

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR DELITOS COMETIDOS POR MENORES:
ÚLTIMA JURISPRUDENCIA**

José Miguel de la Rosa Cortina
Fiscal. Juez excedente. Doctor en Derecho

Actividad: "Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección. Novedades legislativas", 29 a 31 de marzo de 2017



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO.-

1. Fuentes 2. Bases del sistema de la LORPM: 2.1 Presupuestos para la aplicación de la LORPM 2.2 Responsabilidad solidaria y directa 2.3 Responsabilidad cuasi objetiva 2.4 Responsabilidad solidaria en cascada 2.4.1 Planteamiento del problema 2.4.3 Pronunciamientos de la jurisprudencia menor 2.4.4 Toma de posición 3. Personas responsables 3.1 Responsabilidad del menor causante del daño 3.1.2 Concurrencia de responsables penales menores y adultos 3.1.3 Concurrencia de responsables penales menores y de menores de 14 años 3.2 Responsabilidad de los padres 3.3 Tutores: 3.4 Acogedores 3.5 Guardadores legales 3.6 Guardadores de hecho 3.7 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas en el proceso penal de menores: 3.7.1 Ideas generales 3.7.2 Supuestos concretos 3.7.2.1 Responsabilidad por hechos cometidos por menores sometidos a medidas de protección 3.7.2.2 Responsabilidad por hechos cometidos por menores sometidos a medidas de reforma 3.7.3 Responsabilidad de las CCAA por incumplimiento de sus obligaciones de protección 3.7.4 Concurrencia de los padres biológicos u otros potenciales responsables del menor tutelado o guardado por la Entidad Pública. 3.7.4.1 Resoluciones que condenan exclusivamente a las Entidades Públicas 3.7.4.2 Resoluciones que admiten la condena cumulativa de las Entidades Públicas y de los padres 3.7.4.3 Toma de posición 3.8 Responsabilidad de Centros Docentes 4. Efectos de la extinción de la patria potestad 4.1 Emancipación 4.2 Otras causas de extinción de patria potestad 5. Moderación de la responsabilidad de los responsables solidarios 5.1 Pautas generales 5.2 Moderación de la responsabilidad de los padres 5.3 Moderación de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas 5.3.1 Actuación en el ámbito de protección 5.3.1.1 Ideas generales 5.3.1.2 Resoluciones que admiten la moderación 5.3.1.3 Resoluciones que deniegan la moderación 5.3.2 Menores sometidos a medidas de reforma 5.3.2.1 Ideas generales 5.3.2.2 Resoluciones que admiten la moderación 5.3.2.3 Resoluciones que deniegan la moderación 6. Prescripción de la acción

Resumen: *se aborda en la ponencia el régimen especial de responsabilidad civil establecido en la LORPM, especialmente a la luz de las últimas resoluciones de la denominada jurisprudencia menor. Se dedica especial atención a la responsabilidad solidaria en cascada, la responsabilidad de los padres, de los tutores, acogedores, guardadores legales y de hecho, Comunidades Autónomas, Centros Docentes y a la moderación de la responsabilidad de los responsables solidarios.*

1. Fuentes

La responsabilidad civil se rige por distintas normas según provenga o no de delito. A su vez, la *actio civilis ex delicto* se desdobra en dos regímenes jurídicos: junto al específico del CP se sitúa uno especialísimo para delitos cometidos por menores¹.

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 ha de integrarse con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* (en adelante LORPM), que regula tanto los aspectos propiamente penales como los aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil.

¹ Así se ha escrito que “si absurdo resulta que en la LORPM se introduzca un régimen paralelo de responsabilidad civil, sólo porque el hecho dañoso del menor esté tipificado en el CP como delito o falta (cuando a estos efectos lo que importa es el daño) incomprensible es que ese régimen sea incompatible y contradictorio con el establecido en el CC” ATIENZA NAVARRO, María Luisa “La responsabilidad civil por los hechos dañosos de los alumnos menores de edad”. Editorial Comares, 2000 pag.132

De este modo, la responsabilidad civil por delitos cometidos por menores se ve afectada por un primer reenvío del CC al CP (art. 1092 CC) y por 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 remite al CP para la regulación de la extensión de la responsabilidad civil.
- 2) Por otro lado, 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)².

Por tanto, el esquema básico es el siguiente: 1) si los hechos cometidos por un menor de edad generadores de responsabilidad civil no son típicos penalmente, su régimen jurídico será el previsto en los arts. 1903 y ss CC.

2) Si los hechos cometidos por un menor de edad generadores de responsabilidad civil son típicos penalmente pero el perjudicado se reserva las acciones civiles, su régimen jurídico será el previsto en los arts. 1903 y ss CC.

3) 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.

4) Si los hechos cometidos por un menor mayor de 14 años de edad generadores de responsabilidad civil son típicos penalmente y el perjudicado no se reserva las acciones civiles, su régimen jurídico será el previsto en la LORPM

En el caso de que sea aplicable la LORPM en tanto en cuanto el régimen de responsabilidad civil *ex delicto* 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.

Desde el punto de vista del Derecho sustantivo aplicable, las fuentes serían, en nuestra opinión, ordenadas jerárquicamente, las siguientes:

- 1) En primer lugar, habría que estar a lo dispuesto en los art. 61 a 64 LORPM, y normas concordantes de la misma (arts. 2.2, 18, 19.2 y 22 LORPM).

² El tenor literal de este sorprendente precepto dice así: *La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercerá 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*

2) Las disposiciones contenidas en el Código Penal sobre extensión de la responsabilidad civil, en el capítulo I, título V del Libro I (arts. 109 a 115) conforme a la remisión específica contenida en el art. 62 LORPM.

3) 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 LORPM³.

4) 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*⁴.

2. Bases del sistema de la LORPM:

2.1 Presupuestos para la aplicación de la LORPM

El art. 61.3 LORPM 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.*

Los hechos deben tener trascendencia penal e imputarse a una persona mayor de 14 años y menor de 18. 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 edad.

2.2 Responsabilidad solidaria y directa

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...*

Las consecuencias de la solidaridad son básicamente las de que la acción puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente, no siendo obstáculo las reclamaciones entabladas contra uno para las que posteriormente se dirijan contra los demás, en tanto no se cobre el total de la deuda aunque lógicamente

3 "Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma".

4 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

estas reclamaciones posteriores habrán de encauzarse a través del orden jurisdiccional civil⁵.

2.3 Responsabilidad cuasi objetiva

La novedad principal estriba en el carácter cuasiobjetivo de la responsabilidad de los padres y demás representantes o cuidadores del menor⁶.

Esta objetivación no es plena. Según el último inciso del art. 61.3 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 objetiva. En caso de inexistencia de dolo o negligencia grave se podrá moderar la responsabilidad civil, pero ésta seguirá existiendo⁷.

A la hora de fundamentar la responsabilidad solidaria de padres, tutores, acogedores y guardadores, a diferencia de lo que ocurre en el sistema del CC, en el ámbito de la LORPM por la propia naturaleza de las conductas penalmente delictivas, es más relevante el correcto cumplimiento del deber de educación que la culpa *in vigilando*. En este sentido, *ad exemplum* SSAP Castellón nº 33/2009, de 29 de enero, Burgos, secc. 1ª, nº 227/2010, de 11 de noviembre, Badajoz, secc. 3ª, nº 16/2005, de 25 de enero, y Soria, secc. 1ª nº 48/2010, de 23 de julio.

En efecto, teniendo en cuenta la edad de los menores afectados por la regulación de la LORPM -menores de 14 a 17 años- y la naturaleza de los hechos a que se refiere –hechos con trascendencia penal y por tanto lesivos de bienes jurídicos del máximo rango, en la inmensa mayoría de los supuestos dolosos- el fundamento principal será, más que el

5 En el mismo sentido, RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, Carlos “La responsabilidad civil derivada del bullying y otros delitos de los menores de edad”. Laberinto, 2007 pag. 29

6 Es muy clarificadora la SAP Alicante secc. 2ª nº 90/2003, de 11 de marzo, Pte: De Urquía Gómez que declara que la responsabilidad civil de la LORPM es “mucho más amplia en punto a las personas que ostentan la guardia del menor que con él pueden resultar responsables civiles, y de mayor intensidad y rigurosidad en lo que atañe al alcance de la responsabilidad civil que les resulta exigible, directa en el caso del menor autor de los hechos y solidaria, amén de objetiva, en el de los padres, tutores acogedores y guardadores legales o de hecho, que las que rigen en esta materia en el Código Penal –responsabilidad civil de innegable carácter subsidiario y culpabilista- e incluso que la que regulan la responsabilidad extracontractual a que hacen méritos los artículos 1902 y siguientes del Código Civil

7 En el mismo sentido, SAMANES ARA, Carmen “La responsabilidad penal de los menores”, Zaragoza, 2003. Esta autora sin embargo anota que “no es éste sin embargo, el criterio dominante en la doctrina civilista, que conecta la responsabilidad con el incumplimiento de los deberes de guarda y control del menor.

También ROCA para quien “el art 61.3 que impone la obligación de indemnizar con independencia de la culpa que los responsables hayan tenido en la conducta de su hijo menor de edad” ROCA I TRIAS, Encarna “Derecho de daños. Textos y materiales” 5ª Edición Tirant Lo Blanch, 2007 pag. 142

deber de vigilancia, el deber de educar y socializar al menor, que además, generalmente, será fácilmente detectable.

Esta mayor importancia de los criterios *in educando* sobre los *in vigilando* debe ser clave a la hora de distribuir responsabilidades entre los inicialmente llamados a ella por el art 61.3 LORPM. El criterio rector no debe ser tanto quién debía vigilar al menor (en ocasiones la edad y las circunstancias del menor imposibilitan la vigilancia) como quién con su defectuosa gestión del proceso educativo del menor ha posibilitado que el mismo no respete los bienes jurídicos ajenos básicos para la convivencia.

Pese a la objetivación del sistema, las facultades moderadoras van a tener un importante campo en relación al título de responsabilidad: así por ejemplo, utilizando criterios de estricta justicia no puede exigirse la misma responsabilidad a un padre que a un acogedor o a un guardador de hecho. El guardador normalmente estará realizando una labor altruista que no debe ser desincentivada mediante la exigencia de responsabilidad civil.

2.4 Responsabilidad solidaria en cascada

2.4.1 Planteamiento del problema

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.*

Por tanto, además del menor responderán solidariamente una serie de personas, concurriendo en todas ellas la nota común de tener obligaciones para con la vigilancia y educación del menor.

La redacción del precepto, conforme al que responden *solidariamente* con el menor sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, *por este orden* genera graves problemas interpretativos. Cuando concurren personas pertenecientes a las distintas categorías enumeradas en la norma, si responden todos los mencionados solidariamente ¿qué sentido tiene la referencia al orden?.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* constata que “ciertamente el sistema que ha sido doctrinalmente denominado *de responsabilidad solidaria en cascada* conforme al que responden solidariamente con el menor... *por este orden* sigue siendo objeto de controversia, sin que la dispersa jurisprudencia menor haya llegado a una solución uniforme en su alcance e interpretación”⁸.

8 La conclusión séptima de las adoptadas por los Jueces de Menores en abril de 2010 declara que “consideramos necesario hacer constar que el legislador en sucesivas reformas procesales aborde la necesidad de depurar la redacción del actual artículo 61.3 de la LORPM sobre las personas que han de responder conjunta y solidariamente de los daños y perjuicios causados por un menor infractor dada la existencia de interpretaciones jurisprudenciales distintas que se observan en la práctica diaria respecto fundamentalmente a la expresión “por este orden” que recoge el mencionado artículo”.

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 según el orden de enumeración (v. gr. padres), impide exigir responsabilidad a quien le sigue en la lista, (v. gr. acogedores).

También se plantea si a la hora de seleccionar una categoría de responsable, es necesario que el mismo tenga al menor bajo su guarda.

Igualmente se plantea si puede exigirse responsabilidad civil a varias categorías de responsables y bajo qué presupuestos.

Debe partirse de que esa enumeración de potenciales responsables revela la *voluntas legislatoris* de reforzar la protección de las víctimas.⁹

2.4.3 Pronunciamientos de la jurisprudencia menor

La jurisprudencia menor ha sido vacilante. Alguna resolución de Audiencias Provinciales se inclina por la tesis del orden excluyente con la consecuencia de que existiendo padres, no debe declararse la responsabilidad de otras categorías y con la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales (*vid.* SAP Lleida secc. 2.^a, 2/2002, de 11 de marzo; SAP Valladolid secc. n.º 2 n.º 69/2009, de 11 de marzo).

Frente a esta interpretación, algunas sentencias asumieron en los primeros momentos el criterio de seleccionar, sin atender al orden, de entre los potenciales responsables señalados en el art 61.3, a quienes efectivamente ejercieran funciones educativas y de control sobre el menor infractor (SAP Valladolid secc. 2.^a n.º 840/2002, de 22 de noviembre).

La tesis de la gestión del proceso educativo unida a la posibilidad de responsabilidad acumulada es la que se está imponiendo en la práctica de nuestras Audiencias. Esta interpretación prescinde completamente del inciso “por este orden”, admitiendo la posible condena solidaria de distintas categorías de responsables, siempre que hayan tenido responsabilidad en la educación del menor (en esta línea, SSAP Guipúzcoa, secc. 1.^a n.º 43/2009, de 10 de febrero, Santa Cruz, secc. 2.^a, n.º 645/2007, de 9 de octubre; Asturias, secc. 2.^a, n.º 292/2005, de 20 de octubre; Alava secc. 2.^a n.º 46/2009, de 13 de febrero; Alava, secc. 2.^a, n.º 186/2009, de 16 de junio; Barcelona, secc. 3.^a, n.º 331/2011, de 7 de abril; Málaga, secc. 8.^a, n.º 572/2009, de 9 de noviembre; Málaga secc. 8.^a n.º 334/2011, de

En el mismo sentido, las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados/as de Menores de octubre de 2010 (SP/DOCT/11405) defienden que *el legislador debe aclarar el concepto "por este orden" y las personas enumeradas en el precepto que deben responder de forma conjunta y solidaria. Deberían establecerse cuotas entre los distintos responsables citados en el art. 61.3 y en su caso los menores y mayores de edad.*

9 Vid. en este sentido ATIENZA NAVARRO, op. cit. pag. 162, para quien “el legislador parece haber redactado el art 61.3 pensando únicamente en proteger a las víctimas, indicándoles siempre un sujeto responsable para facilitarles el resarcimiento”

24 de junio; Guipúzcoa, secc. 1ª, nº 43/2009, de 10 de febrero¹⁰ y Málaga, secc. 7ª, nº 16/2010, de 22 de febrero).

En esta tesitura, tratando de sintetizar, puede decirse que han ganado posiciones las tesis que abogan por seleccionar junto con el menor infractor a una o a varias de las categorías de responsables civiles solidarios de entre las enumerados en el art. 61.3 atendiendo, no al orden de enumeración (como dice la Ley) sino al dato de que el potencial responsable tuviera a su cargo la vigilancia, supervisión o educación del menor en el momento de la comisión de los hechos, o al dato de que el potencial responsable, aun no teniendo a su cargo la vigilancia, supervisión o educación del menor en el momento de la comisión de los hechos, hubiera quebrantado con anterioridad estos deberes de modo que la comisión de los hechos pudiera conectarse con esos incumplimientos.

En este sentido puede mencionarse la SAP Baleares, secc. 2ª, nº 97/2013, de 18 de abril¹¹, que analiza un supuesto de concurrencia de dos responsables civiles solidarios que participan en el proceso de gestión educativa del menor, los padres y el centro de reforma. Para esta resolución "...hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control aunque sea potencial o causi-potencial, de su comportamiento (...) la Juez a quo con ocasión de un accidente ocasionado por un menor que sustrajo un ciclomotor durante un permiso de fin de semana y cuando no se había reintegrado al Centro de Reforma en el que estaba cumpliendo una medida, declaró la responsabilidad civil solidaria, juntamente con el menor causante del siniestro y hurto del ciclomotor, la de sus padres que durante el disfrute del permiso ostentaban su guardia y custodia y de la Comunidad Autónoma como titular del Centro de Reforma donde estaba ingresado el menor cuando cometió el delito cumpliendo una medida de internamiento en régimen semi-abierto (...). La responsabilidad es compartida y solidaria en la medida en que cuando tuvo lugar el accidente de circulación en que se vio involucrado el menor éste se hallaba disfrutando de un permiso de fin de semana en ejecución de una medida y cuando viniendo obligado no se había reintegrado al Centro. Estaba, pues, bajo la tutela del Centro de Reforma dependiente de la Comunidad Autónoma y atendidos los antecedentes del menor y su trayectoria delictiva, con varios no retornos y quebrantamientos anteriores, por mucho que tuviera una evolución tratamental positiva, ponían de manifiesto la elevada peligrosidad del menor y el mal uso que podía hacer del permiso, tal y como así ocurrió. En definitiva la administración tutelar al conceder el permiso generó un alto y probable riesgo de mal uso del mismo y por tal motivo ha de ser considerada responsable de los daños causados por la conducta delictiva del menor. También existió responsabilidad civil parental, por cuanto durante el permiso la guardia y

10 Pte: Maeso Ventureira: "una interpretación material, lógica y sistemática, que considera que debe atenderse a las efectivas facultades que los diversos responsables tengan atribuidas sobre el menor en el momento de acaecer los hechos que determinen su responsabilidad, facultades que se corresponden con los consiguientes deberes jurídicos de educación y de control o vigilancia del menor. Así, la responsabilidad civil debería atribuirse a las personas citadas en primer lugar en el precepto, y sólo a ellas, cuando agotaran la titularidad y el ejercicio de todas las funciones de educación, vigilancia y control sobre el menor. Cuando ello no suceda así, y otras personas mencionadas a continuación en el precepto que nos ocupa sean titulares o ejerciten funciones integradas en dicho haz de facultades, debe declararse su responsabilidad civil.

11 Pte: Gómez-Reino Delgado, Diego

custodia de hecho del menor correspondía a sus padres y su madre fue la que se había comprometido a reintegrar al menor al Centro”.

En definitiva, la praxis judicial está derivando en un sistema de *case law*, en el que en cada supuesto se examinan las circunstancias concurrentes en las distintas categorías de responsables antes de decidir a quién se atribuye la responsabilidad civil, prescindiendo del orden legal.

2.4.4 Toma de posición

Como conclusiones entendemos que: 1) sólo deben responder de entre las distintas categorías de responsables previstas en el art 61.3 LORPM aquellas personas o entidades que tienen facultades y obligaciones de educación, guarda, vigilancia o supervisión o que han incumplido sus deberes de modo que puede responsabilizárseles de las consecuencias del hecho dañoso; 2) Si una categoría de responsables concentra todas las facultades y obligaciones de educación, guarda, vigilancia o supervisión será ésta quien junto con el menor, responda civilmente, prescindiendo del orden del art 61.3 LORPM; 3) Si estas facultades y obligaciones son compartidas entre distintas categorías de responsables previstas en el art 61.3 LORPM, cabrá condenarlos conjuntamente entre sí y con el infractor.

Este es el criterio implícitamente asumido por la Fiscalía General del Estado cuando establece en la conclusión XII.9. 6ª de la Circular 9/2011, de 16 de Noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores* que “en el momento de elaborar el escrito de alegaciones deberá promoverse la exigencia de responsabilidad civil a todos los potenciales responsables civiles (art. 61.3 LORPM). No obstante, no se ejercitarán acciones civiles frente a personas o entidades respecto de las que haya quedado claro que no tenían ninguna responsabilidad en la formación, custodia o vigilancia del menor”.

3. Personas responsables

3.1 Responsabilidad del menor causante del daño

Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaron daños y perjuicios (art. 116.1 CP). También el menor queda afectado por esta disposición, pues conforme al art 61.3 LORPM *cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él....*

En el ámbito penal el menor mayor de 14 años es imputable civilmente y responde en tal concepto directamente, sin perjuicio de la concurrencia de otros responsables¹². Esto es

12 En este sentido BONILLA CORREA, op. cit. ha mantenido que “el art. 61 LORPM establece una responsabilidad solidaria y directa basándose en el criterio de la edad, criterio que, en todo caso, atiende al discernimiento y, por ende, a la imputabilidad; a los catorce años, a un menor, por razón de la edad, se le reconoce tanto una capacidad de culpa penal como civil” .

una novedad respecto del sistema del CC. La SAP Asturias secc. 2ª nº 154/2004 de 6 mayo declara en este sentido que *el menor infractor es el principal responsable civil*.

La SAP Huelva secc. 3ª nº 96/2013, de 25 de abril¹³ aclara que la posibilidad de moderar la responsabilidad civil, prevista en el art. 61.3 LORPM, se refiere exclusivamente a los padres, tutores, acogedores... sin que pueda extenderse dicha moderación para establecer diferentes cuotas indemnizatorias entre los menores coautores de un delito y sus padres¹⁴.

3.1.2 Concurrencia de responsables penales menores y adultos

Cuando en los hechos enjuiciados hayan participado mayores y menores de edad y sean en principio responsables civiles unos y otros, podrá reclamarse todo a todos, tanto en el procedimiento de menores como en el de adultos, al tratarse de responsables solidarios, sin perjuicio de que en ningún caso será admisible el enriquecimiento injusto, que se produciría si el perjudicado cobrase el total de la indemnización debida de ambos responsables en los dos procedimientos escindidos. La jurisprudencia menor ha asumido esta tesis (SSAP Valladolid secc. 2ª nº 840/2002, de 22 de noviembre, Alava, secc. 2ª, nº 179/2009, de 10 de junio y Madrid secc. 4ª nº 120/2009, de 19 de junio).

Si se acredita que ya se ha pagado el todo en el procedimiento de adultos, no procederá ejecutar en el procedimiento de menores los pronunciamientos civiles de la sentencia (SAP León secc. 1ª nº 339/2003, de 15 septiembre).

13 Pte: Méndez Burguillo, José María

14 "...respecto de la distribución del pago de la indemnización recogida en Sentencia: 75% a cargo de Genaro y su madre, y 25% a cargo de Enrique y su padre, no podemos por menos que considerarla no adecuada a derecho, y ello aunque se justifique sobre la base de la convergencia de dos atenuantes penales (arts 21.1 y 21.4 CP) en Enrique: una disminución psíquica del 33%, así como la confesión de los hechos ante la fuerza pública, que hacen que se module, conforme al art. 61 L.O. 5/2000, su responsabilidad civil y la de su progenitor. Ahora bien, dicho precepto, habla de la moderación a los padres, pero no respecto del menor, y, además, cuando conste que este haya actuado con la diligencia debida, y no con dolo o negligencia, y a nada de esto se refiere la Sentencia. Pero, incluso así, tampoco es cierto que queden demostradas tales atenuantes, ya que aunque Enrique sufra un grado de discapacidad del 33%, esto no implica que tenga alteradas sus facultades cognitivas y volitivas a los efectos de su inimputabilidad penal, total o parcial, y sobre esto no consta ningún informe psiquiátrico, psicológico o médico que lo acredite. Igualmente, tampoco se personó, motu proprio, con su padre en la Guardia Civil para confesar los hechos, y antes de ser identificado, ni tal confesión fuera plena y veraz (dado que ni tan siquiera dijo haber usado una navaja, ni donde estaba esta), requisitos estos exigidos jurisprudencialmente para la concesión de tal atenuación. En este sentido, "En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial, que no basta se haya abierto para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá tal virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera" (STS 23- 5-1989). Y es el caso que Enrique ya había sido identificado, e incluso citado, por la Guardia Civil antes de personarse con su padre (folios 2, pfs -3º y 5º, y f. 3, pfo 1º), por lo que queda sin fondo la moderación civil que se le concede en Sentencia. En razón de lo cual, entendemos más equitativo distribuir el pago de la indemnización, fijándola, cuando menos, en el 50% para cada uno de los condenados, y más aún cuando fue Enrique quién cometió la agresión."

La SAP Málaga secc. 8ª nº 284/2014, de 13 de mayo¹⁵ desestima la pretensión de la Comunidad Autónoma para que se le exima de pagar la cuota correspondiente a un mayor de edad: “...en el recurso de apelación presentado en nombre de la Junta de Andalucía se impugna la sentencia por estimar, en primer lugar, que siendo varios los responsables del delito en cuestión y, por tanto, de la indemnización reconocida en concepto de responsabilidad civil, la sentencia debió señalar la cuota de la que debe responder cada uno, en aplicación de lo establecido en el artículo 116.1 del Código Penal, con inclusión del mayor de edad que también se vio implicado en los hechos, pues la junta de Andalucía no tiene porqué responder de su cuota de responsabilidad civil (...) debe rechazarse de plano la pretensión de incluir en dicha responsabilidad civil a la persona mayor de edad que, al parecer, participó en la comisión de los hechos delictivos que han dado lugar al presente procedimiento. Ni tal persona mayor de edad ha intervenido en esta causa, ni ha sido oído, ni, desde luego, ha sido condenado por lo que la determinación de su hipotética cuota dentro de la indemnización fijada en sentencia presupone y requiere una declaración de responsabilidad penal que, en ningún caso, puede declararse en esta jurisdicción. Pero es más, en el caso presente, el mayor de edad que supuestamente intervino en los hechos ha sido absuelto.”

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.*

La SAP Huelva secc. 3ª nº 166/2013, de 20 de junio¹⁶ considera improcedente la pretensión de que la sentencia recaída en el procedimiento de menores establezca la obligación de indemnizar solidariamente con los condenados en un proceso de adultos¹⁷.

También se pronuncia recientemente sobre la cuestión la STS nº 566/2015, de 9 de octubre¹⁸ “...en la sentencia dictada por el Juzgado de Menores se fijó como indemnización a favor de la misma menor, Custodia, hija del fallecido, una indemnización de 180.000 euros por el mismo concepto que, de ser percibida junto a la fijada en la sentencia apelada, supondría una duplicidad de indemnizaciones. El enjuiciamiento en procedimiento y tribunales separados de la menor, considerada cooperadora del delito, y del mayor de edad, condenado, como autor material, genera situaciones como ésta, en la que pueden resultar obligados al pago de la misma o similar indemnización, por idéntico concepto y en calidad de autores, dos personas diferentes. Habiendo plena identidad en la causa y en el concepto indemnizatorio, el riesgo de enriquecimiento injusto que podría derivarse la obtención de la indemnización en ambos procesos por los mismos daños y perjuicios

15 Pte: Caballero Bonald Campuzano, Manuel

16 Pte Carmen Orland Escámez

17 “...se interesa que la sentencia dictada en apelación de aquella de Menores no sólo acoja un pronunciamiento emitido por un órgano jurisdiccional de la Jurisdicción de adultos sin norma habilitante, con desconocimiento de la diferenciación de jurisdicciones y en detrimento de la Jurisdicción especializada, sino que además se establezca en ella un

vínculo de solidaridad que, sin perjuicio de que sustantivamente pudiera ser procedente, no puede tener cauce en el proceso que nos ocupa establecido exclusivamente para determinar la responsabilidad penal de los menores y las consecuencias civiles derivadas

de ella, no así de otras actuaciones protagonizadas por adultos que tienen conexión material pero no formal en el proceso que nos ocupa, siendo éstas cuestiones que sin más consideración deben ser desestimadas.

