supletorio de primer grado el procedimiento será mucho más formalista, pero en todo caso la deficiente regulación hace que todavía no se haya alcanzado una solución pacífica.

II.5.5 Disposiciones especiales sobre la prueba:

Expresamente se prevé en la regla 6ª in fine del art. 64 que *"no podrá rechazarse la confesión en juicio o la testifical por el hecho de haber sido practicadas en el procedimiento principal. El Juez de oficio mandará unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevante para su decisión"*.

En la vista oral se admitirán en su caso las pruebas propuestas por las partes, si bien para practicar la prueba sin necesidad de convocar un nuevo –y antieconómico– señalamiento, entendemos deberá citarse a los testigos y peritos propuestos por las partes en los correspondientes escritos.

Pero es que además si en el procedimiento penal principal se dicta sentencia condenatoria, como consecuencia de la prejudicialidad penal, los hechos nucleares integrantes del tipo y la participación del menor deberán tenerse como hechos probados en la pieza separada. La sentencia civil en estos casos, podrá pronunciarse sin condicionamientos en cuanto a *damnum emergens, lucrum cessans*, grado de culpa de los representantes legales, cuestiones relativas a validez y eficacia de los seguros concertados, *quantum* indemnizatorio etc etc, pero partiendo siempre de los hechos que, habiendo sido declarados probados en la sentencia principal, integren el tipo penal aplicado y de la participación en ellos del menor. El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) proscribire interpretaciones que impliquen la asunción de una especie de principio de "doble verdad" por el que se pudiera negar en vía civil lo afirmado en vía penal o viceversa cuando se ejercitan acciones derivadas de la misma causa (el delito) y en el seno de un mismo proceso²²⁵. Esta vinculación a los hechos de la sentencia penal no debe

224 En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, "La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores" Editorial Comares, 2002, pag 104

225 La STC 77/1983, de 3 de octubre declara que *"El principio "non bis in idem"... conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado"*. Como se ha dicho "de otro modo se vulneraría el principio de coherencia del ordenamiento jurídico que reclama el Tribunal Constitucional cuando propugna la erradicación de la doctrina de las dos verdades, formulada en su día por García de

considerarse total: todo aquello que no sea estrictamente necesario para resolver sobre la subsunción de los hechos en el tipo penal aplicado y la participación del menor en el mismo no estaría afectado por esa vinculación y podría libremente alegarse y probarse. Por ello la sentencia penal no debe tener pronunciamientos distintos a los que le son propios: la conducta penal del menor y la determinación de las medidas²²⁶

Por tanto, si la sentencia principal es condenatoria, en la pieza separada de responsabilidad civil habrán de respetarse los hechos nucleares básicos integrantes del tipo penal declarados probados en la misma y el demandante no necesitará articular prueba en relación con los mismos, mas allá de interesar que se una testimonio de dicha sentencia condenatoria. No obstante, es cierto que la oscuridad con que se conduce la LORPM ha causado interpretaciones diversas en las Audiencias Provinciales: así, algunas resoluciones, aparentemente parecen partir de la no vinculación de la sentencia de la pieza civil a los hechos declarados probados por la sentencia penal²²⁷, mientras que otras parten de la total y absoluta vinculación²²⁸. Otras Audiencias, en nuestra opinión siguiendo la línea interpretativa correcta, distinguen entre los hechos nucleares del tipo penal declarados probados en la sentencia principal (que vinculan) y los pronunciamientos accesorios que afectan al quantum de la responsabilidad civil (que no vinculan)²²⁹.

Enterría: Unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”

226 La SAP Burgos (sección primera) de 21 de febrero de 2003 (rollo 11/2003) parece seguir un criterio distinto, de desvinculación cuasi absoluta de la sentencia civil en relación con la penal, al declarar que “...en la pieza de responsabilidad civil, y salvo que la sentencia penal declare que el hecho no ha ocurrido, se podrá discutir en el estricto ámbito civil y a fin de: o bien declarar tal responsabilidad y su extensión, o bien declarar la absolución de los demandados las siguientes cuestiones (sic): 1º.- hechos de relevancia civil no alegados en el previo proceso penal; 2º- hechos alegados pero no probados que podrán ser objeto de nueva prueba; 3º- hechos alegados y probados, pero con prueba inadecuada, con prueba ilícita u obtenida sin respetar las adecuadas condiciones de contradicción por la parte interesada, o con prueba incompleta o insuficiente”. Sin embargo, en el caso que analiza, la Sala simplemente se limita a no respetar la declaración que se contiene en los hechos probados de la sentencia penal sobre el importe de los daños del ciclomotor sustraído, es decir, de algo que no tendría porqué haberse discutido en el proceso penal ni incluido en la declaración de hechos probados de la sentencia penal y que no afecta al núcleo de los hechos con trascendencia penal, pues era propio de la pieza civil. Por otra parte, la sentencia comentada omite en su razonamiento coherente su interpretación con lo dispuesto en la regla 10 del art 64. Es decir, a la única conclusión a la que en realidad se llega es a la de que no existe una vinculación absoluta entre sentencia penal y sentencia civil, inexistencia de vinculación absoluta en la que estamos de acuerdo.

227 Vid. SAP Zamora 23 de mayo de 2003 (ponente García Garzón)

228 SAP Orense 11 de febrero de 2003 (ponente Otero Seivane); SAP León, sec. 2ª, nº 102/2004, de 21 de abril (Pte: Muñiz Díez, Antonio)

229 SAP Oviedo (secc. Segunda) 19 de diciembre de 2002 (ponente Lanzos Robles) “el hecho de que en la sentencia penal se recoja como periodo de curación el señalado en el parte de asistencia no impide en modo alguno que se establezca ahora un periodo de sanidad distinto, así como las secuelas resultantes, pues es en esta pieza de responsabilidad civil, en donde han de examinarse y concretarse las responsabilidades civiles dimanantes del hecho ilícito, afectando el respeto de los hechos probados sólo a la comisión de lo mismos pero no a las consecuencias civiles derivadas de los mismos, las que no fueron objeto de discusión ni de prueba en dicha vía”.

Como disposición especial en materia de prueba establece la LORPM que el Juez de oficio mandará unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevante para su decisión. Se trata de una disposición que encaja mal con los tradicionales principios que inspiran el proceso civil, y concretamente con el de aportación de parte (*da mihi factum, dabo tibi ius, iudex iudicat secundum allegata et probata partium*), pero que parece puede fundamentarse en el origen de la responsabilidad civil que se depura – *ex delicto*- y en el principio de protección a la víctima, que es una de las grandes preocupaciones de legisladores y doctrina científica y que cada vez mas va abriéndose paso en los textos legales. La propia LEC abre la puerta a estas posibilidades al establecer en el art. 282 que «*las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*».²³⁰

En nuestra opinión esta aportación de oficio de material probatorio por el Juez deberá llevarse a cabo antes o en el acto de la vista oral, a fin de que las partes puedan pronunciarse sobre su valor, alcance y trascendencia y para así preservar el principio de audiencia y contradicción. En otro caso, para garantizar la efectividad de los mencionados principios, habrá de procederse a habilitar un trámite para alegaciones, que podría articularse conforme a las previsiones de la LEC para las diligencias finales (que sustituyen a las antiguas diligencias para mejor proveer).²³¹

II.5.6 Sentencia civil:

Debe dictarse una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recaída otra resolución definitiva en el proceso penal principal. En la sentencia debe o absolverse o declararse las responsables civiles correspondientes. La regla 8ª del art 64 se remite al art 115 CP en cuanto al contenido, que impone la obligación de establecer razonadamente las bases en que el Juzgador fundamente la cuantía de los daños e indemnizaciones.

Entendemos que en base a la remisión que la regla 8ª del art. 64 LORPM hace al art. 115 CP será posible diferir para la fase de ejecución la determinación de la cuantía

230 Para VENTURA FACI y PELÁEZ PÉREZ, op. cit. "la previsión de que el Juez de Menores, de oficio, pueda mandar unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de audiencia que considere relevantes para su decisión, puede conculcar los principios acusatorios y de rogación".

231 El art. 436.1 LEC establece que "las diligencias que se acuerden según lo dispuesto en los artículos anteriores se llevarán a cabo, dentro del plazo de veinte días, en la forma establecida en esta Ley para las pruebas de su clase. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado".

La conclusión nº 43 del seminario de Jueces de Menores de octubre de 2002 establece que "La unión de particulares por el Juez de Menores, prevista en la regla 7ª del art 64, podrá efectuarse antes o después de la vista, en cuyo caso deberá darse traslado por cinco días a las partes, en los términos del art 436.1 de la LEC"

concreta de la indemnización.²³² Sin embargo, la SAP Madrid (sección cuarta) 63/2002, de 1 de octubre, en relación con una sentencia civil en la que el Juez de Menores condenaba por unas pintadas en el metro y declaraba que el importe no había quedado acreditado, remitiendo a la fase de ejecución de sentencia para fijar la concreta cantidad, considera que no procede tal remisión a la fase de ejecución al no haberse fijado ni el importe exacto ni las bases para su determinación²³³.

II.5.7 Los límites de la sentencia civil:

La LORPM expresamente prevé que si bien la sentencia dictada en la pieza separada de responsabilidad civil no produce efectos de cosa juzgada, en el procedimiento declarativo ordinario se considerarán probados los hechos que el Juez de menores haya considerado acreditados, así como la participación del menor. Pero la LORPM no prevé expresamente el efecto que tiene la sentencia dictada en el proceso penal de menores en relación con la sentencia de la pieza separada.

En efecto, la regla 10ª del art. 64 LORPM dispone que *la sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor.*

La regla es oscura, no quedando claro si los hechos probados que irradian los efectos positivos de la cosa juzgada son los de la sentencia de la pieza principal penal o los de la sentencia de la pieza separada.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 se inclina por entender que la regla 10ª se refiere a los hechos probados de la sentencia de la pieza principal penal²³⁴.

Aceptar el criterio de la CFGE lleva a otra conclusión ya apuntada *supra* que por lo demás ya tenía importantes argumentos de apoyo en base a una interpretación sistemática de la LORPM: si la sentencia del ulterior proceso civil declarativo debe

232 En el mismo sentido se pronuncia VAQUER ALOY, para quien la remisión que se hace al art. 115 CP supone que "la sentencia deberá, si no condena a una cantidad determinada, por lo menos establecer las bases de la cuantía

233 Esta sentencia parte de la premisa de que "la LECiv es supletoria en los aspectos procesales no contemplados en la regulación específica de la pieza de responsabilidad civil de la Ley del Menor. Así el art 219 de aquella preceptúa que, en los casos en que se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución". La sentencia considera que la indeterminación de las sumas incumple el art 219 LEC, pero además pese a reconocerse que se han causado daños se desconoce el número, espacio etc, insuficiencia de datos que impiden fijar cantidad alguna en ejecución de sentencia, incumbiendo probar el daño a la actora, quien no lo ha probado. La sentencia opta por fijar una cantidad simbólica de un céntimo de euro.

234 Así expresamente establece que "en el juicio civil se reputarán hechos probados (efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada) los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados y la participación del menor. Esos hechos acreditados, a que se refiere el art. 64.10ª, lo son los de la sentencia penal del Juez de Menores y no los de la civil, habida cuenta de que ésta no goza de fuerza de cosa juzgada y del principio de verdad formal y no material que impera en la jurisdicción civil".

En el mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, op. cit., para quien deben considerarse como probados "...los hechos que el Juez de menores haya estimado acreditados en la sentencia del expediente".

respetar los hechos declarados probados en la sentencia dictada en la pieza principal (eficacia *ad extra*), con mas razón deberá mantener esa fidelidad al *factum* de la pieza principal la sentencia de la pieza separada de responsabilidad civil (eficacia *ad intra*).

Si la pieza principal (el expediente penal) termina por sentencia, para que pueda existir sentencia condenatoria en la pieza civil, será necesario que preexista una sentencia condenatoria penal, o una sentencia absolutoria por concurrencia de causas de exención de la responsabilidad previstas en los nº 1,2,3,5 y 6 del art 20 CP. Por tanto, si en la pieza principal recae una sentencia absolutoria por no haber quedado acreditados los hechos, o la participación del menor o por no haber quedado acreditados hechos con trascendencia penal, no podrá dictarse sentencia condenatoria en la pieza civil, procediendo el archivo de los autos civiles.

En consecuencia, si no queda acreditada la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta en la sentencia principal, no cabrá condena en la pieza separada y el perjudicado tendrá expedita la acción civil por culpa extracontractual ex arts 1902 y ss CC, a ejercitar ante la jurisdicción civil conforme al procedimiento declarativo ordinario que corresponda según la LEC, y con la única limitación que se prevé en el art 116 LECrim , según el cual sólo se producirá la extinción de la acción civil cuando se haya declarado por sentencia firme (penal) que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer²³⁵.

Entendemos que este es el mismo criterio seguido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 dice que "no tienen cabida en este procedimiento las acciones para la reclamación de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual".²³⁶

Este criterio ya ha sido asumido expresamente por algunas Audiencias Provinciales (vid. SAP Cuenca núm. 71/2002, de 20 noviembre, SAP León núm. 39/2004 (Sección 2ª), de 11 febrero y SAP núm. 553/2003 Valladolid (Sección 4ª), de 4 diciembre)

Una conclusión práctica podría extraerse de este razonamiento: entendemos que conforme al principio de economía procesal, no debería dictarse auto acordando el inicio del procedimiento o convocarse la vista oral en la pieza separada de responsabilidad civil hasta tanto no hubiera recaído sentencia firme condenatoria en la pieza principal (o absolutoria por estimar eximente de los nº 1, 2, 3, 5 y 6 del Art. 20 C.P). De no respetarse esta regla, podríamos encontrarnos ante supuestos en los que tras una compleja vista oral y una extensa fase probatoria en la pieza separada, se absolviera al menor en la

235 En este sentido se pronuncian las conclusiones sobre responsabilidad civil aprobadas en las I Jornadas de Jueces de Menores, organizadas por el CGPJ y celebradas en Madrid los días 10 a 12 de noviembre de 2003

236 También cabe encontrar apoyatura a esta tesis cuando la Circular afirma que "La acción a ejercitar ante el Juez de primera instancia prescribirá a los 15 años si fuere derivada de infracción penal (a excepción de la derivada de los delitos de calumnia e injurias que será de un año por disposición expresa del art. 1968.2 CC). Si fuere derivada de culpa extracontractual, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que en el Expediente penal no haya resultado acreditada la comisión de infracción penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento), el plazo de prescripción será el de un año (art. 1968.2 CC)".

pieza principal, con el consiguiente archivo de los autos de la pieza separada de responsabilidad civil.

Las evidentes relaciones de prejudicialidad entre la pieza separada y el expediente principal (cuando existe) aconsejan, si no imponen, para evitar actuaciones superfluas, contaminaciones y omisiones causantes de indefensión, esperar al dictado de la sentencia principal no solamente como dice la LORPM para dictar sentencia en la pieza civil, sino incluso, para formular demanda²³⁷. La práctica de los Juzgados de Menores así lo ha consagrado²³⁸. Estos criterios se han asumido en las conclusiones de los Congresos de Jueces y Fiscales.²³⁹

Las opiniones contrarias a esta posibilidad de suspensión son escasas y –creemos poco fundamentadas.²⁴⁰ Esta interpretación, en nuestra opinión, no presenta problemas legales, pues si bien es cierto que la regulación de la pieza separada parece apuntar a una tramitación paralela a la pieza principal, nada obsta a que se amplíe el plazo para la personación y de esta forma se posponga el inicio propiamente dicho del proceso hasta la finalización de la pieza principal. En todo caso, siempre podría el actor civil solicitar la suspensión²⁴¹ de la tramitación del procedimiento en base a lo dispuesto en el art. 19.4 LEC, aplicable supletoriamente en última instancia conforme al art 4 LEC²⁴².

