

Nro. 181 /2012

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno

Ministro Redactor: Dr. John Pérez Brignani

Ministros Firmantes: Dr. Álvaro José França Nebot, Dr. Tabaré Sosa Aguirre, y Dr. John Pérez Brignani.

Montevideo, 8 de agosto de 2012

SENTENCIA Nro. 181

VISTOS, para sentencia definitiva de segunda instancia los presentes autos caratulados: **“C. M., G. I. C/ F. H., F. D.; Y OTROS. DAÑOS Y PERJUICIOS.” (IUE: 412-180/2006)** venidos a conocimiento de esta Sede en virtud de los recursos de apelación deducidos contra la fijación del objeto de la prueba, y contra la sentencia definitiva Nro. 11/21010, así como la adhesión formulada, dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Treinta y Tres de 2º Turno, Dr. Juan J. Benítez Caorsi, y

RESULTANDO:

I) Que se da por reproducida la relación de hechos formulada por la a-quo por ajustarse a las resultancias del presente expediente.

II) Que en audiencia preliminar, al fijarse el objeto de la prueba, se admitieron las fotografías glosadas con la demanda, de fs. 29/30.

III) Contra dicha decisión los co-demandados B. S. y E. C. interpusieron recurso de apelación, el que fuera concedido con efecto diferido y fundado en la estación procesal oportuna, manifestando que no debieron agregarse tales fotografías por cuanto no hay certeza de su fecha vulnerándose el ejercicio de la defensa y las garantías de las partes en el proceso.

IV) Que por sentencia Nro. 11/2010 se amparó parcialmente la pretensión de autos y, en su mérito se condenó solidariamente a la parte demandada: J. H., R. F., F. F., B. S., E. R. C., y R. C., a abonar en concepto de indemnización por los daños y perjuicios la cantidad de U\$S 7.000 a la actora. Asimismo, hizo lugar a la excepción de falta de legitimación promovida por S. M. I.. Todo sin especiales sanciones procesales en el grado.

V) Contra el mencionado fallo los co-demandados B. S. y E. C., y J. H., R. F., y F. F. (fs. 238/241 y 244/245, respectivamente) interpusieron recursos de apelación, expresando en lo sustancial:

Co-demandos S. y C.

a) que no corresponde la aplicación de responsabilidad solidaria sino proporcional,

b) que corresponde condenar a S. M. I., cuyo hijo (S. I.) fue identificado como responsable por la parte actora,

c) que el justiprecio de los daños y perjuicios es excesivo,

d) que los testigos propuestos para demostrar la cuantía del rubro citado poseen calidad de sospechosos y son parciales.

Co-demandados J. H., R. F., y F. F.

- a) que no corresponde condena a F. F. en tanto no participó del evento dañoso, siendo que la propia accionante identificó como responsable a S. I. I.,
- b) que no procede condena solidaria,
- c) que la conducta de la víctima (impericia y falta de prevención) tuvo incidencia causal en el desenlace del ilícito,
- d) que el justiprecio del daño es excesivo.

VI) Por autos Nros. 1137/2010 y 1212/2010 se confirió traslado de los recursos de apelación deducidos.

VII) Adhiere la actora, solicitando aumento del monto objeto de condena por concepto de daño moral el cual entiende exiguo y al que debe aditársele el correspondiente lucro cesante debido a la incapacidad de por vida de entre el 8 y el 10%, así como revocatoria del amparo de la excepción de falta de legitimación de S. M. I..

VIII) A fs. 256/257 (aclarado a fs. 260/261) evacuaron el traslado de la adhesión los co-demandados J. H. y R. F., abogando por el rechazo de la misma.

A fs. 264/266 hicieron lo propio los co-accionados B. S. y E. C., impetrando el rechazo de la adhesión.

A fs. 272/273 evacúa el traslado de la adhesión el co-demandado S. I., solicitando el mantenimiento de la atacada a su respecto.

IX) Por auto Nro. 5224/2010 se concedieron los recursos de apelación deducidos así como la adhesión formulada.

X) Que recibidos los autos en la Sala se dispuso pasaran los autos a estudio sucesivo de los diferentes Ministros.