18 Pte: Monterde Ferrer, Francisco

puede evitarse estableciendo en esta sentencia la solidaridad entre los autores del delito que contempla el art. 116 del C. penal. De este modo, la percepción por la perjudicada de la indemnización fijada en su favor en el procedimiento ante el Juzgado de Menores dejaría reducida la deuda del condenado en este proceso a la diferencia con la establecida en la sentencia apelada. Solo en este sentido cabe estimar parcialmente este motivo del recurso, añadiendo que esta (sic) condena en concepto de responsabilidad civil debe entenderse solidaria en la suma coincidente a la impuesta a la citada menor en el procedimiento seguido en el Juzgado de Menores".

Igualmente la SAP Cuenca, secc. 1ª, nº 52/2015, de 17 de marzo¹⁹ considera que "...no existe duplicidad de indemnizaciones por el hecho de que se declare ahora la responsabilidad del hoy apelante derivada de un mismo hecho delictivo (...). Lo que ocurre es que siendo solidaria para todos los responsables de dichos hechos (...), al existir dos procedimientos distintos para tal declaración por razón de la distinta edad de los responsables de esos hechos, un proceso para adultos y otros para menores de edad penal, la efectividad de ese principio de solidaridad exige que se declare tanto en uno como en otro proceso a fin de que todos los intervinientes, cualquiera que sea su estatus procesal, puedan responder por el todo frente al perjudicado, al tiempo que quien haga frente a la indemnización pueda repetir por su cuota contra los demás responsables condenados a ello (...). Aunque procesalmente existan dos declaraciones de responsabilidad civil el efecto es el mismo que la declaración que se realiza en un único proceso cuando son varios los intervinientes, pues siendo única la responsabilidad civil que deriva de un hecho delictivo, impide cualquier enriquecimiento injusto, pues basta que la indemnización sea abonada en uno de los dos procesos en que se declara para que se extinga el derecho del perjudicado, haciendo imposible con ello cualquier enriquecimiento injusto. Es evidente que tratándose de los mismos conceptos indemnizatorios si se abonara la responsabilidad civil en el presente expediente, su importe debe ser reducido de la indemnización que en su caso se pudiera establecer en el Juzgado de lo Penal; de igual manera que, a la inversa, cualquier cantidad que se abonara en este último podrá aplicarse en la presente causa, reduciendo la cuantía de la indemnización impuesta."

3.1.4 Concurrencia de responsables penales menores y de menores de 14 años

De nuevo aquí la solución pasará por condenar al o a los menores a los que se enjuicia penalmente al total de las indemnizaciones sin perjuicio de la regla de la prohibición de enriquecimiento injusto y de la posibilidad de repetir contra los otros potenciales responsables civiles (padres de los menores de 14 implicados y en su caso los propios menores) en un procedimiento civil (vid. SAP Ciudad Real, secc. 2ª, nº 18/2007, de 5 de diciembre).

3.2 Responsabilidad de los padres

En principio los padres responderán, cuando sean titulares de la patria potestad y la ejerzan ambos, solidariamente y cada uno por el total, pudiendo el perjudicado accionar contra uno o contra ambos, conforme a las normas generales de la solidaridad.

¹⁹ Pte: Orea Albares, María Victoria

La SAP Madrid, secc. 4ª, nº 121/2014, de 26 de marzo²⁰ parte de que la regla general es la responsabilidad solidaria e íntegra de los padres o guardadores: "...este Tribunal se ha venido pronunciando con reiteración sobre el régimen de la responsabilidad civil de los padres, señalando que (...) la regla general es la responsabilidad solidaria íntegra de los padres o guardadores asimilados y la excepción es la facultad de moderación que el artículo 61.3 permite cuando no concurra favorecimiento doloso o negligente de los padres respecto de la conducta punible del menor. Y, desde luego, no han acreditado los padres de los menores, en el supuesto que nos ocupa, la concurrencia de circunstancia alguna que permita atenuar la responsabilidad civil que les alcanza por los hechos delictivos que sus hijos menores realizaron, pues nada han acreditado al respecto los progenitores en lo que se refiere a la conducta que han mantenido en lo que se refiere a la educación y corrección de los menores y debe reiterarse que corresponde a los progenitores acreditar que no han favorecido la conducta ilícita con dolo o negligencia grave”.

La SAP León secc. 3ª nº 442/2015, de 2 de octubre parte igualmente de que la regla general es la responsabilidad de los padres del menor objetiva solidaria y no sometida a moderación: “(...) la Ley establece una responsabilidad objetiva para los padres del menor o menores responsables penalmente, responsabilidad que está al margen de su culpa o negligencia, que es solidaria con la de su hijo, y que puede moderarse o no, según los casos, pero nunca excluirse totalmente, cuando los padres no han favorecido la conducta de su hijo con dolo o negligencia graves, pues se pretende la reparación del daño causado a la víctima, de una forma total y sin fisuras. Pero, es doctrina también consolidada (...) la que expresa que la posibilidad de moderación es una facultad discrecional atribuida a Jueces y Tribunales, pero que ha de ser rogada, no pudiendo ejercitarse de oficio, que ha de basarse en la prueba practicada y ha de ser motivada expresamente en sentencia y que, en cuanto a los criterios para determinar el concreto porcentaje de moderación, se ha de estar al caso concreto, pero ha de tenerse en cuenta que la regla general ha de ser la no moderación o la no rebaja en absoluto, dada la dicción legal, de la que resulta la excepcionalidad de la moderación (...)”

La SAP Guadalajara, secc. 1ª, nº 80/2014, de 9 de octubre parte de que la responsabilidad civil de los padres, solidaria y objetiva no admite exclusión, sino sólo moderación cuando prueben que no han favorecido la conducta del menor: “...es a ellos a quien corresponde acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso o que, al menos, no actuaron favoreciéndolo, y en el caso que nos ocupa, (...) ninguna prueba han aportado acerca de esa ausencia de favorecimiento de la conducta delictiva de su hija o de haber obrado con la diligencia debida en su deber de educación y vigilancia, y ante esta falta de prueba se impone su condena solidaria tal y como ha realizado la Juez de instancia, debiendo desestimarse cuantos argumentos se exponen en el recurso porque olvida la naturaleza objetiva de la responsabilidad civil de los padres en los hechos delictivos de los que sean responsables sus hijos menores de edad”.

20 Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

Este principio general sólo podrá ser matizado cuando concurren circunstancias individualizadas en uno sólo de los progenitores que justifiquen la aplicación de la moderación sólo en él.

Si cualquiera de los progenitores paga la totalidad de la indemnización podrá repetir contra el otro por el importe de su cuota. En este sentido, la SAP Avila, secc. 1ª, nº 261/2012, de 27 de diciembre²¹ declara que “en cuanto a la alegación referida a la imputación de la responsabilidad civil a la madre del apelante dos consideraciones la responsabilidad de los padres es una decisión del legislador (...) en relación con el alcance de la responsabilidad solidaria de los padres, habrá de estarse a lo previsto en los arts. 1144 y 1145 del Código Civil. El art. 1144 establece que "El acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo." Y, como complemento del anterior, el art. 1145 del mismo cuerpo legal dispone que "El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación. El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno." En ese sentido la sentencia recurrida condena al padre, Felicísimo, y a la madre, María Virtudes. Si la madre hace el pago, de conformidad con el artículo 1145 del Código Civil, podrá reclamar al padre la parte que le corresponda con los intereses del anticipo”.

Analiza un supuesto límite la SAP Madrid secc. 4ª nº 452/2014, de 17 de septiembre. Los hechos fueron cometidos el día en que el menor cumplía la mayoría de edad, pero se desestima el recurso interpuesto por los padres pues “...la alegación no puede atenderse, atendida la naturaleza, finalidad y origen de la responsabilidad civil ex delicto que ha sido declarada conforme al art. 61 LORPM declarada la responsabilidad penal del menor, atendida su participación en el hecho y su menor edad penal durante el día de su cumpleaños, la responsabilidad civil por el daño causado por el hecho penalmente sancionable que se le atribuye es exigible, conforme a las normas de la LORPM , que extiende un deber de cuidado y solidaridad reparadora a quienes resulten ser sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. No se trata de dos acciones que puedan tratarse de forma separada, pues la reparación civil deriva del hecho penalmente ilícito que se atribuye a quien entonces, -como en este caso- era todavía menor de edad a efectos penales.”

Un supuesto especialmente complejo es el del tratamiento de la responsabilidad de padres separados, de hecho o de derecho o divorciados. 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 la tesis de la responsabilidad solidaria de ambos progenitores aún en supuestos en los que el menor conviva con uno solo de ellos adquiere mayor fuerza.

En algunas ocasiones se condena a ambos progenitores sin tener en cuenta cual de ellos ejercía efectivamente la custodia, partiendo de que las obligaciones *in educando*

21 Pte: García Sedano, Tania

corresponden a ambos (SAP Ciudad Real secc. 1ª nº 1/2011, de 21 de junio; Alicante, secc. 5ª nº 438/2008, de 28 de octubre; Barcelona secc. 16ª nº 348/2007, de 27 de junio).

En el mismo sentido, las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010²² defienden que *la regla mayoritaria es la responsabilidad de ambos progenitores, al entender que la patria potestad integra no solo los deberes de guarda y custodia, sino también de educación y formación integral conforme al art. 153 CC. Con independencia de si tiene o no régimen de visitas, vacaciones, si está o no localizable, si no se relaciona con el hijo desde la infancia, etc.*

La SAP Burgos secc. 1ª, nº 19/2014, de 14 de enero²³ deniega la moderación de responsabilidad civil pretendida por la progenitora, alegando que en el momento de los hechos la menor estaba bajo la custodia del padre. Se trata de un supuesto de padres separados en el que ambos son responsables de la educación permisiva, teniendo ambos progenitores el mismo grado de implicación en la educación de la hija y habiendo convivido esta primero con la madre y después con el padre²⁴.

22 SP/DOCT/11405

23 Pte: Carballera Simón, Luis Antonio

24 Considera la resolución que "...la defensa de la recurrente sostiene que debe moderarse la responsabilidad solidaria de la madre por cuanto, no tenía la guarda de la menor, lo que supone que carecía del control efectivo de la misma desde un año antes de la comisión de los hechos, por lo que no puede hablarse de negligencia grave, lo que - según se solicita-, debe llevar a moderar la responsabilidad civil de la madre - que no a su exclusión-, estableciendo la exención de su responsabilidad en un porcentaje no inferior al 50 %. Por su parte, la juez de instancia, al imputar la responsabilidad solidaria de ambos progenitores de la menor, y no moderar la responsabilidad de la madre, tiene en cuenta lo que sigue: 1º/ Según el Equipo Técnico, en el estilo educativo adoptado por los padres, existe un establecimiento de normas y límites educativos flexibles y poco exigentes, los cuales la menor cumple de forma relajada. 2º/ Según se desprende del informe emitido por el Equipo Psicosocial del juzgado de Familia, el estilo educativo desarrollado por la menor está basado en la permisividad, que se ha incrementado a raíz de pasar a vivir con su padre en marzo de 2011, aunque ya existía una cierta permisividad con anterioridad y más amplia a raíz de la separación de los padres, que la menor ha utilizado en su propio beneficio, y que tiene problemas a nivel personal como escolar, que ha vivido el conflicto parental intensamente, participando activamente en el trance, presentando un importante conflicto de lealtades, y siendo la confidente de los sentimientos negativos de Dª Soledad en un principio y de una forma impactante para la menor por parte del padre. 3º/ Que no procede moderar la responsabilidad civil de la madre, al considerar el grado de implicación de uno y otro progenitor, que en la educación de la hija es equivalente, aunque no ostente la guarda de la hija común, por cuanto lo contrario sería una dejación de funciones que igualmente nunca podría ser premiado con una moderación de responsabilidad., y ello por ser una obligación derivada de la Patria potestad, no pareciendo justo otorgar mayor responsabilidad a un progenitor que a otro, en lo que ha sido el ilícito actuar de la menor para con un tercero. 4º/ Finalmente considera que -pese a no ostentar la madre la guarda de la menor-, existe una alta probabilidad de que tal hecho se hubiera producido, por el tipo de suceso, por las motivaciones, y por el hecho de que puede considerarse lo ocurrido como coyuntural o circunstancial, y no, al contrario, producto de una actitud de persistente incumplimiento de la norma (...) esta Sala debe mostrar su conformidad con el criterio seguido por la Juzgadora "a quo" en la resolución recurrida, al no moderar la responsabilidad de la madre, y exigirle, junto con el padre y de forma solidaria, la totalidad de la indemnización establecida en la forma señalada, por cuanto, debe tenerse en cuenta que, según la más reciente jurisprudencia, no se flexibiliza el criterio sino que, antes bien, se camina hacia un principio de responsabilidad acumulativa y objetiva, a favor de la satisfacción de la víctima en la que, la persona o entidad a las que se refiere el art 61.3 de la Ley reguladora sólo podrá exonerarse probando que absolutamente desplegó toda la diligencia que le era debida para impedir el acto ilícito sin que, a la vista de la prueba practicada en el juicio penal precedente, éste hecho haya quedado acreditado respecto a los padres de la menor condenada. En efecto, la razón de ser por la que deben de responder ambos padres, es por el

En la misma línea, para la SAP Lérida, secc. 1ª, nº 262/2014, de 27 de junio²⁵ la ausencia de convivencia no es causa que permita la moderación y menos aún cuando se advierte un deficiente cumplimiento de los deberes paterno-filiales. Se parte de que la disolución por causa de divorcio no extingue las obligaciones inherentes a la patria potestad, entre las que se encuentra tanto la obligación in educando como la obligación in vigilando, que son de las que deriva la responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados por el hijo menor de edad²⁶.

hecho de que los mismos -con independencia de quien tenga atribuida la custodia- son responsables de la educación de la hija y en cierta forma responsables de las carencias que en este sentido pueda tener, sin que nada pueda liberarles de esta obligación, de forma que deberán ser responsables de sus consecuencias, ya que precisamente su inactividad en este sentido es lo que ha traído como consecuencia el resultado final, pues, por aplicación de las obligaciones impuestas en el art. 154 del Código Civil, tienen un plus de responsabilidad ya que no en vano tienen el deber de custodiar y educar adecuadamente a su hija, y a la vista de los resultados se comprueba como no han sido capaces de controlar las actividades básicas de la misma”.

25 Pte: Segura Sancho, Francisco

26 Para esta resolución “...el artículo 61.3 de la LORRPM establece una responsabilidad cuasi-objetiva desde el momento en que excluye la posibilidad de exención de la responsabilidad y tan solo permite su eventual moderación. Además, y en segundo lugar, también excluye el requisito de la convivencia, lo que acentúa la responsabilidad cuasi objetiva derivada de la patria potestad, de manera que es irrelevante - a estos efectos - el que hubiera vínculo matrimonial o que éste hubiera quedado disuelto por causa de divorcio, ya que en ninguno de estos casos se extinguen las obligaciones inherentes a la patria potestad, entre las que se encuentra tanto la obligación in educando como la obligación in vigilando, que son de las que deriva la responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados por el hijo menor de edad. De este modo, y con arreglo a éste régimen de responsabilidad, se satisface una doble finalidad: en primer lugar, se garantizan los derechos de las víctimas en la medida en que se las protege de las insolencias más que probables en las que pueden encontrarse los menores responsables y, en segundo lugar, también se procura (...) "una mayor implicación de los padres y demás responsables en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos". Además (...)resultaría completamente injusto que dicha dejadez resultara beneficiada con una exención de la responsabilidad civil por los hechos cometidos por su hijo. Ello no obstante, y en cuanto a la posibilidad de moderación, tan solo se admite cuando los padres no hubieran favorecido la conducta del menor, cuya carga les corresponde, en orden a probar que emplearon las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso o que, al menos, no actuaron favoreciéndolo (...) o cuando se hubieran justificado los esfuerzos empleados por los progenitores para socializar adecuadamente a sus hijos (...) o cuando hubiera quedado debidamente acreditado el grado de implicación de los padres en el proceso evolutivo del menor (...), es decir, lo que se ha denominado "buena gestión del proceso educativo del hijo". Por lo tanto, la moderación de la responsabilidad de los padres del menor deberá hacerse a partir de una interpretación razonable de las circunstancias concurrentes en orden a valorar su diligente actuación en su deber de vigilancia respecto de su hijo menor de edad, entre los que se comprenden tanto los de su educación como los de su debida formación integral. Por lo que al presente caso se refiere el motivo en el que se asienta la declaración de responsabilidad parental del ahora recurrente respecto de los daños causados por su hijo menor de edad descansa, según la sentencia de instancia, en el deficiente cumplimiento de sus deberes paternofiliales, valoración y conclusión de la que discrepa el recurrente con fundamento en una serie de circunstancias particularmente relevantes y que, en su opinión, justifican la moderación pretendida. Sin embargo, los motivos alegados lógicamente ofrecen su particular e interesado punto de vista, orillando o silenciando aquellos otros que evidencian un importante déficit en el cumplimiento de las obligaciones que le incumbían en su condición de cotitular en el ejercicio de la patria potestad sobre el menor en los términos declarados en la resolución de instancia. En efecto, aunque el recurrente toma como punto de partida el momento en el que se produjo la ruptura de la convivencia familiar, y concretamente cuando la sentencia de divorcio atribuyó a la madre la guarda y custodia del menor sin establecer, en cambio, ningún régimen de visitas en su favor, lo cierto es que aquella resolución lo supeditó a lo que decidiera el propio menor, debido a que todos ellos compartían la misma vivienda, eso si, dividida en dos estancias situadas en dos niveles, en una de las cuales residía la madre con sus dos hijos

En ocasiones, partiendo de la responsabilidad de ambos progenitores, los Tribunales se han inclinado por fijar tantos por ciento a la hora de distribuir la carga de la indemnización entre ambos, atribuyendo un tanto por ciento inferior al progenitor no conviviente (SAP Soria nº 40/2002 de 5 de marzo).

En un supuesto de separación en el que la guarda la ejercía sólo el padre, se condena a ambos, padre y madre, moderando la responsabilidad de ésta en un 40%, no admitiéndose la exoneración total en base a que la patria potestad y las obligaciones para con el hijo continúan siendo de cargo de ambos progenitores (SAP Burgos, secc. 1ª, nº 108/2007, de 24 de abril)²⁷.

También se ha utilizado el criterio de distribución de la carga de la indemnización mediante la fijación de tantos por ciento, pero no en base a con cual de los progenitores el menor convive, sino utilizando el parámetro del mayor o menor compromiso o esfuerzo en el proceso de socialización del menor, de forma que se cargaría en el debe del progenitor no conviviente que ha hecho dejación de sus funciones el 100% de la responsabilidad civil y se reduciría la responsabilidad del progenitor que pese a ser conviviente, hubiera acreditado un adecuado nivel de gestión del proceso de socialización del menor (vid. SAP Badajoz, secc. 3ª, nº 16/2005, de 25 de enero).

Son abundantes las resoluciones que condenan al progenitor no custodio en base a los incumplimientos de sus deberes *in educando*. (SAP Barcelona, secc. 3ª, de 5 de noviembre de 2009, rec. 168/2009; SAP de Orense, secc. 2ª nº 4/2007, de 4 de junio).

y en la otra el padre, ahora recurrente, con su madre, lo que en un principio debía facilitar la fluidez de aquella relación, siempre y cuando hubiera la suficiente y necesaria dedicación por su parte, ya que en aquella época el menor contaba con once años de edad. Sin embargo, y a pesar de esta cercanía, no consta ningún tipo de implicación del padre en el proceso educativo del menor ni en su evolución personal y madurativa. Antes al contrario, pese a que en aquella época el menor inició una trayectoria escolar "errática" - según el informe del Equipo Técnico - con una problemática de conducta escolar que incluso le supuso la expulsión del centro en el que cursaba sus estudios, lo cierto es que no consta ninguna intervención paterna en el ámbito educativo, como pudiera ser la simple entrevista con los tutores de su hijo o con el director del centro o la petición de cualquier información escolar o extraescolar que evidenciara un mínimo interés por la evolución del menor, especialmente en aquellos momentos en que inició su etapa más problemática".

27 Pte: Carballera Simón: "...el precepto aplicable -que si bien contempla la posibilidad de moderación de esta responsabilidad-, en ningún momento establece una exoneración de responsabilidad por el hecho de estar separada la madre y no ejercer la custodia del menor, ya que ello no supone además ningún cambio en la situación de patria potestad de la madre respecto del mismo, en coherencia con los deberes establecidos en el art. 154 del Código Civil, pues no cabe duda que ambos progenitores son titulares de la patria potestad y, aunque estén separados, esta circunstancia no influye en la titularidad de aquella y sólo en su ejercicio al amparo de lo dispuesto en el art. 157 de dicho Texto Legal, siendo indiferente -como se dice-, que la madre abandonara el domicilio familiar en el año 1990, pues ello no afecta a las obligaciones tuitivas reconocidas en los preceptos aplicables...Por ello, en cuanto a la moderación de la responsabilidad, no se aprecian por la Sala circunstancias que aconsejen atribuir la responsabilidad única y exclusivamente al padre del menor, en la forma que se pretende, sino que parece razonable, a la vista de las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia recurrida, moderar la responsabilidad de la madre en la forma acordada, es decir, en un 40%, de forma que sólo deberá responder solidariamente del 60% de los daños causados por su hijo".

Incluso puede darse el caso de que el progenitor que convive con los hijos vea moderada su responsabilidad y el no custodio deba responder *in integrum*, en supuestos en los que el no custodio ni tiene relación ni se ha interesado por su hijo, apreciándose una falta de dedicación paterna a las necesidades del hijo (SAP Málaga, secc. 7ª, nº 16/2010, de 22 de febrero).

No faltan (aunque son minoritarias) resoluciones que siguen el criterio de imputar la responsabilidad exclusivamente a quien efectivamente desempeña las funciones de guardia, exonerando al progenitor no convivente (SAP León, secc. 2ª, nº 102/2004, de 21 de abril; SAP Barcelona nº 397/2007, de 10 de mayo).

En nuestra opinión, el dato de que la LORPM no exija el requisito de que el menor esté bajo la guarda de los padres ha de llevar pareja la consecuencia de que los mismos deben responder con independencia de que tengan o no la guarda²⁸. Debe por tanto partirse de la responsabilidad solidaria de ambos progenitores²⁹.

Esta idea es coherente con la filosofía que inspira la regulación de la responsabilidad civil contenida en la LORPM: 1) amparar los derechos de las víctimas eximiéndolas de tener que probar la culpa del responsable civil, protegiéndola asimismo de la más que probable insolvencia del menor infractor; 2) promover una mayor implicación de los padres en el proceso de socialización de los menores, responsabilizándolos de las consecuencias civiles que los menores cometan al transgredir los deberes que tienen sobre ellos³⁰.

Como regla general, salvo decisión expresa, en los supuestos de nulidad, separación y divorcio, la titularidad de la patria potestad sigue correspondiendo a ambos progenitores, así como, consiguientemente, el ejercicio de la misma, que será conjunto, aunque se atribuya la guarda y custodia a uno solo de ellos.

No obstante, el hecho de que los padres no convivan juntos y, por tanto, la consecuencia de que uno de ellos no lo tenga bajo su guarda en el momento de cometerse los hechos puede generar consecuencias. 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

28 En esta línea PAÑOS PÉREZ, op. cit. pag., 133 ha entendido que en todos estos supuestos, “ambos progenitores deben percibir que su responsabilidad para con los hijos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad”

29 En esta línea se ha mantenido que “la responsabilidad recae en ambos progenitores tanto biológicos como adoptivos y aunque se encuentren separados o divorciados con tal que no hayan sido privados de las funciones inherentes a la patria potestad” VIAN IBÁÑEZ, Alejandro “Responsabilidad civil: sistema actual en la LORPM, análisis del enjuiciamiento y fallo de los delitos y las faltas desde la perspectiva del ejercicio conjunto de la acción penal y de la acción civil” CGPJ 2010
También sigue esta línea PAÑOS PÉREZ, op cit pag 157 que considera que deben responder en todo caso ambos progenitores, sin perjuicio del ejercicio de la moderación

30 Criterio seguido por gran número de resoluciones: vid. ad exemplum SAP Valencia, secc. 5ª, nº 95/2009, de 18 de febrero Pte: Bosca Pérez, Domingo o SAP Barcelona, secc. 3ª nº 812/2010, de 25 de octubre Pte: Grau Gasso, José

moderación del Juez que en estos casos pueden –justificadamente- desplegar toda su operatividad.

En cuanto a la operatividad de la moderación, entendemos que una respuesta única y rígida puede generar soluciones poco equitativas, por lo que deben diferenciarse distintos supuestos.

Como regla general el progenitor que no tuviera la guarda efectiva en el momento en que ocurren los hechos podrá ver moderada su responsabilidad. A estos efectos, debe interpretarse con flexibilidad qué ha de entenderse por tener al hijo bajo la guarda, que podrá abarcar situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio. Puede ser principal responsable de los daños causados por el hijo el progenitor quien, aun no ostentando la guarda y custodia, estuviera ejerciendo el derecho de visitas.

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 e incumple con sus obligaciones alimenticias, etc) parece claro que el progenitor no custodio debe responder *in integrum*. 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 responder con carácter principal el progenitor que en el momento de ocurrir los hechos tuviere bajo su guarda al menor: bien el progenitor que tuviera atribuida la guarda y custodia, bien el progenitor que, pese a no tenerla atribuida se encontrara disfrutando de derecho de visitas. El otro progenitor habrá de ver su responsabilidad moderada.

A estos efectos debe tenerse en cuenta que cuando los hechos cometidos por el menor mayor de 14 años tienen trascendencia penal, lo más común será que la raíz de los mismos se encuentre en defectos de educación, más que de vigilancia.

Si por el contrario el daño irrogado trae causa en *culpa in educando*, cabrá atribuir responsabilidad a ambos progenitores, con independencia de quién tuviera atribuida la guarda y custodia y sopesando especialmente qué progenitor ha ejercido adecuadamente su función socializadora. Si no pueden acreditarse (lo que será lo mas habitual) diferencias de implicación y eficacia en la educación del menor, la moderación no podrá tener excesiva incidencia. La responsabilidad *in educando* se extiende también al progenitor no convivente puesto que tiene también obligación de velar por su hijo y proporcionarle educación.

En general, pues, la mayor o menor responsabilidad del progenitor que no tiene al hijo en su compañía dependerá de si de alguna forma puede conectarse el hecho dañoso cometido

por el hijo con la responsabilidad genérica que como titular de la patria potestad le corresponde.

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 ambos padres, sin perjuicio de la posible moderación. La intensidad cuantitativa de la imputación al progenitor no conviviente dependerá de si puede encontrarse basamento en la culpa *in educando* o en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Será un factor clave determinar si el hecho de que la guarda y custodia se ejerce únicamente por uno de los progenitores deriva de la dejación de las obligaciones del otro.

Tampoco es descartable la atribución de una mayor responsabilidad al progenitor no conviviente, cuando además de haberse desentendido de la educación del hijo y de su mantenimiento concurra una acreditada diligencia y dedicación por parte del progenitor conviviente.

3.3 Tutores

La responsabilidad de los tutores deriva de los deberes que el art. 269 CC les impone: velar por el tutelado, educar al menor y procurarle una formación integral.

En el sistema del Código Civil, el art. 1903 en su párrafo 3º dispone que los tutores son responsables “de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”.

La responsabilidad de los tutores es también directa y cuasiobjetiva, tanto en caso de tutela ordinaria como en el supuesto de la tutela automática asumida por la Entidad Pública de Protección de Menores ante supuestos de desamparo.