237 Así lo proponíamos antes de que entrara en vigor la LORPM Vid. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel “La responsabilidad civil en la LORPM” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, VI-2000., pag, 335

238 La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2002 “*es imposible evitar la interferencia del proceso penal en el civil, y la incidencia que la prejudicialidad penal ha de tener, necesariamente, en el curso de la Pieza Separada. El efecto vinculante de la sentencia penal sobre la civil en materia de hechos probados ha motivado que buena parte de las Fiscalías –y Juzgados de Menores- se inclinen por acordar la suspensión de las piezas desde su apertura o desde el auto de incoación hasta tanto se dicte sentencia en la Pieza Principal, con el fin, fácilmente comprensible, de evitar tramitaciones de nula utilidad en el caso de que el proceso penal concluya en sentencia absolutoria o en sobreseimiento*”. La Memoria continúa “*el hecho de que las suspensión de piezas...no sea una solución unánimemente admitida está provocando una práctica procesal divergente en diversas zonas del territorio nacional y, a veces, dentro de una misma ciudad...*”

239 Vid. conclusión VI.7 de la "Cumbre Nacional en Canarias: el Fiscal y la Ley del Menor". En el mismo sentido la conclusión nº 37 del seminario de Jueces de Menores de octubre de 2002 y las conclusiones sobre responsabilidad civil aprobadas en las I Jornadas de Jueces de Menores, organizadas por el CGPJ y celebradas en Madrid los días 10 a 12 de noviembre de 2003.

240 El Defensor del Pueblo en su informe de 2002 se hace eco de la extensión de esta práctica haciendo referencia a que “esta situación dilata la decisión judicial respecto a la indemnización que debe recibir el perjudicado”, aseveración que no tiene en cuenta que en todo caso, conforme expresamente determina la ley, ha de esperarse al dictado de la sentencia en los autos penales. El mismo informe hace referencia a que “asimismo, puede llegar a ocasionar indefensión del perjudicado al limitarse su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se encuentra en una atípica situación al poder verse vinculado por un proceso (el procedimiento penal) en el que no siempre puede intervenir”. Esta afirmación, que compartimos, no deriva de que se suspenda o no el expediente, sino del precepto de la LORPM que establece la vinculación de la sentencia civil a los hechos probados en la sentencia penal.

241 Conforme a la la SAP Cantabria. (Sección 2ª) de 4 de octubre 2002, ponente Saguillo Tejerina, Ernesto, (Rº Apelación 50/2002. Sentencia nº 56/2002) “*la posibilidad de que ocurran circunstancias, como la prejudicialidad penal, que aconsejen la suspensión de la tramitación de la pieza hasta tanto se resuelve la cuestión penal, permitiéndose que entretanto plazos como el de personación del perjudicado se vean afectados por esa suspensión de la tramitación de la pieza*”

Cuando no haya existido sentencia penal conforme al art 18 LORPM²⁴³, podrá dictarse sentencia civil en la pieza separada, conforme a la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto*, sin haberse previamente acreditado la comisión de delito o falta, derogándose por tanto el régimen general al existir previsión legal expresa. A estos efectos exclusivamente prejudiciales entendemos que el Juez de Menores como Juez civil habrá de pronunciarse en la sentencia civil si existió o no delito.

En cuanto a la interpretación que deba darse a la expresión "*se considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor*", cabe suscribir las opiniones de VAQUER ALOY, que en apoyo de las restricciones derivadas de la regla comentada cita la STS de 31 de diciembre de 1999 en la que se dice que "no cabe acudir al proceso civil para remediar lo que se tuvo oportunidad de aportar en el proceso penal en que se enjuiciaron los hechos del pleito"

Parece que ese ulterior proceso declarativo podrá promoverse tanto si la sentencia de la pieza separada es absolutoria como si es condenatoria. Al no distinguir la LORPM, creemos que podrá promover el ulterior proceso civil tanto el demandante como el demandado.²⁴⁴ Obviamente, no estará en ningún caso legitimado el Ministerio Fiscal, cuya legitimación subsidiaria queda *ad intra* del procedimiento civil integrado en el proceso penal del menor. A la vista de la regulación de los efectos de la cosa juzgada, con mayor razón habrá de entenderse aplicable la jurisprudencia de la Sala primera del TS conforme a la cual excepcionalmente cabe la posibilidad de pedir, por vía civil, una indemnización complementaria (es decir, como un plus respecto de lo percibido por el cauce penal) cuando concurren supuestos o hechos que no se tuvieron, ni pudieron tenerse en cuenta en la sentencia del otro orden jurisdiccional²⁴⁵

242 En virtud del cual "asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días" e igualmente conforme a lo dispuesto en el art. 179.2 LEC "el curso del procedimiento se podrá suspender de conformidad con lo que se establece en el apartado 4 del art. 19 de la presente Ley, y se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes. Si, transcurrido el plazo por el que se acordó la suspensión, nadie pidiere, en los cinco días siguientes, la reanudación del proceso, se archivarán provisionalmente los autos y permanecerán en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia". Debe tenerse en cuenta que aunque el art. 19.4 LEC parece estar pensando en una petición de suspensión de común acuerdo por todas las partes del procedimiento, demandantes y demandados, en el momento del dictado del auto de inicio del procedimiento en la pieza separada de responsabilidad civil, en tanto aún no se ha formulado demanda contra nadie, no podría considerarse como parte *strictu sensu* mas que al designado como actor civil (quien aunque no ha presentado aún la demanda, a través de la personación ya ha explicitado su voluntad de hacerlo), por lo que parece que con la sola solicitud de éste debiera accederse a la suspensión. El Juez de Menores estaría vinculado por esta petición.

243 Este supuesto lo estudiamos con mas detenimiento en el correspondiente epígrafe

244 En este mismo sentido, para LANDROVE DÍAZ, op. cit., "...en ausencia de limitación legal al respecto, podrá plantearse el declarativo posterior tanto en los supuestos de sentencia condenatoria como absolutoria." En sentido contrario, se ha dicho que "hay que entender que la posibilidad de promover un nuevo proceso ante la jurisdicción civil corresponde únicamente al perjudicado, o, en su caso, a las partes perjudicadas" CARRERA DOMÉNECH, Jorge en "La cosa juzgada en el proceso de responsabilidad civil regulado en la LO 5/2000". Aranzadi, junio de 2000, nº 5 Revista TSJ y AP

245 Vid. STS Sala 1ª, nº 878/2002, de 24 de septiembre (Pte: Almagro Nosete, José) "Se hace referencia a la indemnización de resultados no previstos (Sentencias de 25 de mayo de 1976, 11 de diciembre de 1979 EDJ 1979/957, 9 de febrero de 1988 EDJ 1988/1024), cuando tras la sentencia condenatoria son descubiertas consecuencias dañosas del ilícito punible acaecidas en tiempo posterior al proceso penal y por

Por otro lado, si la sentencia de la pieza principal (en el proceso penal propiamente dicho) es absolutoria, no cabrá condena en la pieza separada²⁴⁶, como tampoco cabrá en los supuestos de sobreseimiento provisional o libre (art 641 y 637 LECrim), archivo por prescripción o sobreseimiento por ilocalización del imputado. Así se acordó en las Conclusiones de los Fiscales en Lanzarote²⁴⁷. En este mismo sentido se habían pronunciado las Audiencias Provinciales respecto del sistema de la LO 4/92 y en relación al ulterior proceso civil, si éste se instaba en base a la responsabilidad *ex delicto*.²⁴⁸

ello no las pudo tener en cuenta el Tribunal de dicho orden, como sucede en los casos en que el curso cronológico de las lesiones muestra la aparición de un daño nuevo más grave, o incluso se produce la muerte (Sentencia de 11 de mayo de 1995 EDJ 1995/2118); nuevas lesiones o agravación del daño anteriormente apreciado (Sentencias de 9 de febrero EDJ 1988/1024 y 20 de abril de 1988 EDJ 1988/3219); nuevas consecuencias ulteriores del hecho delictivo (Sentencia de 4 de noviembre de 1991 EDJ 1991/10401); hechos sobrevenidos nuevos y distintos (Sentencia de 24 de octubre de 1988 EDJ 1998/23079). Se argumenta "in genere" en favor de este planteamiento que sería una artificiosa solución, contraria a la naturaleza de las cosas, aquella que pretenda negar la innegable realidad de un daño sobrevenido como consecuencia de una actuación ilícita que, cuando fue juzgada, presentaba mejores perspectivas dentro de las posibilidades, siempre falibles, de los criterios de valoración que, en aquel momento, se podían aplicar racionalmente, pero que han sido desbordados por la realidad, y que ante la imposibilidad de replantear el proceso penal, si se negara la viabilidad de la pretensión de resarcimiento por medio del proceso civil, se produciría un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24-1 de la Constitución Española EDL 1978/3879, pues se negaría el derecho a obtener la tutela efectiva de unos derechos y de unos intereses legítimos, supuestos por el genérico derecho a resarcirse de los males sufridos por conductas ajenas (Sentencia de 9 de febrero de 1988 EDJ 1998/26858). Y también se señala, en Sentencia de 20 de abril de 1988 EDJ 1988/3219, la eficacia temporal de la cosa juzgada (de la que se hizo aplicación en las Sentencias de 19 de marzo de 1973 y 25 de marzo de 1976) y el principio de justicia que, matizando el de seguridad jurídica, predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. En el caso presente, sujeto a estudio, con fundamento fáctico que resulta coincidente con las declaraciones jurisprudenciales que matizan los principios generales, se llega a una conclusión condenatoria, por exclusión de la cosa juzgada que, desde luego, compartimos.

246 Este mismo criterio parece que es seguido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, pues en la misma se establece que "existe, pues, una suerte de prejudicialidad, siquiera mínima, pero determinante de que el pronunciamiento de la sentencia civil (no así las fases anteriores) deba esperar a la finalización del Expediente penal. Ello resulta lógico para evitar que se produzca una disparidad insalvable otorgando en sentencia civil una responsabilidad civil derivada de una infracción penal, cuya comisión o producción la sentencia penal negare". También cabe encontrar apoyatura a esta tesis cuando la Circular afirma que "La acción a ejercitar ante el Juez de primera instancia prescribirá a los 15 años si fuere derivada de infracción penal (a excepción de la derivada de los delitos de calumnia e injurias que será de un año por disposición expresa del art. 1968.2 CC). Si fuere derivada de culpa extracontractual, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que en el Expediente penal no haya resultado acreditada la comisión de infracción penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento), el plazo de prescripción será el de un año (art. 1968.2 CC)".

En este mismo sentido se ha dicho que para la exacción de la responsabilidad civil "se ha instaurado un juicio paralelo, y jurídicamente dependiente del expediente principal" LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, op. cit. pag 102

247 Que dicen así: "La pretensión civil cuya sustanciación se permite en este procedimiento trae causa en la comisión de un delito o falta, no en otros motivos. En principio y salvo que haya expresa previsión legal..., si no hay condena penal no deberá tramitarse la pieza de responsabilidad civil...En consecuencia, la sentencia absolutoria, salvo en los supuestos previstos en el art. 118 CP, traerá consigo la imposibilidad de continuar con la tramitación de la pieza separada...Del mismo modo el sobreseimiento libre de la pieza principal traerá consigo la imposibilidad de continuar tramitando la pieza separada.

El sobreseimiento provisional conforme a los números 1 y 2 del art. 641 LECrim y el sobreseimiento por encontrarse el imputado en ignorado paradero traería consigo el archivo provisional de la pieza separada. A

II.5.8 Recursos:

Conforme a la Ley Penal del Menor la sentencia civil podrá ser recurrida ante la Audiencia Provincial en apelación que se sustanciará por los trámites de la apelación regulados en la LEC que por la cuantía le corresponda.

Sin embargo, el recurso de apelación y la segunda instancia se regulan en los arts. 455 y siguientes LEC estableciéndose un régimen unificado en cuanto a la tramitación, con un plazo de cinco días para la preparación, que tiene lugar ante el Tribunal que haya dictado la resolución recurrida desde el día siguiente a la notificación, limitándose el apelante a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna. Entendemos que la mención de la LORPM a que la apelación se tramitará por los trámites de la LEC que por la cuantía corresponda carece de contenido al haberse unificado el recurso de apelación.

Parece que no serán aplicables las normas de la LEC relativas a representación técnica y a defensa técnica habida cuenta de lo dispuesto en la regla 11 del art 64 "en la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador" por lo que esta *lex specialis* se refiere también a la segunda instancia (por cuanto que no distingue) y deroga a la *lex generalis* contenida en la LEC.

Por tanto, *de lege data* no será necesaria dirección letrada ni representación técnica en la segunda instancia de la pieza de responsabilidad civil, si bien no se nos oculta que la intervención de profanos en una apelación ante una Audiencia Provincial es cuanto menos, pintoresca.

El recurso de casación para unificación de doctrina, regulado en el art. 42 LORPM no cabe frente a la sentencia de la pieza separada de responsabilidad civil.

No existe previsión en relación con el régimen de recursos respecto de providencias y autos, por lo que cabe plantearse si procederá aplicar las disposiciones de la LEC (y por tanto, el régimen del recurso de reposición) o si por el contrario debe acudir al régimen del art 41.2 LORPM (recurso de reforma y ulterior recurso de apelación)²⁴⁹. Recordemos que si se opta por aplicar el régimen de recursos de la LEC, las

estos efectos el sobreseimiento provisional nunca podría equipararse a una resolución definitiva, impidiendo por tanto cumplimentar el requisito previo que exige la regla 8ª del art. 64 LORPM...Ello sin perjuicio de la facultad del perjudicado de acudir a un proceso civil declarativo.

En los supuestos de sobreseimiento por encontrarse el imputado en ignorado paradero, sería de aplicación supletoria (vid. disposición final primera) lo dispuesto en el art. 843 LECrim

El archivo por prescripción, por los mismos motivos impediría la continuación de la tramitación de la pieza separada, sin perjuicio de la posibilidad del perjudicado de acudir a la vía civil ordinaria”.

La conclusión nº 29 del seminario de Jueces de octubre de 2002, establece que la responsabilidad civil que se ventila en la misma es la “*ex delicto*” exclusivamente. Las siguientes conclusiones de los Jueces, las nº 30 a 33 siguen los criterios de las Conclusiones de los Fiscales en Lanzarote En el mismo sentido se pronuncian las conclusiones sobre responsabilidad civil aprobadas en las I Jornadas de Jueces de Menores, organizadas por el CGPJ y celebradas en Madrid los días 10 a 12 de noviembre de 2003

248 Vid. Sentencia AP de Navarra, Sección 1ª de 10 diciembre 1997, núm. 272/1997.Rollo de Apelación núm. 152/1997 (PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eduardo Valpuesta Gastaminza):

249 Coincidimos en todo caso con la valoración de que "la normativa sobre recursos interlocutorios es asistemática, confusa y alarmantemente defectuosa; a veces ni siquiera puede decirse que haya regulación

posibilidades de impugnación contra providencias y autos serían mucho mas limitadas, toda vez que como ya adelanta la Exposición de Motivos de la Ley procesal, *"se dispone que, resuelto el recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso, no quepa interponer apelación y sólo insistir en la eventual disconformidad al recurrir la sentencia de primera instancia. Desaparecen, pues, prácticamente, las apelaciones contra resoluciones interlocutorias"*.