XI) Realizado el estudio y acuerdo correspondiente se decidió dictar decisión anticipada en virtud de darse en la especie los supuestos del art. 200 CGP designándose Ministro redactor al Dr. John Pérez Brignani.

CONSIDERANDO:

I) Que el Tribunal con el voto unánime de sus miembros naturales habrá de confirmar la resolución que dispuso la agregación de las fotografías de fs 29-30 y revocar parcialmente la sentencia definitiva objeto de impugnación por ser los agravios introducidos por la parte actora de recibo.

II) En tal sentido con relación a la agregación de las fotografías de fs 29-30 cabe señalar que los agravios carecen de asidero por lo que corresponde su rechazo. En efecto el recurrente confunde la admisibilidad de la prueba con el valor probatorio de la misma. Debemos tener presente que conforme a lo claramente preceptuado el art. 144 nal 1 solo corresponde el rechazo de aquellas pruebas manifiestamente inconducentes o prohibidas por la regla de derecho (artículo 24, numeral 6).

En la especie es claro que las fotografías de la siniestrada, agregadas de fs 28 a 30, no encuadran dentro de algunas de las categorías mencionadas. Asimismo los cuestionamientos efectuados por el recurrente refieren al valor probatorio de la misma extremo este que necesariamente debe analizarse en la sentencia definitiva.

III) Con relación al fondo del asunto cabe resaltar en primer término que la colisión de la pelota de fútbol con el birodado conducido por la reclamante se produce como consecuencia del juego de fútbol que realizaban los menores, F. F. F. S. I. I. N. C. en la vereda. Es decir que el accidente se produce como producto de la participación, de los referidos menores, en un juego de fútbol, sin supervisión adecuada, en un lugar no habilitado para ello, y sin tomar las precauciones debidas lo que en definitiva ocasionó los daños que se reclaman.

IV) A juicio de los integrantes de la Sala resulta irrelevante individualizar al autor del “puntapié” a la pelota que provocó la caída de la actora al suelo de su moto con las consiguientes lesiones ya que se da en el marco de un “juego colectivo” en el cual todos son partícipes necesarios de éste y por tanto responsables de las consecuencias. Ninguno de los partícipes tenía un dominio único y efectivo sobre la cosa, ni de un poder preponderante sobre ella dada la propia naturaleza del juego que desarrollaba. Se trata de un caso de lo que la doctrina y jurisprudencia francesa denomina guarda colectiva o guarda en común, (Cfm Genevieve Viney Patrice Jourdain Traité de droit civil Les conditions de la Responsabilite L.G.D.H 2006 Pág. 242)

Por otra parte es de hacer notar, que de un examen conforme a las reglas de la sana crítica de la prueba producida no surge quien efectúo el puntapié que ocasionó que la pelota de fútbol produjera la caída de la moto de la actora.

V) Nos hallamos pues ante una responsabilidad por hecho de las cosas y rige en consecuencia lo edictado por el art 1324 del CC En este orden

cabe señalar que si bien los menores S. I. I. años y N. C. tenían 9 años al momento de producirse los hechos tal extremo no determina, para el redactor que no pudieren ser considerados guardianes del balón de fútbol que produjo. Ello es así por cuanto:

“ La facultad de discernir la consecuencia de sus actos por parte del guardián no es en derecho positivo un elemento constitutivo de la guarda. Los poderes de utilización, control y dirección de las cosas no implican una facultad suficiente de discernimiento en el guardián . La ausencia de esta facultad no impide la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas (Cfm Larroumet Cristian Droit Civil Tome V Les obligations. La responsabilice civile extracontractuelle Edit Economica 2007 pag 230)

La noción de independencia no se refiere a la actitud intelectual de usar correctamente la cosa , sino a la posibilidad de ejercer sobre ella un poder no subordinado sobre dicha cosa (Cfm Genevieve Viney Patrice Jourdain Traité de droit civil Les conditions de la Responsabilite L.G.D.H 2006 Pág. 741)

Para los restantes integrantes de la Sala se considera siguiendo a Gamarra que el menor de 10 años no puede ser guardián , lo que conlleva que la guarda deba ser atribuida a los padres sea cual fuere la edad del menor como afirma el mencionado doctrino (Cfm Gamarra Tratado de derecho Civil Tomo XXI pag 178).