La LORPM, a diferencia del CC, no exige para que surja responsabilidad que los pupilos habiten en compañía del tutor. Esta relajación de los requisitos es un paso más en el camino hacia la objetivación. No obstante, en nuestra opinión, el tutor que lo sea exclusivamente de los bienes del tutelado no responderá por los daños causados por éste.

En otros supuestos en los que hayan sido nombrados varios tutores, responderán solidariamente todos ellos, con independencia de que tuvieran o no al menor en su compañía, sin perjuicio de que tal dato se tenga en cuenta a la hora de moderar la responsabilidad civil, ponderando las circunstancias concurrentes y en especial, si puede atribuírseles culpa *in vigilando* o *in educando*.

Debe recordarse que conforme al art. 242 CC, “podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados”. Además, tras la última reforma de la Ley de Extranjería operada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, estas personas jurídicas pueden asumir la tutela de los menores inmigrantes no acompañados. Esta tutela ordinaria *sui generis* parece generaría la exoneración de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y supondría la asunción de la responsabilidad por estas organizaciones no gubernamentales, fundaciones y entidades dedicadas a la protección de menores, por lo

que este dato debiera ser tenido especialmente en cuenta en los convenios previstos en el precepto.

3.4 Acogedores

Los acogedores son responsables directa y cuasiobjetivamente.

En los casos de menores declarados en desamparo y entregados en acogimiento familiar la Entidad Pública debe también responder junto con los acogedores, cuando esta conserva la tutela o ha asumido la guarda³¹, pues sigue manteniendo facultades de control sobre la situación del menor (en este sentido, SAP Burgos, secc. 1ª nº 230/2009, de 20 de octubre; SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 5ª, nº 542/2009, de 2 de noviembre).

La responsabilidad de los acogedores en estos casos puede moderarse a fin de evitar desincentivar conductas socialmente beneficiosas. No obstante, ha de estarse a las circunstancias del caso, y así no procedería en principio esta moderación en supuestos de acogimientos profesionalizados.

Tras la reforma de 2015, habrá de ponderarse igualmente el tipo de acogimiento de que se trate (de urgencia, temporal, o permanente).

Si los actos del menor son imputables a déficits en el proceso educativo, cabrá exonerar a los acogedores cuando, en función del tiempo en el que han permanecido con aquél, quepa inferir que la deficiente educación recibida no es imputable a los mismos, derivándose de la conducta de los antiguos guardadores. Esta pauta puede ser también aplicable a tutores y guardadores.

La SAP Valencia secc. 5ª nº 451/2013, de 12 de julio³² declara la responsabilidad civil solidaria de la Comunidad Autónoma respecto a los hechos cometidos por un menor tutelado, no excluyéndola el acogimiento familiar permanente. Simultáneamente declara la exención de responsabilidad civil para los acogedores: "...la cuestión litigiosa se centra en determinar si el acogimiento familiar permanente en la fecha de los hechos (...), determina la exclusión de responsabilidad civil de la entidad pública, por mor de lo dispuesto en el artículo 61 de la LORPM la delegación de facultades que entraña el acogimiento familiar del menor, que se ejerce "bajo la vigilancia de la entidad pública", según el tenor literal del propio auto aportado por la recurrente, es clara la responsabilidad de la Generalitat en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61.3 de la LORPM, dado que mantiene su superiores facultades de vigilancia y cuidado."

31 En el mismo sentido "la existencia, necesaria por otra parte, de los acogedores, no priva de la responsabilidad de la Entidad, incluso se le puede llegar a hacer responder por culpa in eligiendo al entender que eligieron mal la familia o residencia en donde el menor fue llevado en acogida" RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro "Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño" Dijusa 2005 pag 668

32 Pte. Esther Rojo Beltrán

La SAP Álava secc. 2ª, nº 307/2016, de 24 de noviembre³³ revoca la condena de la Entidad Pública a favor de una tía y acogedora del menor condenado por un robo de uso de un vehículo de la propia tía. Se fundamenta en la confusión de derechos de acreedor y deudor (art. 1156 CC), y en la culpa "in educando" e "in vigilando" de la acogedora respecto del menor infractor. La sentencia impugnada concedía a la acogedora una suma resarcitoria por los daños causados en el vehículo propiedad de aquélla como consecuencia de la comisión de unas infracciones por parte del menor acogido por su tía que cogió unas llaves del vehículo propiedad de ésta, y conduciendo tal coche le ocasionó unos desperfectos a éste³⁴.

33 Pte: Tapia Parreño, José Jaime

34 Para esta resolución "no podrá válida y eficazmente un corresponsable civil solidario reclamar daños o perjuicios producidos por el menor en su propio patrimonio a otro codeudor de los previstos en aquella norma, y mucho menos pretender que el otro corresponsable solidario satisfaga toda la indemnización. En estos casos, constatamos una situación de confusión de la condición de acreedor, la persona perjudicada, y de deudor, la persona obligada al pago, que es una de las causas de extinción de la obligación. Esta solución, además, está apoyada en una perspectiva educativa y de protección del interés del menor, porque si fuera posible tal reclamación, aunque fuera indirectamente, se podría favorecer la desidia o de la despreocupación de las personas obligadas a atender, velar y educar al menor, puesto que aquéllas siempre podrían pensar que el perjuicio irrogado por aquél en su patrimonio sería satisfecho por el otro corresponsable, total o parcialmente, y esta apreciación redundaría en detrimento del ejercicio de tales deberes, y en última instancia del interés del menor. Además, en relación al supuesto concreto examinado, existe una razón de carácter general y otra particular que abonan tal conclusión, y que técnicamente, conforme al mencionado art. 104 CP, se refieren a la propia omisión y acción de la perjudicada en la causación del perjuicio que se le irrogó en el vehículo de su propiedad. Por un lado, en relación con aquélla, dado que, reiteramos, podemos analizar las excepciones personales en esta reclamación civil, es de constatar que el hecho ilícito tiene lugar como consecuencia de los déficits de los deberes de cuidado, educativos y formativos, a los que también estaba obligada la acogedora. Ya hemos aludido previamente a esa falta de implicación de la acogedora en el apoyo educativo implementado por la Diputación, y sin incidir y detallar innecesariamente otros problemas de tal índole, porque también sin duda la acogedora habrá hecho un esfuerzo personal y familiar para atender, cuidar y educar al menor, constatamos que en el informe del Equipo Psicosocial se hace referencia a ciertas carencias y problemas en el ámbito educativo del menor (...) que, sin duda, conforme a conocimientos muy básicos psicosociales y educativos, han propiciado que el menor haya cometido varios delitos durante los años en que duró el acogimiento familiar. En definitiva, es de apreciar que los hechos delictivos que han dado lugar a la responsabilidad civil reclamada y concedida por el Juzgado se han producido por una culpa "in educando" e "in vigilando" de la acogedora respecto del menor infractor; culpa que es de tener en cuenta ex. art. 114 CP. Por otro lado, más precisamente, a pesar de que la acogedora conocía los diferentes hechos ilícitos cometidos por el menor y la imposición de diversas medidas sancionadoras-educativas por el Juzgado de Menores, en lugar de prestar atención a todos los actos o todas las conductas que pudieran propiciar la ejecución de algún otro acto antijurídico, la acogedora proporcionó al menor las llaves del vehículo o si se quiere posibilitó por omisión que aquél las obtuviera y pudiera usarlas. Así, en sede civil culpabilística (y solo a estos efectos), según el relato de hechos probados de la sentencia apelada, es reprochable que la tía-acogedora permitiera que el menor pudiera tener acceso a las llaves del vehículo, y no debería haber dejado a su alcance las mismas, porque podía y debió prever que podría utilizarlas ilícitamente para conducir y causar daños a terceros, máxime teniendo en cuenta que el menor ya había llevado a cabo otros actos subsumibles en el Código Penal. Si a aquél constatado déficit educativo y formativo general le añadimos esta conducta o si se quiere omisión (depende de la perspectiva con la que se examine) consistente en que el menor cogiera las llaves del vehículo de la acogedora, porque tenía un fácil acceso a ellas, que es claramente una culpa "in vigilando", a efectos del art. 114 CP, podemos concluir nítidamente que estamos ante un caso de culpa exclusiva de la perjudicada, que impide el otorgamiento de una indemnización a su favor. Por tanto, aunque desde una perspectiva jurídica diferente a la ofrecida por la entidad recurrente, porque no se trata estrictamente de un caso de moderación- exclusión de la responsabilidad ex. art. 61.3 LO 5/2000, debemos estimar el recurso de apelación en relación a la reclamación formulada por el Ministerio Fiscal a favor de la Sra. Marcelina, revocando la sentencia impugnada en este concreto pronunciamiento."

3.5 Guardadores legales

Tienen tal condición quienes asumen transitoriamente la guarda del menor, en los supuestos previstos por la ley o por disposición judicial.

El art. 172 CC ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 julio. Su apartado cuarto regula una modalidad de guarda legal: la guarda provisional: “en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias”.

El art. 172 bis CC, tras la reforma de 2015, regula la guarda a petición de los padres: “cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades”.

Cuando la CCAA asume la guarda de un menor, actúa como guardador legal, y, consiguientemente, quedará expresamente incluido entre los responsables civiles mencionados en el art. 61.3 LORPM. Por ello, la misma estructura de responsabilidad civil directa y solidaria predicable de la Administración tutora sería aplicable de la Administración guardadora del menor (vid. SAP Valladolid secc. 2ª 758/2002, de 22 de octubre).

También puede en determinados casos considerarse guardador legal al defensor judicial. El nombramiento de defensor judicial puede derivar de dos supuestos, conforme al art. 299 CC: 1) cuando exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o guardadores: en este caso parece claro que la responsabilidad civil debe seguir residenciándose en el representante legal, que continúa ejerciendo sus funciones en lo no asumido puntualmente por el defensor judicial; y 2) cuando “por

cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”: en este caso el defensor judicial asume las funciones de representante legal, por lo que durante el tiempo en que ejerce su *officium* parece podría ser considerado responsable civil.

En los supuestos de guarda asumida por la Entidad Pública de Protección de Menores a petición de los padres pueden concurrir hasta cuatro categorías de responsables: el menor, los padres, la Entidad Pública como guardadora y en su caso los acogedores.

La responsabilidad de cada grupo deberá modularse conforme a dos pautas: la determinación de a quién compete la gestión del proceso educativo y la delimitación de si los hechos pueden incardinarse en la culpa *in educando* o *in eligendo*³⁵.

La jurisprudencia menor ha analizado un supuesto de este tipo decantándose por concentrar la responsabilidad en la Entidad Pública (SAP Valladolid secc. 2ª nº 758/2002, de 22 de octubre).

No obstante, en nuestra opinión, el hecho de que se haya constituido una guarda legal por la Entidad Pública de Protección de Menores por delegación de los padres no excluye necesariamente la responsabilidad de éstos (en este sentido, SAP Álava, secc. 2ª nº 50/2008, de 20 de febrero).

La SAP Las Palmas secc. 1ª nº 213/2013, de 26 de noviembre³⁶ desestima la pretensión de exclusión de la responsabilidad civil o de la moderación en un supuesto en el que la CA asume no la tutela sino la guarda del menor que comete un delito³⁷.

35 Algunos autores, sin embargo, proponen otras vías: hacer responsables tanto a los padres como a la CCAA, pero a ésta sólo para el caso de que aquellos sean insolventes. Vid. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel “La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor. Comentarios, concordancias y jurisprudencia”. Editorial Comares, 2007 y ALBERT PÉREZ, op. cit. pag. 62.

36 Pte: Cabello Díaz, Inocencia Eugenia

37 “...en el caso de autos, aunque la sentencia de instancia declara probado que el menor Juan Pedro se encuentra en situación de desamparo y que, igualmente, en el momento de la comisión de los hechos estaba legalmente declarado en guarda voluntaria en virtud de resolución de la Dirección General del Menor y de la Familia de fecha 19 de agosto de 2011, lo cierto es que la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma de Canarias deriva no de la declaración de desamparo (que implica la asunción automática, por ministerio de la ley, de la tutela del menor), sino de ostentar la condición de guardador legal del menor, en virtud de la asunción de la guarda voluntaria del mismo mediante la referida resolución. En efecto, la situación de desamparo y la guarda son dos figuras distintas, regulándose ambas en el artículo 172 del Código Civil, teniendo precisamente la guarda por finalidad evitar la situación de desamparo. Así, conforme al artículo 172.1 del Código Civil, 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, conllevando la asunción de la tutela la suspensión de la patria potestad. La guarda voluntaria aparece regulada en el artículo 172.2 del Código Penal, según el cual: “Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario” La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración. Cualquier variación posterior de la forma de ejercicio será fundamentada y comunicada a aquéllos y al Ministerio Fiscal. Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde

Cabe plantearse si la persona que cuida del menor en ejecución de la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo debe ser considerada como guardadora legal a fin de hacerla responder solidariamente con el menor infractor. Es difícil, en nuestra opinión, dar una respuesta en abstracto, debiendo analizarse las concretas circunstancias concurrentes, aunque existiendo padres, entendemos que como regla general debieran ser éstos los responsables.³⁸

3.6 Guardadores de hecho

El CC no da propiamente un concepto de la guarda de hecho. Encontramos definiciones legales en algunas leyes autonómicas³⁹.

el Juez en los casos en que legalmente proceda." El apartado tercero del artículo 173 del Código Civil regula las modalidades de acogimiento (acogimiento familiar-ejercido por la persona o personas que determine la entidad pública- y acogimiento residencial -ejercido por el Director del Centro en el que el menor ha sido acogido) aplicables tanto a los supuestos en que la guarda sea asumida por la entidad pública a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley. Por su parte, la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral del Menor, regula las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, y en concreto, en sus artículos 56 a 69 regula la guarda. En el caso de autos es clara la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma recurrente, como guardadora legal del menor Juan Pedro, situación ésta que desplaza a la responsabilidad de los padres, por cuanto la guarda voluntaria supone que las funciones tuitivas o de protección respecto del menor son asumidas por la entidad pública, precisamente, porque los padres no pueden cuidar al menor; sin que la existencia de un acogimiento residencial excluya la responsabilidad civil de la entidad pública (en este caso, la Dirección General de Protección del Menor y de la Familia), pues ésta se limita a delegar en el Director del Centro de Menores el ejercicio de la guarda, pero conservando el control de la guarda (...) (...) tampoco procede acoger la pretensión de la apelante de que se modere la responsabilidad civil, minorándola en un 30%. (...) la moderación de la responsabilidad civil no opera automáticamente, pues el citado precepto la contempla como una facultad del Juez y "según los casos", lo que supone que las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, una vez ponderadas por el Juez de Menores, han de aconsejar la reducción del "quantum" indemnizatorio. Por otra parte, tal facultad ha de ejercitarse con las debidas cautelas al objeto de que de facto quede afectado lo menos posible el derecho del perjudicado a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta de un menor declarado responsable penal. Y, en el supuesto que nos ocupa no existe razón objetiva de clase alguna que aconseje la reducción en la indemnización interesada por la apelante."

38 Se ha rechazado tal posibilidad con los siguientes argumentos: "entendemos que la convivencia se da a los solos efectos de orientación del menor, proporcionándole pautas de conducta, por lo que no se puede entender que se asuma la guarda. Además, el menor, al que ya se impuesto una medida judicial por delito, es muy difícil de controlar, habida cuenta de que no está privado de libertad y no se le pueden aplicar medidas de contención". DÁVILA GONZÁLEZ, Javier "La responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores" "Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez" La Ley, 2006.

39 En el art. 253 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de la Comunidad Autónoma de Cataluña se define al guardador de hecho como la persona física o la persona jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela. El art. 142 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de la Comunidad Autónoma de Aragón lo conceptúa como la persona física o jurídica que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.

Sintetizando, puede decirse que es guardador de hecho “aquel que de facto se encarga del menor como si fuera su tutor, aunque no tenga legalmente encomendadas las funciones propias del cargo”.⁴⁰

Se define por dos elementos básicos: “uno de ellos positivo, cual es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y el otro, negativo, cual es el de la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico”⁴¹

La regulación del guardador de hecho, contenida en el art. 303 CC ha sido modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio⁴².

A diferencia del CC, la LORPM expresamente menciona dentro de los responsables al guardador de hecho. Son mencionados en último lugar, en razón a que su vinculación (y responsabilidad para con el menor) es de segundo grado.

Los supuestos en los que la Entidad Pública tiene a una menor en un Centro sin asumir tutela ni guarda pueden calificarse de guarda de hecho y generar la responsabilidad de la Entidad Pública (en este sentido, SAP Zaragoza secc. 1ª de 4 de junio de 2003 y SAP Cáceres, secc. 1ª de 5 de abril de 2005). Tras la reforma de 2015 en estos supuestos debe acordarse la guarda provisional, aunque si no se hiciera, habría de dársele a la CA el tratamiento de guardadora de hecho.

En esta línea, la SAP Tarragona secc. 4ª, nº 466/2015, de 18 de diciembre⁴³ analiza un supuesto de comisión de un delito por un menor aún no tutelado, pero sobre el que la CA ejercía la guarda en la fecha de los hechos, condenándose a la CA y desestimando su pretensión de moderar la responsabilidad civil pues aunque hubiera asumido la guarda de hecho poco tiempo antes, sí conocía la situación de alto riesgo del menor. “...en fecha de 22 de julio de 2015 se emitió informe por parte del Equipo Técnico del centro en la que se valoraba el entorno familiar del menor, así como su situación social, en el que se

40 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”

41 RODRÍGUEZ LÓPEZ, op. cit. pag. 667

42 La nueva redacción del art. 303 CC dispone lo siguiente: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

43 Pte: Revuelta Muñoz, Francisco José

desprendía una situación grave de desamparo recomendando una actuación urgente. En fecha de entre el 25 de julio y 27 de julio de 2015 sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento respecto de los cuales el menor resultó condenado en sentencia de conformidad. En fecha de 6 de agosto de 2014 (sic) se dictó resolución de desamparo del menor, asumiendo de forma inmediata las funciones tutelares del menor la Generalitat de Catalunya (...) en fecha de los hechos la Generalitat no ostentaba ni la guarda legal del menor ni tampoco ninguna función tutelar, ahora bien de su propia argumentación fáctica y de la recogida en la sentencia, la misma está reconociendo que el menor estaba acogido físicamente en la Llar de Garbí desde el día 13 de julio de 2015, por lo que sin duda la misma estaba ejecutando de forma real y material la función (sic) de guardador de hecho del menor y por tanto responsable civilmente (...) circunstancia que justifica su responsabilidad, puesto que en tal fecha era la encargada de custodiar al menor y disponía de todos los mecanismos para establecer el control oportuno (...) justificando el juzgador de instancia por qué considera que tal responsabilidad debe ser solidaria, en concurrencia con los padres del menor”.

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 guardadores (en este sentido, vid. SAP Burgos de 9 de mayo de 2003). Desde luego, si el abuelo guardador de hecho está asumiendo las funciones por abandono de los padres biológicos, éstos deben ser condenados y los guardadores –al menos-parcialmente exonerados a través de la moderación. En otro caso estaríamos desincentivando una conducta socialmente útil e incentivando el incumplimiento de las obligaciones paternas (en este sentido, SAP Asturias, secc. 2ª, nº 379/2004, de 16 de diciembre, que llega a exonerar totalmente a la abuela). En otros supuestos se condena a la abuela como guardadora de hecho y junto a ella, a los padres del menor (SAP Barcelona, secc. 3ª, nº 331/2011, de 7 de abril).

La SAP Málaga, secc. 8ª, nº 227/2014, de 10 de abril⁴⁴ desestima la pretensión de que se condenara como responsable civil solidario, junto con los padres, al guardador de hecho del menor, copartícipe en el delito y mayor de edad. La Audiencia razona que no puede considerársele en este caso como guardador de hecho a efectos de declararlo responsable civil⁴⁵.

44 Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco

45 “...en lo que al concepto de guardador de hecho respecta, también hemos de tener en cuenta que no es tan sencillo delimitar dicha figura, máxime cuando a ella aluden exclusivamente los arts. 303 y 304 CC , recogiendo en este último lo que dicho guardador puede hacer en favor del desprotegido, pero no regulándose a sensu contrario su responsabilidad subsidiaria ni menos solidaria, sin que tampoco el art 1903 del mismo texto legal haga referencia alguna al respecto. Por ello se dice que la guarda de hecho es una situación que se produce cuando una persona, que carece de la cualidad de tutor, desempeña la guarda de un menor no sometido a la patria potestad o de alguien en quien concurra causa de incapacitación, si bien la regulación legal parece estar contemplando la función de ese "guardador de hecho" desde un punto de vista que bien pudiera llamarse como "previo" a la declaración de incapacidad o a la constitución de la tutela o curatela, razón por la cual pudiera deducirse que solo en estos casos pudiera estimarse existente esta figura; posición que no es unánime ya que ciertos sectores doctrinales, aún cuando sin aludir especialmente a lo que acabamos de indicar, parecen mantener otro criterio, al admitir la posibilidad de esta guarda de hecho incluso constituida la tutela, en aquellos casos en los que el tutor designado consienta a un tercero tal actividad. De esta forma, partiendo de las anteriores consideraciones, en particular, que el sistema de responsabilidad civil establecido por la LORPM descansa no sólo en el deber de guarda del menor sino también en el deber de educación del mismo, y atendiendo a que en el supuesto de autos, por un

Algunos autores distinguen de la guarda de hecho los supuestos de delegación temporal de guarda, en la que ésta tiene lugar por voluntad de los padres y con carácter transitorio, continuando éstos en el ejercicio de la patria potestad. En estos supuestos, v. gr., padres que permiten a su hijo menor pasar el fin de semana con la familia de un amigo, difícilmente podrá declararse la responsabilidad civil de estos guardadores *sui generis*⁴⁶. Otros autores se muestran partidarios de excluir la responsabilidad en estos supuestos de delegación temporal de guarda⁴⁷.

En nuestra opinión no debe darse una respuesta unívoca, debiendo estarse a las circunstancias del caso concreto para –sin perjuicio desde luego de la responsabilidad de los padres– calibrar si también deben responder estos delegados temporales (si los hechos derivan de infracción *in vigilando* o *in educando*, tiempo por el que se delegó la guarda, edad del menor etc). Cuando existen unos padres que ejercen con normalidad con carácter habitual la guarda y que los han dejado provisionalmente con otras personas puede resultar injusto condenar a los guardadores como responsables civiles. Parece habrá de analizarse caso por caso, pero partiendo, sobre todo en menores mayores de catorce años, que la regla general debe ser la de que respondan los padres como gestores del proceso de socialización y no los delegados, que carecen de atribuciones en la educación y las tendrían muy limitadas en cuanto a la vigilancia de un menor maduro.

lado, el menor estaba sometido a la patria potestad, siendo que era a sus padres a quienes incumbía el cumplimiento de su deber de vigilancia en relación al mismo, razón por la cual el Juez de instancia les condena solidariamente con su hijo, y por otro lado, que el sujeto mayor de edad cuya declaración como responsable civil solidario se pretende fue coautor de los hechos delictivos por los que ha sido condenado el menor, existiendo más allá de un concierto de voluntades un claro reparto de roles en su acción delictiva conjunta, no puede atribuirse a éste último sujeto la condición de guardador de hecho en los términos previstos en nuestra legislación civil, pues el hecho de que el menor viniera con él a nuestro país y una vez aquí delinquiera no es sino un claro incumplimiento del deber de vigilancia inherente a la patria potestad, de modo que como se ha dicho sólo padres del menor puede ser considerados como responsables civiles solidarios en el supuesto de autos.

46 FONT SERRA “Responsabilidad civil...” op. cit. pag.100 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”

47 Para DÍAZ ALABART “La responsabilidad civil...” , op. cit. pag. 201 “podría llevar a plantearnos si entonces por guardadores de hecho podemos entender verdaderamente a cualquier persona que temporalmente por acuerdo (gratuito u oneroso) con los padres o tutores se ocupa de la guarda del menor. Estoy pensando en servicio doméstico encargado de cuidar menores, o bien en familiares del menor (abuelos, tíos, primos) o vecinos de los padres del menor, o incluso padres de compañeros de colegio del menor, que tienen al menor a su cuidado un fin de semana, unas vacaciones, o durante el trayecto de ida y vuelta al centro docente, etc. Creo que no... en estos supuestos la responsabilidad civil —en su caso—, será de los que tengan en general la guarda del menor, y el régimen legal que corresponderá en relación con esos guardadores que podríamos llamar accidentales o instrumentales será el del art. 1.903, 4 CC: quien delegó responde de los actos de aquél en quien lo hizo (se trata de «culpa in eligendo»), sin perjuicio de la responsabilidad que el propio delegado pueda tener ex art. 1.902 Cc. En el mismo sentido NAVARRO MENDIZÁBAL, op. cit. pag. 27

Lo que no es procedente es equiparar al progenitor a su pareja de hecho, pues no ejerce las facultades propias de la guarda y custodia. La SAP Cádiz, secc. 4ª, nº 351/2010, de 15 de septiembre considera que no procede declarar la responsabilidad civil de la pareja sentimental de la madre de la menor infractora, que a tales efectos no puede considerarse guardador de hecho, teniendo en cuenta que la menor tiene madre y padre titulares de patria potestad.

También, aunque matizadamente, se pronuncia en esta línea la SAP de Málaga secc. 8ª nº 698/2014, de 26 de diciembre⁴⁸: “...lo importante a la hora de establecer tal responsabilidad es determinar si la madre del menor y la pareja de la misma han compartido responsabilidades educativas, de atención y protección del menor, durante un período de la vida del mismo. (...) se ha de analizar en cada caso qué persona o entidad, pública o privada, ejerce las funciones y obligaciones amparadoras del menor, y quién es la que ha incumplido las mismas, y de ahí se derivará una responsabilidad de una persona o de varias. En el caso que nos ocupa, según resulta del informe del Equipo Técnico, la educación del muchacho, Bernardino, ha corrido a cargo del padre biológico del mismo, con el que convivió tras la separación, y de la madre, con la que pasa a convivir unos meses antes de la fecha del informe (...); desde siempre, pues no consta lo contrario, los únicos referentes del menor han sido sus padres biológicos, y las únicas personas encargadas de su control han sido sus padres. No consta que la pareja de hecho de la madre de Bernardino asumiera de hecho y de manera voluntaria las funciones propias de la guarda y custodia del chico, con todas las facultades inherentes a ello, pues no existían razones para que las asumiera Roque, ya que Bernardino no consta que tuviera carencias educativas o afectivas achacables al padre, siendo este, por lo tanto, quien con su ex pareja, ejercía las facultades inherentes a la patria potestad, principalmente las de corrección y supervisión del comportamiento y amistades de Bernardino. A nuestro entender, partiendo de lo anterior, la pareja sentimental de hecho de quien sí tiene la patria potestad, máxime cuando también la ostenta el padre, no puede confundirse con la guarda de hecho (...) que no puede ser interpretado como un cajón de sastre que habilite para introducir en el régimen de responsabilidad civil que se establece a cuantos tengan un mínimo contacto con el menor con independencia de que ejerciera o no funciones propias de la guarda y custodia del chico.”