En nuestra opinión, siendo el art 41 el precepto que regula con carácter general los recursos frente a resoluciones en el procedimiento de menores, debe ser aplicable a todas las resoluciones del procedimiento en sus distintas piezas principales y piezas separadas, incluida la de responsabilidad civil, salvo que un precepto específico de la propia LORPM excepcione la regla general. Esto es lo que sucede con la regla 9ª del art. 64 en relación con el recurso procedente frente a la sentencia civil, que lo somete a un régimen distinto del previsto para la sentencia penal. Por el contrario, al no establecerse ninguna especialidad en relación a las demás resoluciones que pudieran recaer en la pieza separada, habría que acudir al régimen general del art 41.2 sin perjuicio de que en última instancia y ante eventuales lagunas, pudiera acudirse a las disposiciones de la LECiv. Por tanto, frente a providencias y autos dictadas en la pieza separada, entendemos que procedería el recurso de reforma (y ulteriores de apelación o queja) y no el de reposición²⁵⁰.

II.5.9 Ejecución:

Una vez firme la sentencia se ejecutará conforme a lo dispuesto en el CP y en la LEC (regla 9ª del art 64).

Pese al tenor literal de la regla 9ª del art 64, entendemos que, al estar prevista la posibilidad de instar la ejecución provisional en la LEC durante la sustanciación del recurso de apelación, y a la vista de la remisión que la LORPM hace a la LEC, podrá instarse la ejecución provisional durante la sustanciación de la apelación (arts 526 y ss LEC)

El Fiscal no intervendrá en la ejecución si no ha intervenido en la pieza separada por haberse personado el perjudicado²⁵¹

alguna.. la incapacidad del legislador para dejar las cosas claras en esta sede conduce a un encadenamiento de problemas...cuya resolución provocará, con toda seguridad, pronunciamientos contradictorios difícilmente conciliables" DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo "Recursos interlocutorios en el enjuiciamiento penal de los menores. Primeras reflexiones acerca de la Ley Orgánica 5/2000". LA LEY, 2000-1. En el mismo sentido se ha dicho que "el sistema de recursos ordinarios contra las resoluciones del Juez de menores adolece de una alarmante falta de sistemática, dando lugar a una regulación confusa... el sistema resulta complejo y, en definitiva, ni siquiera es comprensible ". RICHARD GONZALEZ, Manuel "El nuevo proceso de menores ". LA LEY, 2000-4

250 Este parece que es el criterio que sigue también la CFGE 1/2000, pues dentro de la pieza separada dice que " *...contra el auto del Juez inadmitiendo la personación de alguien como perjudicado podrá interponerse recurso que, a tenor del art. 41, será de reforma y ulterior queja*". □ Tras la reforma de la LECrim operada por Ley 38/2002, parece que los recursos admisibles, aplicando supletoriamente ésta, serían los de reforma y apelación.

251 En el mismo sentido se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000

La conclusión nº 45 del seminario de Jueces celebrado en octubre de 2002 establece que “*la ejecución es a instancia de parte, tal y como establece la LEC*”

Esta es la conclusión a la que igualmente llegó la FGE en la Consulta 1/2002, de 24 de septiembre sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil²⁵².

II.5.10 Ejecución provisional durante la sustanciación del recurso de apelación.

Al preverla la LEC, y al remitirse la LORPM a la ley procesal civil para la ejecución de la sentencia, podrá instarse la ejecución provisional durante la sustanciación de la apelación (arts 526 y ss LEC)²⁵³

La ejecución provisional será viable sin necesidad de prestar fianza ni caución, aunque se establecen, de una parte, un régimen de oposición a dicha ejecución, y, de otra, reglas claras para los distintos casos de revocación de las resoluciones provisionalmente ejecutadas, que no se limitan a proclamar retóricamente la responsabilidad por daños y perjuicios, remitiendo al proceso ordinario correspondiente, sino que permiten su exacción por la vía de apremio²⁵⁴.

II.5.11 Postulación:

252 La Consulta declara que “...la remisión a las disposiciones de la LEC no puede tener otra interpretación, dada la claridad de los términos empleados por el legislador, que la de entender aplicables en materia de ejecución las normas contenidas en el Libro III, Título III de dicha LEC, de naturaleza, obviamente, procesal...hay que considerar que la sentencia definitiva recaída en la Pieza Separada de Responsabilidad Civil constituye un auténtico título ejecutivo (art. 517 LEC). Con base en él, sólo se despachará ejecución a petición de parte, tal y como señala el art. 549 LEC.”

En este mismo sentido ALONSO BURGOS, Maria del Carmen "La responsabilidad civil del menor por la comisión de hechos delictivos. Aspectos sustantivos y procesales". Estudios Jurídicos-Cuerpo de Secretarios Judiciales. Problemática que plantea VII-2001. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. “La apertura de la ejecutoria civil, y la consiguiente ejecución deberá ser instada por la parte interesada, al regir en esta materia el principio dispositivo por tratarse de un procedimiento civil”. Obviamente como dice esta autora, en esta pieza de ejecución tampoco será necesario actuar por medio de abogado y procurador

253 En el mismo sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ, op. cit. y OLAVARRÍA IGLESIA, M^a Teresa, “La responsabilidad civil en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.VI-2000. Ministerio de Justicia-CEJAJ

En este punto debe tenerse presente la potenciación que se producirá en las ejecuciones provisionales como consecuencia de la nueva filosofía de esta institución en la LEC, que ya en su Exposición de Motivos anuncia que *la regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este texto legal. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil representa una decidida opción por la confianza en la Administración de Justicia y por la importancia de su impetración en primera instancia y, de manera consecuente, considera provisionalmente ejecutables, con razonables temperamentos y excepciones, las sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional.*

254 Este cambio en el régimen de la ejecución provisional es de tal entidad que se ha afirmado que “ya no puede decirse que como regla, solo son título ejecutivo las sentencias de condena que han adquirido firmeza. Con el nuevo régimen de la ejecución provisional queda definitivamente superada la concepción que equiparaba ejecutabilidad a firmeza” BACHMAIER WINTER, Lorena “La ejecución provisional en la LEC 1/2000” suplemento Otrosi Revista ICAM, marzo 2001

Como ya adelantamos, la regla 11 del art 64 dispone que ” *en la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero si fuera solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquel.*”

La redacción de este precepto se presta a confusiones: parece que en principio, si nadie solicita nada, no habrá necesidad de Letrados. Si se solicita por el presunto responsable, se designará Letrado de oficio a éste. Por tanto, de lo anterior se deduce que en principio el letrado designado al menor en el procedimiento principal no tiene porqué encargarse de la defensa de éste en la pieza separada. En cualquier caso, y dado que el proceso principal y la pieza separada no son sino las dos caras de la misma moneda, parece que una interpretación lógica y sistemática del precepto impone que si es solicitado, se designe al menor el mismo Letrado ya designado en autos principales. En este contexto, el último inciso de la regla 11 relativo a la defensa de los representantes legales por el letrado designado al menor en el procedimiento principal es completamente prescindible²⁵⁵.

Algunos autores han defendido que el menor de edad debe estar imperativamente asistido por Letrado en esta pieza separada, por no ser acorde con la Convención de Derechos del Niño el sometimiento de un menor a juicio sin asistencia letrada.

Desde otra perspectiva se ha criticado esta regla de postulación porque "la intervención necesaria de un abogado de oficio para un demandado civil no se comprende...pudiendo este privilegio conculcar el principio de igualdad de armas con respecto al perjudicado"²⁵⁶. Sin embargo, en nuestra opinión el obstáculo se puede salvar preservándose la designación de abogado de oficio para el perjudicado que así lo solicita²⁵⁷. A tales efectos devendría aplicable la completa regulación del art 32 LEC.

255 En las conclusiones sobre responsabilidad civil aprobadas en las I Jornadas de Jueces de Menores, organizadas por el CGPJ y celebradas en Madrid los días 10 a 12 de noviembre de 2003 se opta por una interpretación distinta del siguiente tenor: La regla 11 del art 64 que dispone que “en la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero si fuera solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquel.”, debe interpretarse en el sentido de que el menor debe estar necesariamente asistido de Letrado, que en principio debe ser el letrado designado al mismo en el procedimiento principal. El inciso *si fuera solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable*, debe interpretarse en relación con otros responsables distintos al menor.

256 El Defensor del Pueblo, en su “Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de septiembre de 2002, recomienda que “de mantenerse el actual sistema de ejercicio separado de la acción penal y civil debería reconocerse expresamente al perjudicado la posibilidad de que pueda ser defendido por abogado de oficio en lo relativo al ejercicio de su acción civil. Esta posibilidad no es viable actualmente según lo dispuesto en la regla 11 del art 64”. Se ha defendido que en virtud del derecho a la defensa letrada también debe preservarse la designación de abogado de oficio para el perjudicado que así lo solicitase.

257 En el mismo sentido VENTURA FACI, Ramiro y PELÁEZ PÉREZ, Vicente "Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Comentarios y jurisprudencia." Cóllex, junio 2000.

Por otro lado se critica que la "exención de la defensa y de la procura para los asuntos de cuantía superior a las 150.000 pts puede generar situaciones de indefensión"²⁵⁸.

II.5.12 El procedimiento autónomo de responsabilidad civil por hechos cometidos por menores:

El art. 61.1 configura el procedimiento de responsabilidad civil como una pieza separada del procedimiento principal. Sin embargo, este procedimiento adquiere autonomía propia y se convierte en pretensión procesal única e independiente cuando, conforme a lo dispuesto en el art. 18 LORPM²⁵⁹, el Fiscal desiste, utilizando el principio de oportunidad, de la incoación de expediente.

Este precepto establece que "*lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.*"

Es decir, en estos casos la pieza separada se convierte en el cauce del único objeto procesal subsistente: la responsabilidad civil. Por tanto, solo impropia mente cabrá hablar de pieza separada.²⁶⁰

Estos supuestos, extraños conceptualmente²⁶¹, han generado dudas y zozobras, hasta el punto de que en interpretaciones claramente *contra legem*, se ha tratado de archivar la pieza separada con el argumento de que es imposible continuar con la tramitación si no se sigue el expediente principal. En este sentido, la Audiencia Provincial de Sevilla (sección tercera), en su auto 179/2001, de 4 de julio de 2001 estima el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal contra la providencia del Juez de Menores que desestima la solicitud del Fiscal de abrir pieza de responsabilidad civil en un expediente

258 GIMENO SENDRA, Vicente, "El proceso penal de menores" La Ley, año XXII, número 5386

259 El art 18 LORPM regula este desistimiento: "el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley...No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el art. 27.4 de la presente Ley."

260260 Como se ha dicho "en determinados supuestos será una pieza separada de algo inexistente, no se sabrá de qué está separada, puesto que puede que no exista proceso del que dimana" (DIAZ MARTÍN Fernando Ricardo en "Tratamiento procesal de la delincuencia de menores", , La Ley, número 4908, 19 de Octubre de 1999)

261 La Fiscalía General del Estado en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 2 de Octubre de 1997 considera que "...hay que tener en cuenta que la proclamada escisión expediente-pieza de responsabilidad civil, tan difícil de admitir en términos generales, va a conocer un supuesto concreto en el que, paradójicamente, la pieza separada llega a tener una vida jurídica absolutamente independiente del procedimiento de reforma, tan independiente que éste ni siquiera existe...En tales casos, la tramitación de la pieza de responsabilidad civil sigue adelante, con lo que puede acontecer que, sin ejercitarse acciones penales, ni existir un procedimiento sancionador, se van a aplicar las normas del Título V, capítulo I, libro I del Código Penal para el resarcimiento de los daños ocasionados, todo ello con el objetivo de obtener una sentencia para la declaración de responsabilidad civil que, sin embargo, no tendrá eficacia de cosa juzgada"

en el que previamente había desistido conforme al art. 18 LORPM, declarando que el desistimiento en el expediente principal no afecta a la tramitación de la pieza de responsabilidad civil, pues existe una previsión expresa de la Ley al respecto, declarando la improcedencia de la interpretación en contra de los términos claros del art. 18.

Esta interpretación ha sido asumida por la mayoría de las Audiencias Provinciales²⁶²

Sin embargo han existido también pronunciamientos en sentido contrario, contrario al anterior auto y contrario –en nuestra opinión- a la Ley, que es bien clara al respecto. Nos referimos a la SAP Valencia (sección 5ª) de fecha 11 de septiembre de 2002 y SAP Audiencia Provincial de Tarragona (sección 2ª) de 27 de noviembre de 2001 y de 19 de marzo de 2002. La misma línea ha seguido la Audiencia Provincial de Barcelona, que tras una primera etapa en la que admitía la tramitación de la pieza separada autónoma modificó su propia doctrina con argumentos, en nuestra opinión, ciertamente endeble, que afirman la imposibilidad de declarar una responsabilidad civil derivada de delito o falta sin la previa declaración de tal delito o falta, y que tal cosa no puede hacerse sino en el seno de un proceso penal, so pena de grave subversión de los principios procesales.

La posibilidad de que la pieza principal quede sin contenido a lo largo de la instrucción y de la fase intermedia está presente en otro precepto de la Ley (art. 19 sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación) y la repercusión sobre la pieza de responsabilidad civil deberá ser idéntica: en principio, no impide la continuación de la tramitación de la misma.²⁶³

A estos efectos deberá tenerse también en cuenta que el inciso último del art. 19.2 LORPM dispone, en relación con los efectos de la conciliación o reparación que *todo ello (se entenderá) sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.*

También, conforme al art. 27.4 LORPM, podrá quedar truncado la tramitación del expediente principal–pese a existir pruebas sobre la comisión de un delito por el menor– en un momento más avanzado²⁶⁴.

262 Vid. AAP Huesca núm. 95/2002, de 13 diciembre (Ponente Serena Puig), AAP Jaén Sección 1ª núm. 20/2002, de 28 noviembre

263 Vid. igualmente PERIS RIERA, Jaime M. en "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000" La Ley Año XXII número 5250

264 Dispone este precepto que *Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el art. 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.*

Pues bien, salvo que la causa de sobreseimiento sea incompatible con la continuación de la pieza de responsabilidad civil (sobreseimiento acordado por alguno de los motivos previstos en los art. 637 y 641 LECrim –art. 30.4 LORPM-), una interpretación sistemática de la ley obliga a entender que la pieza separada puede continuar su tramitación, pues si se permite la continuación autónoma de la pieza separada cuando el expediente ni siquiera nace porque el Fiscal desiste, con mayor motivo deberá permitirse cuando el expediente llega a incoarse aunque no llega "a término" por ejercitarse el principio de oportunidad.

En estos casos para dictar la sentencia civil no habrá que esperar a la sentencia definitiva en la pieza principal -pues esta no va ya a llegar- sino que bastará con que haya recaído otra resolución definitiva (decreto de desistimiento del Fiscal o auto de sobreseimiento o archivo del Juez según los casos) como expresamente recuerda el art 61.8ª

Como hemos adelantado, al no existir pronunciamiento penal en relación a la concurrencia o no de delito, el Juez de Menores como Juez civil deberá pronunciarse sobre este extremo a los efectos exclusivamente prejudiciales. A estos efectos, debe entenderse excepcionado el art 10.2 LOPJ que dispone que "...no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca"

Por otro lado, si como ya expusimos en la interpretación de la regla 10ª del art. 61 los efectos de cosa juzgada los produce la sentencia penal, al no existir en esta pieza autónoma una previa sentencia penal, si las partes acuden a la jurisdicción ordinaria no habrá ninguna limitación derivada del efecto de cosa juzgada y por tanto podrá discutirse todo de nuevo.

II.5.13. Acumulación por conexidad

El art. 61.2 LORPM dispone que "*se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados*". Si este precepto se pone en relación con lo dispuesto en el art. 20.1 LORPM que dispone que "*el Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos*", podría llegarse a la conclusión de que en casos de acumulación penal habría de procederse al desglose y a la incoación de tantas piezas separadas como hechos acumulados haya²⁶⁵.