VI) Delimitado conceptualmente el régimen legal aplicable corresponde abordar los agravios introducidos por las partes.

VII) En tal sentido con relación a los agravios introducidos respecto de la condena al menor F. F. cabe señalar que cuando el menor es mayor

de 10 años y hasta la mayoría de edad es capaz de incurrir en delitos y cuasidelitos, vale decir que es responsable por el daño que culposamente causa. Hay pues dos sujetos responsables (como en la responsabilidad por el hecho del dependiente) y el padre responde por el hecho ajeno, y por tanto, sin culpa (a título de garantía). Aquí estamos ante un caso de responsabilidad objetiva y por el ello el inciso final que atañe a la responsabilidad por culpa no es aplicable. El responsable indirecto podrá exonerarse acreditando las eximentes generales (culpa de la víctima, hecho del tercero caso fortuito o fuerza mayor), con prescindencia de la culpa, a título de garantía (Cfm Gamarra, Jorge Tratado De derecho Civil Tomo XX 1988 Pág. 218) Por consiguiente los agravios introducidos respecto de la responsabilidad del menor carecen de asidero y corresponde su rechazo.

VIII) Respecto de los agravios introducidos respecto de la legitimación del Sr. S. I. cabe señalar que aunque por diversos fundamentos la Sala los estima de recibo por lo que ira su acogimiento.

IX) En tal sentido el Dr. Tabaré Sosa Aguirre entiende que su calidad de padres tienen la guarda y responden por el 1324 inc. 1 (como el caso anterior) y lo que dice el 1324 es irrelevante porque no es responsabilidad por hecho ajeno (que requiera por ejemplo cohabitación), sino por hecho de las cosas.

Por su parte los restantes integrantes de esta Sala (Dres. Álvaro Franca y John Pérez Brignani (r) entienden en primer lugar que tanto en el caso de hipótesis de responsabilidad por hecho de las cosas o por hecho propio rige el inciso segundo del art 1324. En efecto en el caso de los padres nos hallamos ante

una hipótesis de responsabilidad por hecho ajeno , que es objetiva única, solidaria e indivisible.

Es objetiva por cuanto el acto ilícito cometido por el menor es el que hace nacer la responsabilidad independientemente de la existencia de culpa. La obligación de reparar por parte de los padres surge cuando se prueba la existencia de una relación de causalidad entre el hecho del niño y el daño sufrido por la víctima ((Cfm Droit Civil Larroumet, Christian. Les obligations .La responsabilité Civil extracontractuelle Edit economica 2007 pag 299)

Es única porque abarca todas las hipótesis en las cuales el menor produce un daño independientemente de ser imputable o inimputable. Advuértase que el acto cometido por el niño, y no necesariamente la culpa, simplemente debe ser la causa directa de lesiones a la víctima para que opere la responsabilidad objeto de estudio. (Cfm Droit Civil Larroumet, Christian Les obligations .La responsabilité Civil extracontractuelle Edit economica 2007 pag 295) Los padres sea el menor imputable o inimputable responden siempre a título de garantía no a título propio.

Otro aspecto importante es que la obligación de reparar es indivisible ya que no admite el cumplimiento parcial por cualquiera de los padres.

Es de destacar sobre este punto que el legislador en ningún momento establece la divisibilidad en el caso de que uno de los padres no viva con el menor.

Ello es así por cuanto la responsabilidad objeto de estudio tiene su fundamento en la patria potestad.