3.7 Responsabilidad de las Comunidades Autónomas en el proceso penal de menores

3.7.1 Ideas generales

Cabría condenar a las CCAA como responsables civiles cuando sean tutoras (art. 172.1 CC) o guardadoras (arts. 172.4 y 172 bis CC), del menor infractor declarado en desamparo⁴⁹. La responsabilidad de la CCAA como tutor sería además, sin duda, solidaria junto a la del menor infractor (SAP Burgos, secc. 1ª, de 12 de abril de 2002, rec. 42/2002).

48 Pte: Molero Gómez, Pedro

49 En el mismo sentido se ha dicho que “es necesario destacar que en muchas ocasiones la tutela, guarda o el acogimiento es ejercida por una entidad pública, lo que implica que en estos casos nos podemos encontrar ante un supuesto de responsabilidad civil solidaria directa de la Administración pública” MAPELLI CAFFARENA, Borja; GONZÁLEZ CANO, María Isabel y AGUADO CORREA, Teresa

Respecto de los menores declarados en desamparo, la CA asume la tutela y se coloca en una posición muy similar a la del tutor de Derecho Privado⁵⁰, por lo que como tal debe responder y, por tanto, conforme al art. 61.3 LORPM podrá ser demandado ante el Juzgado de Menores.

La competencia de la jurisdicción de menores es preferente respecto de la contencioso administrativa en estos casos (SAP Tarragona secc. 2ª nº 397/2005, de 12 abril). La posibilidad de accionar contra las CCAA en el procedimiento de menores ha sido acogida sin fisuras por las Audiencias Provinciales (SAP Valladolid secc. 2ª nº 840/2002 de 22 de noviembre; SAP Valladolid nº 758/2002, de 22 de octubre). Este es también el criterio de la Fiscalía General del Estado⁵¹.

Quizás el aspecto mas interesante desde el punto de vista del Derecho civil sustantivo contenido en la LORPM ha sido la exégesis tendente a hacer responder a las Comunidades Autónomas por hechos cometidos por menores desamparados sometidos a la tutela *ex lege* o bajo guarda y por hechos cometidos por menores internados en centros de reforma, hasta el punto de imputarles los hechos aunque el daño lo recibiera un profesor o empleado de la Comunidad encargado en ese momento de velar por el mismo.

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 sustitución de la obligación personal del delincuente por un sistema de seguridad social fundamentado en el principio de solidaridad que debe inspirar al Estado Social.

La trascendencia práctica de estas líneas exegéticas se multiplica si se repara en el dato de que las instituciones de protección y reforma son vasos comunicantes, de modo que un elevado número de menores que pasan por el sistema de justicia juvenil han pasado ya previamente por el sistema de protección.

3.7.2 Supuestos concretos

“Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2002 pag. 352

50 En este mismo sentido para LÓPEZ SÁNCHEZ “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”.

51 Vid. 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.

3.7.2.1 Responsabilidad por hechos cometidos por menores sometidos a medidas de protección

La jurisprudencia menor es extremadamente rigurosa a la hora de declarar la responsabilidad de las CCAA en estos casos y así pueden subrayarse los siguientes supuestos:

1) Se considera a la CA civilmente responsable de los hechos cometidos por menores tutelados ingresados en un centro de protección incluso aunque el daño lo recibiera un profesor o empleado de la Comunidad encargado en ese momento de velar por el menor,(SAP Lleida secc. 2ª nº 2/2002, de 11 marzo) los propios vigilantes del Centro (SAP Burgos secc. 1ª de 12 de abril de 2002) o un agente de Policía (SAP Alava, secc. 2ª, nº 173/2004, de 7 de octubre).

2) Se declara la responsabilidad de las CCAA en supuestos en el que el menor con medida de protección comete el delito mientras se encontraba de permiso en el domicilio de la madre (SSAP Ciudad Real, secc. 2ª, nº 7/2009, de 18 de marzo y Soria, secc. 1ª, nº 48/2010, de 23 de Julio).

3) La CCAA responde aunque la gestión del centro se hubiera delegado a entidades privadas (SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 2ª, nº 141/2009, de 13 de febrero).

Tampoco exime a la CCAA el hecho de que la ejecución de la medida estuviera a cargo de entidades locales inferiores o el dato de que existiera un seguro de responsabilidad civil (SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 5ª, nº 388/2009, de 3 de julio). En idéntico sentido puede citarse la SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 6ª nº 163/2011, de 4 de abril, que no obstante considerar procedente la condena de la CA deja a ésta abierta la posibilidad de ejercer las acciones de repetición que pudieran corresponderle.

La responsabilidad se asigna a la Entidad Pública de Protección que hubiera asumido la tutela aunque el tutelado resida en un Centro de Protección ubicado en otra CA (SAP Palencia secc. 1ª nº 6/2011, de 26 de julio).

La SAP Málaga secc. 8ª nº 212/2013, de 3 de abril⁵² además de declarar la responsabilidad de la Comunidad Autónoma y rechazar aplicar la moderación le impone las costas de la alzada, por apreciar temeridad en su recurso⁵³.

52 Pte: Caballero Bonald Campuzano, Manuel

53 “el menor condenado se encontraba en la fecha de los hechos en situación de desamparo y bajo la tutela de la Junta de Andalucía, de manera que recaía sobre la Junta la tutela, control y educación de tal menor y la responsabilidad civil por sus actos. La Junta pretende que la responsabilidad civil recaiga exclusivamente sobre la abuela pero, lo cierto, es que esta última, ni era guardadora de derecho ya que menor se encontraba fugado del centro desde el 3 de mayo de 2011, ni consta que fuera guardadora de hecho pues no aparece acreditado que estuviera acogido o escondido en el domicilio de aquella. Por lo que respecta a la pretensión de moderación de la responsabilidad civil al amparo de lo establecido en el artículo 61.3 de la LORPM debe correr idéntica suerte desestimatoria (...) la posibilidad de aminorar tal responsabilidad desplaza a quien la invoca la carga de la prueba, y en el caso de autos la apelante se limita a afirmar de manera genérica que su representada adoptó las medidas de protección que resultaban pertinentes, sin que se haya practicado prueba alguna al respecto. Es más y en nuestro caso, no parece que la Administración haya ejercitado diligentemente su obligación de educación. Baste señalar que consta acreditado que el menor se

La SAP Málaga, secc. 8ª, nº 420/2014, de 20 de junio⁵⁴ confirma la condena de la CA en relación con los hechos cometidos por una menor tutelada en el centro de protección donde residía. Se considera que la CA desatendió los informes del centro sobre conflictividad de la menor, sin que la trasladase a otro más adecuado a su problemática. Además se entiende que no puede excusarse la CA en el hecho de que la ejecución de la medida de protección estuviera encomendada a una Asociación, pues ésta remitió numerosos informes a la CA proponiendo su traslado a un centro de menores con problemas de conducta⁵⁵.

ha fugado reiteradamente de los centros dependientes de la Junta de Andalucía en los que ha estado ingresado, por lo que no es posible aplicar moderación alguna a dicha responsabilidad. Por último se recurre la Sentencia al estimar que la cantidad establecida debe considerarse "desproporcionada", atendiendo a la levedad de las lesiones y circunstancias del caso, pretensión que ha de ser claramente desestimada pues el menor tardó en curar 4 días, uno de los cuales estuvo impedido para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela pequeña cicatriz. La juez "a quo" establece la cantidad solicitada por el Ministerio Fiscal de 180 euros, cantidad más que moderada pues, como bien se indica en la sentencia, de haberse aplicado el baremo, la suma habría sido mayor. Las costas procesales han sido definidas tradicionalmente como "los gastos del procedimiento" y en este caso el procedimiento no lo olvidemos es un procedimiento de naturaleza penal. La propia Ley reguladora del mismo así lo conceptúa (Ley de responsabilidad penal de los menores). Es cierto que dentro del mismo los perjudicados por los hechos de naturaleza penal realizados por el menor pueden ejercitar también la acción para exigir la responsabilidad civil diamante del hecho de naturaleza penal, pero también pueden reservársela para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil (art. 61-1 de la LRPM). En el primer supuesto en el que se ejercita únicamente la acción penal las Costas se ceñirán precisamente a lo que ha sido objeto de debate, las cuestiones de naturaleza penal, pero en el segundo caso teniendo en cuenta además que todas las cuestiones (tanto penales como civiles se sustancian actualmente en una única Vista) las Costas incluyen también los gastos originados por las pretensiones de naturaleza civil. En el presente caso no es sólo que se aplique el tradicional principio de vencimiento de plena vigencia en el ámbito de la jurisdicción civil (y aquí las cuestiones objeto del recurso son esencialmente civiles), es que la Sala considera que existe cierta temeridad en la interposición del recurso en cuestión. La jurisprudencia, ante la ausencia de una definición legal de la temeridad o mala fe, considera que, en la práctica, ambos son conceptos equivalentes, y para su determinación debe estarse a lo que resulte en cada caso concreto, en función de la consistencia o sustento de la pretensión formulada por la acusación, su incidencia perturbadora o no a lo largo del procedimiento y, sustancialmente, su confrontación con la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal, al ser una institución del Estado que tiene como una de sus notas características regirse en su actuación por el principio de imparcialidad (...). Es por ello que, en el presente caso, a la vista de la inconsistencia de las pretensiones formuladas en el recurso, la ínfima cuantía, el consolidado criterio establecido por esta Sala en recursos con idéntico o similar objeto que el presente, y la insostenibilidad de pretensiones como la de considerar la cuantía reconocida por las lesiones como desproporcionada, se está en el caso de imponer las costas a la parte recurrente."

54 Pte: Caballero-Bonald Campuzano, Manuel

55 "La Junta pretende que la responsabilidad civil recaiga sobre el Centro "La Fanega" en el que la menor se encontraba ingresada, pretensión que podría tener visos de prosperabilidad si no fuera por las circunstancias que rodean y que concurren en el presente caso. La sentencia recurrida detalla con absoluta precisión y pormenorizadamente todos los incidentes y fugas del Centro protagonizadas por la menor en cuestión y, lo que es más importante, los reiterados informes dirigidos a la Junta de Andalucía por parte del Centro poniendo en conocimiento la situación de la menor y la necesidad de que la menor fuera trasladada e ingresada en un Centro de trastornos de conducta, sin que la parte recurrente adoptara medida alguna para trasladar a la misma a un Centro adecuado y acorde a la problemática que presentaba. Informes, incidentes y comunicaciones que son referidos con detalle en el fundamento jurídico segundo de la sentencia, que aquí se da por reproducido y que impiden excluir o moderar la responsabilidad de la Junta de Andalucía que debió adoptar las medidas necesarias para trasladar a la menor a un Centro especializado y adecuado a la problemática de la menor a la vista de la conflictividad de la afectada, y sin que conste que el centro "La Fanega" pueda adoptar medidas de contención en este tipo de casos, ni pueda oponerse o negarse al ingreso de un menor por disposición de la Administración competente, en este caso, la Junta de Andalucía."

La SAP Málaga, secc. 8ª, nº 469/2014, de 24 de julio⁵⁶ analiza un supuesto en el que la menor condenada por la comisión de un delito se encontraba en tal fecha en situación de desamparo y bajo la tutela y acogimiento de la Junta de Andalucía. Esta resolución rechaza una posible condena de los progenitores del menor pues no fueron llamados a la causa ni citados a juicio en su condición de posibles responsables civiles, sin que la representación de la Junta de Andalucía mostrara en el plenario su oposición a la celebración del acto del juicio en su ausencia, ni interesara su suspensión para que se procediera a citarlos si ello fuera posible, no dirigiendo tampoco el Ministerio Fiscal acción civil contra ellos, “por lo que no resultaba posible una eventual condena de los mismos en cuanto que no fueron parte del procedimiento y ello les originaría una patente indefensión, y todo ello sin perjuicio de que la Administración autonómica pueda repetir en su contra para el abono de la suma satisfecha, si lo estima procedente, pues al parecer la madre está localizada, es solvente, y propició en cierta medida la situación de desamparo de su hija; y ello con la finalidad de evitar, como expone la apelante con acierto, que el resarcimiento de los perjudicados repercuta en la Hacienda Pública que evidentemente "somos todos"”. Con carácter subsidiario se plantea una posible moderación de la responsabilidad civil de la Administración autonómica por haber actuado dentro de sus posibilidades en orden a la protección de la menor, que se encontraba en situación de acogimiento, adoptando respecto de la misma las medidas pertinentes. Se rechaza tal petición subsidiaria pues “la menor ha protagonizado constantes incidentes dada su personalidad conflictiva, y fugas, lo que impide una actuación eficaz por su parte. Incidentes estos que son demostrativos del escaso control de las actividades de la menor, y que ponen de manifiesto la inexistencia de un comportamiento corrector y educativo adecuado por parte de la Administración, sin que esta pueda alegar en su descargo la regulación legal (...) tan permisiva que se aplica en el funcionamiento de los centros, pues si ello es así lo único que cabe es propiciar su modificación inmediata.”

3.7.2.2 Responsabilidad por hechos cometidos por menores sometidos a medidas de reforma

En la jurisdicción de menores se ha ido mucho más allá de la mera trasposición de la jurisprudencia de adultos sobre delitos cometidos en Centros Penitenciarios. La jurisprudencia menor ha analizado estos supuestos, decantándose por la condena de las Comunidades Autónomas bajo el régimen de la LORPM: responsabilidad directa y objetiva⁵⁷. Incluso se condena a las CCAA en casos de agresiones cometidas por menores internados en Centros de reforma contra sus compañeros de internamiento⁵⁸ o contra sus cuidadores o vigilantes.

56 Pte: Molero Gómez, Pedro

57 Ad exemplum SAP Cádiz, secc. 5.ª nº 109/2007, de 23 de febrero Pte: Fernandez Nuñez.

58 SAP Valladolid secc. 2ª nº 933/2002, de 23 de diciembre Pte: De la Torre Aparicio: “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

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 (SAP Salamanca secc. 1ª, nº 2/2004 de 26 enero).

Igualmente se declara la responsabilidad de la CA 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 objetiva (SAP Zaragoza, secc. 1ª, nº 174/2004, de 28 de abril) y en relación con una medida en régimen semiabierto, cuando los hechos ocurrieron durante un permiso de fin de semana (SAP Girona secc. 3ª nº 373/2006 de 14 de junio).

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 CA en una situación similar a la de la guarda regulada en el CC por lo que la responsabilidad de éstas no sería subsidiaria sino directa y solidaria (en esta línea, SAP Alicante secc. 3ª de 2 de abril de 2007; SAP Guipúzcoa, secc. 1ª, nº 43/2009, de 10 de febrero, SAP Sevilla, secc. 3ª, nº 316/2009, de 5 de junio).

Para la SAP Ciudad Real secc. 1ª nº 3/2013, de 14 de febrero⁵⁹ “el fundamento de la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma no se basa en una eventual concesión indebida del permiso por la dirección del centro de reforma en que se encontraba el menor, sino en la responsabilidad solidaria conjunta de carácter objetivo con el menor del que ostenta su guarda conforme a lo dispuesto por el art. 61 LORPM. Cuestiona la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil, por entender no procede la condena a la misma, en cuanto el menor, aunque interno en un centro de reforma, disfrutaba de un permiso en casa de sus padres (...) No se asienta el pronunciamiento sobre una eventual responsabilidad civil subsidiaria de la Junta de Comunidades por una eventual concesión errónea del permiso por la dirección del centro, conforme a lo dispuesto en el art. 120 del Código Penal; sino del establecimiento de la responsabilidad civil solidaria conjuntamente con el menor de corte objetivo en cascada a quien ostenta la guarda de hecho del menor conforme a lo dispuesto

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 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.

en el art. 61 de la LORPM. En este caso, estando el menor interno en un establecimiento de reforma, la guarda de hecho corresponde a la Junta, quien ostentaba la potestad de control, incluida la concesión del permiso de salida que disfrutaba en el momento de cometer los hechos. En este sentido, aunque el menor internado en un centro de reforma no tenga medida civil de protección, no es dable obviar que como todo privado de libertad tiene una relación de sujeción especial o dependencia, lo cual determina en el caso de menores igualmente una relación de guarda similar a la regulada en el código civil, por lo que la responsabilidad de la Comunidad Autónoma ha de determinarse solidaria (...).”

La SAP Baleares secc. 2ª nº 74/2016, de 17 de marzo⁶⁰ analiza un supuesto en el que un menor agrede a otro dentro de un centro de reforma. Se excluye la responsabilidad de los padres, atendido el régimen cerrado que se estaba aplicando al menor.

La SAP Santa Cruz de Tenerife secc. 2ª, nº 402/2014, de 19 de septiembre⁶¹ estudia un caso en el que una menor que cumplía medida de convivencia en grupo, durante una salida fuera del piso de ejecución causa unas lesiones: “ (...) desde el momento en que un joven se encuentra interno en un centro cumpliendo una medida judicial, es precisamente la administración responsable de ese centro, quien, a partir de entonces, se halla mejor posicionada para controlar de manera efectiva la gestión del proceso educativo. Es decir, son los responsables de dicho centro quienes están en contacto permanente con el menor y quienes deben hacer, a la vista de la evolución del mismo, un pronóstico acerca de la correcta utilización por el menor de los permisos legalmente previstos y de la conveniencia o no de que los disfrute, poniendo en conocimiento, en su caso, del Juez de Menores aquellas circunstancias que estimen justificativas de que por parte de aquel se proceda a prohibir expresamente que el menor siga disfrutándolos. Por ello, a pesar del carácter en principio automático de la concesión de permisos de fin de semana, es la administración ejecutante de la medida quien debe detectar y poner en conocimiento de la autoridad judicial, cuando proceda, la necesidad o conveniencia de que los permisos de salida, legalmente previstos, sean restringidos o temporalmente suspendidos”⁶².

La SAP Salamanca secc. 1ª nº 72/2014, de 26 de junio⁶³ analiza un supuesto de hechos cometidos por un menor fugado de un centro de internamiento donde cumplía medida cautelar. Parte la resolución de que no puede eximirse de responsabilidad a la entidad pública porque el menor no tuviera abierto expediente de protección ni estuviera tutelado,

60 Pte: Cameselle Montis, Ana María Pte: Cameselle Montis, Ana María

61 Pte: Paredes Sánchez, Fernando

62 Continúa la resolución declarando que “el art. 61.3 de la mencionada ley determina la responsabilidad civil directa de quienes tengan asumida la custodia del menor y al mismo tiempo en cuanto a la facultad moderadora supone la inversión de la carga de la prueba puesto que una vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones, en su caso, hayan logrado desvirtuar la presunción de inocencia y se declare culpable al menor, le corresponde a éste y a sus responsables civiles solidarios demostrar que procede la moderación. (...) Son ellos los que deben probar y acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencias debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, no procederá moderación alguna”.

63 Pte: García Pérez, Juan Jacinto

pues desde que se ejecuta la medida de internamiento la Administración ostenta la guarda de hecho⁶⁴.

La SAP Baleares secc. 2ª nº 230/2015, de 6 de noviembre⁶⁵ declara la responsabilidad civil solidaria de la CA en un caso de robo con violencia, pese a que en la fecha del hecho, el menor no estaba ni tutelado ni ingresado en centro de reforma, en base a que debería haber estado internado pues tenía pendiente de cumplir una medida de internamiento en centro semiabierto comunicada en su día a la Administración. Se considera que la Entidad pública no puede dejar de cumplir una resolución judicial, o cumplirla a su elección alegando razones de déficit de recursos públicos⁶⁶.

64 “...la Administración Pública apelante viene a poner de manifiesto, a fin de negar cualquier fundamento jurídico a la exigencia de la responsabilidad civil que ha sido declarada en su contra, tras destacar que el menor Celestino ha sido objeto de numerosos expedientes y medidas acordadas por diversos Juzgados de Menores..., en primer lugar, el hecho de que tras su fuga del Centro Zambrana de Valladolid (...), ésta se denunció de inmediato por los responsables del Centro a la policía y se comunicó a la madre del menor, por lo que se actuó diligentemente. De otra parte que, no estando el menor declarado en situación de desamparo, ni teniendo abierto expediente de protección alguno en los organismos competentes de la Junta, ésta no tenía entonces, ni tiene, asumida su guarda legal (...) y a la Administración autonómica no le puede ser imputada la responsabilidad de los actos de aquel (...) máxime cuando debe reprocharse a la citada madre del menor el que estando éste ya en su domicilio no dio aviso de su paradero, y cuando los hechos delictivos de los que dimana la responsabilidad civil se produjeron en tal domicilio y bajo la vigilancia, atención y protección de la citada madre del menor, etc. No hubo, al encontrarse el menor cuando causó las lesiones al policía nacional en el domicilio materno, culpa in vigilando que pueda serle reprochada a la Junta de Castilla y León, en la que, asimismo, no se incurrió pues la fuga del menor no se produjo en el Centro, sino durante la realización de una actividad educativa propia de la medida en régimen semiabierto...En definitiva, estima que, dado que la única vinculación del menor con dicha Administración dimana del cumplimiento de la citada medida cautelar de internamiento en régimen semiabierto (...) aquélla cumplió con sus deberes legales y, por ello, la condena pronunciada en su contra es legalmente improcedente. Pues bien, ya de antemano ha de concluirse que dichas alegaciones de la recurrente han de venir completamente desestimadas en cuanto que estamos ante un supuesto de hecho, ya resuelto mayoritariamente por la jurisprudencia menor, (...), en el que, mediante la correcta aplicación del meritado art. 61.3 de la LORPM, nace la responsabilidad de tal Administración Pública (...) en su condición de guardador legal o institucional, incluso de hecho, del menor infractor... Esta condición de guardador o custodio se legitima, sin necesidad de que exista una previa o precedente medida de protección por causa de desamparo, etc., por el simple hecho de la ejecución por parte de la Administración de una medida judicial cautelar sobre el menor que delinque cuando se está ejecutando tal medida, en cuyos casos, resulta inobjetable que el menor se halla bajo la guarda del organismo autónomo, el que debe responder civilmente de los menores a su cargo, inclusive en el caso de aquellos fugados que cometen un delito. Tiene razón el Ministerio Fiscal al señalar que no es óbice para la condena impugnada el hecho de que el menor condenado no tuviera abierto expediente de protección alguno y por ello se afirme que la Administración no ostentaba la tutela legal del mismo en el periodo de tiempo de ejecución de la medida judicial cautelar de internamiento que nos ocupa, ya que durante el transcurso de dicha ejecución aquélla ostenta al menos la guarda de hecho del mismo”.

65 Pte: Cameselle Montis, Ana María

66 Conforme a esta resolución “el menor Ernesto (...) con ánimo de obtener beneficio económico, se acercó a bordo de una bicicleta a Consuelo y la abordaron por atrás, le arrebató de la mano de un fuerte tirón el móvil, logrando quitárselo. (...) Considera el apelante que la sentencia combatida no ha tomado en consideración el contenido de los informes elaborados por el Equipo técnico y que el retraso en el ingreso del menor en un centro de internamiento, justificado en interés del menor, para evitar saturaciones, no puede comportar su responsabilidad y menos en este orden jurisdiccional, de modo que la situación era la adecuada, teniendo también en cuenta que se trata de una medida adoptada judicialmente. Indica que no se aprecia conducta alguna negligente o dolosa por parte de los responsables. Señala también que dicho automatismo en la responsabilidad puede implicar falta de avances en el tratamiento y la opción inmediata por los regímenes cerrados. (...) si bien estamos de acuerdo con el planteamiento teórico de la cuestión, no cabe trasladar al ámbito administrativo, por anormal funcionamiento de los servicios públicos, y

La SAP Lugo secc. 2ª nº 62/2015, de 31 de marzo⁶⁷ declara la responsabilidad civil solidaria de la CA por hechos cometidos por un menor de edad fugado del centro de reforma donde cumplía medida, al tiempo que excluye la de sus padres, residentes en el extranjero⁶⁸.

Aun admitiendo la interpretación que configura a las CCAA como guardadoras, la responsabilidad 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 CP. En estos supuestos la Comunidad Autónoma no ocupa la posición del tutor, acogedor o guardador, por lo que entendemos habría de aplicarse la jurisprudencia acuñada en relación con los presos mayores de edad. Este es el supuesto que aborda la STS nº 893/2010, de 4 de octubre. La causa se sigue ante la jurisdicción de adultos, al ser el interno mayor de edad. El mismo se fuga y mata a otra persona. El TS considera que no cabe declarar en vía penal la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma ni del Estado, sin perjuicio de las acciones que pudieran plantearse en vía contencioso administrativa.

consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración, la cuestión suscitada, toda vez que, aunque de facto no estaba bajo su guarda el menor al cometer la infracción, ello no fue sino por su propia dejación, por omisión en el cumplimiento de lo acordado, contraviniendo así no sólo el principio de colaboración entre administraciones sino que también el de obligado cumplimiento de las resoluciones judiciales, resolución, en nuestro caso, que de no poder efectivamente ser llevada a término o debido cumplimiento en la forma ordenada, obligaba bien a lo dispuesto en el artículo 35.1.c) LORPM (sic), como indica el Ministerio Fiscal, bien a ponerlo en inmediato conocimiento del Juzgado, pero no a dejar de ejecutar lo ordenado, haciendo caso omiso a la resolución judicial que acordaba la medida, careciendo la apelante de la facultad que parece atribuirse cual es la de que, por razones de déficit en los recursos públicos o de insuficiencia del sistema, decidir cumplir en sus propios términos o no, o en el momento que considere apropiado, sin sujeción a lo dispuesto, ejecutar en debida forma lo mandado, decisión esa que no puede dejarse en sus manos ni es discrecional ni, mucho menos, como se apunta, puede obedecer a decisiones políticas. En definitiva, la apelante tenía el control potencial del menor y no lo ejercitó. Por todo lo anterior, el recurso no puede ser estimado ni en su petición principal ni en la subsidiaria que contiene”.

67 Pte: Varela Prada, José Manuel

68 “...basaba fundamentalmente, la parte recurrente, su petición en el hecho de que el menor, se encontrase fugado del Centro, en el que se encontraba cumpliendo una medida judicial de reforma, siendo, por ello, que, a su juicio, no procedía la aplicación del ya repetido precepto de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, -que se refiere a la responsabilidad civil solidaria (...) de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales ó de hecho, por este orden-. Pues bien, en el presente caso, aparece claro que no puede atribuirse, tal responsabilidad, a los padres del menor, quienes, carecían, en el momento de los hechos, de la posibilidad de la guarda y tutela del mismo, al vivir en Marruecos, y serle atribuida precisamente, a la Xunta de Galicia, el cuidado, guarda y tutela del menor, debiendo de repararse, además, que el hecho de que el menor se encontrase en el centro cumpliendo una medida judicial de reforma, ello -tal dato- no deja, desde luego desvirtuada la función, de tal institución (dependiente de la Xunta de Galicia) de tutela guarda y custodia del menor, manteniéndose tales funciones como las preeminentes y propias de tales instituciones (...), siendo así, por todo ello, que estando el menor, -como se dijo- en el momento de los hechos, internado en el Centro, y habiendo cometido aquellos después de haberse fugado de la institución, la Sala, comparte el criterio de la Juzgadora, de atribuir la responsabilidad civil solidaria, derivada de los daños y perjuicios causados por el menor, a la xunta de Galicia (...) precisamente, por la función tuitiva que promordialmente le corresponde, sin que ésta quede desvirtuada ó devaluada, por el puntual hecho de que el menor se hubiese fugado del Centro (que lo tenía en tutela) en donde se hallaba cumpliendo una medida judicial de reforma(...)”