265 En este mismo sentido se pronuncia MARTI SANCHEZ, Nicolás "Protección de la víctima y responsabilidad civil en la ley penal de los menores" Actualidad Penal, 2001 nº 4,

En sentido contrario se ha mantenido que "de aplicarse esta disposición en sus propios términos, la consecuencia práctica sería la de que en los supuestos en que existe conexidad penal, lo cual da lugar al conocimiento de más de un hecho delictivo en un solo expediente, la causa civil debería "multiplicarse" dando lugar a tantos procesos civiles como hechos delictivos imputados. Sin duda tal previsión carece del más mínimo fundamento. La única razón que puede explicarla es que en los proyectos iniciales de la Ley se diseñó un sistema de expediente penal personal (por menor), sistema que posteriormente fue desechado a favor del expediente por hecho (sin perjuicio de la conexidad), a imagen y semejanza del sistema de adultos. Al optarse definitivamente por el expediente penal por hecho, no se revisó el número 2 del art. 61. CARRERA DOMÉNECH, Jorge en " El proceso de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.

La Circular FGE hace una interpretación de este precepto prescindiendo de su tenor literal, al mantener que cuando el expediente principal se siga por la comisión de varios hechos delictivos conexos "*resultaría absurdo tramitar procedimientos separados y celebrar diferentes vistas orales civiles en las que las pruebas a practicar serían prácticamente coincidentes*"... "*en consecuencia, se habrá de abrir un único procedimiento civil cuando se trate de un único hecho o de varios conexos, ya existiera un único autor o varios*"²⁶⁶

La Circular utiliza como uno de los argumentos en defensa de esta tesis el de que *las pruebas a practicar serían prácticamente coincidentes*. No compartimos la premisa mayor, pues si los hechos son distintos las pruebas no tienen porqué ser coincidentes. En todo caso, en última instancia la flexibilidad con la que se pronuncia la Circular "... *todo ello sin perjuicio de que la apertura de piezas separadas civiles independientes se estime posible cuando con ello y en atención a las circunstancias del caso concreto se facilite la ordenación del procedimiento*" permite que pueda analizarse cada supuesto individualizadamente y optarse por el desglose o la tramitación conjunta atendiendo al principio de economía procesal y a la necesidad de tramitación ordenada de los autos. Los supuestos a los que habremos de enfrentarnos serán muy diversos: en el supuesto de que el demandante para todos los hechos sea el Fiscal y los demandados por todos los hechos sean las mismas personas parece clara la conveniencia de la tramitación conjunta. Cuando existan distintos demandantes en los distintos hechos o cuando existan distintos demandados en los distintos hechos (por existir algún menor en todos los hechos y en cada uno otros copartícipes) podrá ser conveniente la incoación de tantas piezas de responsabilidad civil como hechos hayan, a fin de posibilitar una tramitación procesal racionalizada y evitar situaciones de "caos procesal". No caben, por tanto decisiones apriorísticas dogmáticas²⁶⁷.

II. 6. Medidas cautelares en la pieza separada de responsabilidad civil

Aunque la LORPM guarda silencio, entendemos que cuando así resulte procedente, con el fin de asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, cabrá acordar fianzas y embargos conforme a lo dispuesto en los art. 589 a 614 LECrim y art 764 LECrim. Su tramitación deberá realizarse en su caso, a través de una pieza separada (art 590 y 785.8ª b) LECrim)²⁶⁸. Parece claro que estas medidas cautelares reales

2003

266 En apoyo de esta tesis, pero *de lege ferenda* se ha argumentado que «es contraproducente con la finalidad de resarcimiento perseguida y... contrario al principio de economía procesal» y que en consecuencia «se debería haber regulado la incoación de una sola pieza de responsabilidad civil por cada expediente tramitado» (POLO GARCÍA, José Javier y HUÉLAMO BUENDÍA, Antonio Jesús. La nueva Ley penal del menor, Edit. Colex, Madrid, 2000.).En el mismo sentido PÉREZ MARTELL, Rosa "El proceso del menor", Aranzadi, 2002,pag. 386 Para SAMANES es razonable el criterio de la Circular en base a la regulación que el art. 76 LEC hace de la acumulación de autos. SAMANES ARA, Carmen "La responsabilidad penal de los menores", Zaragoza, 2003

267 Así se ha mantenido que "la confusión que puede producirse aconseja, en orden a una mejor tramitación procesal, abrir varios procesos civiles, aunque existan hechos delictivos conexos que se ventilen en un solo proceso penal" MORA ALARCÓN, José Antonio op. cit. pag 237.

268 VENTURA FACI y PELÁEZ PEREZ, op. cit. son también partidarios de aplicar al régimen de medidas cautelares las disposiciones de la LECrim y no de la LEC. Debe tenerse en cuenta que siempre se

no podrán en ningún caso adoptarse en la pieza principal, pues no es el aseguramiento de las responsabilidades civiles objeto de la instrucción en el procedimiento del menor²⁶⁹. En tanto en cuanto la acción civil se desgaja del procedimiento principal y se tramita en pieza separada, será allí donde, en su caso, puedan adoptarse medidas cautelares civiles.

Ya contamos con pronunciamientos de las Audiencias Provinciales admitiendo la adopción de la medida cautelar de anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad en relación con inmuebles de los progenitores del menor responsable²⁷⁰.

Debemos analizar si puede el Juez de Menores adoptar medidas cautelares reales de oficio. Recordemos que en el procedimiento de adultos se permite al Juez de Instrucción adoptar estas medidas "*ex officio*". En el mismo sentido, el Anteproyecto de Ley Orgánica Penal y Juvenil del Menor de 18 de abril de 1995 en su art 52 permitía al Juez adoptar "las disposiciones preventivas necesarias para evitar que pueda eludirse la responsabilidad civil"

Debe partirse de que la función del Juez de Menores como Juez civil no puede equipararse a la que desempeña el Juez de Primera Instancia en un procedimiento ordinario, pues en la jurisdicción de menores, el Juez incoa la pieza de oficio y aporta prueba por sí. Desde este punto de vista podría defenderse la posibilidad de la actuación de oficio. Sin embargo, en el sistema de la pieza separada las partes personadas tienen la iniciativa, que parece casa mal con esta posibilidad: no parece posible desde el respeto al principio de imparcialidad que el Juez que va a decidir la cuestión civil de fondo pueda sin previa solicitud de parte adoptar medidas cautelares. En este sentido debe tenerse en cuenta que no puede equipararse la posición del Juez de Instrucción –que no va a decidir sobre el fondo- con la del Juez de Menores –que si lo va a hacer-. En definitiva, en nuestra opinión no puede el Juez de Menores adoptar medidas cautelares de oficio²⁷¹.

Por lo demás, últimamente se ha puesto en duda incluso que el Juez de Instrucción pueda adoptar medidas cautelares reales de oficio²⁷².

En cuanto a los presupuestos que el Juez de Menores ha de examinar para decidir sobre su procedencia, como establece el auto de la AP Valencia (sección quinta) de 5 de abril de 2004 "no hay por tanto otro criterio que examinar para resolver... que calibrar la entidad del hecho y su posible calificación penal, y la autoría del menor, y por otra parte la proporcionalidad de la medida cautelar en cuanto se revele ajustada al caso en atención

aplicarán preferentemente las disposiciones del procedimiento abreviado frente a las del sumario.

269 A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de adultos, conforme a lo dispuesto en el art. 299 LECrim

270 AAP Valencia 30 de octubre de 2002 (Iltma. Doña Carolina Rius Alarcó) JUR 2003\71056

271 En sentido contrario AAP Valencia (sección quinta) de 5 de abril de 2004 (rollo de apelación 3011/04) "...se trata por tanto, con amparo sobrado en los art. 589 y 764 LECrim, de que el Juez de Menores, e incluso de oficio por supuesto como lo hace el Juez o Tribunal penal, adopte las medidas cautelares precisas para asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran exigirse de futuro al menor responsable de un hecho criminal o a sus deudores responsables solidarios...)...ni las medidas cautelares a adoptar en causa penal guardan parangón absoluto, como antes queda dicho con las que puedan adoptarse en causa civil en que rige el principio de justicia rogada frente al de oficialidad que rige en el proceso penal

272 DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel "El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal" La Ley nº 6059"

a la posible condena civil y la ausencia de garantías ya constituidas o concurrentes que hagan innecesarias las que se demandan de presente...”

En ningún caso, desde luego, si es el Fiscal quien impetra la adopción de las medidas, puede el Juez exigir a éste caución, pues no actúa como parte privada sino que sigue en su papel constitucional de promotor de la acción de la justicia²⁷³.

En todo caso será necesario acreditar la concurrencia de los presupuestos estructurales de las medidas cautelares: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

II. 7. Las costas en la pieza separada de responsabilidad civil:

Como dijo Chiovenda, los gastos judiciales representan el necesario complemento del crédito, sin los cuales la restauración judicial del derecho sustancial violado sería incompleta.

Coincidimos con FONT SERRA al afirmar que en materia de costas como a través de la pieza separada de responsabilidad civil del proceso de menores se sustancia un verdadero proceso declarativo sobre la responsabilidad civil derivada del delito, las costas de la primera instancia de la pieza separada de responsabilidad civil se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Juez de menores aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho²⁷⁴. Serían de aplicación los art. 394.1 y 2, 395, 396, 32.5 LEC. En ningún caso se impondrán las costas al MF²⁷⁵.

Desde luego, en la resolución de los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia, las Audiencias se están pronunciando sobre las costas²⁷⁶. Se puede observar zozobra a la hora de fundamentar la condena en costas, llegándose en ocasiones a citar simultáneamente LEC y LECrim²⁷⁷.

273 AAP Valencia (sección quinta) de 5 de abril de 2004 (rollo de apelación 3011/04) “...la remisión a la normativa de la LEC que hace el art. 764 LECrim, se interpreta por el auto impugnado de manera que no puede compartir el Tribunal y particularmente por lo que a exigir caución al M Fiscal se refiere. Dicho Ministerio no pierde su carácter público por razón de la acción que ejercita, pues que de oficio tiene encomendado el ejercicio de ambas ante la jurisdicción penal ordinaria y la de menores

274 FONT SERRA, Eduardo “Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor” Atelier, Barcelona, 2003.

275 la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo en relación con las costas procesales refiere que “reguladas en el artículo 139, por primera vez en un texto procesal se declara expresamente que «en ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal» (apartado 5)”.

276 Vid. SAP núm. 2/2002 Lleida (Sección 2ª), de 11 marzo. Recurso de Apelación núm. 4/2001. Ponente: Ilma. Sra. Dª Ana Cristina Sainz Pereda JUR 2002\118814; SAP Jaén núm. 20/2002, Sección 1ª, de 28 noviembre (Ponente Jurado Cabrera) (JUR 2003/14953); SAP Oviedo (secc. Segunda) 19 de diciembre de 2002 (ponente Lanzos Robles); SAP León núm. 364/2003 (Sección 2ª), de 10 diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Muñoz Díez); SAP Córdoba, sec. 2ª, nº 123/2004, de 9 de junio (Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón)

277 SAP Vizcaya núm. 84/2003 (Sección 1ª), de 5 diciembre (Ponente: Ilmo. Sr. D. Edorta Josu Herrera Cuevas) “Conforme al principio culpabilista del arts. 123 CP y 240 LECrim, como al de vencimiento objetivo de art. 397 LEC, siendo esta sentencia íntegramente confirmatoria de la condena, procede imponer el pago de las costas de la apelación a los demandados apelantes”.

También ha de admitirse la posibilidad de que el procedimiento de menores sea cauce formal para la jura de cuentas, habiendo recaído algún pronunciamiento ya en tal sentido²⁷⁸.

II.8. Informaciones al actor civil sobre la pieza principal:

En principio, debe permitirse este acceso al perjudicado para posibilitarle el ejercicio de la acción civil aunque no se haya personado como acusación particular, pues de otro modo tendrá en muchos casos dificultades para tal ejercicio, ya que la propia naturaleza clandestina del delito hará que sin la ayuda de la investigación oficial, el perjudicado no tenga medios para identificar al presunto responsable, a sus representantes y para conocer el acopio de medios de prueba realizado.²⁷⁹ Este acceso, en cualquier caso, no puede ser indiscriminado²⁸⁰.

En los supuestos en los que el Fiscal desista de la incoación del expediente, las actuaciones originales van a quedar en Fiscalía. Puede además ocurrir que ni siquiera se dé cuenta al Juzgado, ya porque no exista responsabilidad civil, ya porque el perjudicado se haya reservado el ejercicio de la acción para entablarla ante la jurisdicción ordinaria. En este último caso puede el perjudicado necesitar de un testimonio de las actuaciones para articular la demanda civil y las pruebas. El reglamento de ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1949 en su art. 43 prohibía la expedición de certificaciones²⁸¹

Este precepto ha sido derogado por la Disposición final quinta de la LO 5/2000. En la actualidad debe entenderse que pueden expedirse en estos casos los testimonios o copias reclamadas por el perjudicado, salvo en extremos que puedan afectar a la intimidad del menor infractor y que no sean relevantes para la reclamación civil, no solamente por el Juzgado de Menores sino también por la Fiscalía cuando a ésta le corresponda la custodia de las actuaciones. Y ello en base a que con la nueva LO 5/2000

278 AAP Toledo, sec. 2ª, 1/2003, de 3 de enero Pte: Cruz Mora, Juan Manuel de la EDJ 2003/14683

279 Para CARRERA DOMÉNECH "Creemos que las secciones de menores de las fiscalías, a salvo los supuestos de declaración de secreto, deben adoptar una actitud flexible en este punto, y una vez verificado el interés del solicitante, dar acceso a las diligencias penales en aquellos extremos que resulten indispensables para que el perjudicado pueda fundamentar correctamente su pretensión civil. Las directrices fundamentales de ese acceso deben buscarse en el marco del art. 140 LEC

280 El informe del Equipo Técnico evacuado conforme a lo dispuesto en el art. 27 LORPM, en tanto en cuanto contiene datos relativos a la intimidad del menor y de su familia debe mantenerse al margen del conocimiento del perjudicado pues los datos que en el mismo figuran no son relevantes a la hora de ejercitar la pretensión civil. Sin embargo, esta afirmación debe a su vez ser matizada. Si no tiene reflejo en otras partes del expediente, debiera permitírsele al perjudicado conocer los datos de identidad de los padres, tutores, acogedores o guardadores incluidos en el informe, comprendiendo también la información referente a si el menor está o ha estado tutelado por la entidad pública de protección de menores

281 Disponía este precepto que *"no podrá expedirse certificaciones de las diligencias practicadas por el Tribunal en los expedientes de corrección de menores, ni aun para utilizar como prueba en el procedimiento civil que se promoviere; pero el Juzgado competente podrá pedir de oficio certificación del acuerdo por lo que respecta a la participación de un menores en el hecho que sirviese de fundamento a la reclamación civil a fin de que el fallo del Tribunal sirva de base en el procedimiento"*.

se introduce en el propio procedimiento de menores un principio de protección de la víctima que permite incluso la posibilidad de ejercitar acciones civiles por el perjudicado y personarse en determinados supuestos en la pieza principal. Si al perjudicado se le dan estas amplias posibilidades en el procedimiento de menores, parece lógico que también se le facilite el ejercicio de la acción civil fuera de tal procedimiento, sin restricciones que ya no tienen fundamento legal²⁸².

El art. 140 LEC, que podría ser susceptible de aplicación supletoria, al regular el acceso de interesados no constituidos como parte a procedimientos civiles, bajo la rúbrica *Información sobre las actuaciones* da interesantes pautas plenamente compatibles con la interpretación postulada.