Ahora bien la patria potestad no termina ni con la separación de los padres, ni por el divorcio y menos aún por la circunstancia de no cohabitar con el menor. El padre o la madre que no habita con el menor no queda al margen del proceso de educación por el hecho de la posibilidad de no tener contacto inmediato y permanente con el menor. El mismo continúa obligado a continuar con el proceso de educación del hijo y conserva el derecho a controlar las medidas tomadas por quien detenta la guarda efectiva. Por ello no solo puede solicitar las medidas que estime necesario sino también puede solicitar sea reintegrado en la guarda del mismo (Cfm Caffera Jose Ignacio, La guarda de Menores Edit Astrea 1978 pag 42)

La patria potestad corresponde conjuntamente el padre y la madre, y su ejercicio es claramente separado del domicilio del niño, siendo normalmente en la práctica común, y la cohabitación constituye una condición secundaria, puramente virtual de la responsabilidad de pleno derecho y solidaria del padre y la madre (CFm Terre , François , Simleer , Philippe, Lequette Yves Droit civil Les obligations Ed Dalloz 10 edition 2009 pag 819)

Es de hacer notar que la separación o el divorcio de los padres no justifican que los padres abandonen sus responsabilidades, y menos aun a que se los exonere del cumplimiento de las obligación de reparar legalmente impuesta.

La responsabilidad cesa únicamente cuando los padres hayan perdido jurídicamente la posibilidad de tener a los hijos bajo su cuidado , verbi gracia perdida de patria potestad, etc.

X) . Con relación al hecho de la víctima cabe señalar que de un examen conforme a las reglas de la sana crítica de las probanzas producidas no surge acreditado en autos tal extremo por lo que corresponde su rechazo.

XI) Respecto a la responsabilidad de los intervinientes cabe señalar que como expresara la Sala con su anterior integración que ratifica en la actual *“se menciona responsabilidad proporcional de los demandados pero su alcance no se establece razón por la cual no se advierte reclamación concreta en cuanto a la naturaleza si se diera la hipótesis de no determinarse el agente concreto del daño (lo sucedido en autos) ya que la previsión de responsabilidad proporcional del 1331 del C. Civil es para la hipótesis de dos autores culpables determinados de un mismo daño; subsecuentemente, a fin de evitar la injusta irresponsabilidad de todos los implicados en caso de agente desconocido, se admite el carácter indivisible y la condena in solidum de todos los que intervinieron en la realización del daño; la solución actual admitida unánimemente es la obligación in solidum de los coautores”* (Cfm Sentencia 172/2009 de la Sala)

XII) Con relación a los agravios introducido por las partes respecto de los daños y perjuicios fijados objeto de condena cabe resaltar en primer termino que el a-quo fijo como indemnización por concepto de daño moral y lucro cesante una cifra de U\$S 7000, sin especificar detalladamente a cuanto se condenaba por cada rubro y como llegaba a la mencionada cifra. . En segundo lugar cabe señalar que no fueron objeto de cuestionamiento su procedencia sino exclusivamente su monto.

XIII) Respecto de los agravios introducidos por los codemandados C. y S. con relación a las probanzas consideradas por el a-quo para

establecer cabe señalar que 1) Las tachas que aducen respecto de los testigos debió ser formulada en la etapa procesal que la ley habilita para ello (art. 158 CGP). No emerge de la lectura de las actas respectivas que los recurrentes hayan observado la calidad de sospechosos de los testigos que declararon (fs. 156/171 y 190/192)., 2) No surge del acta labrada que el testigo Muniz tuviere una relación amorosa con la actora al momento de producirse los hechos sino muy anterior (fs 191).

Por otra parte cabe resaltar que no estamos en presencia de testigos sospechosos, sino necesarios. Se trata de personas que necesariamente deben conocer a la víctima para describir el padecimiento sufrido por ésta a raíz de los daños que se le ocasionaron, así como también la privación de sus ingresos (lucro cesante) y su afectación.

XIV) Con relación a los agravios introducidos por los codemandados F. respecto del monto de los daños y perjuicios ocasionados y la actora cabe señalar en primer termino que la indeterminación por parte del a-quo de la suma que corresponde por daño moral conlleva a que el mismo se encuentre establecido en una cifra inferior a U\$S 7000 ya que en dicha cifra el a-quo incluyó el lucro cesante.

Ahora bien a juicio de la Sala la mencionada cifra, aun si se considerara como indemnizatoria del daño moral exclusivamente no contemplaría las lesiones sufridas por la reclamante.