Al igual que ocurre con las medidas de protección, cuando el centro de internamiento está gestionado por una entidad privada la responsabilidad civil se sigue imputando a la Comunidad Autónoma (SAP Sevilla, secc. 3ª, nº 316/2009, de 5 de junio).

En este mismo sentido, la SAP Huelva secc. 1ª nº 27/2016, de 10 de febrero⁶⁹ analiza un supuesto de un robo con fuerza cometido por un menor internado en un centro de reforma, mientras estaba de permiso, entendiéndose que la responsabilidad civil debe recaer en la Entidad Pública y no en los padres ni en la Asociación que gestiona el centro, considerando que la CA es responsable de la ejecución de las medidas con independencia de los convenios de colaboración que suscriba y aunque el menor esté de permiso, pues mientras dure el internamiento responde de la gestión del proceso educativo del menor, y todo ello sin perjuicio de las posibles acciones de repetición de la CA frente a la entidad privada gestora: “(...) lo que es indudable es que la competencia administrativa en la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes la asume legalmente la Comunidad (o Ciudad) Autónoma según el Artículo 45 de la LORPM que, en su apartado 1, establece que lo harán de acuerdo con sus respectivas normas de organización, y les atribuye la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley y en su apartado 3 las faculta a tales fines para establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades públicas (...) o privadas sin ánimo de lucro, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución, como se ha dicho. Competencia Administrativa que está bien presente en toda la normativa aplicable (...). Pero también en la práctica pues en ejercicio de esas facultades de supervisión y control la entidad autónoma interviene en toda relación del Juzgado con los profesionales que colaboran en la ejecución de la medida así como en la documentación aportada por éstos al órgano judicial. Por tanto la posible responsabilidad del Centro ejecutor de la medida judicial contratado por la Comunidad Autónoma no puede venir del hecho de la elaboración de un Programa de Intervención con arreglo a criterios que deben ser marcados por la entidad pública, ni de la concreta planificación de permisos de salida previstos reglamentariamente, sino que sería derivada de la competencia de ésta entidad pública y del convenio suscrito para concretos aspectos educativos y de seguridad, pero nunca para esa gestión integral que es competencia exclusiva autonómica y que en su proceder debe actuar el principio del interés más favorable al menor. Por eso la Entidad Pública no puede eludir la responsabilidad que le viene atribuida conforme al sistema legalmente establecido sin perjuicio de que, de haberse producido algún hecho que pudiera implicar también la responsabilidad personal de los concretos intervinientes en las tareas delegadas o externalizadas, pueda aquélla dirigirse contra el autor mediante la acción de repetición que pueda corresponder, pero en ningún caso sustituyendo a la entidad conveniada en sus obligaciones y competencias legales.”⁷⁰

69 Pte: Orland Escámez, Carmen

70 “...de manera subsidiaria la apelante considera que el caso que nos ocupa, al estar el menor internado de permiso junto a sus padres en la vivienda familiar situada en Huelva, no puede equipararse al de un menor fugado (...) pues, en este supuesto, el hecho de la fuga permitiría fundar la responsabilidad en el incumplimiento del deber de vigilancia y control, que en modo alguno puede considerarse cuando se disfruta de un permiso de salida previsto en el Programa Individualizado de Ejecución de Medida (PIEM)

No obstante, cabría también teóricamente exigir responsabilidad no solo de la CCAA sino –en caso de gestión de los centros por entes privados- de la Fundación o Asociación que ha asumido tal responsabilidad⁷¹.

3.7.3 Responsabilidad de las CCAA por incumplimiento de sus obligaciones de protección

Cabe plantearse si la Comunidad Autónoma debe 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 desamparo⁷².

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 analógicamente lo dispuesto en el art. 229 CC en relación con la responsabilidad en que incurrir quienes obligados a promover la tutela no lo hicieren. En

que ha de ser aprobado judicialmente conforme a la normativa aplicable. Señala, además, que la responsabilidad civil habría de atribuirse a los padres quienes se hallaban en el ejercicio de las funciones de guarda durante el permiso y tenían el deber de control del menor y, en último término, también a la Fundación Diagrama como entidad adjudicataria del Servicio Integral de guarda, reeducación e inserción de menores infractores en el centro de internamiento, por cuanto que compete al Director de dicho Centro la autorización de las salidas de fin de semana (...) En el caso que nos ocupa el menor expedientado iba a cumplir 17 años solo siete días después de los hechos por lo que la responsabilidad de los encargados correspondientes, más que en una culpa "in vigilando" debería asentarse en una supuesta culpa "in educando" por la mayor autonomía de ese tramo de edad. Y sin lugar a dudas la entidad responsable de la gestión del proceso educativo es la Comunidad Autónoma y no la Asociación que gestiona ese concreto Centro de internamiento (...) lo decisivo para la cuestión debatida no es el hecho de si el menor se encontraba fugado o disfrutando de una salida reglamentaria sino la valoración de si cabe exigir a la entidad contratada una responsabilidad civil que deriva de la propia competencia de la Comunidad Autónoma, reflexión en la que dicha sentencia se detiene para considerar que "el hecho de que la Junta de Andalucía confiara el cumplimiento de dicha medida de internamiento a la Fundación Diagrama, en absoluto la exime de tal responsabilidad civil. El tenor del artículo 45 de la LORPM no admite dudas en su interpretación cuando, al permitir a las Comunidades Autónomas concertar convenios o acuerdos de colaboración con otras entidades públicas o privadas para la ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores, determina que se hará bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución. Este planteamiento es cabal y perfectamente asumible por este Tribunal con arreglo a la especialidad de la normativa aplicable; el precepto no puede ser más claro

71 Como expresa RODRÍGUEZ LÓPEZ, op. cit. pag. 698, "el régimen de la responsabilidad de la Administración, basado en un criterio de imputación de tan fácil aplicación, terminó por fagocitar la responsabilidad del gestor contratista, de forma tal que las reclamaciones se dirigen casi siempre contra la Administración para que sea ésta la que abone la indemnización correspondiente, a salvo siempre del ejercicio de un vía de regreso contra el contratista para, en su caso, recuperar la cantidad pagada... Es por ello, completamente acertado acudir al instituto de la imputación, funcionamiento normal o anormal de un servicio público, para determinar la responsabilidad, todo ello aunque la gestión sea privada"

72 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.

definitiva, no puede premiarse con la exención de responsabilidad a quien precisamente incumple una obligación –asumir la tutela de los menores desamparados- que de haber respetado hubiera hecho nacer esa responsabilidad⁷³.

Algún autor, aún aceptando estos supuestos como generadores de responsabilidad de las Comunidades Autónomas, entiende que en todo caso sería competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.⁷⁴

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 (SAP Soria secc. 1ª nº 130/2003 de 17 octubre).

3.7.4 Concurrencia de los padres biológicos u otros potenciales responsables del menor tutelado o guardado por la Entidad Pública.

Se plantea si en supuestos de menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas de Protección deben responder, no solo éstas sino también los padres. Este problema es, en definitiva, una derivación del problema de la responsabilidad en cascada, abordado *supra*. Teóricamente cabría defender la responsabilidad exclusiva de los padres, la responsabilidad exclusiva de las CCAA o la responsabilidad cumulativa los padres y las CCAA.

Ha sido claramente rechazada la posibilidad de hacer responder sólo a los padres, como en ocasiones han tratado de argumentar las Comunidades Autónomas (SAP Tarragona secc. 2ª nº 397/2005, de 12 de abril).

3.7.4.1 Resoluciones que condenan exclusivamente a las Entidades Públicas

Algunas resoluciones de Audiencias Provinciales parecen inclinarse por la imposibilidad de responsabilidad acumulada de los distintos responsables potenciales, decantándose por imponerla exclusivamente a las Administraciones Públicas (SAP Valladolid secc. 2ª nº 933/2002, de 23 de diciembre; SAP Córdoba, secc. 2ª, nº 123/2004, de 9 de junio; SAP Jaén secc. 1ª, nº 236/2010, de 15 de noviembre; SAP Jaén, secc. 1ª, nº 108/2010, de 5 de mayo; SAP Córdoba secc 2ª nº 79/2004 de 13 de abril).

Llendo aún más lejos, se condena exclusivamente a la CCAA en supuestos en los que al momento de cometer los hechos, el menor sometido a medidas de protección, se encuentra en compañía de su familia biológica.

73 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.
En el mismo sentido, FONT SERRA "Responsabilidad civil..." op. cit. pag. 98

74 DÁVILA GONZÁLEZ, op. cit.

3.7.4.2 Resoluciones que admiten la condena cumulativa de las Entidades Públicas y de los padres

Algunas resoluciones, en casos en los que el menor bajo la guarda de la Administración (sea porque cumple medidas de reforma o de protección) se encuentra en compañía de sus padres, consideran que deben responder éstos, partiendo de que en estos casos la Administración no tiene facultades y posibilidad, en el momento en que acaecen los hechos, para vigilar y controlar la actuación del menor (Vid. obiter dicta, SAP Asturias secc. 2ª nº 241/2003, de 2 octubre; SAP de Asturias de 27 de abril de 2006; SAP Alicante, secc. 3ª, nº 521/2007, de 26 de septiembre; SAP Asturias secc. 2ª nº 73/2005 de 24 febrero; SAP Málaga, secc. 8ª, nº 518/2009, de 5 de octubre).

3.7.4.3 Toma de posición

Entendemos que la línea de condenar como responsable civil solidario a la CCAA con exclusión en todo caso de los padres no pueda ser defendida. Especialmente resulta criticable condenar como responsable civil solidario exclusivamente a la CCAA cuando el menor en el momento de comisión de los hechos se encuentra con los padres. En estos supuestos la alternativa estaría 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 la responsabilidad de los padres carece de fundamento gramatical, sistemático o teleológico.

Incluso en nuestra opinión los padres de un menor declarado en desamparo podrían ser responsables solidarios junto con la Entidad Pública de Protección de Menores pese a tener la patria potestad suspendida y aunque no tengan al menor en su compañía, si los hechos cometidos por éste pueden conectarse con el abandono que sufrió por parte de sus padres, o con la educación nociva o deficiente que los padres, incumpliendo sus obligaciones, le han proporcionado.⁷⁵

3.8 Responsabilidad de Centros Docentes

La LORPM no incluye expresamente a los Centros Docentes como posibles responsables civiles.

Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010⁷⁶ tras constatar que *existen grandes discrepancias sobre la responsabilidad de los centros docentes y su inclusión en el art. 61.3 LORPM como guardadores de hecho o de*

75 En este mismo sentido BONILLA CORREA, op. cit. ha mantenido que “la responsabilidad de los padres y tutores también se ha fundamentado en un incumplimiento en el deber de educación o de formación del menor. En este caso, sí que se podría seguir manteniendo la responsabilidad de los padres o tutores en atención a esa omisión en el deber de formación. Es más, sería esta despreocupación por el menor lo que ha llevado, entre otras cosas, al abandono y la asunción de la tutela ex lege por parte de la Entidad. De esta forma, podrían responder los padres o tutores por el incumplimiento del deber de educación, y la Entidad por no haber ejercitado de forma correcta sus deberes de guarda”

76 SP/DOCT/11405

derecho, defienden que los centros docentes deben ser incluidos, respecto de los hechos cometidos en horario escolar, en cuanto que tienen la guarda y custodia de los menores por delegación de los padres y contribuyen a la educación y formación integral de los mismos.

En el plano jurisprudencial son numerosas las sentencias que siguen decididamente la tesis de poder ejercer acciones civiles contra el centro en el proceso penal de menores (SAP Cantabria secc. 4ª nº 94/2003, de 23 de diciembre; SAP Álava secc. 1ª nº 120/2005, de 27 de mayo; SAP Asturias de 19 de octubre de 2006; SAP La Rioja, secc. 1ª, nº 43/2005, de 7 de marzo; SAP Málaga, secc. 8ª, nº 572/2009, de 9 de noviembre).

En nuestra opinión, no debe existir obstáculo al ejercicio de acciones civiles contra el centro escolar en el proceso penal de menores.

La inexistencia de una previsión específica en la LORPM no debe interpretarse en el sentido de no quepa accionar contra otros responsables civiles previstos en el Código Civil o en el Código Penal. 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- y al principio de protección de la víctima (*pro damnato, pro victima*) 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 en el procedimiento de la LORPM.

Puede defenderse la posibilidad de accionar contra los Centros sobre la base de la aplicabilidad supletoria del CP y concretamente de su art 120. Debe recordarse la cláusula de supletoriedad especial contenida en la Disposición Final Primera de la LORPM.

Puede defenderse también la posibilidad de accionar contra los Centros sobre la base de la aplicabilidad supletoria del art. 1903 CC⁷⁷. No debe, a estos efectos, olvidarse la cláusula de supletoriedad general contenida en el art. 4.3 del Título Preliminar del CC, que llevaría a la conclusión de que los arts 1902 y ss CC serían supletoriamente aplicables para lo no regulado en la LORPM ni en el CP.

Si para fundamentar la responsabilidad de los centros docentes fuese necesario acudir al Código Civil, ello implicaría la necesidad de tener muy presentes los criterios de interpretación que al respecto viene manteniendo la Sala Civil del Tribunal Supremo⁷⁸. Si se aplica el art 1903.5 CC no regiría por tanto, respecto del Centro el sistema de responsabilidad objetiva. El Centro podrá ser exonerado si no concurre culpa.

77 En este mismo sentido, admitiendo la aplicación del art. 1903 CC sin excluir la eventual corresponsabilidad de alguno de los demás sujetos enumerados en el art. 61.3 LORPM, SANZ HERMIDA, op. cit. pag. 322

También admite la aplicación directa del art 1903 CC ATIENZA NAVARRO, op. cit. pag. 163 quien no ve “ningún inconveniente en que el Juez de Menores pudiera acudir al art 1903 V CC para declarar la responsabilidad de centros de enseñanza”

78 En este sentido, Instrucción de la Fiscalía General del Estado 10/2005

Por último también cabría fundamentar la posibilidad de accionar contra el centro en el propio art 61.3 LORPM, si interpretamos la referencia al guardador de hecho en sentido amplio.

Si el centro es público el responsable civil será el titular responsable, normalmente la Comunidad Autónoma correspondiente. Si no se admite la posibilidad de accionar contra el centro dentro del proceso penal de menores, habría de acudirse a la vía contenciosa.

Si el perjudicado se reserva las acciones civiles y pretende accionar contra la Entidad Pública titular del Centro Docente, el orden jurisdiccional alternativo será el contencioso-administrativo, no el civil.

En esta tesitura, parece más adecuada la formula de aplicar el art 61.3 LORPM, dando un tratamiento uniforme a los Centros con independencia de su titularidad.

Entendemos que si el perjudicado pese a haber accionada civilmente en vía penal, no lo ha hecho contra el centro docente, podrá hacerlo posteriormente en vía civil⁷⁹.

En el sistema de responsabilidad civil de la LORPM, en nuestra opinión, la responsabilidad del Centro Docente no excluye necesariamente la de los padres, con la que podrá concurrir cuando la naturaleza de los hechos ponga de manifiesto una infracción por parte de éstos de sus obligaciones *in educando*.

Esta posibilidad de que los padres sean responsables, aunque los hechos se hubieran cometido en el centro docente se abre paso en la jurisdicción de menores, como consecuencia de la aplicación de la tesis del agotamiento de las funciones de vigilancia y control (SAP Pontevedra secc. 2ª nº 43/2011, de 22 de febrero, la SAP Santa Cruz de Tenerife secc. 6ª de 12 de Mayo de 2010 y la SAP Orense secc. 2ª nº 122/2011, de 21 de marzo).

La Fiscalía General del Estado apuesta decididamente por responsabilizar a los Centros por los actos de acoso escolar que se cometan en su seno. La Instrucción 10/2005, de 6 de octubre, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil* declara al respecto que *los centros docentes tienen una indubitada responsabilidad en garantizar espacios seguros para que los menores puedan cursar sus estudios y disfrutar*

79 STS (Sala de lo Civil), de 11 octubre 1990 Pte: 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 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”.

de las horas de recreo en paz, libres de agresiones y vejaciones...Los estudios sobre acoso escolar muestran que frecuentemente éstos tienen lugar -además de en las inmediaciones del centro-, en patios de recreo, aseos, vestuarios, gimnasios, comedores, pasillos e incluso aulas. La adecuada supervisión de las instalaciones del centro es algo legítimamente exigible. Para la Fiscalía General del Estado “la inexistencia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial de una línea exegética consolidada respecto de la fundamentación de la responsabilidad del centro docente en el sistema de la LORPM hace aconsejable mantener abierto el abanico de posibilidades”⁸⁰

La conclusión 6º de las jornadas de Fiscales Delegados de menores, celebradas en León, los días 5 y 6 de noviembre de 2009 constata que *en supuestos de acoso escolar, la exigencia de responsabilidad civil a los Centros Docentes...es especialmente aconsejable, tanto desde el punto de vista de protección a las víctimas como por razones de prevención general positiva.*

Desde luego, se admite la responsabilidad civil de los padres aunque los hechos tengan lugar en el Centro (SAP Barcelona, secc. 3ª nº 812/2010, de 25 de octubre; SAP Madrid, secc. 4ª, nº 214/2010, de 30 de septiembre; SSAP Castellón, secc. 1ª, nº 62/2008, de 31 de marzo y nº 159/2007, de 31 de julio).

La SAP Las Palmas secc. 1ª nº 153/2013, de 15 de julio⁸¹ examina un supuesto de responsabilidad civil por un delito contra la integridad moral cometido en un centro docente de titularidad pública. Se considera que tal responsabilidad no es solidaria, sino de carácter subsidiario: “...ostentando los Centros docentes, en atención a su consustancial función, el deber de implantar en los menores pautas de comportamiento social adecuadas, no pudiendo limitarse a la mera traslación de conocimientos matemáticos, lingüísticos, idiomáticos, de historia y geografía, etc., consecutivamente a ello han de responder civilmente acreditada la comisión de una infracción penal durante el desarrollo de su labor, si bien solo subsidiariamente a quienes ostentan con carácter principal las facultades y deberes de educación, máxime en cuanto desarrollan una labor profesional que impone reglas de posible moderación más rigurosas, sobre todo cuando no se trate de un comportamiento puntual, sino reiterado como así acontece en el caso presente en atención a los hechos declarados como probados. Con todo, y aplicando el sistema vigente, la responsabilidad civil de los padres es directa con el menor, pero puede moderarse judicialmente conforme a las pautas que hemos señalado, y si el hecho criminal se cometió en jornada escolar, al ser el régimen previsto en el art. 61.3 excluyente, responderá subsidiariamente el Centro conforme al art. 120.3 del CP - disposición final primera de la LORRPM -, de tal forma que si se hubiere moderado el alcance de la responsabilidad civil

80 Para la Instrucción 10/2005 “puede fundamentarse la petición en la figura del guardador del art. 61.3 de la LORPM, en la que puede incluirse también al centro docente, por ser quien en esos momentos está ejerciendo funciones de guarda...También cabrá anclar la reclamación dirigida contra el centro educativo en el art. 1903.5 CC, pues no debe, a este respecto, olvidarse la cláusula general de supletoriedad contenida en el art. 4.3 del Título Preliminar del Código Civil... Alternativamente podría articularse la reclamación civil en la responsabilidad subsidiaria del centro conforme a lo dispuesto en el art. 120.3º CP, teniendo en cuenta la supletoriedad del Código Penal en virtud de la Disposición Final Primera LORPM...”.

81 Pte: Alemán Almeida, Secundino

de los padres, éstos responderán civilmente de forma directa y solidaria hasta el límite marcado por el Tribunal tras la moderación, y por el resto seguirá respondiendo directamente el menor con su patrimonio, y en su defecto –por toda la indemnización– la entidad declarada responsable civil subsidiaria.... Aplicando pues tales fundamentos al caso presente, la declaración de la responsabilidad civil directa de la Comunidad autónoma es jurídicamente incorrecta en cuanto sustentada en el art. 120.3 del CP, debiendo dejarse sin efecto y sustituirse por la responsabilidad civil subsidiaria con la del menor y su madre, ésta última en régimen de responsabilidad civil y directa con su hijo, sin minoración alguna al no contemplarse en la sentencia su moderación”⁸².

La SAP León secc. 3ª nº 662/2013, de 11 de octubre⁸³ desestima la pretensión de responsabilidad civil del centro docente por lesiones causadas por un alumno a otro, al no quedar acreditado que la agresión ocurriera en el centro y al no haber sido convocado a la audiencia: “...carece igualmente de justificación la pretensión del recurrente de que se declare la responsabilidad concurrente y directa en los hechos, sin duda refiriéndose al aspecto civil, del Instituto donde cursaban estudios los menores, así como de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, con fundamento en una especie de "culpa in vigilando", por haber ocurrido la agresión en el aparcamiento de los autobuses del centro educativo, con olvido de que tal espacio no consta esté dentro del establecimiento referido, pareciendo más bien, a la vista de lo que aparece en el atestado de la Guardia Civil, que está en una vía pública próxima al mismo, así como de que tales organismos o instituciones no han sido convocados al proceso por lo que malamente pueden resultar condenados, ni siquiera a los meros efectos civiles.”

82 “...Se recurre en apelación la sentencia de instancia, combatiéndose ésta únicamente en lo relativo a la declaración de responsabilidad civil solidaria de la Comunidad Autónoma, interesándose que se declare la misma como subsidiaria (...) no es posible un régimen de responsabilidad civil directa al margen y en contradicción con las previsiones normativas de la Ley del menor, pues la previsión del art. 4.3 del CP es de aplicación supletoria, y ello sin perjuicio de la facultad judicial moderadora que se contiene en el propio art. 61.3 de la LORRPM. Otra cosa es la previsión de un régimen de responsabilidad civil subsidiaria, que al no entrar en contradicción con el art. 61.3, sino ser plenamente compatible con la misma, puede ser objeto de apreciación conforme a la disposición final primera de la citada LORRPM. En consecuencia, arbitrando la LORRPM un régimen específico de responsabilidad civil directa en relación con los menores sancionados por cometer una infracción penal, no es posible aplicar el régimen de la pura responsabilidad civil no derivada de la infracción penal contenida en el art. 1.903 del CC, que por tanto únicamente puede operar en el ámbito de la jurisdicción civil. Y es que debe partirse de la base de que la regulación de la responsabilidad penal de los menores, y por extensión, la de la responsabilidad civil ex delicto, presenta reglas propias que obedecen a un fundamento y a unos fines distintos cuando la conducta del menor se proyecta en un hecho criminal. Los fines claramente reeducadores que persigue la legislación penal de menores, se plasman también en un régimen más riguroso de la corresponsabilidad de padres y tutores en el proceso educativo de sus hijos y tutelados, que no puede quedar suspendido durante el periodo de tiempo en el cuál el menor asiste a un Centro escolar, pues su posible comportamiento irregular es expresión de la global educación que recibe, sin que pueda sostenerse que lo que haga el menor durante su jornada escolar sea simplemente reflejo de un comportamiento inadecuado que causalmente solo se ponga de manifiesto durante ese momento. Dicho de otro modo, el comportamiento del menor es expresión de la educación global que recibe, de la que son principales responsables quiénes en cada momento están llamados legal y naturalmente a encausar su conducta con arreglo a parámetros de respeto y buena convivencia social, singularmente los padres titulares de la patria potestad. Otra cosa es que, acreditado un ejercicio responsable y ponderado de los deberes y facultades educativas que corresponde a los progenitores, puntualmente se haya podido dar un comportamiento imprevisible y en contradicción con el modo normal en que venía haciéndolo el menor, en cuyo caso, y justamente por ello, cabría aplicar la facultad judicial moderadora que se contempla en el art. 61.3 de la LORRPM.

83 Pte: Alvarez Fernández, Carlos Javier

La SAP León secc. 3ª nº 459/2014, de 16 de septiembre⁸⁴ en un supuesto de acoso escolar considera que la cuantificación del daño moral ha de someterse a la discrecionalidad del Juzgador, y se considera correcta la suma de 6.000 euros más gastos de psicólogo, teniendo en cuenta el grado de padecimiento psíquico causado a la víctima según los informes periciales aportados⁸⁵.

La SAP La Rioja secc. 1ª nº 2/2015, de 8 de enero⁸⁶ analiza la responsabilidad civil solidaria de los padres del menor condenado y de la Comunidad Autónoma, de la que depende el colegio, en un delito contra la integridad moral. Considera esta resolución que los padres no pueden excusarse alegando que los hechos ocurrieron en el colegio. Se entiende también que la declaración de responsabilidad civil de los padres no excluye la de la Comunidad Autónoma, de la que depende el centro docente y además con carácter solidario⁸⁷.

84 Pte: González Sandoval, Teodoro

85 "...cabe constatar que los tres recursos, coinciden en cuestionar el pronunciamiento que sobre responsabilidad civil se asigna en la sentencia recurrida, a los menores y a sus padres de modo que, en el caso de, Anton y de Nemesio, tachan de excesiva la indemnización de 6.810 euros acordada por el Juzgado de Menores y, en el caso de, Juan, se combate que sus padres deban responder de la misma. Al respecto destacar que una parte, 810 euros, de aquella cantidad obedece a los honorarios que por tal importe se devengaron con ocasión del tratamiento psicológico que preciso, a causa de la conducta de los tres menores expedientados, el menor, Argimiro, y el resto, 6.000 euros, es establecida por el Juez de Menores como indemnización por daños morales. Decir que ambas partidas cabe considerarlas como plenamente justificadas. La primera, porque goza de la prueba que significa la correspondiente factura que obra en las actuaciones y, la segunda porque, en efecto y según todos los informes periciales, el menor, Argimiro, como víctima de los hechos enjuiciados, experimentó un sufrimiento y padecimiento psíquico con cuadro de impotencia, ansiedad, humillación, inquietud, pesadumbre, miedo y tristeza que vienen a ser la clase de estados o formas de afectación con los que cabe asociar, en un caso concreto, el padecimiento de un daño de carácter moral (SSTS 6/7/90, 19/10/96, 27/1/98 y 27/9/99, entre otras). De otro lado, las impugnaciones relativas al carácter excesivo del "quantum" indemnizatorio reconocido en la sentencia recurrida están igualmente abocadas al fracaso toda vez que la cuantificación del daño moral, además de no precisar prueba destinada a acreditarlo en cuanto daño indirecto fruto de una estado de aflicción personal inherente a la comisión del delito, se encuentra sometida a la libérrima discrecionalidad del Juzgador (Ver que la STS de 5/3/91 dice: "partiendo de la idea de que no siempre es fácil precisar la diferencia entre el daño material y el moral.....el llamado precio del dolor, el sufrimiento, el pesar o la amargura están ahí en la realidad sin necesidad de ser acreditados porque lo cierto es que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico" y en la STS 981/96 de 26/11 , se lee que: "difícilmente cabe hablar de bases para la determinación de la indemnización procedente por daño moral mas allá de la valoración que pueda hacer el Tribunal sentenciador en la relación con las circunstancias concurrentes en cada caso") de suerte que este Tribunal considera ponderada la decisión, en este punto, del Juzgador a quo cuando no se han justificado razones o motivos para operar una disminución como, tampoco, el incremento pretendido en su adhesión por la Defensa del menor, Argimiro, del importe reconocido por tal concepto en la instancia..."