Esta interpretación ha sido por lo demás asumida por la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 3/2004 *sobre las consecuencias de la desaparición del secretario en las secciones de menores de Fiscalía*²⁸³

II.9 Posición de las Aseguradoras:

II.9.1 Principios:

El art. 63 LORPM incluye como responsable directo a los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores. Este precepto es el equivalente en la LORPM al art. 117 CP²⁸⁴, que a su vez supuso la traslación al Derecho Penal del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro 50/80 (LCS), consagrando lo que ya era una línea jurisprudencial consolidada. En definitiva, se permite la acción directa contra el asegurador en el proceso penal de menores.

282 En este punto deben tenerse en cuenta la comunicación del Defensor del Pueblo de fecha 11 de octubre de 2002, en la que de conformidad con el art 30 LODP se recomendaba a los miembros del Ministerio Fiscal que “*de mantenerse el actual sistema de ejercicio de la acción civil (art 61 a 64 de la LO 5/2000), los miembros del Ministerio Fiscal, faciliten a los perjudicados que no se hayan presentado (sic) en el procedimiento contra el menor, los datos necesarios para que aquellos puedan plantear la demanda civil correspondiente, en los casos en los que expresamente exista una reserva de acciones civiles.*”

283 Declara esta Instrucción que “En la actualidad debe entenderse que pueden expedirse en estos casos las copias reclamadas por el perjudicado, salvo en extremos que puedan afectar a la intimidad del menor infractor y que no sean relevantes para la reclamación civil, no solamente por el Juzgado de Menores sino también por la Fiscalía cuando a ésta le corresponda la custodia de las actuaciones, por haberse archivado el procedimiento en fase de Diligencias Preliminares. Y ello en base a que con la nueva LO 5/2000 se introduce en el propio procedimiento de menores un principio de protección de la víctima (pro victima). Si al perjudicado se le dan amplias posibilidades en el procedimiento de menores, parece lógico que también se le facilite el ejercicio de la acción civil fuera de tal procedimiento, sin restricciones que ya no tienen fundamento legal. En todo caso, cuando la solicitud del perjudicado se refiera a un expediente que desde la Fiscalía haya sido remito ya al Juzgado de Menores, habrá de ser este órgano jurisdiccional el que atienda las peticiones de información para posibilitar plantear la demanda civil”.

284 Conforme al artículo 117 C.P., “*los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.*”

En estos supuestos existirá una responsabilidad solidaria entre el menor infractor, sus representantes y el asegurador.

También deberá el régimen de excepciones previsto en el art. 76 de la LCS ²⁸⁵

Parece evidente que para que el Juez de Menores como Juez civil pueda condenar a una aseguradora habrá de haber sido demandada por el actor civil. A una solución ciertamente curiosa llega la AP de Jaén ante un supuesto en el que el Consorcio de Compensación de Seguros tenía responsabilidad pero no había sido demandado: no lo condena pero expresamente establece la posibilidad del perjudicado de accionar frente al Consorcio, además de condenar al menor y solidariamente a sus padres. ²⁸⁶

Debe tenerse presente que con la difusión de los seguros de riesgos del hogar, en los que es frecuente la cobertura del riesgo derivado de los daños causados por los hijos menores a terceros, el papel de las aseguradoras en relación con los pleitos de responsabilidad civil por daños causados por menores va a ser estadísticamente muy importante ²⁸⁷.

II.9.2. El asegurador obligatorio en el proceso:

Se plantea si será aplicable el artículo 764.3 LECrim, que excluye al asegurador obligatorio como parte procesal ²⁸⁸

Pese a las dudas que suscitó, la constitucionalidad de este precepto está fuera de toda duda ²⁸⁹.

285 “La acción directa en caso de seguro obligatorio de automóviles también aparece en el art. 6 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a motor: *el asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes, el cual, o sus herederos, tendrá acción directa para exigirlo*”.

286 SAP Jaén núm. 20/2002, Sección 1ª, de 28 noviembre (Ponente Jurado Cabrera) (JUR 2003/14953)

287 La SAP núm. 533/1997 Vizcaya (Sección 4ª), de 8 octubre Rollo de Apelación núm. 644/1995 Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García se ocupa de un supuesto de lesiones de un niño a otro en un ojo con objeto punzante durante el transcurso de una fiesta de cumpleaños y declara, además de la responsabilidad del padre, la de la aseguradora «La Suiza», “merced a la cobertura de responsabilidad civil prevista en la póliza de seguros combinada del hogar suscrita con el codemandado..., deberá soportar de modo solidario el pago de la indemnización. El perjudicado puede exigirle directamente la satisfacción de la misma al amparo del art. 76 de la Ley 50/1980 de 8 octubre”

288 según este precepto “*en los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por el régimen de Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, se requerirá a la Entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes. La Entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho, de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto, se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente*”.

Consideramos que tal precepto será de aplicación, conforme a lo dispuesto en la disposición final primera de la LO 5/2000, y por tanto, no tendrán las aseguradoras demandadas en virtud de seguro obligatorio la condición de partes, si bien en todo caso, deberá dárseles la oportunidad de defenderse en relación con la obligación de afianzar.²⁹⁰

Debe señalarse no obstante que, en la práctica, en el Procedimiento abreviado, pese a lo dispuesto en el artículo 764.3 LECrim, se está generalizando la admisión como parte de las aseguradoras por el seguro obligatorio, práctica *contra legem* que quizás tiene su origen en la omisión de la correcta tramitación de la pieza separada como cauce natural de alegaciones de las aseguradoras.²⁹¹

289 STC 25 de junio de 1996: «... Este Tribunal, en SSTC 4/1982, 48/1984, y 114/1988, entre otras, ha establecido que para condenar a un tercero civil como responsable directo o subsidiario, con base en la existencia de una póliza de seguro obligatorio o voluntario, es en todo caso necesaria la audiencia del mismo, salvo que no exista oposición alguna, aunque el alcance del derecho de contradicción puede ser limitado al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento. Por ello, en los supuestos de seguro obligatorio, en los cuales las compañías aseguradoras tienen únicamente la condición de fiadores *ex lege*, existe una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, oportunidad de intervenir en el mismo cuando aquéllas son requeridas y prestan fianza conforme a lo dispuesto en el art. 784.5 LECrim. (STC 114/1988, FJ 2).

En el mismo sentido STC 19/2002, de 28 de enero (ponente don Eugeni Gay Montalvo) en la que se declara que “A la vista de lo expuesto no puede negarse que las cantidades a las que fue condenada la actora como responsable civil directa, tanto en concepto de daños corporales, daños materiales y gastos de asistencia médica y hospitalaria, como en su monto, están comprendidas dentro de los límites del seguro obligatorio, tal y como el Ministerio Fiscal reconoce en su escrito de alegaciones. Siendo así, la Audiencia Provincial, al negar legitimación a la entidad aseguradora para sostener la apelación, no ha hecho más que aplicar el contenido de la prevención quinta del art. 784 LECrim, y ya hemos señalado en el Fundamento de Derecho 1 que, en los supuestos de seguro obligatorio, como aquí ocurre, en los que las compañías aseguradoras tienen únicamente la condición de fiadores «*ex lege*», existe una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, oportunidad de intervenir en el mismo, cuando aquéllas son requeridas y prestan fianza conforme a lo dispuesto en el art. 784.5 LECrim. (SSTC 114/1988 y 114/1996, por todas).

Esto es, exactamente, lo que aconteció en el presente caso, por lo que no puede calificarse de absurdo, como hace el Ministerio Fiscal, el hecho de que le fuera negada a la actora en la segunda instancia la legitimación de que gozó en la primera. Es más, como queda reflejado en los antecedentes de esta Sentencia, la entidad recurrente ni siquiera discutía (en el escrito solicitando aclaración de la Sentencia dictada en la segunda instancia) su legitimación para intervenir en la apelación, sino el monto de las indemnizaciones acordadas. No cabe hablar, pues, de que existiera un rechazo sorpresivo de su legitimación y, en consecuencia, situación de indefensión alguna para la Entidad recurrente.

En supuestos como el presente, el derecho y el interés de las aseguradoras se limita a su obligación de pagar la indemnización y, en todo caso, a discutir dicha obligación en relación con la regular vigencia del contrato de seguro. No, desde luego, a formular oposición frente al perjudicado por el hecho de que su asegurado produjera los daños influenciado por los efectos de bebidas alcohólicas; y, en tal supuesto, como aquí acontece, ello sin perjuicio de que pueda utilizar la repetición contra su asegurado. En definitiva, no cabe atender la queja de la actora sobre la indefensión denunciada.

290 Los problemas que tal exclusión genera son ampliamente tratados por ESCOBAR JIMÉNEZ, RAFAEL en "Aspectos del Seguro de Suscripción obligatoria y del Consorcio de Compensación de Seguros", Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal V-1999 pags 527 y ss. Este autor mantiene que la regulación del art 784.5ª sigue vigente en el procedimiento abreviado, pero al no existir precepto similar en el procedimiento ordinario por delitos, no sería aplicable ni a éste ni al juicio de faltas ni el juicio del procedimiento de la Ley del Jurado por entender que estos dos procedimientos deben integrarse supletoriamente con las disposiciones generales de la LECrim y no con las especiales del Procedimiento Abreviado. Siguiendo este razonamiento, debe entenderse que en tanto la disposición final primera de la LO 5/2000 prevé como de aplicación supletoria especial las normas de procedimiento abreviado, en la pieza separada de responsabilidad civil si debe entenderse como de aplicación el art 784.5ª

291 Incluso para un sector doctrinal, este precepto había quedado derogado tácitamente por el art. 117

En cualquier caso, si no se tramita una pieza para asegurar las responsabilidades civiles en la que pueda discutirse por la aseguradora la obligación de afianzar, parece claro que el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, obligaría a reconocer a la aseguradora su condición de parte.

Si se admite al asegurador obligatorio como parte y no se impugna esta admisión por las demás partes, habrá de reconocérsele tal condición a todos los efectos²⁹².

II.9.3 El título ejecutivo:

Partimos de que el art 10 de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor (dictado del título ejecutivo) será también aplicable al procedimiento de menores²⁹³. La Instrucción 1/93 de la Fiscalía General del Estado sobre líneas generales de actuación del MF en el procedimiento de menores de la anterior LO 4/92 de 5 de Junio²⁹⁴ se pronunciaba sobre el dictado de título ejecutivo, considerando incompetente a la jurisdicción de menores y competente al Juez de Instrucción²⁹⁵. En la práctica los Jueces

C.P. Otros autores consideran que en aras a la coherencia del sistema, debiera desaparecer el art. 784.5^a (esta última posición la mantienen SOTO NIETO e IZQUIERDO TOLSADA).

En todo caso la reforma 38/2002 ha ratificado la vigencia del precepto pues lo ha mantenido con una nueva numeración (art 764.3). En este mismo sentido se ha escrito que “a pesar de que una parte de los Juzgados de instrucción, Juzgados de lo penal y Audiencias provinciales desoían, en su modo de proceder, lo establecido en el anterior art. 784.5 reputando como parte a tales responsables civiles, la Reforma vuelve a reiterar la previsión (véase art. 764.3 § 2.º), concedora de que la misma es intachable en el terreno de las garantías según el Tribunal Constitucional y el propio Tribunal Supremo (igual criterio sostuvo la Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado)... ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael “Aspectos de la fase intermedia del procedimiento abreviado” Diario La Ley nº 5967-2004.

292 STS 6 de abril de 1989 «... Conforme al art. 854 de la Ley Procesal pueden interponer recurso de casación, entre otros, los que hayan sido parte en los juicios criminales y los que sin serlo resulten condenados en la sentencia. De ésta se desprende que el Consorcio citado fue parte, pidió la absolución en el acto del juicio oral y en el fallo se le condenó al pago por responsabilidad civil, dentro de la cobertura legal del seguro obligatorio, de la parte correspondiente a ésta de las indemnizaciones a los perjudicados a las que se le condena al procesado. Luego está dicha entidad comprendida en el texto literal del artículo...».

293 Debe tenerse presente el nuevo art. 517 LEC que dispone que *"sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 8º El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor"*.

294 Memoria de la FGE 1994, página 1006

295 Así decía la Instrucción que "Consideración aparte merece el archivo cuando se trate de hechos cubiertos por el seguro obligatorio de vehículos de motor, y en particular, quien está legitimado para dictar el auto ejecutivo. Lo normal en las denuncias que llegan al MF por hechos en que están implicados menores, es que procedan del Juzgado de Instrucción, en donde, tras el análisis l atestado, se ha advertido la menor edad penal de los autores (art. 789,5,3ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En tales casos es el Juez de Instrucción quien ha debido dictar el auto ejecutivo prevenido en el art. 10 de la Ley de 24 de Diciembre de 1962; y si no constare se remitirá testimonio de todas las diligencias recibidas a esos efectos. Pero las denuncias de tal naturaleza han podido llegar directamente a Fiscalía, sin pasar por el Juzgado de Instrucción. ¿Quién está legitimado en este supuesto para dictar el auto ejecutivo? El MF, desde luego, no. Por razones conceptuales, tampoco el Juez de Menores. Excluidos el MF y el J de M. quedan aún dos opciones. Una es entender que no debe dictarse título ejecutivo, lo que no se armoniza con el art. 10 de la Ley de 24 de Diciembre de 1962 en el que el auto procede siempre que se archiva

de Instrucción eran reacios a asumir tal competencia, llegando a dictarse alguna resolución en sede de Audiencias Provinciales (Sevilla, por ejemplo) en la que se desestimaba el recurso de apelación del Fiscal interpuesto frente al auto del Juez de Instrucción denegando el dictado de título ejecutivo antes de la inhibición en favor de la jurisdicción de menores.

Siguiendo el mismo razonamiento de la Instrucción 1/1993 y teniendo en cuenta que ahora si es el Juez de Menores competente para conocer de la responsabilidad civil derivada del delito o falta, debe afirmarse su competencia para dictar el título ejecutivo cuando proceda. En el mismo sentido se han pronunciado los escasos autores que se han ocupado del tema.²⁹⁶

Deben analizarse los distintos supuestos que pueden plantearse cohonstando la regulación del título ejecutivo con las disposiciones sobre tramitación de la pieza separada. Partimos de que el perjudicado ha presentado denuncia. Podríamos encontrarnos con los siguientes supuestos:

1) Si el accidente imprudente ha generado lesiones que no requieren tratamiento médico, al no tener los hechos trascendencia penal, el Fiscal habría de proceder al archivo de las diligencias preliminares²⁹⁷. En este supuesto cabría la posibilidad de remitir testimonio al Juez de Menores para que éste dictase el título ejecutivo²⁹⁸.

provisional o definitivamente un procedimiento de orden penal incoado por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad Civil. La otra solución es remitir testimonio (por el MF o por el J de M según el momento en que se acuerde) al Juez de Instrucción para que proceda conforme a lo dispuesto en el art. 10, bien porque en la imprudencia automovilística cometida por menores de edad aparezca cierta negligencia por parte de los padres o guardadores, o bien para que los Jueces de Instrucción se pronuncien sobre esa posible responsabilidad por imprudencia de las personas mayores de edad penal y en su caso actúen en armonía con el art. 10".

296 En relación con la LO 4/92, ver PANTOJA GARCÍA, Félix, MUÑOZ MARÍN, Angel, PÁRAMO Y DE SANTIAGO, Casto y DEL MORAL GARCÍA, Antonio "La Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Anotaciones tras ocho meses de aplicación (Actualidad Penal, num 10, Madrid, marzo 1993,) Respecto de la LO 5/2000, para CARRERA en relación con la competencia del Juez de Menores para dictar el título ejecutivo "entendemos que la respuesta debe ser afirmativa. La norma habla de *proceso penal*, sin establecer limitación o restricción alguna. Tampoco en la LO 5/2000 existe disposición alguna que pudiera fundamentar la solución contraria. En cuanto al proceso en qué debe dictarse la resolución que nos ocupa, creemos que por su propia naturaleza, debería hacerse en el ámbito del proceso (pieza) de responsabilidad civil". En el mismo sentido se pronuncia ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario, op. cit. dado que la LORPM ha querido regular de forma expresa la responsabilidad de las aseguradoras y esta es una de sus facetas

297 Parece claro que no debería incoarse expediente de reforma en estos casos sino hasta tanto se comprobara a través de la correspondiente pericial que los hechos tienen trascendencia penal.