En ese orden de la pericia practicada surge que la actora sufrió fractura múltiple de platillo tibial (fs. 5 y 143 v.), que requirió intervención

quirúrgica (fs. 144 v.). Y como afirmara la Sala en su anterior integración “ *la lesión más grave fue la fractura de platillo tibial (la medicina legal enseña que es una fractura muy frecuente en la pierna y a veces de repercusión grave por tres razones: afecta la articulación, se sitúa en un lugar de carga y por sus relaciones anatómicas con parte blandas se afectan muy frecuentemente vasos, nervios y ligamentos -PEREZ PINEDA-GARCIA BLAZQUEZ, Manual...p. 205-206. Ed. Comares, Gradanada, 1994-), requirió obviamente intervención quirúrgica, posterior reposo y lenta recuperación. El monto establecido por el "a quo" del perjuicio extrapatrimonial contingentado a la misma (equivalente a U\$S 8000 donde el demandado responde por el 20%) se conceptúa como cifra si bien módica, adecuada a las turbaciones y desarreglos causados por las lesiones a la vida de relación del accionante, razón por la cual se irá también a la solución confirmatoria*” (sentencia 192/2008: Sosa, Pérez Brignani –r-, Chediak).

En el caso, hubo internación por un prolongado lapso de un mes y medio (hasta el 28/12/2002, fs. 200 v., Fs. 23 y 178) con tratamiento ambulatorio hasta 2004 (fs. 200 v.)

Por consiguiente no contemplando la cifra sufrida una reparación efectiva de los padecimientos sufridos corresponde desestimar los agravios introducidos por los demandados y hacer lugar a los agravios introducidos por la actora.

En ese orden es de hacer notar que la actora en sus agravios solicita se fijen en U\$S 7000 dólares el daño moral y por consiguiente la Sala no puede ultrapasar dicha cifra Es por ello que se habrá de fijar la suma objeto de condena por el mencionado rubro en U\$S 7000.

XVI) Respecto al rubro lucro cesante cabe señalar que a pesar de haber solicitado lucro cesante pasado y lucro cesante futuro (numeral 3° de fs. 38 in fine) en la demanda instaurada lugar, el a-quo ni siquiera distinguió y condenó por una cifra, no determinada y dentro de los U\$S7000 por tal concepto.

Con relación al período de lucro por el lucro cesante pasado a juicio de la Sala el mismo puede establecerse en el periodo comprendido entre el 6/11/2002 al 6/7/2003 conforme a las lesiones sufridas y a las pruebas producidas en la presente causa testimonios de García (fs. 162) y Silva (fs 165) recibos de alquiler de muleta y bastón (a fs. 27)

Asimismo la actora manifiesto en su demanda que en el año 2006 se encuentra trabajando como cuidadora de niños. Y no se encuentra probado que la actora no haya trabajado hasta el año 2006 por causa del accidente ni el lucro cesante futuro por lo que corresponde rechazar este ultimo rubro.

En cuanto a los ingresos si bien no existe prueba acabada de los mismos es claro que no pueden ser inferiores a un salario mínimo nacional en el periodo referido \$ 1110 lo que totaliza un total de \$ 9990 cifra que deberá ser debidamente actualizada conforme a la ley 14500

XVII) Que la conducta procesal de las partes no amerita sanción procesal especial en el grado.

En virtud de lo expuesto y de lo que disponen los arts 688 , 1324 del CC, 139, 149, 257 del CGP **EL TRIBUNAL FALLA :**

Revocase la sentencia objeto de impugnación en cuanto fijo la indemnización del daño moral y el lucro cesante en la suma de U\$S 7000 y en su merito fijase la suma a indemnizar por concepto de daño moral en U\$S7000 y el lucro cesante en \$ 9900 cifra esta ultima debidamente actualizada desde el hecho ilícito mas los intereses legales desde la mencionada fecha.

Revócase la sentencia en cuanto admitió la excepción de falta de legitimación pasiva del Sr. S. I. y en su merito condenase a la mencionada parte a indemnizar los daños y perjuicios objeto de condena.

Confirmase la sentencia objeto de impugnación en los restantes rubros sin especial condenación en el grado.

DR. TABARE SOSA AGUIRRE
MINISTRO

DR. JOHN PEREZ BRIGNANI
MINISTRO

DR. ALVARO JOSÉ FRANÇA NEBOT
MINISTRO