86 Pte: Solsona Abad, Fernando

87 "...El hecho de que el menor se encontrara en el centro escolar cuando se perpetraron los hechos o que estos se desarrollasen principalmente en horario escolar, no excluye sin más a los padres (...) los sujetos pasivos obligados por la responsabilidad civil establecida en la Ley del menor , son en primer lugar, el menor responsable del daño cometido y en segundo lugar, pero solidariamente con él, sus padres , tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. (...) una interpretación lineal y literal del artículo 61.3 del Código Penal , y en especial de la expresión "por este orden" de dicho precepto, nos llevaría a entender que existe una suerte de responsabilidad civil "en cascada" o excluyente en atención a orden que dicha norma establece, así como que en la misma se configura un "numerus clausus" de posibles responsables civiles (insistimos, por el orden escalonado y excluyente que según esta interpretación ius-

Cuando el delito cometido se integra por hechos constitutivos de acoso escolar, un elemento fundamental para valorar la diligencia del Centro es el dato de si éste arbitró medidas para evitar la situación.

La SAP Baleares secc. 2ª nº 172/2015, de 19 de junio⁸⁸ declara la responsabilidad civil solidaria de los padres del menor condenado y de la CA Balear, del que depende el colegio, en base a que el orden del art. 61.3 LORPM no es excluyente, sino que permite la concurrencia de distintos responsables civiles que puedan ejercer un control sobre el comportamiento del menor⁸⁹.

literalista configurarían la norma). Sin embargo, de aceptar esta interpretación lineal, nos encontraríamos con la paradoja de que el resultado sería el contrario al pretendido por el Legislador con esta normativa, que fue, como indica por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 9 de octubre de 2014, introducir un sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad con el fin de 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. Pues lejos de ampliar el ámbito subjetivo de la responsabilidad civil en el caso de delitos cometidos por menores, de aceptar esta interpretación literal del precepto se impediría, verbigracia, el juego de la responsabilidad civil prevenida en el artículo 120 del Código Penal para el caso de los delitos cometidos por adultos... En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control aunque sea potencial o cuasi-potencial, de su comportamiento. Las anteriores generales consideraciones sobre la exégesis e interpretación que cabe hacer de la dicción del artículo 61.3 de la Ley reguladora y que la parte apelante considera indebidamente aplicado, nos ha de llevar a la desestimación del recurso estudiado y confirmación de la resolución recurrida en virtud de la cual el Juez a quo declaró la responsabilidad civil solidaria, juntamente con el menor causante de la agresión en un instituto público en la hora escolar la de sus padres y de la Comunidad Autónoma como titular del referido Centro escolar. La responsabilidad entendemos que es también de la Comunidad Autónoma de La Rioja de la que dependía el centro docente, compartida y solidaria con el menor. Ello es así porque la mayor parte de los hechos perpetrados a lo largo de todo un curso escolar que configuran el tipo penal por el que ha sido condenado Ángel Daniel, se perpetraron dentro de las instalaciones escolares, por un alumno hacia otro, en horas lectivas en las que el menor estaba bajo el control y cuidado del Instituto, siendo indiferente, a este respecto, que se cometieran en los pasillos, en el patio, o en el aula, pues en todos esos casos, incluidos los de intercambio de clase o los de recreo, el menor está bajo el control y cuidado - impuesto por Ley, pues la escolaridad es obligatoria - del centro escolar. El centro docente era sin duda el encargado de vigilar y controlar a los alumnos, a través del profesorado responsable, y el encargado asimismo de velar por la seguridad y buen orden del patio y de los pasillos y demás instalaciones del centro. Era el centro docente, en concreto, a través del profesorado responsable, el encargado del control de la conducta y comportamiento del menor acusado y por tanto, de velar por el cumplimiento que el mismo debería de haber observado de las normas de convivencia y disciplina que han de regir el buen funcionamiento de cualquier instituto.”

88 Pte: Jiménez Vidal, Juan de Dios

89 “...Para esta Sala una interpretación literal de la norma lleva a una responsabilidad excluyente en atención al orden que dicha norma establece, pero siguiendo el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (...) partiendo de una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 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, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera

La SAP Murcia secc. 2ª nº 484/2016, de 10 de octubre⁹⁰ estima el recurso de la acusación particular y condena a indemnizar a la Comunidad Autónoma de Murcia por una agresión sexual ocurrida dentro de un colegio público, equiparando su posición a la de un guardador de hecho⁹¹.

La SAP Baleares secc. 2ª nº 174/2016, de 13 de julio⁹² mantiene la responsabilidad civil subsidiaria del centro escolar en una agresión ocurrida dentro del mismo, pues le incumbe un deber de vigilancia y control que no consta que observase en este caso, y además el art. 61.3 de la LORPM objetiva la responsabilidad de los tutores y guardadores⁹³.

encomendado a un tutor.... De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61.3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, si parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios. En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control, aunque sea potencial, de su comportamiento". Por ello se confirma la declaración de responsabilidad civil solidaria, juntamente con los menores causantes de los daños, a sus padres y al titular del centro escolar, es decir, a la Comunidad Autónoma".

90 Pte: Galmes Pascual, Mª Angeles

91 "...El problema planteado va más allá de la posibilidad de responsabilidad contenida en el art. 1903 del Código Civil , o a partir de la responsabilidad de la administración conforme a la normativa administrativa citada. Obviamente que la parte puede ejercitar las acciones correspondientes para exigir dicha responsabilidad conforme a dichos preceptos. Pero lo que se trata de determinar es si el régimen específico y único de responsabilidad civil previsto en el art. 61.3 de la LORPM es aplicable a los Centros Educativos; y, ya se avanza, la solución no es ni fácil, ni mucho menos consensuada (...) lo que se discute es la posibilidad de incluir a los Centros de Enseñanza dentro del instituto del guardador de hecho que describe el art. 61.3 de la LORPM . Y en ese punto, existen dos claras posturas que, además, son antagónicas (...) Este criterio es también seguido por la Instrucción de Fiscalía número 10/2005, sobre tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil (...) la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Murcia ha decidido asumir la primera de las posturas. En primer lugar, porque es la mayoritaria en las Audiencias Provinciales; y se corresponde con el criterio mantenido también por la Fiscalía. Además, es necesario tener en cuenta que al perjudicado no se le puede exigir que vaya ejercitando acciones en diversas jurisdicciones, cuando la normativa de la LORPM puede permitir la conclusión de todos los puntos en conflictos en una sola sentencia que, ahora sí, desde la reforma por la LO 8/2006, sí contiene efecto de cosa juzgada. En segundo lugar, la inclusión de los Centros Docentes sí se incluían en la antigua Ley y en el Proyecto de 1995 y el de 1996; y no fueron razones jurídicas las que determinaron su supresión. (...) Por tanto, habiendo ocurrido los hechos en el ámbito del horario escolar, el recurso de apelación deberá ser estimado en este punto, considerando, además, que la responsabilidad de la Comunidad Autónoma es solidaria y acumulativa con la de los padres..."

92 Pte: De la Serna de Pedro, Mónica

93 "...La responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por un menor, que se establece en base a la aplicación del 61.3 de la LORPM y considerando que el menor expedientado se encontraba desarrollando una actividad escolar y bajo la guarda del Centro y la lesión del perjudicado se produjo después de un incidente en el que debían haber intervenido los profesores encargados de la supervisión de la actividad que se desarrollaba en el patio, lo que habría evitado sin duda que se produjera la agresión. Y es que, es de ver en el relato de hechos probados que no se trató de una "agresión fugaz" -como se mantiene en el recurso-, sino que Antonio agarró a Eduardo, dándole un golpe por la espalda, tirándolo al suelo y comenzando a darle golpes reiterados que no cesaron sino por la intervención de otros menores. No podemos estar de acuerdo con lo expuesto en el recurso, referente a que "ninguna actividad razonable del centro hubiera podido evitar el hecho dañoso", puesto que lo cierto es que, sin necesidad de prohibir la práctica de deporte, si los

4. Efectos de la extinción de la patria potestad

4.1 Emancipación

La Circular 9/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de reforma de menores* en su conclusión XII.9.2ª declara que “los supuestos de emancipación tácita por vida independiente, prevista en el art. 319 CC, no suponen la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de los padres. Tras la formal emancipación del menor de edad por matrimonio, por concesión judicial o por concesión de los padres, cesa la responsabilidad civil de sus padres o tutores respecto de hechos cometidos con posterioridad. No obstante, este principio general debe excepcionarse en los supuestos en los que por las propias circunstancias concurrentes, pudiera llegarse a la conclusión de que la emancipación formalmente declarada por concesión de los padres ha sido realizada en fraude de Ley”

También las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 parecen seguir esta interpretación⁹⁴.

La SAP Guipúzcoa secc. 1ª, nº 83/2016, de 26 de abril acepta la tesis de la Circular 9/2011, aunque en el caso concreto analizado no estima probado que exista fraude de ley: “...en el caso concreto, frente a lo afirmado en la resolución recurrida, consideramos que no es posible concluir que la emancipación otorgada por la madre al menor se hubiera efectuado en fraude de ley, esto es, como una vía de los padres para liberarse de su obligación en relación al menor, según viene a exigir la mencionada Circular 9/2011 de la Fiscalía. Así, hemos de tener en cuenta, en primer lugar, que el hecho que origina el

encargados de la vigilancia del patio hubieran estado en las proximidades hubieran intervenido y lo hubieran hecho antes que los propios menores que separaron a Antonio de Eduardo en un momento determinado. No puede resultar justificante que, en ese momento estuvieran vigilando a los pequeños, de ser así, quizá resultara necesario reforzar las vigilancias en los patios de diferentes edades, en tanto parece que dichos patios no se encuentran próximos y, por lo tanto, puede deducirse que, mientras los vigilantes de patio cuidan de uno de ellos queda desatendido el otro. Así la responsabilidad del Centro docente se establece en base al análisis conjunto de la actividad probatoria, y en definitiva ese análisis del conjunto probatorio permite establecer las conclusiones de la sentencia de instancia. Pero es que además tal responsabilidad debe ser valorada al hilo del contenido del art. 61.3 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor ; así el sistema de de responsabilidad civil establecido en dicho precepto introduce una importante innovación en el sistema general de responsabilidad civil en la que respecto a la solidaridad con el menor responsable de los hechos, de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, introduciendo un modelo de responsabilidad civil de padres y guardadores, distinto a los contenidos en el código penal y en el civil; es suficiente la vinculación jurídica del menor con el responsable civil a través de la alguna de las instituciones que enumera el precepto. Por ello debe tenerse en cuenta que se viene estableciendo como una responsabilidad objetiva esa responsabilidad de los tutores y guardadores, y conforme se desprende de dicho precepto, en definitiva se prescinde de criterios de imputación subjetiva, que solo se tienen en cuenta para dejar al arbitrio del Juzgador la moderación de la responsabilidad, cuando no hubieran favorecido la conducta de aquél con dolo o negligencia grave -como ha sido el caso presente en el que, además, se modifica la calidad del responsable civil recurrente de solidaria a subsidiaria-....”

94 SP/DOCT/11405 Se declara la emancipación extingue la patria potestad y solo responderán los menores emancipados. Podrían concurrir supuestos de fraude legal. En la emancipación tácita del art. 319 CC siguen respondiendo los enumerados en el art. 61.3.

nacimiento de la obligación de reparar el daño causado se produce un año y nueve meses después de que el menor hubiera sido legalmente emancipado, es decir, transcurrió un lapso en principio suficientemente dilatado y amplio para llevar a cabo una intencionada vinculación o conexión entre ambos hechos. De otro lado, tanto la madre como el propio menor han afirmado que la concesión de la emancipación fue motivada por la circunstancia de que éste se trasladó a residir a la Comunidad de Cantabria, hecho de naturaleza incontrovertido y que además resulta adverbado por la información proporcionada por el Equipo Técnico, informes en los que consta que el menor permaneció ocho meses en el Centro de Socialización de Pedrosa (Cantabria). A la circunstancia de que la madre acompañara al menor a las entrevistas con el Equipo Técnico no se puede anudar per se que dicha emancipación no fuera real o que ésta se llevara a cabo en fraude de ley, pues aun cuando el menor pudiera desarrollar una vida independiente de la madre, resulta lógico y razonable que a dichas entrevistas fuera acompañado por una persona más adulta y de referencia, como en todo caso habría de ser su madre. Asimismo, no consta ni se ha aportado ningún dato concluyente o inequívoco del que se pueda inferir que la concesión de la emancipación por la madre se encontrara directamente relacionada con la finalidad de eludir las posibles y futuras responsabilidades de contenido patrimonial en que pudiera incurrir el menor, pues no obran en las actuaciones remitidas al Tribunal otros expedientes abiertos al menor en los que le fueran aplicadas medidas a raíz de la comisión de hechos delictivos de naturaleza patrimonial o de análoga índole. En consecuencia, estimaremos el recurso de apelación interpuesto por la madre del menor y dejaremos sin efecto la condena a la madre a abonar la responsabilidad civil ex delicto con carácter conjunto y solidario.”

La SAP La Rioja, secc. 1ª, nº 20/2016, de 17 de febrero⁹⁵ se enfrenta a la actuación de una menor que introdujo la fotografía de la víctima en una página web de contactos sexuales. Esta resolución rechaza moderar la responsabilidad de los padres pese a que la menor infractora vivía con su pareja sentimental y estaba embarazada.

4.2 Otras causas 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 potestad⁹⁶.

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 extinción⁹⁷. No obstante esta afirmación general puede matizarse en supuestos en los que la perpetración por el menor de los hechos antijurídicos es cercana a la fecha de privación de la patria potestad

95 Pte: Moreno García, Ricardo

96 Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados/as de Menores de octubre de 2010 (SP/DOCT/11405) defienden que *en la adopción responden los padres adoptantes, quedando liberados los padres naturales tras la misma.*

97 También en esta línea PAÑOS PÉREZ, op. cit. pag., 151

si el privado de ella ha infringido sus obligaciones *in educando* y los hechos pueden conectarse con tal incumplimiento.⁹⁸

La suspensión de la patria potestad por declaración de desamparo del menor no puede conducir automáticamente a la irresponsabilidad de los padres. En supuestos en los que el desamparo deriva del incumplimiento doloso de los deberes para con los hijos y cuando los hechos cometidos por el menor traen causa en la infracción por los padres de sus deberes de socialización para con el mismo, tal exoneración sería manifiestamente injusta, pues aquí concurriría una culpa especialmente relevante.⁹⁹ No obstante, como hemos tenido ocasión de analizar supra, en el ámbito penal la jurisprudencia menor se inclina mayoritariamente en estos casos en el ámbito de la LORPM por condenar exclusivamente a la Entidad Pública de Protección de Menores.

Si la CA acuerda el cese en la tutela de menores de forma improcedente, especialmente en relación con supuestos problemáticos so pretexto de que la actitud del menor impide actuar en su protección o en base a una fuga, en nuestra opinión cabría declarar su responsabilidad.

Tras la reforma operada por Ley 26/2015, de 28 de julio debe tenerse en cuenta que el apartado quinto del art. 172 establece que “la Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.
- b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor.
- c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido”.

Si el cese en la guarda o tutela se ha producido conforme a Derecho, por alguna de las causas del art. 172.5 CC, habrá de entenderse que no procede la condena de la CA.

5. Moderación de la responsabilidad de los responsables solidarios

5.1 Pautas generales

98 En contra, BONILLA CORREA, op. cit., para quien “es posible que sea el motivo por el que se ha privado al progenitor de la patria potestad el que, asimismo, haya motivado el resultado lesivo por parte del menor —la mala educación llevada a cabo por ese progenitor—. Aun así y todo, entiendo que la persona que debe ser declarada responsable conforme al art. 1903.2 CC, o al art. 61 LORRPM debe ser la persona que ejerza la patria potestad o tutela, por lo que si el progenitor ha sido privado de la misma, no se le puede llegar a hacer responder con base en dichos preceptos”

99 En contra PAÑOS PÉREZ, op. cit. pag., 151 que aboga por la exoneración en estos supuestos.

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.*

A contrario, aunque no concurra culpa se seguirá respondiendo por los actos del menor, si bien cabrá la moderación.

Por tanto, la responsabilidad de los obligados solidarios no requiere culpa pero no obstante, la ausencia de culpa grave se tiene en cuenta, no para posibilitar la exoneración pero sí para reducir el *quantum* indemnizatorio a cargo de los responsables solidarios¹⁰⁰. Por ello podríamos hablar de responsabilidad cuasiobjetiva¹⁰¹.

De entre los criterios a tener en cuenta debe subrayarse el de la edad (a mayor edad las exigencias del deber de vigilar se atenúan)¹⁰², al hecho de estar o no escolarizado, a la propia personalidad del menor (si el menor presenta alteraciones de conducta¹⁰³ o déficits mentales¹⁰⁴ deben adoptarse medidas especiales), el lugar y hora en que

100 O en palabras de NAVARRO MENDIZÁBAL, op. cit. pag. 18 esta diligencia que en el art. 1903 Cc debería servir para exonerar a los padres y tutores de su responsabilidad, en estos casos no exonera, pero sí modera. Para ROCA I TRIAS, op. cit. pag. 145 “no cabe prueba de la diligencia dirigida a pedir la exoneración de la responsabilidad, porque...se responde siempre; solo en relación con la cuantía se admite la prueba de la actuación diligencia, lo que implicará que producida esta prueba, la víctima solo podrá obtener aquello que resta para su total indemnidad demandando directamente al menor o su asegurador”. Como ha expuesto GÓMEZ CALLE “Tratado de...” op. cit. pag. 202 “esta regla ha propiciado que paradójicamente, en estos casos a los que es aplicable la responsabilidad objetiva del art 61.3 los tribunales lleven a cabo un análisis generalmente mas detallado de la conducta-negligente o no- de los padres que en aquellos en que rige la responsabilidad por culpa prevista en el art 1903 CC

101 Vid. SAP Madrid, sec. 4ª, nº 66/2011, de 25 de marzo Pte: Molina Marín “...la literalidad de la norma no deja lugar a dudas sobre el establecimiento directo de una responsabilidad solidaria de los progenitores, que en principio equivaldría a una responsabilidad objetiva; no obstante, al dulcificarla a continuación posibilitando su modulación, permite configurarla como una responsabilidad civil cuasi- objetiva”. En el mismo sentido. En el mismo sentido y con la misma Ponente, SAP Madrid, secc. 4ª, nº 214/2010, de 30 de septiembre, nº 107/2010, de 20 de mayo y nº 89/2010, de 5 de mayo. Igualmente SAP Huelva, secc. 1ª, nº 153/2009, de 11 de junio Pte: Bellido Soria y SAP Málaga secc. 8ª nº 270/2010, de 30 de marzo Pte: Ruiz Rico Ruiz Morón.

102 En este sentido DÍAZ ALABART “La responsabilidad civil...” , op. cit. ha apuntado que “en cuanto a las circunstancias que conforme a la equidad pueden llevar al Juez a moderar la responsabilidad de los guardadores, una de especial importancia es la edad del menor infractor, puesto que el deber de vigilancia de los guardadores ha de ir adecuándose al mayor nivel de madurez que los menores van adquiriendo al acercarse a la mayoría de edad”.

En la misma línea GARCÍA RUBIO, op. cit. pag. 45 ha considerado que “la moderación contemplada en el citado art. 61 tiene la virtualidad de introducir en nuestro Derecho la cuestión del freno a la responsabilidad *tout court* derivada de la patria potestad, tutela o guarda de los llamados “grandes menores”, que en la práctica son la más de las veces, poco susceptibles de “vigilancia” por los eventuales responsables indirectos.

103 SAP Málaga, secc. 8ª, nº 518/2009, de 5 de octubre

104 STS nº 1128/1994, de 15 de diciembre Pte: Villagómez Rodil, Alfonso “era el Colegio San Francisco, por medio de su personal, el que tenía exclusivamente a su cargo el deber tuitivo de vigilancia sobre el alumnado, que debía de ser más intenso sobre los que ostentaban condición de medio pensionistas, e

sucedieron los hechos (si es a altas horas o en lugares en los que concurra factores de peligro puede llegar a colegirse que el menor no era diligentemente supervisado) y la concurrencia de anteriores comportamiento indebidos por parte del menor (en estos casos es exigible un *plus* de diligencia por los padres en sus deberes de guarda y custodia y vigilancia de las actividades del menor¹⁰⁵).

Tampoco la falta de recursos económicos alegada por los progenitores condiciona la cuantía de la indemnización, ni sirve para moderar su responsabilidad civil, como declara la SAP Alicante secc. 2ª nº 372/2015, de 7 de septiembre¹⁰⁶: "...la sentencia razona debidamente las responsabilidades civiles concedidas a la víctima en su fundamento de derecho segundo, oponiéndose el recurrente, sin más, puesto que no da razones para variar las cuantías impuestas, salvo el no estar de acuerdo con ellas, por lo que el recurso en relación a la cuantía indemnizatoria ha de desestimarse. Lo mismo debe hacerse respecto de la petición de moderación de la indemnización a los padres, en el juicio, no se discutió ni la cuantía ni la procedencia de responder solidariamente de la misma junto con su hijo menor, alegaron y lo hacen igual en el recurso que no tienen medios para hacerle frente. Como razona la juzgadora de instancia y el Mº fiscal, es esta una cuestión que no es propia de la sentencia que tras las pruebas practicadas se limita a aplicar los preceptos legales, sino de ejecución de la misma."

La SAP Sevilla secc. 3ª nº 540/2013, de 23 de septiembre¹⁰⁷ estima la moderación de la responsabilidad civil de los padres en un 30%, al resultar de los informes del Equipo Técnico un buen apoyo familiar al menor y que no existió dolo o negligencia, por su parte, que favoreciese la conducta del menor¹⁰⁸.

incluso extrema en referencia a Aitor por sus carencias y deficiencias mentales"

105 Vid. SAP Navarra secc. 1ª, nº 83/2010, de 21 de mayo Pte: Gesto Alonso.

106 Pte: Navarro García, Montserrat

107 Pte: Márquez Romero, Angel

108 "...la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2000, establece que la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos "in potestate", con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad que pasa a obedecer criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia. En el presente caso el letrado recurrente señala que no existe dolo o negligencia grave en los padres de Bienvenido, y que así lo demuestran los informes del Equipo Técnico, el certificado del Centro IES Axati e informe de seguimiento de la medida cautelar adoptada en este expediente, de donde resulta la buena evolución del menor a lo que colabora el buen apoyo familiar apreciado, existiendo según el primer dictamen unas muy buenas relaciones familiares, con cumplimiento de las normas impuestas por los padres, siendo una familia estructurada y normalizada, relacionándose el menor con chicos de su edad que se encuentran estudiando, por lo que resulta extraña y escasamente predecible la acción realizada, máxime cuando aparece de forma aislada y no existe constancia de precedente alguno que pudiera alertar de su posible ejecución. Ciertamente, como señala el Equipo Técnico, a la vista de la agresividad desplegada en la ejecución de los hechos por los que ha sido sancionado el menor, se evidencia un déficit educativo y de comportamiento que aconseja la adopción de la medida adoptada en la instancia, pero los informes antes señalados excluyen, al criterio de este Tribunal, que pueda considerarse dicha actuación favorecida con dolo o negligencia grave de sus padres, lo que permite moderar la responsabilidad civil exigible a los mismos conforme al precepto antes citado, estimando proporcionada una rebaja del 30% como se solicita por la defensa, por lo que procede modificar la sentencia de instancia en tal sentido, estimando con ello el recurso de apelación examinado."

La SAP La Coruña secc. 2ª nº 480/2013, de 31 de julio¹⁰⁹ exige para aplicar la facultad moderadora "...que los responsables civiles solidarios acrediten que emplearon por su parte toda la diligencia debida en su deber de vigilancia de sus hijos menores de edad, que comprende también los deberes de guarda, educación y formación integral". En el caso analizado no se aplica en base a que la madre "ni contestó en su momento a la demanda, ni propuso prueba, ni compareció al juicio oral para tratar de acreditar este extremo". Por el contrario del dato de que los hechos ocurrieron a altas horas de la madrugada "se desprende la no observancia de la citada diligencia por parte de la madre del menor."

La SAP Guadalajara, secc. 1ª, nº 80/2014, de 9 de octubre subraya que el estilo educativo sobreprotector excluye la moderación: "en nada apuntan los datos consignados en el informe del equipo técnico acerca de esa diligencia al referirse al estilo educativo de la madre como sobreprotector y al de el padre como mas autoritario pero sin adecuada coherencia en la normativa o conveniente supervisión del mismo, recogiendo asimismo como desde el IES donde acude el menor que el contacto con la madre suele ser difícil y que su actitud suele ser protectora y permisiva respecto a su hijo."

En principio podría aplicarse la facultad moderadora, de acuerdo con el tenor de la regla, no sólo cuando los representantes hubieran actuado diligentemente, sino también cuando la negligencia hubiera sido leve.¹¹⁰

Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010¹¹¹ defienden que *solo cabe la moderación, cuando los enumerados en el art. 61.3 acrediten que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. Para ello se atenderá a los esfuerzos desplegados en el proceso de socialización de los menores.*

En cuanto a la carga de la prueba, entendemos que quien alega la concurrencia de factores fundamentadores de la procedencia de la moderación de la responsabilidad habrá de acreditar cumplidamente su concurrencia. La jurisprudencia menor es uniforme en este sentido (SAP Asturias secc. 2ª nº 145/2003, de 22 mayo; SAP Orense, secc. 2ª nº 4/2007, de 4 de junio; SAP Huelva, secc. 1ª, nº 153/2009, de 11 de junio; SAP Madrid secc. 4ª, nº 89/2010, de 5 de mayo; SAP Burgos, secc. 1ª, nº 227/2010, de 11 de noviembre; SAP Barcelona secc. 3ª nº 630/2009, de 7 de Julio; SAP Zaragoza secc. 6ª nº 328/2011, de 26 de septiembre).

No pueden los padres pedir que se pruebe su negligencia educativa, sino que son ellos quienes deben acreditar que actuaron con diligencia (SAP Valencia secc. 5ª nº 22/2010, de 14 de enero, SAP Barcelona, secc. 3ª nº 812/2010, de 25 de octubre). Por ello ha sido rechazada la moderación cuando no se han acreditado cumplidamente las circunstancias que deben justificarla (SAP León, secc. 2ª, nº 102/2004, de 21 de abril).

109 Pte: Sanz Crego, Salvador Pedro

110 En el mismo sentido, GÓMEZ CALLE "Tratado de..." op. cit. pag. 202 si bien esta autora reseña alguna sentencia que excluye la moderación ante la existencia de "cierta negligencia"

111 SP/DOCT/11405

La SAP de La Rioja, secc. 1ª nº 18/2013, de 6 de febrero¹¹² incide en la idea de que la facultad de moderar es de carácter discrecional y para su aplicación es necesario que el responsable civil despliegue una actividad probatoria en este sentido sin que valgan alegaciones genéricas¹¹³.

No obstante, debe reseñarse la matización que introduce la Audiencia Provincial de Madrid: se exige que se aporte prueba que permita sustentar la moderación “salvo en los casos que las propias circunstancias o características del hecho imputado claramente evidencien que los padres no han infringido el deber de vigilancia, educación o supervisión sobre su hijo menor de edad” (SSAP Madrid secc. 4ª, nº 36/2007, de 19 de febrero, nº 24/2007, de 12 de febrero, nº 221/2007, de 10 de diciembre, nº 222/2007, de 10 de diciembre y nº 261/2006, de 14 de diciembre).