298 Este supuesto plantea la dificultad de que no existe previsión de un cauce específico en el que el Juez de Menores pueda dictar la resolución en tanto que lo procedente en estos casos sería acordar el archivo en el seno de las diligencias preliminares por no ser los hechos constitutivos de delito. En estos casos tampoco está prevista la comunicación al Juez de Menores, ni la apertura de procedimiento alguno por éste. Además, en estos casos el Juez no ha acordado el archivo del procedimiento. Sin embargo, creemos que debe prescindirse de interpretaciones formalistas y permitir que en estos casos pueda dictarse un título ejecutivo en favor de la víctima: el supuesto de hecho en realidad es análogo al expresamente contemplado en el art. 10 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor: la jurisdicción de menores –en sentido amplio- ha puesto fin a un procedimiento incoado por hecho cubierto por el Seguro Obligatorio. La identidad de razón para permitir en estos casos el dictado del título parece clara. Por tanto, parece que el Juez podría abrir unas diligencias de trámite –como las previstas en el art. 16.3 LORPM- o

2) En el caso de que el Fiscal, ante un accidente imprudente constitutivo de delito o falta utilice el art. 18 LORPM y decida desistir de la incoación de expediente, podría entenderse que lo procedente sería remitir testimonio al Juez de Menores para que incoe y tramite la pieza separada autónoma. Sin embargo, creemos que lo más adecuado es que en lugar de incoar y tramitar la pieza separada, se proceda en su caso al dictado de título ejecutivo; y ello por razones prácticas y técnicas: en cuanto a las primeras, parece poco razonable tramitar un juicio de automóvil en el que no va a existir ningún pronunciamiento penal previo que aprovechar y que además no va a producir efecto de cosa juzgada. En cuanto a las segundas, el principio de especialidad, representado en este caso por el régimen del título ejecutivo apoyaría su aplicación en detrimento de las normas generales de la LORPM.

3) En el caso de que el accidente diera lugar a una tramitación de la pieza principal que concluyera en sentencia, cabría a su vez distinguir dos supuestos: a) que la sentencia fuese condenatoria: en estos casos la responsabilidad civil habría de ventilarse sin duda por los trámites de la pieza separada salvo renuncia o reserva, partiendo de los hechos declarados probados. b) que la sentencia fuese absolutoria: en este caso cabría el dictado de título en el propio expediente principal. Lo mismo puede decirse si en la pieza principal recayera cualquier otra resolución de archivo o sobreseimiento, procedería el dictado del título ejecutivo, bien en el expediente principal, bien en la pieza separada.

Ya disponemos de algunas resoluciones de la jurisprudencia menor atribuyendo la competencia para el dictado de título ejecutivo al Juez de Menores (autos de 30 de enero de 2003 y de 10 de marzo de 2003 de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección tercera; auto de 19 de noviembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección cuarta²⁹⁹).

una pieza separada y dictar en su seno y sobre la base del Decreto de archivo del Fiscal, el título ejecutivo.

²⁹⁹ El auto 86/2003 de 10 de marzo, de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección tercera) declara que “ciertamente en el estadio actual de la legislación de menores no puede sostenerse que el dictado del Auto inhibitorio ponga fin al procedimiento penal (y mantenerlo así no es más que una ficción innecesaria) cuando es precisamente esta inhibición la que abre un verdadero proceso sancionador ante la jurisdicción claramente competente ab initio. Proceso sancionador, tutelar o rehabilitador o cual sea el nombre que se le de, que tiene una verdadera naturaleza penal o cuasi penal, como acredita que le son aplicables las notas más características de los procesos penales... Así pues, no será hasta que en este procedimiento especial recaiga sentencia absolutoria o de archivo, cuando pueda decirse que éste ha concluido sin declaración de responsabilidad. Por otro lado no puede sostenerse hoy, al menos en línea de principio, que los Jueces de Menores carezcan de competencia funcional para dictar el llamado auto ejecutivo, cuando el art 2.2 les declara “expresamente competentes para resolver sobre responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley” cuando el artículo 61 de la misma impone al Ministerio Fiscal (sin otras excepciones que las generales en todo proceso penal) el ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley” ejercicio que dará lugar según el propio artículo a la tramitación de una pieza separada; y cuando, por último, el art 63 contempla expresamente la responsabilidad civil de los aseguradores en este procedimiento.

Por todo ello, la Sala considera que si el auto de inhibición abre un verdadero proceso sancionador ante la jurisdicción de menores y como consecuencia de ello se han iniciado Diligencias Preliminares, antes del archivo de actuaciones, el Juzgado de Menores debe dictar el Auto ejecutivo, sin que para tal resolución sea competente el Ministerio Fiscal porque no reúne la condición de órgano jurisdiccional.

Si mantuviéramos la tesis que el Juzgado expone en la resolución combatida resultaría que la víctima no se vería protegida y ello suponen una evidente conculcación del principio pro damnato que preside la legislación de seguros del automóvil, ya que de hecho se le negaría un derecho reconocido por la Ley, cual es el dictado del Auto ejecutivo que comporta una alteración en su beneficio del modo ordinario de exigencia de obligaciones.

En estas resoluciones se descarta simultáneamente la competencia del Juzgado de Instrucción que se inhibe (pues tal resolución no pone fin al proceso) y la del Fiscal de Menores (que no está investido de jurisdicción). En el mismo sentido cabe citar el auto 96/2002, de 12 de marzo de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga.³⁰⁰

II.9.4 Posibilidades de personación como actor civil del asegurador que haya indemnizado a su asegurado.

La alusión a la posibilidad de personación de las aseguradoras como partes interesadas plantea el problema de si debe entenderse que la regla 2ª del art. 64 LORPM se refiere a la personación en concepto de demandante, en subrogación de su asegurado-víctima, por la indemnización satisfecha en virtud de un contrato de seguro. Conviene recordar que la posibilidad de subrogación del asegurador en las acciones civiles del asegurado está recogida genéricamente en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro 50/80, de 8 de octubre que dispone que *"el asegurador, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización."*

La jurisprudencia se ha mostrado reacia a permitir esta acción de subrogación dentro del cauce del proceso penal ordinario³⁰¹, si bien se ha abierto paso la tesis de la admisibilidad de la subrogación³⁰², pero siempre y cuando la aseguradora que pretende

300 El Juzgado de Menores nº 2 de Málaga en la resolución apelada aceptaba su competencia para dictar título ejecutivo en los supuestos de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento pero no en los supuestos de desistimiento del Fiscal basándose en que el Juez de Menores no ha conocido de la causa, no hay datos mínimos para la formación del título y no existe procedimiento pues no existe resolución que ponga fin al mismo. La Audiencia declara que el art 10 habla "de Juzgado o Tribunal como órgano competente para dictarlo...además el Ministerio Fiscal no tiene reconocida la facultad de dictar autos....No cabe pues, realizar una interpretación restrictiva de las disposiciones legales aplicables (art 10 de la Ley del Automóvil y 18 de la LORPM) en perjuicio de los intereses de la víctima, cuyo derecho a la tutela judicial efectiva se debe garantizar por la jurisdicción correspondiente y en este caso, una interpretación lógica de tales preceptos, acorde con dicho derecho constitucional, nos lleva a entender que será el Juzgado de menores el competente para el dictado de la referida resolución que sirva de título ejecutivo a los perjudicados, previa audiencia de los interesados y de las Aseguradoras en su caso.

301 Como ejemplo de las posturas de Audiencias reacias a admitir en el proceso penal de adultos al asegurador subrogado como actor civil cabe reseñar la SAP Toledo, (sec. 2ª) de 4 de noviembre de 1997, rec. 44/1997, (ponente Saiz Leñero, Eduardo) que en su fundamento jurídico cuarto declara que "nuestro T.S. ha venido avalando reiteradamente esta argumentación (Cfrs. SSTs de 11-6-90, 3-12-90, 25-10-91, 2-3-92 y 7-4-94). Igualmente, se colige tal interpretación de la doctrina emanada del TC, en el sentido de que no se produce vulneración de derecho fundamental alguno al no permitirse la subrogación de la Cía. Aseguradora, ni como perjudicada, ni como ofendida, en la posición de su asegurado siniestrado (Cfrs. entre otras, SSTC de 4-4-84 y 13-5-88); pues su conceptualización como parte exigiría que su perjuicio no surgiese del contrato (de seguro, obviamente), sino del delito. En definitiva, es preciso entender que las entidades aseguradoras únicamente podrán ser acusadoras particulares cuando el delito, y no otra razón, sea la causa de su agravio, o perjuicio, y éste además, sea causado de forma directa por aquel; descartándose la legitimación cuando el mal sufrido por la entidad solo se derive del delito de forma muy indirecta y refleje con respecto a la acción, u omisión penal típica"

302 La STS 2ª, S 28-05-1999, núm. 833/1999, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido, admite la subrogación de las compañías aseguradoras en el ejercicio de los derechos del asegurado, estableciendo que "no cabe apreciar infracción alguna de lo dispuesto en el art. 43 de la ley de Contratos de Seguro, pues este precepto precisamente autoriza a las Compañías Aseguradoras a subrogarse en el ejercicio de los derechos que correspondiesen al asegurado como consecuencia del siniestro".

subrogarse lo sea del perjudicado, pero no del penalmente responsable, sin perjuicio, en este último caso, de las posibilidades de repetición en el correspondiente procedimiento civil³⁰³.

En la pieza separada del procedimiento de menores, visto el tenor de la regla 2ª no puede sino concluirse con la admisión del asegurador como actor civil, ya que el precepto legal al decir que podrán personarse las aseguradoras "*...dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil*" les está expresamente reconociendo la posibilidad de que intervengan como demandantes³⁰⁴. No obstante, también en el proceso de menores deberá negarse la legitimación a la aseguradora para actuar como actor civil contra su

Importantes argumentos a favor de la legitimación de la aseguradora como actor civil en el proceso penal proporciona la SAP Madrid (sec. 15ª), de 31 de marzo de 2000, rec. 92/2000 (ponente Jorge Barreiro, Alberto G.), que además incorpora un análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios sobre la materia: "... si la entidad aseguradora puede ser traída al proceso en calidad de responsable civil directa en los supuestos en que tiene una póliza convenida con el responsable de la acción penal para garantizar la indemnización de la víctima de la acción delictiva, parece razonable que, en aras de la reciprocidad y de la simetría en el tratamiento procesal, el asegurador también pueda intervenir en el proceso en los casos en que anticipe la indemnización de la víctima y quede subrogado, por consiguiente, en la posición de ésta con arreglo a lo dispuesto en el art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro....A favor de esa conclusión debe citarse también el principio de economía procesal, por cuanto no resulta explicable ni recomendable que se inicie un nuevo proceso en la jurisdicción civil para resolver el abono de una indemnización que, sin duda, se habría resuelto en la vía penal en el caso de que el perjudicado no hubiera renunciado por habérsela abonado su entidad aseguradora....Por lo demás, y ya en el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha admitido en la práctica y ha avalado en algunas resoluciones la intervención como partes actoras civiles en el proceso penal de las entidades aseguradoras cuando han anticipado el abono de la indemnización a las víctimas y se han subrogado en sus derechos. Así se aprecia, en efecto, en las SSTS que cita la parte recurrente en su escrito de impugnación: 25-I-1990, 22-X-1992 y 18-VI-1993....Ciertamente, debe subrayarse que también concurren resoluciones en sentido contrario. Incluso, recientemente, la STS de 9-VI-1999 parece acoger una línea opuesta a la que hemos venido argumentando, pues afirma, al interpretar el art. 113 del C. Penal, que terceros son sólo aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de la acción de repetición, ni los que están enlazados con la víctima por relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible, supuestos en que los efectos obligacionales no se derivarían del delito, sino de la sentencia condenatoria. Resolución en la que, en un obiter dicta, se llega a excluir expresamente del concepto de terceros perjudicados a las compañías aseguradoras. Sin embargo, a la hora de analizar la precitada sentencia no se aportan argumentos determinantes que desvirtúen los anteriormente expuestos a favor de la tesis contraria...En consecuencia, y a tenor de lo razonado, estimamos que en los supuestos en que la entidad aseguradora ha indemnizado en su integridad a su asegurado, que a su vez ha resultado víctima de la acción delictiva de un tercero, podrá personarse como parte perjudicada en el procedimiento en subrogación de los derechos que tenía la víctima asegurada y ejercitar la acción civil contra ese tercero responsable penal".

Sigue también esta tesis CONDE PUMPIDO FERREIRO, op cit

303 Así recientemente, la STS 2.ª de 24 de Febrero de 2005 (Ponente: Sr. Sánchez Melgar) "para resolver este problema, es decir, si una compañía aseguradora que cubre un determinado riesgo, y que a consecuencia de la acción u omisión de su asegurado, satisface el importe de la indemnización pactada en la póliza o legalmente establecida (como en los casos de seguro obligatorio) al perjudicado por el delito, puede subrogarse en la posición de éste, en el seno del procedimiento penal, y actuando como tercero civil perjudicado, reclamar del acusado el importe de lo satisfecho en nombre de éste al directamente perjudicado por el delito, hemos de partir de las posiciones jurídicas de las partes en conflicto...En efecto, será perjudicado por el delito, tanto quien haya sufrido los daños consecuencia del mismo, como aquellas otras personas o entidades que hayan tenido que reparar sus consecuencias civiles, pero dentro siempre del ámbito de la víctima, nunca en la órbita jurídica del autor material del mismo. Así, para poner un ejemplo, en la mecánica comisiva derivada de un accidente de tráfico ocasionado con imprudencia punible, no solamente será perjudicado el directamente afectado por la acción u omisión del sujeto activo del delito (que incuestionablemente lo es), sino todas aquellas personas que, por ese hecho, se vean en la obligación de realizar gastos, prestar servicios o satisfacer indemnizaciones. De ese modo, son terceros perjudicados

propio asegurado (como culpable del hecho o responsable civil directo o subsidiario)³⁰⁵ ; también debería negarse esta legitimación cuando el seguro es de los de personas (muerte, accidente o enfermedad), toda vez que el art. 82 de la Ley 50/80 prohíbe expresamente que el asegurador pueda subrogarse después de pagada la indemnización en los derechos que a su asegurado correspondan contra un tercero como consecuencia del siniestro, salvo en lo relativo a gastos de asistencia sanitaria. Por el contrario, esta legitimación habría de reconocerse en los supuestos en los que la aseguradora hubiera previamente indemnizado al perjudicado-asegurado en seguros contra daños, pues es para este tipo de seguros para los que es aplicable el derecho de subrogación previsto en el art. 43³⁰⁶.

Cuestión distinta es la de si al asegurador que ha satisfecho la indemnización, debe, por este solo hecho, atribuírsele la condición de perjudicado a los efectos de hacerle ofrecimiento de acciones y por tanto, "llamarle al proceso", notificándole el derecho a ser parte en la pieza, conforme a los art. 64.1ª y 22 LORPM. En nuestra opinión, el asegurador con derecho a subrogarse no es perjudicado en sentido técnico³⁰⁷, y por tanto,

las entidades de asistencia sanitaria que presten cualquier servicio para solventar la salud del accidentado, o quien afronte las prestaciones económicas de cualquier tipo para aminorar o reparar las consecuencias del ilícito cometido. Ese tercer perjudicado siempre habrá de estar en la órbita jurídica del dañado o lesionado por el delito, nunca en la posición del causante del daño, imputado en la comisión delictiva, porque los que ostentan este estadio procesal, serán responsables directos o subsidiarios de la infracción penal, nunca terceros perjudicados por la misma, a los efectos de poder reclamar lo que tengan por conveniente de tal acusado en el proceso civil correspondiente, fuera siempre del proceso penal. En el ejemplo que se ha puesto, sería impensable que la compañía aseguradora que cubre las consecuencias civiles derivadas del ilícito penal constitutivo de imprudencia punible, después de satisfacer la correspondiente indemnización a la víctima del suceso (atropello, por poner un caso frecuente), se dirigieran contra el acusado (que es en realidad su asegurado) ejercitando la acusación particular en el propio proceso penal. Y ello porque el pago que ha realizado no deriva directamente del ilícito penal, sino de su relación contractual con dicho tomador del seguro. Si tal compañía aseguradora estima que, en virtud de tal contrato, o de la ley, puede repetir el importe de lo pagado a un tercero perjudicado como consecuencia de tal delito en nombre de su cliente (asegurado), deberá verificarlo en el proceso civil que a su derecho convenga, pero nunca en el proceso penal..."

304 En todo caso, esta interpretación no es pacífica, pues algún autor se ha pronunciado en sentido contrario, pese al tenor literal del precepto comentado. Vid. MARTI SANCHEZ, Nicolás "Protección de la víctima y responsabilidad civil en la ley penal de los menores" Actualidad Penal, 2001 nº 4

305 En este sentido cabe reseñar la STS 2ª, S 04-07-1997, núm. 982/1997, Pte: Granados Pérez, Carlos que establece que "La entidad recurrente ha cumplido las obligaciones que tenía contraídas en virtud de una póliza de seguro y como contraprestación de las primas recibidas de la titular de la Administración de loterías. Ello no le convierte en tercero perjudicado, al que se refiere el artículo 104 del Código derogado y el artículo 113 del Código vigente, sin perjuicio de la acción de repetición de lo pagado que, en su caso, pueda ejercitar contra el penalmente responsable, como así lo ha admitido la jurisprudencia de esta Sala y explícitamente viene recogido en el artículo 117 del vigente Código Penal".

306 Vid. BONÉ PINA, Juan Francisco, op. cit.

Algún autor, aún partiendo de que, efectivamente el precepto permite la personación del asegurador como demandante, considera que estas aseguradoras que pueden personarse son "las que defienden a los perjudicados ...ya que dicha personación tiene por objeto el ejercicio de la acción de responsabilidad civil" vid. LANDROVE DÍAZ, op. cit. Sin embargo en nuestra opinión, si lo que ejercita la aseguradora es la acción del perjudicado, ello no sería sino un supuesto de apoderamiento, de representación, que no traería consigo propiamente la personación de la aseguradora sino la del perjudicado, al igual que ocurre cuando éste, en lugar de valerse de los servicios jurídicos de la aseguradora, utiliza los de cualquier otro Letrado colegiado.

307 En este sentido puede citarse la SAP Murcia (sec. 5ª), de 22 de mayo de 2000, rec. 81/2000 (ponente Nicolás Manzanares, José Manuel), que no considera perjudicada a la aseguradora, si bien permite la subrogación "su legitimación (la de la compañía aseguradora) para reclamar los perjuicios derivados del

no es preceptivo notificarle como tal, sin perjuicio de que "espontáneamente" pueda personarse. Este parece ser el espíritu que late en la regla 2ª del art. 64, cuando distingue entre la personación de los perjudicados (en su primer inciso) y la personación de las compañías aseguradoras que se tengan por interesadas (en el segundo inciso). El interés de la Compañía aseguradora no está tan necesitado de protección como el del perjudicado directo. Su derecho a subrogarse, conforme al art. 43 LCS, deberá hacerse efectivo a través de la relación con su asegurado, el cual conforme al mismo precepto "*será responsable de los perjuicios que, con sus actos u omisiones, pueda causar al asegurador en su derecho a subrogarse*". El asegurador, puede, con un mínimo de diligencia, venir en conocimiento de los ofrecimientos de acciones que se realicen a los asegurados a los que previamente ha indemnizado, ejercitando por tanto su derecho a subrogarse en la acción civil y a personarse en la pieza separada. Otra interpretación supondría una mayor complejidad del procedimiento³⁰⁸.

Las Audiencias Provinciales también van admitiendo la personación de las aseguradoras como demandantes³⁰⁹

II.9.5 Facultades del asegurador voluntario demandado en orden a alegar la inexistencia de culpa penal.

En el proceso penal ordinario la jurisprudencia de la Sala Segunda ha mantenido una postura restrictiva, negando esta posibilidad³¹⁰, si bien doctrinalmente se abre paso la

accidente deriva de la subrogación que el artículo 43 de la Ley Contrato de Seguro establece en favor de las aseguradoras una vez abonada la indemnización, de tal suerte que la legitimación no deviene de la cualidad de perjudicado o víctima, sino de la derivada por subrogación en los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado (víctima o perjudicado directo) frente a las personas responsables del mismo" Igualmente, la SAP Alava (sec. 1ª), de 6 de noviembre de 1999 (rec. 80/1999). (ponente Madaria Azkoitia, Iñigo) admite la subrogación de la aseguradora en el proceso penal y su subsiguiente legitimación, si bien explicando que "la legitimación no deviene de la cualidad de perjudicado o víctima, sino de la derivada por subrogación en "los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado (víctima o perjudicado directo) frente a las personas responsables del mismo". También puede citarse la SAP Palencia, de 22 de febrero de 1999, rec. 39/1999 (ponente Muñiz Delgado, Angel) que reconoce la legitimación por subrogación de la aseguradora pero distinguiéndola de la posición del perjudicado: "Respecto a las cantidades abonadas por la Compañía de Seguros del perjudicado a su asegurado, que hoy reclama y se le conceden en virtud de lo dispuesto en el art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro, es criterio de esta Audiencia, expresado ya desde la sentencia de 27 de febrero de 1996, que se trata de un supuesto de subrogación legal que legitima a la aseguradora únicamente para recuperar el desembolso patrimonial realizado en favor del perjudicado, por lo que en tal extremo va a revocarse la sentencia apelada".

308 Esta interpretación ha sido asumida por las conclusiones aprobadas por los Fiscales de Menores en Octubre de 2001 en Canarias y en concreto en la conclusión VI.3. bajo la rúbrica "personación del asegurador como actor civil cuando haya indemnizado a su asegurado." En el mismo sentido se pronuncia la conclusión nº 36 del seminario de Jueces de Menores de octubre de 2002.

309 SAP Zamora 23 de mayo de 2003 (ponente García Garzón)

310 En este sentido resumiendo la doctrina jurisprudencial se ha dicho que "en el caso de existir un responsable civil subsidiario (ex arts. 120.1º a 5º y 118.I.4º del CP), éste habrá de ser llamado al procedimiento penal, limitándose su intervención al objeto civil del mismo -impugnación de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende, de la concurrencia de los presupuestos para que se aprecie la responsabilidad civil, así como su cualidad de sujeto pasivo de la responsabilidad civil-, sin que pueda alegar en su defensa cuestiones de descargo penales (SSTS, Sala 2ª, de 16 de marzo de 1996 , 13 de noviembre de 1996 y 10 de julio de 2001), aunque sí, como admite la última de estas Sentencias del TS, la existencia de una causa de justificación en tanto que ésta puede operar también a efectos de la

tesis favorable a la admisión de que la compañía aseguradora pueda discutir si concurre o no la acción imprudente que hace nacer su obligación como responsable civil³¹¹. Creemos que debiera admitirse esta legitimación amplia del asegurador, pues los argumentos esgrimidos por la doctrina a favor de esta tesis son contundentes³¹². Partiendo de la postura favorable a la legitimación amplia del asegurador, cabe analizar qué ocurrirá en el ámbito del proceso de menores. Pues bien, dada la peculiaridad de la tramitación de la responsabilidad civil en pieza separada, si la pieza principal terminó ya con sentencia firme en la que se declara la existencia de delito, parece claro que en la pieza separada no ya el asegurador, sino ningún otro demandado, podrá tratar de combatir la concurrencia del delito o falta. Por el contrario, si no ha habido pronunciamiento en la pieza principal – *v.gr.*, porque se hizo uso del principio de oportunidad *ex art. 18 LORPM*-, creemos que todos los demandados en la pieza separada, incluido el asegurador, podrán discutir con total amplitud la concurrencia a efectos prejudiciales de los elementos del delito como presupuesto de la acción civil *ex delicto*.³¹³

II.10 Addenda: la reforma que viene

II.10.1 Consideraciones previas

La necesidad de reformar el sistema de la LORPM se ha puesto de manifiesto en las Conclusiones alcanzadas en las sucesivas Jornadas de Jueces³¹⁴ y Fiscales. En el

responsabilidad civil (art. 118 del CP) y, en su caso, demostrar la no tipicidad de la conducta enjuiciada... Se trata, la enunciada, de una doctrina del TS mantenida no si algún zigzag. En efecto, las SSTs (2ª) de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3859) y de 7 de abril de 1994 (RJ 1994, 2900) , que suponen el retorno a la doctrina jurisprudencial acogida en las Sentencias del mismo órgano de 24 de abril de 1953, 28 de noviembre de 1963 y 20 de marzo de 1964, admiten que, en su defensa, el responsable civil subsidiario puede hacer cuantas alegaciones estime oportunas «pues el responsable civil subsidiario tiene un interés legítimo en demostrar que el delito no existe.» BUSTO LAGO, José Manuel. Aranzadi Civil núm. 17/2004 Parte Estudio Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004

311 Vid. BONÉ PINA, Juan Francisco , "La indemnización: concurrencia de causas" en "Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal III Madrid, 1997

312 En sentido contrario se ha argumentado al respecto que la legitimación del responsable civil –ya sea directo o subsidiario- ha de quedar constreñida a la impugnación de los daños y perjuicios surgidos del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad civil, así como a negar el nexo causal en que pueda asentarse tal responsabilidad civil, pero carece de aquella condición procesal para impugnar la responsabilidad penal del autor, porque asumiría la defensa de derechos ajenos que le está vedada. PASTOR MOTTA, Luis, "Práctica procesal de los juicios rápidos" Ed. Sepin, 2003

313 Recordemos que e la Circular 1/2000 mantiene que "en todo caso, de seguirse la pieza de responsabilidad civil en estos supuestos de sobreseimiento provisional el Juez de Menores habrá de pronunciarse en la sentencia, a los solos efectos prejudiciales, acerca de la existencia de la infracción criminal que sustenta la responsabilidad civil objeto de condena".

314 Vid conclusión VII.33 de las alcanzadas por los jueces en el curso "La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales". Cuadernos de Derecho Judicial . CGPJ 2001 pag 597

Las conclusiones del seminario "un año de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores", celebrado en Madrid, los días 7,8 y 9 de octubre de 2002, organizado por el Servicio de Formación Continuada – Escuela Judicial establecen como introducción que la regulación de la pieza "resulta escasa, problemática, laboriosa y, en muchos casos, aflictiva para el propio menor e inútil, sin que el resultado final, la sentencia, produzca el efecto deseado, al no producir autoridad de cosa juzgada"

mismo sentido se pronuncian la mayoría de las Fiscalías españolas, según recoge la Memoria de la FGE correspondiente al año 2002³¹⁵ y la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2003³¹⁶.

El Defensor del Pueblo, en su “Informe sobre el primer año de vigencia de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, de septiembre de 2002, recomienda al Ministerio de Justicia que *“sería conveniente una nueva regulación respecto del ejercicio de la acción civil, procurando que la misma fuera lo mas parecida posible al sistema recogido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. para el procedimiento relativo a los mayores de edad”*.

Esta propuesta, que ya fue planteada por la conclusión VII.33 de las alcanzadas por los jueces en su reunión de 2002³¹⁷, entendemos sin embargo que supondría un inasumible *plus* de complejidad en la tramitación de los expedientes que sin duda incidiría en mayores dilaciones temporales entre la comisión del hecho y la imposición de la medida, especialmente porque implicaría la participación necesaria de nuevas partes procesales, pues a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos, en el que lo normal es que el responsable civil y el acusado coincidan, en el proceso de menores habrá además del menor, como mínimo, otro responsable civil.

Tampoco es aceptable, conforme a los nuevos postulados de la victimología, volver al sistema de la LO 4/92 de exclusión sin mas de la acción civil en el proceso de menores³¹⁸. No ha faltado quien ha defendido esa tesis, a nuestro juicio no recomendable³¹⁹

315 La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2002, dentro del apartado de “propuestas de reformas legislativas” incluye la necesidad de reforma de la pieza, haciéndose eco de sus numerosos defectos (mayor burocratización, innecesaria duplicidad de trámites y notificaciones), problemas de imparcialidad en el Juzgador, dependencia de la pieza civil del expediente penal, necesidad de suspensión de la tramitación de la pieza, límites de cosa juzgada.pag 446 a 448.

316 La pieza de responsabilidad civil ha sido uno de los lastres en la aplicación de la LORPM, a causa de sus insuficiencias, incoherencias y defectos, que complican sobremanera el procedimiento. Existe en el juicio negativo unanimidad entre las numerosas Secciones de Menores que se han pronunciado sobre este punto. Tanto Jueces como Fiscales han criticado duramente la regulación en las conclusiones alcanzadas en sus Jornadas (conclusiones aprobadas por los Fiscales de Menores en Octubre de 2001 en Lanzarote y por los Jueces en el seminario celebrado en Madrid en octubre de 2002).

317 Curso “La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales”. Cuadernos de Derecho Judicial . CGPJ 2001 pag 597

318 Que estemos en contra del ejercicio simultáneo de la acción penal y de la civil por el Fiscal no quiere desde luego decir que nos opongamos a que el Fiscal promueva la acción civil en beneficio de la víctima. Somos partidarios de esta legitimación, pues como se ha dicho de esta previsión de ejercicio de la acción civil por el Fiscal “se trata de una norma muy progresiva, con un claro talante social, que beneficia directamente a los sectores de la población menos dotados económicamente, a quienes facilita la defensa de su derecho a la reparación patrimonial de los daños y perjuicios causados por el delito. MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael “La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación de sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y futuro” Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal NUM. IV-1999 pag. 59

319 Coincidimos con que “antes de descargar al Fiscal de ciertas competencias -lo que también a veces puede originar un impulsivo aplauso corporativo por lo que pueda suponer de disminución de la excesiva carga laboral-, debe hacerse la reflexión inversa: ¿esa medida impide o limita el cumplimiento de lo que deben ser las misiones del Ministerio Fiscal?” DEL MORAL GARCÍA, Antonio, ¿Para qué sirve un Fiscal? Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal IV-2003 pag. 447 Este mismo autor atinadamente resalta que “el Fiscal ejercita la acción civil en sustitución del perjudicado...la misión es coherente con el papel de defensa

A la hora de afrontar la regulación de la responsabilidad civil en Derecho comparado encontramos diversas soluciones: en Francia: el art. 6 de la Ordenanza de 2 de Febrero de 1945 permite el ejercicio de la acción civil en el seno del procedimiento de reforma. En Italia el Decreto de 22 de Septiembre de 1988 regulador del proceso penal de menores, en su art. 10.2 no admite el ejercicio de acciones civiles en el procedimiento penal seguido ante el Tribunal de Menores, y además establece que "la sentencia penal (recaída en el proceso de menores) no tiene eficacia de cosa juzgada en el juicio civil para la restitución o el resarcimiento del daño ocasionado por el delito"³²⁰. En Estados Unidos, en el Estado de Pensilvania está expresamente previsto dentro de las medidas que puede imponer el *Juvenile Court* la de ordenar el pago de una suma razonable en concepto de compensación³²¹.