Lo que desde luego no puede hacer el Juzgador es aplicar la moderación sin que se haya practicado prueba y sin justificar ni motivar las razones que le llevan a tal aplicación. Tampoco es admisible que el Juzgador modere la responsabilidad sin petición expresa (SAP Valencia, secc. 5ª, nº 22/2010, de 14 de enero), ha de ser rogada (SAP Burgos secc. 1ª, nº 227/2010, de 11 de noviembre; SAP Valencia, secc. 5ª, nº 95/2009, de 18 de febrero). No obstante, en la petición de exoneración debe entenderse incluida la de moderación¹¹⁴.

112 Pte: Moreno García, Ricardo

113 “En este precepto no se prevé una aplicación automática de la moderación de responsabilidad sino que se atribuye al Juez una facultad discrecional de moderar la responsabilidad civil de los responsables solidarios derivada de la actuación infractora del menor..., a lo que cabe añadir, con una cumplida prueba de las circunstancias en que se pretenda amparar tal moderación. De esta forma, tras establecerse la responsabilidad directa y primera del menor, se dispone una responsabilidad "solidaria" y "objetiva" en el orden allí recogido, si bien, previa prueba que corresponde desplegar al interesado en su aplicación, cabe la posibilidad de moderar, que no exonerar, esa responsabilidad cuando se acredite que por el responsable civil solidario no se hubiere favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave. En todo caso, esa facultad de moderación debe ejercitarse además "según los casos", lo que exige analizar también las concretas circunstancias que hayan podido concurrir en cada supuesto en particular. Y es precisamente a la parte que ahora lo alega sobre quien recae la carga de la prueba, y en este punto debe confirmarse igualmente la sentencia, en cuanto señala que corresponde a los responsables civiles la carga de probar que no han favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, lo que efectivamente no se ha llevado a cabo, pues partiendo de la responsabilidad objetiva que establece respecto de los padres, tutores o guardadores el art. 60.3, la posibilidad de aminorar tal responsabilidad desplaza a quien la invoca la carga de la prueba, y en el caso de autos la apelante se limita a afirmar de manera genérica que su representada adoptó las medidas de protección que resultaban pertinentes, sin que se haya practicado prueba alguna al respecto. Por lo tanto se trata de una valoración que realiza la recurrente sobre su labor y que debe ponerse a su vez, como hace el Ministerio Fiscal, en relación con lo manifestado por la educadora social (f.-425) por el extraño comportamiento de la menor y manifestó referido a ambas que "... ambas hermanas han sufrido brotes psicóticos y que así como la menor de las dos suele respetar la medicación y el tratamiento, la hermana mayor, Amparo no lo ha hecho así en los últimos días...". De esta manera cabe señalar que en el caso de autos la apelante se limita a afirmar de manera genérica que su representada adoptó las medidas de protección que resultaban pertinentes, sin acreditar que, en efecto, existió una actuación diligente tendente a dar efectividad al deber de control y vigilancia que los guardadores han de tener sobre los menores a su cargo...”.

114 De la misma opinión es BONILLA CORREA, op. cit. para quien “en todo caso, se podría pensar que solicitada la absolución, o pedida la revocación de la sentencia por los responsables solidarios, se entiende

Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 siguen estas pautas, defendiendo que *la regla general es la responsabilidad, la moderación es una excepción y como tal, interpretable restrictivamente. Debe ser invocada, acreditada...*¹¹⁵.

Deberá acreditarse que no se ha obrado con dolo o negligencia grave, o, formulado en positivo, que se ha obrado diligentemente en la educación y/o control del menor, o al menos, que la negligencia ha sido leve. Ha de entenderse que la diligencia *in educando* o *in vigilando* exigible dependerá de la “categoría” del responsable civil: el guardador de hecho debe acreditar diligencia *in vigilando*, pero difícilmente puede exigírsele diligencia *in educando*, teniendo en cuenta el carácter generalmente provisional de su *officium*. Por el contrario, al progenitor no custodio podrá exigírsele diligencia *in educando* pero difícilmente –salvo supuestos extremos- podrá exigírsele diligencia *in vigilando*, puesto que no tiene al menor bajo su guarda y se halla por tanto imposibilitado de ejercer tal vigilancia.

Pueden emplearse cualesquiera medios probatorios admitidos en Derecho, incluido el contenido del informe del Equipo Técnico (SAP Zaragoza secc. 3ª nº 287/2007, de 31 de marzo; SAP Barcelona secc. 3ª nº 203/2007, de 5 de marzo).

De hecho, con frecuencia, la prueba sobre la que se articula la petición de moderación es la valoración de las circunstancias educativas y familiares incluida en el informe del Equipo Técnico, de manera que en este ámbito podríamos considerar a tal pericia como *regina probatorum* en este ámbito.

Se ha llegado a reforzar el valor de las manifestaciones contenidas en el informe del Equipo Técnico resaltando la objetividad e imparcialidad con que se elaboran (SAP Alava secc. 1ª nº 46/2009, de 13 de diciembre). No obstante, parece claro que los datos fácticos sobre los que el Equipo llega a conclusiones pueden ser refutados por cualesquiera otros medios probatorios. No puede exacerbarse el valor de afirmaciones fácticas que en ocasiones se basan en lo que el propio menor infractor y sus padres refieren al Equipo Técnico.

También se han utilizado como prueba para decidir sobre la moderación de la responsabilidad civil los informes del expediente de protección del menor que cometió una conducta delictiva (SAP Huelva, secc. 3ª, nº 74/2010, de 26 de marzo).

En cuanto a los criterios para determinar el porcentaje de exoneración, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, sin que sea dado establecer criterios estandarizados. No obstante, ha de operarse desde el módulo de la excepcionalidad de la moderación (SSAP Valencia, secc. 5ª, nº 95/2009, de 18 de febrero y nº 22/2010, de 14 de enero).

solicitada la moderación, sobre la base de entender que quien pide lo más pide lo menos y, el Juez o Tribunal, de oficio, podría acoger la figura de la moderación.”

Algún autor ha propuesto que la exoneración no sobrepase en ningún caso el 50% en base a que “la moderación podrá alcanzar hasta la mitad, donde ni el responsable solidario tiene culpa alguna, ni la víctima o perjudicado, de tal manera que se repartirán el *quantum* del perjuicio”¹¹⁶. Otros autores defienden que al no establecerse límites, a través de la moderación podrían alcanzarse soluciones cercanas a la exoneración.¹¹⁷

Del análisis de las resoluciones de las Audiencias Provinciales se constata que aún no han llegado a decantarse criterios uniformes y coherentes en el uso de esta facultad moderadora. Cuando se utiliza normalmente el porcentaje de reducción no suele ir más allá del 50%.

Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 constatan que *se observa falta de homogeneidad y contradicciones en las causas y los porcentajes de moderación* a la vez que consideran que *sería aconsejable la especialización de la segunda instancia, creándose las salas especializadas en menores en los Tribunales Superiores de Justicia, tal y como había previsto la redacción originaria de la LORPM a fin de unificar doctrina también en esta materia.*

Se plantea la cuestión de si puede el Juez apreciar una falta total de culpa o negligencia, y correlativamente exonerar a todos los obligados solidarios de toda responsabilidad. Entendemos que la respuesta debe ser negativa. El sistema cuasiobjetivo 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 existiendo¹¹⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado la denominada “jurisprudencia menor” (SAP Lleida secc. 2ª nº 2/2002, de 11 marzo; SAP Valladolid secc. 2ª nº 933/2002, de 23 de diciembre; SAP Madrid secc.4ª, nº 78/2003, de 29 julio; SAP Palencia, secc. 1ª, nº 2/2004, de 15 de marzo; SAP La Coruña secc. 2ª nº 247/2007, de 7 de junio; SAP Orense, secc. 2ª nº 4/2007, de 4 de junio; SAP Soria, secc. 1ª nº 48/2010, de 23 de julio).

También genera dudas qué eficacia operativa asignar a la facultad de moderación. Algunos autores postulan interpretar la moderación de la responsabilidad no como reducción del *quantum*, sino como modificación del régimen de solidaridad¹¹⁹.

116 BONILLA CORREA, op. cit.

117 GALLEGO DOMÍNGUEZ, op. cit. pag. 48.

118 Esta interpretación también es asumida por LANDROVE, 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" LANDROVE DÍAZ, Gerardo "Derecho Penal de Menores" Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

119 En este sentido RODRÍGUEZ LÓPEZ, op. cit. pag. 669 ha mantenido que “en el fondo, si se tiene en cuenta que los padres y el hijo responden solidariamente, la eventual moderación judicial apenas tendrá relevancia práctica, pues siendo el menor de edad insolvente (algo habitual), el perjudicado podrá exigir el total de la indemnización a los progenitores, aunque luego puedan repetir contra el menor” En el mismo sentido NAVARRO MENDIZÁBAL, op. cit. pag. 21 ha mantenido que “el guardador es responsable solidario, junto con el menor, de todo el daño causado, pero su cuota en las relaciones internas se modera. De puertas afuera, de cara a la víctima todo sigue igual, pues el menor y los otros responsables son

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 responsabilidad (SAP Madrid secc.4ª, nº 78/2003, de 29 julio).

En nuestra opinión la facultad de moderación debe entenderse como posibilidad de reducción del *quantum* indemnizatorio en relación con aquel responsable a quien se le aplica, por lo que aún en caso de insolvencia del menor, el beneficiario de la moderación sólo responderá hasta el porcentaje que le haya sido asignado. Por tanto, creemos que la línea interpretativa correcta es la que atribuye a la moderación efectos no solo *ad intra* sino también *ad extra*.¹²⁰ Parece claro que en los casos en los que se considera que no concurre culpa de los representantes legales y se opta por moderar su responsabilidad, si la insolvencia del menor generara automáticamente la obligación de los beneficiarios 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 poco menos que una entelequia, una institución carente de operatividad práctica, y sus pretendidos efectos de equidad quedarían neutralizados por la insolvencia generalizada de los menores.

Las Audiencias Provinciales de forma mayoritaria se han inclinado por atribuir a la moderación efectos *ad extra* (SSAP Burgos, secc. 1ª, nº 227/2010, de 11 de noviembre; Asturias secc. 2ª nº 176/2003, de 19 junio; Asturias secc. 2ª nº 154/2004 de 6 mayo; Asturias secc. 2ª nº 176/2003 de 19 junio; Burgos, secc. 1ª, nº 108/2007, de 24 de abril).

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, que aún siendo insolvente puede venir a mejor fortuna una vez iniciada su vida laboral.

deudores solidarios, por lo que la víctima seguirá pudiendo reclamar todo a quien le convenga”. También en esta línea para COLÁS TURÉGANO “dicha atemperación de responsabilidad no debe traducirse en una merma de los derechos indemnizatorios del perjudicado. Es por ello que si el perjudicado dirige su acción contra los padres, éstos están obligados a abonar la totalidad de la deuda, sin perjuicio de que puedan dirigir la acción de repetición contra el hijo”

120 En esta misma línea BONILLA CORREA, op. cit. ha mantenido que “el hecho de introducir el factor de culpa a la hora de fijar y modificar la cuantía hace que con base en esta culpa, que no tiene que ser igual en ambos, se pueda moderar más o menos la cantidad por la que deba responder el responsable solidario, que, para el caso en que sean dos, pensemos en padres o tutores, la cuantía, en atención a esa culpa, podría ser diferente. En este supuesto, la solidaridad existirá respecto de la cantidad a que haya sido condenado el progenitor que menos culpa o negligencia haya tenido, respecto del resto no hay una solidaridad, y esta inexistencia de solidaridad afectará no sólo a las relaciones internas, sino también a la propia relación externa, incluso con el propio perjudicado. Lo que supone fraccionar la responsabilidad civil en todos aquellos casos en que la conducta de las diferentes personas a responder haya sido diferente; existiendo solidaridad en aquella cantidad en la que ambos responden de igual manera, y respecto del exceso de cantidad de la que deba responder uno sólo por una mayor culpa por su parte la responsabilidad no será solidaria con respecto del otro cónyuge, sino sólo respecto de con el menor. Se trataría, a lo sumo, de una responsabilidad de las denominadas impropias, al amparo del art. 1140 CC”

Lógicamente la moderación sólo beneficia a los responsables solidarios, nunca al menor como responsable civil directo (SAP Soria, secc. 1ª nº 48/2010, de 23 de julio).

Las Conclusiones y propuestas de las Jornadas de Magistrados de Menores de octubre de 2010 siguen estas líneas al establecer que *la moderación...recae sobre el quantum indemnizatorio y produce efectos ad extra*¹²¹.

5.2 Moderación de la responsabilidad de los padres

En cuanto a la aplicación de la facultad moderadora, la jurisprudencia menor fundamenta la facultad de moderación en los esfuerzos desplegados por los progenitores para socializar adecuadamente a sus hijos (SAP Córdoba seccc 2ª nº 37/2004, de 20 de febrero), o, en otras palabras, en el grado de implicación en el proceso evolutivo del menor (SAP Asturias secc. 2ª nº 183/2007, de 28 de junio) o en expresión de CARRERA, que ha hecho fortuna, en la “buena gestión del proceso educativo del hijo”¹²².

En cuanto a los parámetros para calibrar la diligencia o negligencia de los representantes, deben tenerse en cuenta una pluralidad de circunstancias, tanto atinentes a las concurrentes en los menores, como en los hechos, como en la naturaleza de las funciones desempeñadas por las personas responsables solidarias¹²³. Como expresa la SAP Barcelona, secc. 3ª nº 812/2010, de 25 de octubre¹²⁴ “la jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que dicha facultad de moderación está en función de los esfuerzos desplegados por los progenitores (tutores, etc.) para socializar adecuadamente a sus hijos”.

No puede prescindirse del dato de la edad. La vigilancia y supervisión de los padres frente a todos y cada uno de los actos que sus hijos protagonizan, necesariamente ha de ir decreciendo conforme aquéllos avanzan en su proceso de maduración. Debe aplicarse la moderación en supuestos en los que a una elevada edad se une una adecuada educación y control y unos hechos que se desarrollan con gran rapidez cuando los padres no están presentes (SAP Cuenca, secc. 1ª, nº 142/2007, de 11 de septiembre).

121 SP/DOCT/11405

122 CARRERA DOMÉNECH “Un modelo....” op. cit.

123 BONILLA CORREA, op. cit. hace referencia a que “para apreciar este incumplimiento de los deberes, se debe estar al caso concreto; teniéndose en cuenta tanto la edad cuanto el resto de las circunstancias personales referidas a los padres y demás responsables solidarios, así como a las del menor. El control que se debe efectuar sobre un menor de catorce años es diferente del que se debe hacer cuando nos encontramos ante un menor de edad cercana a los dieciocho años. En esas circunstancias personales, se deben incluir no sólo la edad sino también las facultades intelectivas y volitivas que pueda tener el propio menor, el desarrollo y madurez intelectual, el que pueda padecer alguna enfermedad, los hábitos del menor, el carácter más o menos agresivo, los antecedentes de conducta, etc. En consecuencia, esas circunstancias personales del menor se deben tener en cuenta no sólo a efectos de la imputabilidad de este último, sino también en el ejercicio de los deberes de los padres para con los hijos, pues no deben ser las mismas precauciones las que se deben adoptar los progenitores frente a un menor que no tenga antecedentes conflictivos o una enfermedad mental, que ante un menor de edad con un modo de vida socialmente correcto”.

124 Pte: Grau Gasso.

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 no profesionalizados de menores desamparados)¹²⁵ debiendo tenderse siempre hacia interpretaciones que eviten desincentivar conductas socialmente beneficiosas.

En general se rechaza la moderación cuando de la causa se desprende una incorrecta educación o supervisión del menor o cuando simplemente, no se han acreditado sus bases.

La SAP Huelva secc. 3ª nº 166/2013, de 20 de junio¹²⁶ considera improcedente moderar la responsabilidad civil de los padres sin otra prueba más que una mera alusión a un informe del ET en el que se califica a la familia como estructurada y con una relación basada en el afecto¹²⁷.

La SAP Madrid secc. 4ª nº 45/2013, de 11 de abril¹²⁸ rechaza la pretensión de moderación para los progenitores: “la regla general es la responsabilidad solidaria íntegra de los padres o guardadores asimilados y la excepción es la facultada de moderación (...) no han acreditado los padres del menor, en el supuesto que nos ocupa, la concurrencia de circunstancia alguna que permita atenuar la responsabilidad civil que les alcanza por los hechos delictivos que su hijo realizó cuando era menor de edad, pues nada han acreditado al respecto, ni siquiera la madre del menor, sin que resulte suficiente, a este respecto, con el hecho de que en el informe del Equipo Técnico (...) se diga, obviamente respecto de la situación actual del menor, que es controlado adecuadamente por su madre y por su padrastro y que acata la normativa que tiene establecida, pues ello poco permite dar por acreditado en lo que se refiere a la conducta que han mantenido los progenitores del menor con anterioridad a la situación actual y debe reiterarse que corresponde a los progenitores acreditar que no han favorecido la conducta ilícita con dolo o negligencia grave.

La SAP Burgos secc. 1ª, nº 110/2015, de 27 de marzo¹²⁹ rechaza también la pretensión de moderación de la responsabilidad civil de los padres, pues declara que “cabe mantener que corresponde a los padres probar de forma cumplida, clara e indiscutible, para que

125 En el mismo sentido VAQUER ALOY, op. cit.

126 Pte Carmen Orland Escámez

127 “Por otro lado se interesa una minoración, nada menos que del 80%, respecto de la responsabilidad patrimonial de los padres de la menor condenada sin ningún esfuerzo probatorio de la parte más que la mera alusión al informe del Equipo Técnico. Éste es un organismo multidisciplinar que no tiene por finalidad valorar el papel de los progenitores en la conducta de la menor sino ofrecer una información enfocada principalmente a la mejor elección de la medida. La regla general de la solidaridad de los padres en la responsabilidad civil por los actos derivados de la conducta de los hijos solo puede moderarse en casos muy excepcionales desarrollando la prueba correspondiente pero el hecho de que la familia de referencia sea estructurada y basada en la donación de afecto entre sus miembros no puede presuponer la existencia de una base fáctica para determinar la moderación que ahora se pide y que nunca fue solicitada en la primera instancia ni en trámite de conclusiones escritas ni en el momento de elevar a definitivas éstas. La pretensión subsidiaria, por todos estos motivos, va a ser igualmente desestimada.”

128 Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

129 Pte: Redondo Argüelles, Roger

pueda moderarse la responsabilidad solidaria”, entendiendo que “tal posibilidad de moderación se establece, con carácter excepcional frente a aquel carácter general con el que se contempla la responsabilidad solidaria de los padres, de modo que esa posibilidad de moderación ha de ser valorada en el sentido de que únicamente cabe aplicarla en el caso de que se haya probado en las actuaciones que los padres no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave”. En el caso analizado “no se ha probado por los padres del menor no hubieran favorecido la conducta del menor, con dolo o negligencia grave, antes al contrario del informe psico-social del mismo se desprende su falta de escolarización, fracaso escolar, absentismo académico, y ausencia de corrección por los padres de dicho comportamiento, por lo cual en modo alguno procede la minoración de la responsabilidad civil (...)”.

5.3 Moderación de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas

5.3.1 Actuación en el ámbito de protección

5.3.1.1 Ideas generales

Parece claro que es admisible la posibilidad de moderación de la responsabilidad civil de las Entidades Públicas de Protección de las CCAA por delitos cometidos por menores sujetos a medidas de esta naturaleza, siempre que se acredite que no se ha incurrido en dolo o culpa grave.

Debe en nuestra opinión tenerse presente que muchos menores sobre los que recaen medidas de protección sufren graves déficits educativos, como consecuencia del defectuoso desempeño de la patria potestad por los progenitores. Ello puede llevar a la condena de éstos y a la moderación de la responsabilidad de las CCAA si han ejercido adecuadamente las facultades de vigilancia cuando ha transcurrido poco tiempo desde la adopción de la medida de protección. En estos casos la responsabilidad sería derivada de la culpa *in educando* y ésta sería imputable no a la Entidad Pública de Protección sino a los padres.

5.3.1.2 Resoluciones que admiten la moderación

Es especialmente interesante la SAP Guipúzcoa secc. 1ª nº 22/2008, de 24 de enero que modera la responsabilidad civil de la Diputación Foral de Guipúzcoa hasta un 10% de la cuota indemnizatoria teniendo en cuenta que se asumió la tutela del menor cuando éste tenía 17 años, valorándose el escaso margen temporal transcurrido desde la declaración de desamparo (mes y medio antes de ocurrir los hechos).

En ocasiones se modera la responsabilidad civil de la CA cuando se ha acreditado una situación de dificultad del menor y unas medidas bien orientadas para gestionar su proceso educativo. Este es el caso de la SAP Asturias secc. 2ª nº 548/2012, de 22 de noviembre¹³⁰.

130 Pte: Vázquez Llorens, Covadonga En el presente caso, nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad civil derivada de una actuación ilícita cometida por un menor, calificada como resistencia a los agentes de la autoridad y falta de lesiones, hechos que cometió el día 29 de mayo de 2011, tras fugarse de la Casa Juvenil de "Miraflores" en la que se encontraba ingresado. Dicho menor, en esos momentos, se

La SAP Tarragona secc. 2ª nº 292/2013, de 5 de junio¹³¹ consideró procedente moderar la responsabilidad civil de la CA respecto de una menor tutelada, al quedar acreditada una diligencia que justifica la minoración. Se destaca que la CA remitió al menor a centros especiales para el tratamiento de su adicción a las drogas, lo acogió en diversos centros, asintió a la guarda del menor por parte de la abuela, lo envió a centros de formación profesional, lo que denota una preocupación por el menor merecedora de una minoración del 50 %.

La SAP Asturias secc. 2ª, nº 548/2012, de 22 de noviembre¹³², aunque condena a la Comunidad Autónoma modera la indemnización pues detectó la situación de peligrosidad del menor y aplico las medidas tendentes a paliarla¹³³.

También es este el caso del supuesto analizado por la SAP Tarragona secc. 2ª, nº 25/2013, de 24 de enero¹³⁴, que considera procedente moderar la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma pues actuó con la debida diligencia tratando de educar al menor, apartarle del grupo de iguales con conductas disociales y procurarle el tratamiento adecuado para la deshabitación de tóxicos.

hallaba bajo la guarda legal e institucional de la Administración del Principado de Asturias, quien había asumido su tutela el 17 de febrero de 2010, siendo por ello responsable solidaria por estar en una de las situaciones enumeradas en la Ley, de las que se deriva un deber general de vigilancia, control y que obliga a asumir la responsabilidad de los actos de los menores a su cargo. Así las cosas, y siendo la Administración demandada responsable solidaria junto con el menor, sin embargo esta Sala estima ajustada la moderación del 20% establecida a su favor por el Juez de Menores en aplicación del artículo 61-3 de la LO 5/2000, por cuanto de la prueba practicada, y en especial del informe de equipo técnico interesado por la Administración del Principado como prueba documental, se desprende que la misma no ha favorecido su conducta con dolo o negligencia grave, "...presentando una evolución favorable en la normalización de su comportamiento mostrando un actitud de colaboración y buena conducta, por lo que no puede sino concluirse que la situación de peligrosidad fue debidamente detectada y valorada por el Centro, adoptando medidas tendentes a paliar esa peligrosidad y la comisión de actos ilícitos, por lo que se estima ajustada y debidamente acreditada la moderación del 20% establecida a su favor.

131 Pte. Ángel Martínez Sáez

132 Pte: Vázquez Llorens, Covadonga

133 En el presente caso, nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad civil derivada de una actuación ilícita cometida por un menor, calificada como resistencia a los agentes de la autoridad y falta de lesiones, hechos que cometió el día 29 de mayo de 2011, tras fugarse de la Casa Juvenil de "Miraflores" en la que se encontraba ingresado. Dicho menor, en esos momentos, se hallaba bajo la guarda legal e institucional de la Administración del Principado de Asturias, quien había asumido su tutela el 17 de febrero de 2010, siendo por ello responsable solidaria por estar en una de las situaciones enumeradas en la Ley, de las que se deriva un deber general de vigilancia, control y que obliga a asumir la responsabilidad de los actos de los menores a su cargo. Así las cosas, y siendo la Administración demandada responsable solidaria junto con el menor, sin embargo esta Sala estima ajustada la moderación del 20% establecida a su favor por el Juez de Menores en aplicación del artículo 61-3 de la LO 5/2000, por cuanto de la prueba practicada, y en especial del informe de equipo técnico interesado por la Administración del Principado como prueba documental, se desprende que la misma no ha favorecido su conducta con dolo o negligencia grave, "...presentando una evolución favorable en la normalización de su comportamiento mostrando un actitud de colaboración y buena conducta, por lo que no puede sino concluirse que la situación de peligrosidad fue debidamente detectada y valorada por el Centro, adoptando medidas tendentes a paliar esa peligrosidad y la comisión de actos ilícitos, por lo que se estima ajustada y debidamente acreditada la moderación del 20% establecida a su favor.

134 Ponente: Ángel Martínez Sáez

la SAP Tarragona secc. 2ª nº 292/2013, de 5 de junio¹³⁵ consideró procedente moderar la responsabilidad civil de la CA respecto de una menor tutelada, al quedar acreditada una diligencia que justifica la minoración. Se destaca que la CA remitió al menor a centros especiales para el tratamiento de su adicción a las drogas, lo acogió en diversos centros, asintió a la guarda del menor por parte de la abuela, lo envió a centros de formación profesional, lo que denota una preocupación por el menor merecedora de una minoración del 50 %.

5.3.1.3 Resoluciones que deniegan la moderación

En cuanto a resoluciones que deniegan la moderación, la SAP Madrid secc. 4ª, nº 41/2016, de 18 de febrero¹³⁶ parte de que la carga de la prueba del no favorecimiento corresponde a quien lo alega, sin que quepa presumir la diligencia por el mero hecho de que el tutor sea una entidad pública. El menor llevaba bajo medidas cinco años, sin que tuvieran efectos positivos. La indemnización es en favor de un funcionario¹³⁷.

La SAP Tarragona secc. 4ª, nº 466/2015, de 18 de diciembre analiza un supuesto de comisión de un delito por un menor aún no tutelado, pero sobre el que la CA ejercía la guarda en la fecha de los hechos. Se condena a la CA y no se modera la responsabilidad pese a que llevaba ejercitando la guarda de hecho desde hacía muy poco: “la parte basa su pretensión en el hecho de que el menor llevaba bajo la guarda de hecho de la Generalitat un corto espacio de tiempo (...), habiendo tenido un corto espacio temporal para haber actuado con el mismo. Si bien tal hecho es cierto, no puede obviarse que la Generalitat disponía de informes previos acerca de la situación del menor, que era conocedora de que el mismo tenía conductas elusivas de su propia guarda, habiéndose marchado del centro de acogida en diferentes ocasiones y que ya en fecha de 22 de julio de 2015 obraba en su poder un informe emitido por el Equipo Técnico del centro donde se encontraba el mismo ingresado en el que ponía de manifiesto esta situación de desamparo del menor y el alto riesgo, recomendando la intervención y calificando la misma como necesaria y urgente(sic). Todas estas circunstancias unidas a las ya tenidas en cuenta por el juzgador

135 Pte. Ángel Martínez Sáez

136 Pte: García-Galán San Miguel, María José

137 “...la carga de la prueba del no favorecimiento corresponde a quien lo alega, lo que supone acreditar que se ha empleado toda la diligencia exigible en el desarrollo de los deberes de vigilancia, custodia y educación que corresponden a los padres, tutores, guardadores o acogedores respecto al menor, y ello en relación con los hechos del expediente. No cabe presumir la diligencia, como pretende la parte apelante, por el mero hecho de que el tutor sea una entidad pública y por el simple ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas, al margen del grado alcanzado de cumplimiento de los objetivos que fundamentan su existencia. (...)Por lo expuesto, en atención a la naturaleza de la responsabilidad civil solidaria establecida en la LORPM, y a las circunstancias personales de la biografía del menor expuestas, que ponen de relieve que la intervención pública -desarrollada durante los últimos cinco años- no ha conseguido cumplir los objetivos para los que desempeñan sus funciones: suplir los déficits educativos y de desarrollo y formación del menor, no se aprecia, como se dijo en la instancia, que existan motivos para moderar la indemnización fijada, que -además- lo ha sido en favor de un funcionario público, lesionado en ejercicio de las facultades de protección del orden público que tiene encomendadas. En definitiva, por su régimen de progresiva objetivación, se trata de una responsabilidad resarcitoria asimilable, en este caso y en este marco legal, a la que podría reclamarse por el funcionamiento 'normal o anormal' de la Administración, a que se refiere el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, solo excluible en casos de fuerza mayor. En conclusión, el recurso debe desestimarse.”

de instancia nos llevan a compartir plenamente su decisión y por tanto a desestimar el recurso.”