En Colombia, el art 173 del Código del Menor dispone que la acción civil para el pago de perjuicios ocasionados por la infracción cometida por el menor deberá promoverse ante la jurisdicción civil, de acuerdo con las normas generales. Para este efecto, los Juzgados Civiles podrán solicitar copia de la parte resolutive del fallo del Juez competente en que se declare a un menor autor o partícipe de una infracción penal, con el solo objeto de fundamentar la acción civil correspondiente.³²²

En México, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, de 17 de diciembre de 1991, establece un procedimiento separado para la reclamación de los daños irrogados por el menor (arts 86 y 87), en el que se intenta una conciliación entre perjudicado e infractor, pero en caso de no llegar a un acuerdo se remite al perjudicado al orden jurisdiccional civil.

Un sistema interesante es el vigente en Venezuela. La Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, de 2 de octubre de 1998, bajo la rúbrica "Responsabilidad Civil", dispone que "*firme la sentencia condenatoria, quienes estén legitimados para ejercer la acción civil podrán demandar ante el tribunal que dictó*

de las víctimas expresamente destacado en la última reforma del Estatuto y conecta además con la Recomendación 2000(19) del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Ahora bien, creo que no tiene sentido el mantenimiento de esa función cuando es la propia víctima la que, con asistencia letrada, se ha personado en el proceso penal para ejercitar por sí misma esa acción civil derivada del delito. En esos casos el Fiscal debería abstenerse de toda petición civil"

320 10. *Inammissibilità dell'azione civile. — 1. Nel procedimento penale davanti al tribunale per i minorenni non è ammesso l'esercizio dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato (1).*

2. *La sentenza penale non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato (2).*

3. *Non può essere riconosciuta la sentenza penale straniera per conseguire le restituzioni o il risarcimento del danno.*

321 LOUGHRAN, Edward J. y GUARINO-GHEZZI, Susan "Balancing Juvenile Justice", Transaction Publishers, New Jersey 1996, pag.119.

322 Citado por PÉREZ MARTELL, Rosa "El proceso del menor", Aranzadi, 2002, pag 390. Esta autora también cita el caso de Costa Rica en el que la acción civil deberá promoverse ante el Juez competente, con base en las normas del proceso civil independientemente de lo dispuesto en la resolución del Juez Penal Juvenil.

la sentencia la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios. El procedimiento se tramitará conforme dispone el Código Orgánico Procesal penal". Esta ley dispone igualmente en su art. 662 como derecho de la víctima el de ejercer las acciones civiles derivadas del hecho punible.

Partimos de que la filosofía en que el sistema de la LORPM se inspira es defendible, pues trata de compatibilizar por un lado, la necesidad de dar protección a la víctima aprovechando el proceso de reforma en curso para sustanciar las responsabilidades civiles y por otro la conveniencia de evitar la confrontación menor - víctima y la exigencia de no perturbar la finalidad esencial de procedimiento de reforma (imposición de medidas al menor en el marco educativo y sancionador y de acuerdo con su interés)³²³. Estos principios explican que se regule la responsabilidad civil como objeto del proceso de menores pero evitando la acumulación de acciones que se da en el proceso penal de adultos, tramitando la acción civil por cauces separados.

Sin embargo, la articulación concreta de estos principios se ha realizado en nuestra opinión sin rigor técnico, y debieran corregirse los graves defectos que contiene³²⁴:

1) la obligación de continuar tramitando la pieza cuando se ejercita el principio de oportunidad no tiene sentido: en estos casos no se va a aprovechar el material del proceso penal (precisamente porque queda truncado) que es lo que justifica su inclusión en el proceso de menores³²⁵.

323 Así se ha dicho que el interés de las víctimas "contra lo que muchos opinan (incluso la exposición de motivos de la Ley), no contamina el procedimiento propiamente educativo del victimario. Al contrario, lo facilita pues exige a éste desandar lo mal andado, responsabilizarse, paso primero e indispensable según la actual pedagogía" BERISTAIN, Antonio, "Los retos de la Ley del Menor" El diario vasco-edición electrónica, 18-1-2001. Cabe también añadir, como recoge la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 que "*la satisfacción de las consecuencias civiles del acto infractor, o, al menos, el reconocimiento del daño y la disculpa ante los perjudicados, son considerados por la Ley factores positivos, no sólo cara a la efectiva protección de las víctimas, sino también para la educación del menor*

324 Estas ideas las expusimos ya en "El Título VIII de la Ley Penal del Menor: experiencias en su aplicación" Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal II-2003. Ministerio de Justicia- Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia pags. 751 a 819

325 Interesantes son, en este punto, en orden a estructurar la acción civil en el proceso penal, las consideraciones realizadas por la STC 157/1990, de 18 de octubre: "el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual, por estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear la reclamación civil en los tribunales ordinarios. Ello no origina por sí mismo indefensión y los inconvenientes que de ello se derivan para la víctima resultan más bien de la regulación del propio proceso civil, pero ello no puede ser razón suficiente para condicionar una política criminal determinada, ni extraer consecuencias que restrinjan la posibilidad de operar la prescripción de la pena en el proceso penal ni, desde luego, fundamentar la inconstitucionalidad de la prescripción de la falta. Ello significaría partir de una presunta prevalencia del proceso penal para satisfacer pretensiones resarcitorias civiles y admitir que la sanción penal, en caso de falta, es sólo un elemento accesorio, aunque punto de anclaje necesario, para obtener, en la más rápida y económica vía penal, el resarcimiento de la víctima. No es una exigencia constitucional que el derecho material penal y el correspondiente proceso penal se organice exclusivamente para asegurar el resarcimiento civil de las víctimas de actos culposos".

2) la necesaria vinculación entre los hechos de la sentencia principal y los de la pieza de responsabilidad civil permitiría no iniciar un procedimiento civil *ex novo* sino que finalizada la pieza principal con sentencia condenatoria, se abriría un incidente en el que podría cuantificarse la responsabilidad civil y dirigirse la reclamación contra los representantes legales del menor.

II.10.2 El Anteproyecto de 7 de octubre de 2005

En fecha 7 de octubre de 2005 se ha aprobado por el Consejo de Ministros un Anteproyecto de LO por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El Anteproyecto incide exclusivamente en los aspectos procesales de la responsabilidad civil, no reformando ningún aspecto sustantivo.

Según el informe remitido al Consejo de Ministros sobre el Anteproyecto, en materia de responsabilidad civil “se establece la apertura del proceso de responsabilidad civil, al mismo tiempo que el Juez disponga la apertura del proceso principal, consiguiendo que se produzca una resolución simultánea en ambos casos. De esta forma se garantizan las indemnizaciones que pudieran corresponder a las víctimas sin que sea necesario abrir un nuevo proceso para establecerlas”.

La frivolidad de la afirmación de que de esta forma se garantizan las indemnizaciones es ciertamente notable. Lo único que se consigue con esta forma de tramitación de la responsabilidad civil es que exista una única sentencia con un pronunciamiento conjunto, penal y civil, pero garantizarse no se garantiza nada, y menos las indemnizaciones. Por lo demás la acumulación va a llevar sin duda a una mayor complejidad del objeto del proceso y, por consiguiente, a una mayor duración del mismo, efecto sin duda pernicioso y contrario a la filosofía que inspira el proceso de menores y dirigida a lograr la máxima celeridad en la tramitación.

El principio vertebrador de la reforma se orienta a dejar sin efecto el sistema de pieza separada como proceso civil paralelo al penal para pasar al sistema de acumulación de acciones de la civil junto con la penal sustancialmente idéntico al del proceso de adultos, no habiéndose tenido en cuenta en nuestra opinión y conforme a lo expuesto *supra* las contraindicaciones de aplicar este sistema en la jurisdicción de menores.

Pasando al análisis concreto del texto del Anteproyecto, en primer lugar, su art. 18, al regular el desistimiento suprime la referencia que contiene el texto vigente de que *lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil*.

Esta disposición permite en la actualidad que se tramite la denominada doctrinalmente pieza separada autónoma, es decir, un verdadero proceso civil independiente que no precisa de una condena en el proceso penal.

Tal supresión se ve acompañada en el Anteproyecto del añadido “asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados el desistimiento acordado”.

De esta modificación cabe deducir que se suprime esta posibilidad, por lo que a partir de ahora, el desistimiento en el ejercicio de la acción penal va a suponer la imposibilidad de que el Juez de Menores conozca de la acción civil, no quedándole al perjudicado mas opción que ejercitar la acción civil ante el orden jurisdiccional civil, por el procedimiento que corresponda con arreglo a la cuantía (arts. 249 y 250 LEC, juicio ordinario o juicio verbal dependiendo de que la reclamación supere o no los 3000 euros) y conforme a las disposiciones del CC.

El art. 19.2 al regular las soluciones extrajudiciales también sufre una modificación en el Anteproyecto, consistente en que si en la redacción original de la LORPM se establecía que estas soluciones lo eran en todo caso “sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.”, ahora lo que se establece es que “sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.” Aunque la nueva redacción es ciertamente confusa, como también lo era su precedente, la *ratio* de la redacción original era la de que esta finalización del proceso no impedía continuar la tramitación de la reclamación civil ante el Juez de Menores, mientras que la redacción del Anteproyecto trunca necesariamente esta posibilidad, aunque abre la de llegar en el propio acuerdo de derivación a una transacción (en todo caso a ejecutar ante el orden jurisdiccional civil)

El art. 30 del Anteproyecto introduce dentro del contenido del escrito de alegaciones que ha de formular el Fiscal un último inciso conforme al que en el escrito de alegaciones constará la exigencia de responsabilidad civil.

Esta disposición claramente apunta a la supresión de la necesidad de formular una demanda autónoma, unificándose el ejercicio de la acción civil con el ejercicio de la penal, y estableciéndose como momento procesal para ello el de la presentación del escrito de alegaciones. Obviamente solo procederá interesar la responsabilidad civil por parte del Fiscal si el perjudicado no la ha ejercitado por sí conforme al sistema de legitimación subsidiaria que establece la LORPM. Ello exigirá tomar conocimiento de qué ha ocurrido en la pieza de responsabilidad civil tramitada ante el Juez de Menores y en la que ha de producirse la personación de las partes civiles.

También como contenido del escrito de alegaciones se establece con carácter novedoso por el Anteproyecto en el apartado 3º del mismo precepto que *en todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles.*

Por tanto, el Anteproyecto introduce la necesidad de citar a otras personas en el acto de la audiencia hayan o no adquirido la condición de parte. No aclara el precepto a qué efectos son llamadas estas personas, pues no parece razonable atribuirles automáticamente y *ope legis* la cualidad de testigos, pues en muchos supuestos no será necesario que comparezcan como tales. Tampoco parece razonable entender que la LORPM les atribuye automáticamente la cualidad de partes personadas, pues el perjudicado puede ejercitar la acción civil y puede, por el mero hecho de no reservarse la acción ni renunciar, conferir automáticamente tal función al Ministerio Fiscal.

Ya dentro de la fase intermedia, en el art. 31 del Anteproyecto se prevé, una vez recibido el escrito de alegaciones con el expediente, el traslado a las partes civiles para que formulen sus escritos de alegaciones: el Secretario Judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes...evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

En lo relativo a la conformidad, el art. 32 dispone en el Anteproyecto que cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad

En la regulación del señalamiento del juicio o audiencia, el art. 34 también tiene en cuenta a las partes civiles, al establece que *el Juez de Menores, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor, y, en su caso, de los responsables civiles, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que ésta se hubiere efectuado, acordará, en su caso, lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas.*

También al regular las partes que han de asistir a la vista el Anteproyecto prevé la concurrencia de las partes civiles. Así, establece que *la audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario.*

El art. 36 al regular la conformidad al inicio de las sesiones dispone que *el secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y , en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden.*

En el apartado segundo de este precepto se regula la conformidad: *el Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oído el letrado del menor, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.*

Pese al tenor literal de la disposición comentada, entendemos que si los responsables civiles solidarios o subsidiarios no están de acuerdo con el *petitum* que se formula de contrario, también será necesario entrar en el enjuiciamiento, limitado a la responsabilidad civil. Una interpretación *ad pedem litterae* que significara la vinculación de las partes civiles a la conformidad manifestada por el menor supondría lisa y

llanamente la indefensión de estas partes y, un riesgo evidente de propiciar fraudes procesales.

El apartado 4º del art. 36 establece que *si el menor no estuviere conforme con la responsabilidad civil, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.*

Conforme a lo expuesto *supra*, también habrá de otorgarse tales efectos a la disconformidad de los demás responsables civiles con los pedimentos efectuados de contrario.

El art. 37 en la regulación de la celebración de la audiencia permite una intervención limitada de las partes civiles en las cuestiones previas o debate preliminar, al establecer en su apartado primero que cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal a quienes hayan ejercitado la acción penal, al letrado del menor y eventualmente y respecto de las cuestiones que estrictamente tengan que ver con la responsabilidad civil al actor civil y terceros responsables civilmente a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado. Seguidamente, el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados.

El apartado 2º del mismo precepto autoriza a las partes civiles a evacuar un informe final, al declarar que seguidamente se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida, y la que, previa declaración de su pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto, oyéndose asimismo al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. A continuación, el Juez oírán al Ministerio Fiscal, a quien haya ejercitado la acción penal, al letrado del menor y al actor civil y terceros responsables civilmente respecto de los derechos que le asisten, sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oírán también al equipo técnico. Por último, el Juez oírán al menor, dejando la causa vista para sentencia.

En cuanto al contenido de la sentencia, el art. 39 apartado primero, introduce un nuevo párrafo que dispone que en la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, con el contenido indicado en el artículo 115 del Código Penal.

También se aclara en la regulación de la suspensión de condena, que ésta no afecta a las disposiciones civiles³²⁶.

Por lo que toca a la regulación de la pieza separada de responsabilidad civil contenida en el art. 64 LORPM, se mantiene su denominación pero adquiere una nueva

326 Concretamente, el art. 40 declara que se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta.

dimensión totalmente diferente: ya no es un procedimiento paralelo y autónomo como en la LORPM original, ni es el cauce para adoptar medidas cautelares, como en la LECrim, sino que se configura como una fase preliminar y simultánea a la fase de instrucción, que tiene por objeto permitir a las partes civiles personarse y que queda sin contenido una vez ejercida la acción civil en los escritos de alegaciones, momento a partir del cual la acción civil se tramita de forma acumulada a la acción penal.

Así, las reglas del art. 64 en el Anteproyecto son las siguientes:

1ª). Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2ª). En la pieza de referencia que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el art. 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3ª) El secretario judicial notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4ª). Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.

5ª). La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.

No sufren ninguna modificación los arts. 61, 62 y 63 LORPM.

Se mantienen por tanto las disposiciones propiamente sustantivas sobre personas responsables³²⁷ y la disposición que por remisión al CP fija la extensión de la responsabilidad civil.³²⁸

327 A saber, el art. 61.3, dedicado a determinar quienes pueden ser considerados responsables civiles (cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos).

328 Art. 62 “La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente”

Se mantienen también como reglas procesales la regulación de la legitimación establecida en el art. 61.1, a cuyo tenor *la acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil*

Se mantienen también los efectos de la reserva de acciones civiles: ejercicio conforme a los preceptos del Código Civil y de la LEC (art. 61.1 *in fine*).

Aunque también se mantiene formalmente la disposición contenida en el art. 61.2, *se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados*, a la vista de la nueva funcionalidad asignada a la pieza parece que esta norma no tiene ningún sentido ahora.

También se mantiene la aplicabilidad en su caso, del artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de las disposiciones de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

Por último también mantiene su vigor el régimen específico de las aseguradoras como responsables civiles directos³²⁹.

329 Art. 63 “los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda”.