En relación con menores sometidos a tutela de la CA la SAP Madrid, secc. 4ª, nº 318/2015, de 25 de junio¹³⁸ considera que no es procedente moderar la responsabilidad civil de la CA en un robo con fuerza pues la intervención pública no ha corregido los déficits educativos y de formación del infractor¹³⁹.

También en relación con menores tutelados, la SAP Almería secc. 2ª, nº 1872016, de 22 de abril¹⁴⁰ en un supuesto en el que un menor fugado clavó un objeto punzante a otro menor en el pecho considera que el hecho de que el delito se cometa tras la fuga del menor de un centro de protección no es motivo para moderar la responsabilidad civil de la CA, entendiendo que lo prolongado de la fuga pone de relieve desatención y teniendo en cuenta además que pese a lo prolongado de la intervención con el menor tutelado, ésta no ha tenido éxito, y afirmando que no cabe presumir la diligencia por el mero hecho de que el tutor sea una entidad pública¹⁴¹.

138 Pte: García-Galán San Miguel, María José

139 “...El carácter de mecanismo de protección reforzada del derecho de la víctima a la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta infractora del menor, resulta todavía más evidente si se observa que en la dicción del referido artículo 61.3 de la LORPM la facultad de moderación atribuida al Juez es potestativa y no obligatoria; esto es, opera únicamente cuando el responsable civil solidario no haya favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, y ni siquiera en cualquier caso, sino atendiendo a las circunstancias del caso. Además de lo anterior, la carga de la prueba del no favorecimiento corresponde a quien lo alega, lo que supone acreditar que se ha empleado toda la diligencia exigible en el desarrollo de los deberes de vigilancia, custodia y educación que corresponden a los padres, tutores, guardadores o acogedores respecto al menor, y ello en relación con los hechos del expediente. No cabe presumir la diligencia, como pretende la parte apelante, por el mero hecho de que el tutor sea una entidad pública y por el simple ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas, al margen del grado alcanzado de cumplimiento de los objetivos que fundamentan su existencia. TERCERO.- En el caso examinado, la propia documentación aportada en nombre de la Administración madrileña que acredita que el menor ha tenido siete ausencias voluntarias del Centro Residencial, que fueron comunicadas por el GRUME, siendo la última el 22 de octubre de 2014. Por lo expuesto, en atención a la naturaleza de la responsabilidad civil solidaria establecida en la LORPM, y a las circunstancias personales de la biografía del menor expuestas, que ponen de relieve que la intervención pública no ha conseguido cumplir los objetivos para los que desempeñan sus funciones: suplir los déficits educativos y de desarrollo y formación del menor, no se aprecia, como se dijo en la instancia, que existan motivos para moderar la indemnización fijada...”

140 Pte: Dodero Martínez, Alejandra

141 “...Debemos indicar que el 61.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor, en cuanto posibilita que se pueda limitar el alcance de la responsabilidad civil de padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, implica una prueba del no favorecimiento, que incumbe a quien lo alega, y que no basta con alegar que se ha empleado diligencia y se ha llevado a cabo el cumplimiento de los deberes de vigilancia, custodia y educación, sino que es preciso probar en cada caso concreto que éste cumplimiento se ha llevado a cabo, sin que quepa presumir que se ha actuado con diligencia. En este caso se limita la defensa a alegar que el menor se fugó del centro -lo que ya de por sí evidencia una falta de control sobre el menor, siendo así que estuvo fugado cinco meses, sin que durante ese tiempo se haya demostrado por el apelante la realización de cualquier tipo de actuación tendente a su localización-, limitándose únicamente a la presentación de una denuncia sobre tales hechos. Se invoca que se han llevado a cabo medidas concretas para la socialización del menor -que obviamente se han presentado ineficaces- derivándolo al centro "Paco Fernández" donde tuvo una atención socioeducativa individualizada y tras ello se considero necesario trasladarlo a un Centro Residencial Básico para que aplicase lo aprendido, centro en

La SAP Jaén secc. 2ª nº 20/2014, de 14 de febrero¹⁴² también deniega la pretensión de moderación de responsabilidad civil a la CA respecto de menor tutelado. La entidad pública debe probar que empleó la debida diligencia que podría justificar esa moderación. “...en cuanto a que esa cantidad sea moderada en un 50% de conformidad con lo dispuesto en el art. 61.3 al no haber favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave; el artículo 61.3 supone la inversión de la carga de la prueba puesto que una vez que el Ministerio Fiscal y las acusaciones, en su caso, hayan logrado desvirtuar la presunción de inocencia y se declare culpable al menor, le corresponde a éste y a sus responsables civiles solidarios demostrar que procede la moderación. Y no se trata de una mera innovación sino de una auténtica actividad probatoria. Son ellos los que deben probar y acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor de forma que si no prueban en modo alguno que obraron con la diligencias debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor, no procederá moderación alguna. Y eso es justamente lo que acaece en el caso presente. La Administración no aporta prueba alguna de lo que ha hecho con el menor, se limita a decir que ha asumido la tutela del menor, y tal y como se pone de manifiesto en la sentencia, conocedora de los déficit del menor y de sus antecedentes delictivos, le permiten estar con su familia biológica y sin ningún tipo de supervisión por parte de la entidad pública (...).”

el que fue integrado en un grupo de compañeros de menor edad sobre los que ejercía influencia negativa. Se afirma que el menor fue constituido bajo la tutela de la Junta de Andalucía cuando ya contaba con 15 años de edad, y en definitiva que no cabe afirmar que dicha entidad no ha desarrollado sus funciones correctamente. Alegaciones que no pueden ser acogidas. No cabe una presunción favorable para la aplicación de la facultad de moderación del Juez. Tal y como han señalado múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales (...) el legislador ha introducido en el citado precepto un nuevo sistema de responsabilidad civil de mayor alcance y severidad que el vigente hasta entonces, 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, protegiéndolas inequívocamente frente a la frecuente insolvencia del menor infractor y asegurando de este modo, mediante un sistema cuasi- objetivo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por tales víctimas; y, en segundo lugar, conseguir una mayor implicación de los padres, tutores o guardadores de hecho en el proceso de socialización de los menores, imponiéndoles consecuencias reparadoras de las infracciones que éstos cometan. (...) No cabe presumir la diligencia, por el mero hecho de que el tutor sea una entidad pública y por el simple ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas, al margen del grado alcanzado de cumplimiento de los objetivos que fundamentan su existencia. En el presente supuesto se interpone el recurso sin aportar razón o prueba alguna que acredite que se ha desplegado en este caso toda la diligencia en el desarrollo de los deberes de vigilancia, custodia y educación. En atención a la naturaleza de la responsabilidad civil solidaria establecida en la LORPM, y vistas las circunstancias personales del menor, que ponen de relieve que la intervención pública - desarrollada, al menos, durante dos años- no ha conseguido cumplir los objetivos para los que desempeña sus funciones: suplir los déficits educativos y lograr el desarrollo y formación del menor, no se aprecia, como se dijo en la instancia, que existan motivos para moderar la indemnización fijada, que lo ha sido a favor de otro menor al que le clavo en el pecho un objeto punzante y le ocasiono un corte en la mano. En definitiva, por su régimen de progresiva objetivación, se trata de una responsabilidad resarcitoria asimilable, en este caso y en este marco legal, a la que podría reclamarse por el funcionamiento 'normal o anormal' de la Administración, a que se refiere el art. 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, solo excluible en casos de fuerza mayor. En conclusión, el recurso debe desestimarse.

142 Pte: Aguirre Zamorano, Pío

La SAP Tarragona secc. 4ª nº 256/2013, de 17 de junio¹⁴³ deniega la pretensión de moderación de responsabilidad civil a la Generalitat de Cataluña respecto de menor tutelada. La entidad pública no actuó con la diligencia que podría justificar esa moderación¹⁴⁴.

La SAP Cantabria secc. nº 1ª nº 231/2013, de 21 de mayo¹⁴⁵ considera improcedente moderar la responsabilidad civil de la CA por no acreditar el debido control del menor tutelado, ni en cuanto a hábitos ni horarios¹⁴⁶.

La SAP Jaén secc. 2ª, nº 71/2015, de 7 de marzo¹⁴⁷ rechaza la moderación de la responsabilidad civil de la CA por no haber demostrado la diligencia adecuada al no haber adoptado medidas correctivas con los menores tutelados para evitar sus comportamientos antisociales¹⁴⁸.

143 Pte. Susana Calvo González

144 "...es a quien solicita la moderación de la responsabilidad civil a quien corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, sin que, en el presente caso la Generalitat haya acreditado que hubiera actuado con la diligencia suficiente para justificar su petición de moderación del importe de la responsabilidad civil. Así no superan las exigencias legales el sometimiento a actividades de windsurf, grall e inscripción como premonitora en el espacio de Salou 2011. Actuación de la administración que fue claramente insuficiente y no solo porque se tradujera en el hecho lesivo típico, sino porque igualmente en el mes de junio de 2012 la menor escapó del Centro Casa Sant Josep donde se encontraba (folio 72 de las actuaciones), lo que evidencia el fracaso de la intervención. La pretensión de moderación ha de ser desestimada".

145 Pte. Ernesto Saguillo Tejerina

146 "...En primer lugar, no cabe aceptar con carácter general el argumento de que, dado que se trata de una guarda legal, irrenunciable, el entendimiento de la responsabilidad civil de la Administración debe ser más flexible, menos exigente que en otros supuestos de ejercicio de la patria potestad o de tutela y ello por cuanto no existe disposición legal que establezca unas menores obligaciones para la tutela administrativa de menores que para la potestad ejercida por los padres o tutores; el artículo 172.1 del Código Civil prevé la tutela por ley de la entidad correspondiente respecto de los menores en situación de desamparo y, por tanto, sometida a las reglas generales de la tutela y aplicables a todos los tutores. En segundo lugar, analizadas las circunstancias del caso, resulta que el menor llevaba acogido por la entidad pública desde noviembre de 2009 y que el hecho aparece cometido en febrero de 2011, es decir, más de catorce meses después de que la entidad pública asumiese la guarda del menor, por lo que no cabe afirmar que fuese un recién llegado o una persona desconocida para la entidad pública. En tercer término, los hechos se producen a las cuatro horas en una vía pública urbana, es decir, en plena madrugada, algo que indica que el centro donde se encontraba alojado no era riguroso con el horario que debía seguir el menor pues no consta que la tardanza del menor en acudir al centro fuese una situación que alarmase a los encargados del mismo. Por último, la gravedad de los hechos denunciados (que incluyen dos robos con fuerza y un delito de resistencia a un agente de la autoridad a quien lesionó cuando se resistía a ser detenido) debe ponerse en relación con alguna de las afirmaciones del informe del Equipo Técnico, por ejemplo, que en el curso 2009-2010 el menor faltaba a clase con frecuencia en el centro en que estaba matriculado, que consume bebidas alcohólicas, en ocasiones con ingesta excesiva, o que es consumidor de cannabis. Con los datos señalados, no se aprecia errónea la decisión del Juzgado de Menores; se trata de un menor que presenta algunos hábitos nocivos y de frecuente relevancia criminógena, tales como el consumo de drogas tóxicas o los problemas en la enseñanza y no consta un control por la Administración ni de tales hábitos ni de los horarios que seguía. Ante ello, este tribunal entiende que no procede moderar a la entidad recurrente la responsabilidad civil derivada de los actos del menor."

147 Pte. Aguirre Zamorano, Pío

148 "son tres los menores condenados y cuya defensa la ostenta la Junta de Andalucía, así: Esteban fue declarado en situación legal de desamparo cuando tenía cinco años de edad (Septiembre de 2003) e ingresó junto con otro hermano (Alejandro) en la Casa- Hogar Hijas de la Caridad de Baeza, donde permanece en

También en relación con menores bajo la tutela de la CA que delinquen durante el disfrute de un permiso, se ha denegado la moderación a la CA al haberse concedido respecto de un menor respecto del que la madre carecía de los recursos necesarios para controlarlo (SAP Jaén secc. 1ª nº 237/2013, de 28 de octubre¹⁴⁹).

5.3.2 Menores sometidos a medidas de reforma

5.3.2.1 Ideas generales

la actualidad. El menor que presentaba en principio una discapacidad intelectual del 33% ha evolucionado positivamente. No obstante tiene varios antecedentes judiciales por robo (Expte. NUM001) y amenazas, lesiones (Expte. NUM002). A nivel escolar ha sido expulsado en varias ocasiones del Centro Escolar y ha tenido enfrentamientos y agresiones verbales con los profesores. El menor Feliciano, fue adoptado cuando contaba tres años de edad junto con su hermana Eugenia, siendo retirados de la familia de adopción por problemas de ausencia de normas básicas de la familia y por la conducta inapropiada de los menores, siendo trasladado Feliciano al Centro San Juan de la Cruz de La Carolina y después (19/03/2013) al Centro Casa Hogar Hijas de la Caridad de Baeza, encontrándose actualmente el menor en situación legal de desamparo. En este Centro fue matriculado en el I.S. Santísima Trinidad donde muestra conducta disruptiva, enfrentamientos con profesores y compañeros, con hábitos poco saludables como consumo del alcohol y tiene diversos antecedentes por robo (Expte. NUM001) y diversas faltas de amenazas y malos tratos (Expte. NUM003). El menor Germán, fué declarado en situación legal de desamparo junto con otro hermano en el año 2011, ingresó en el Centro "Nuestra Sra. de la Cabeza de Linares" y después trasladado al Centro "Margarita Nasseau" de Torredelcampo. En el año 2012 (diciembre) se acuerda el acogimiento familiar con sus tíos maternos y al poco tiempo (2013) desisten sus tíos por los numerosos conflictos con el menor y no poder controlarlo. Pues bien, en los tres casos no se prueba por la Junta de Andalucía que se hayan tomado medidas correctivas adecuadas con los menores para evitar sus comportamientos sociales y por tanto no procede moderar en forma alguna, el importe de la condena de responsabilidad civil solidaria que le impone la sentencia impugnada.”

149 Pte Elena Arias Salgado Robsy “...Se concreta en el recurso que se ha acreditado con el informe sobre la evolución del menor que a través del correspondiente Centro de Protección en el que se asignó plaza al menor se ha procurado atender al mismo, solventando las deficiencias detectadas en él y consiguiendo logros más que significativos, con lo que estima que no puede apreciarse el dolo ni la negligencia grave que prevé el artículo 61.3 de la LORPM para no acceder a la moderación de la responsabilidad; y de otro lado se disiente de la consideración de que la madre del menor bajo cuya custodia estaba el mismo cuando se producen los hechos objeto de sanción, no es responsable del mismo. Pues bien, tales argumentos no desvirtúan ninguno de los razonamientos de la sentencia en los que en relación a la primera cuestión se constata que el informe de septiembre, tras la realización de los hechos en un fin de semana, cuando en el informe anterior de mayo se desaconsejaban cambios y salidas, y en el que se dice que no ha habido conflictos y que en relación a la vecindad no ha habido problemas, supone dar la espalda a la situación de conflicto real y efectiva reconocida por el propio menor en la audiencia celebrada, así como que no constan datos que aconsejaran la salida ni desde luego las medidas que la Administración pudiera tomar para evitar tal conflicto, conociendo que ambos progenitores carecían de las estrategias necesarias para una correcta supervisión y educación del menor. Lo que lleva a la segunda cuestión, que ciertamente tampoco puede ser estimada ya que como bien explica la sentencia, mientras la Administración ostente la tutela es responsable del menor, y esa responsabilidad no decae momentáneamente por estar temporalmente con su madre, pues quién decide dónde y con qué personas está el menor es la Administración que lo tutela, y si le entrega a su madre, cuando ésta carece de los recursos necesarios para el control que precisa el menor, ciertamente no se exime de su responsabilidad por los actos del menor que puedan perjudicar a terceras personas. En definitiva, como decimos en otras resoluciones sobre la misma cuestión y le consta a la Junta de Andalucía, no puede estimarse acreditado que tal actuación de la Administración no haya sido negligente, correspondiendo la carga de la prueba a la misma, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial, que viene a sentar que sólo cuando se acredite que no se ha favorecido la conducta infractora del menor con dolo o negligencia grave, podrá el Juez en su caso moderar su responsabilidad.

El régimen al que se somete a las CCAA en ejecución de medidas de reforma es mucho más duro que el que se aplica a la Administración en ejecución de penas en Centros Penitenciarios.

5.3.2.2 Resoluciones que admiten la moderación

La SAP Santa Cruz de Tenerife secc. 2ª, nº 402/2014, de 19 de septiembre¹⁵⁰ analiza un supuesto en el que una menor que cumplía medida de convivencia en grupo, durante una salida fuera del piso de ejecución causa unas lesiones: “en el caso de autos, la juzgadora de instancia hace uso de la facultad moderadora de la responsabilidad civil prevista en dicho precepto al considerar acreditado a través de los informes del equipo técnico y la sección de justicia juvenil que el trabajo aplicado con la menor ha sido favorable, destacándose los avances conseguidos en todas las áreas de trabajo. Dado que igualmente se consigna en la resolución apelada que los hechos delictivos ocurren en una vía pública cercana al domicilio de los progenitores y a una hora no excesivamente intempestiva, parece procedente corregir, ponderando las circunstancias concurrentes el porcentaje de reducción del 30% el importe indemnizatorio establecido en la sentencia de instancia, fijando en un 50% de la cuantía indemnizatoria el porcentaje por el que debe responder la Administración apelante, acreditada una actuación diligente (...) en relación con la menor que cumplía medida en un centro dependiente de dicho organismo al tiempo de comisión de los hechos.”

La SAP Baleares secc. 2ª nº 29/2015, de 4 de febrero¹⁵¹ modera la responsabilidad civil de la CA en un 50% respecto de los hechos cometidos por un menor fugado de un centro de reforma semiabierto, entendiendo que no concurre negligencia grave de la Administración por proponer el cambio de centro cerrado a semiabierto en atención a la evolución y a los informes técnicos emitidos¹⁵².

5.3.2.3 Resoluciones que deniegan la moderación

150 Pte: Paredes Sánchez, Fernando

151 Pte: Cameselle Montis, Ana María

152 “...Considera el apelante que la sentencia combatida no ha tomado en consideración el contenido de los informes elaborados por el Equipo técnico y, en concreto, el informe de seguimiento del mes de enero, señalando que estaba cumpliendo medida judicial en régimen de internamiento semiabierto, de modo que el centro era el adecuado, atendiendo el transcurso del tiempo desde el inicio y teniendo también en cuenta que se trata de una medida adoptada judicialmente, siendo que también cabe que el juez suspenda las salidas. Indica que no se aprecia conducta alguna negligente o dolosa por parte de los responsables. Señala también que dicho automatismo en la responsabilidad puede implicar falta de avances en el tratamiento y la opción inmediata por los regímenes cerrados, siendo que en este caso el cambio venía además refrendado y propuesto por los distintos informes. En relación con la naturaleza de esta responsabilidad de los padres y demás guardadores, la doctrina la viene calificando de objetiva, pues el responsable no queda exonerado ni siquiera probando la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda. (...) consideramos que de las alegaciones del recurso y de los informes que obran unidos a la causa debe aquél tener favorable acogida pues, en efecto, no se desprende que actuase la Administración con negligencia grave en las funciones encomendadas, siendo que el cambio de centro venía recomendado por la evolución del menor y por haber alcanzado determinados objetivos que así lo aconsejaban, después de haber estado en el centro cerrado de Es Pinaret durante un periodo de dieciséis meses, por ello, conspiramos que, en efecto, no se aprecia una dejación de funciones tal que no permita, atendido el contenido de dichos informes técnicos, moderar la responsabilidad, si bien en un 50%.

El hecho de que el menor perpetrara la agresión en el Centro con un cuchillo unido a la no aportación de prueba sobre la diligencia excluye la utilización de la moderación (SAP Huelva, secc. 1ª, nº 153/2009, de 11 de junio). También se rechaza la moderación en el caso de menor en el que concurrían factores de peligrosidad y respecto del que no se adoptaron medidas adecuadas para paliarla (SAP Valladolid secc. 2ª nº 933/2002, de 23 de diciembre).

En relación con delitos cometidos durante permisos en la fase de ejecución de medidas de reforma debe traerse a colación la SAP Barcelona secc. 3ª nº 969/2013, de 11 de diciembre¹⁵³, que no sólo rechaza la pretensión de excluir sino también la de moderar la responsabilidad civil que pretende la CA, pues no sólo no acredita la debida diligencia en cuanto al control del menor tutelado, sino que, además, la falta cometida lo fue durante un permiso otorgado por la Dirección General de Justicia Juvenil¹⁵⁴.

La SAP Málaga secc. 8ª nº 212/2014, de 10 de abril¹⁵⁵ desestima la pretensión de la CA de moderar la responsabilidad civil en un supuesto de una agresión a una educadora por menor tutelada, por no acreditar la debida diligencia. Se trataba de un supuesto en el que la agresión se produce en el cumplimiento de una medida de reforma de convivencia en grupo, en un centro de titularidad de la CA y respecto al personal del mismo. La Audiencia destaca este hecho (*máxime en un supuesto como el de autos en que el menor comete el hecho delictivo durante su estancia para el cumplimiento de una medida de reforma en un centro de titularidad de la Comunidad Autónoma y respecto del propio personal de dicho centro*) como fundamento de la denegación de moderación¹⁵⁶.

153 Pte: Valle Esqués, Fernando

154 “...viene siendo criterio de este tribunal, en casos similares al presente de no exoneración o moderación de la responsabilidad civil de la Dirección General (...), es a quien solicita la moderación de la responsabilidad civil a quien corresponde acreditar que ha empleado las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, sin que, en el presente caso, actual petición. En efecto, el art. 63.3 de la LORPM, en lo relativo a la atribución de la responsabilidad civil así como a la posibilidad de moderación cuando el tutor o guardador no hubiera favorecido con dolo o negligencia grave la actuación del menor, introduce una potestad facultativa al Juez sentenciador, cuya valoración corresponde al mismo. Y en el caso que examinamos, teniendo en cuenta que el menor se hallaba bajo la Dirección de Justicia Juvenil, y que precisamente fue durante el curso de un permiso otorgado por ésta cuando suceden los hechos, se deduce que por la entidad pública no se ha observado toda la diligencia exigible en el presente caso, pudiendo de alguna forma haber puesto remedio a la situación del menor restringiendo los permisos o adoptando las medidas necesarias para que los mismos tuvieran lugar sin incidentes, máximo teniendo en cuenta las circunstancias personales del menor que fueron expuestas por el Equipo Técnico y que hacían prever un comportamiento como el perpetrado, en cuanto se trataba de un menor impulsivo y desafiante, con bajo tolerancia a la frustración y con graves dificultades para gestionar el conflicto, con incidentes agresivos en el Centro y falta de respeto a la norma y la figura de autoridad.”

155 Pte: Ontiveros Rodríguez, Francisco

156 “...en lo que se refiere a la facultad de moderación que reconoce el mencionado art. 61.3 LORPM, hemos de tener en cuenta que conforme al tenor legal supone una inversión en la carga de la prueba, de manera que será a los responsables civiles (padres o asimilados) que invoquen la procedencia de la moderación, a quienes corresponda acreditar que han empleado las precauciones adecuadas para impedir la actuación delictiva del menor, de forma que si no prueban que obraron con la diligencia debida en su deber de vigilancia, educación y formación integral respecto del menor de edad, no procedería efectuar moderación alguna. En ese sentido, y dado que la apelante nada ha probado al respecto, no podemos sino confirmar la decisión del Juzgador a quo de no aplicar dicha facultad de moderación en la presente causa, máxime en un supuesto como el de autos en que el menor comete el hecho delictivo durante su estancia para el cumplimiento de una medida de reforma en un centro de titularidad de la Comunidad Autónoma y

La SAP Madrid secc. 4ª nº 175/2012, de 27 de diciembre¹⁵⁷ rechaza aplicar la moderación de la responsabilidad civil al entender que se incurrió en grave negligencia en el control del menor. Conforme a esta resolución “no parece, desde luego, la decisión más acertada descuidar por completo el módulo de los menores de más corta edad, dejando dicho módulo sin vigilancia alguna, sino que, antes al contrario, ha de considerarse una grave negligencia, máxime cuando -se reitera- no puede entenderse suficientemente acreditado que fuese necesario ese abandono, por lo que no concurren los requisitos que, en atención a lo dispuesto en el artículo 61.3 (...) permitirían moderar la responsabilidad civil del Centro en el que se produjeron los hechos y que tenía a su cargo la guarda de los menores”.

6. Prescripción de la acción

Cuando se ejercitan acciones tendentes a reclamar responsabilidades civiles nacidas de delitos o faltas, el plazo de prescripción será el general de las acciones personales del art. 1964 CC.¹⁵⁸

Este plazo, que antes era de 15 años ha pasado a ser de 5 años, tras la reforma operada por Ley 42/2015, de 5 de octubre.

La SAP Baleares secc. 2ª nº 2/2016, de 8 de enero¹⁵⁹ considera que “no cabe aplicar analógicamente la prescripción de un año para el ejercicio de acciones civiles y ello porque el plazo de prescripción de la responsabilidad civil por delito es el cinco años en aplicación del art. 1964 del Código Civil (antes quince años) pues no es acción por culpa extracontractual sino por delito, según reiterada Jurisprudencia (...)”.

respecto del propio personal de dicho centro, y ello por mucho que la citada Administración Pública no considerase adecuada la medida que había sido impuesta a la menor por la autoridad judicial.”

157 Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

158 STS (Sala de lo Civil) nº 1075/2003, de 18 noviembre Pte: 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... 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... 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”.

STS (Sala de lo Penal) nº 329/2007, de 30 de abril “en esta línea el CP regula en sus arts. 109 y ss. (arts. 19 a 22 y 101 a 111 CP de 1973), y la LECrim se refiere al ejercicio de estas acciones en los arts. 100 y ss. En ninguna de estas normas se establece un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción, por lo que será de aplicación el genérico de las acciones personales, 15 años, del art. 1964 CC”.

159 Pte: González Miró, María del Carmen