

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, sala III

"R. , M. V. c/ S. , E. R. y ots p/ d y p" - autos N°153838/35135

En Mendoza, a los diecisiete días del mes de noviembre de dos mil catorce reunidos en la Sala de Acuerdos, los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N°153838/35135 "R. , M. V. c/ S. , E. R. y ots p/ d y p" originarios del Decimo Primer Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 311 por la parte actora contra la sentencia de fs. 301/306.

Llegados los autos al Tribunal se ordenó expresar agravios a la apelante lo que se llevó a cabo a fs. 345/348.

Corrido traslado de los fundamentos del recurso interpuesto a la contraparte, los demandados no contestan, dictaminando a fs. 356 la Sra. Asesora de Menores, con lo que queda la causa en estado de resolver.

Practicado el sorteo de ley quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. Mastrascusa, Colotto, Staib.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN:

¿Es justa la sentencia apelada?

SEGUNDA CUESTIÓN:

Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA MASTRASCUSA DIJO:

I. Contra la sentencia de fs. 301/306 que hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por Los Sres. J.C. R. y C.N.F. en representación de su hijo menor M. V. R. condenando a E. R. S. (fallecido, F.C.C. y su hijo menor F. R. S. a pagar la suma de \$17.500 con sus

accesorios en concepto de daños y perjuicios, deduce recurso de apelación la parte actora solicitando la revocatoria parcial de la sentencia, a fin de que se acoja la demanda en toda su extensión, y no se impongan costas a la actora.

Al fundar su recurso señala que se agravia de la sentencia en tanto la Sra. Juez a quo ha entendido que existió culpa in vigilando de parte de la madre del menor actor y por ello ha liberado a los demandados en un 50% de los daños reclamados.

Expresa que para así decidir la Sra. Juez a quo se ha fundado en la testimonial de la Sra. A.M.A. estimando la sentenciante que de su declaración surgía que la Sra. C.N.F. estaba presente en la vereda mientras sus dos hijos jugaban.

Afirma que dicho testimonio no puede interpretarse así. Analiza las preguntas y respuestas y expresa que de ellas surge que la testigo no conocía a la madre de M. V. R. , por lo que mal podía afirmar que estaba presente. Refiere que de su declaración sólo puede surgir que había madres de algunos de los niños que estaban jugando pero no la madre del actor.

Sostiene que el barrio en el que viven los niños es tranquilo y que los niños pueden salir a jugar solos en la vereda de su casa, agregando que nada puede reprocharse a la Sra. F. si sus hijos estaban jugando en la puerta de su casa y ella no estaba presente pues sus hijos no causaron ningún daño.

Afirma que la madre de los menores estaba limpiando su casa y miraba a sus hijos desde dentro.

Agrega que lo que en realidad debe tenerse en cuenta es la diferencia de edad entre el menor dañador y el dañado, pues el primero tenía 10 años de edad y el segundo 6 años, todo lo cual surge del expediente penal.

Sostiene que también de las declaraciones producidas en sede penal de menores, surge que F. S. no estaba jugando con los hijos de la actora y su amigo N. , sino que se cruzó de vereda y le pegó a G. R. (4 años) en la pierna, por lo que su hermano M. V. lo defendió y ante esa situación F. S. le pegó en el ojo con la especie de honda a M. en el ojo.

Insiste en que el que jugaba con la chupeta era el hijo de los de-mandados y que por ello la testigo A. que limpiaba su jardín dijo que sólo se dirigió a él instándolo a dejar de hacerlo.

Sostiene que entonces mientras la Sra. F. controlaba correctamente a sus pequeños hijos jugando con sus amiguitos de la misma edad el niño agresor se cruzó de repente y causó el daño sin que exista ninguna conducta reprochable de parte de la madre del menor dañado.

Cita jurisprudencia sobre la culpa in vigilando.

Agrega que si no se acreditó que la madre estaba en la vereda y los chicos estaban jugando con algo que en sí mismo no era peligroso como lo afirma la Sra. Juez el único responsable es el menor que agredió a los niños menores que él por lo que sólo deben responder sus padres.

En segundo lugar se agravia de la imposición de costas pues la demandada debe prosperar en el 100% resultando vencidos los de-mandados.

Corrido traslado los demandados no contestan y a fs. 356 dictamina la Sra. Asesora de Menores.

II. Respecto de la responsabilidad de los padres de los menores, mayores de 10 años, que causan daños la doctrina ha discutido si es subjetiva (por el deber de vigilancia, o la falla en la educación, etc.) u objetiva, derivada de la patria potestad. Las causas de exoneración de responsabilidad si se entiende que el factor de atribución es subjetivo, son mayores que si el factor de atribución es objetivo.

El código civil en su art. 1114 contempla causas de exoneración total como lo son la transmisión de la guarda y la demostración de que hubiese sido imposible para el padre evitar el daño, ejerciendo una vigilancia activa (art. 1116 del Cód. civil)

En lo personal tal referencia me persuade que, aún cuando el art.1116 alude a un supuesto de caso fortuito, al reforzar la exigencia de que se haya producido mientras el padre o la madre o ambos estaban ejerciendo la vigilancia activa del menor, en rigor lo que establece el art. 1114 del Código Civil no puede sino ser una presunción de culpabilidad tal como lo afirma Méndez Costa. Lo mismo puede argumentarse con la eximente de la transferencia de la guarda.

Junto con esta problemática configuración de la responsabilidad puede además darse el caso en que el menor dañador haya utilizado una cosa riesgosa o peligrosa. Si así fuera las eximentes serían las previstas por el art. 1113 del Cód. Civil además del casus.

Ahora bien sea como sea que se trate la cuestión lo cierto es que el demandado puede exonerarse parcial o totalmente de la responsabilidad demostrando como se ha hecho en el caso de autos, la concurrencia de culpas (si se opta por la presunción de culpabilidad) o la culpa de un tercero por el que no se debe responder.

Estimo que, en este marco jurídico, aún cuando se aceptase que la interpretación o

merituación que de la declaración de la testigo A. hace la apelante, fuera la correcta, la situación no variaría en lo que respecta a la concurrencia de culpas.

Nótese que la apelante afirma en esta instancia que la madre del menor dañado se encontraba dentro de su casa, pero ejerciendo el control de los niños, mirándolos mientras jugaban afuera.

Si así fue, no se entiende cómo entonces la madre no advirtió que aún cuando se tratara de un barrio tranquilo en el que menores de tan corta edad (6 y 4 años) puedan jugar solos en la vereda (lo que de suyo no comparto pues entraña serios riesgos y peligros aún en los lugares más tranquilos), no debía permitir que siguieran allí jugando al juego que estaban desarrollando todos los niños que se hallaban en la vereda en ese momento.

Es que como surge de las propias declaraciones del menor que fue la víctima del daño y de la única testigo A., todos ellos estaban jugando con el mismo juguete, el que no puede dejar de ser considerado riesgoso o peligroso, toda vez que es una especie de honda con la que se tiran proyectiles, aún cuando se trate de frutos del árbol de paraíso, toda vez que como efectivamente ocurrió esa mínima "munición" fue lo que causó el daño sufrido por su hijo M. .

La Sra. A. contestó a la segunda pregunta del interrogatorio de fs. 119 vta.: "yo estaba limpiando el jardín, los chicos estaban jugando con las bolitas chiquitas de los árboles, y yo le dije al chico que está acusado que no jugaran más con eso porque se iban a sacar un ojo, pero habían muchos chicos jugando. Al final no sé si fue él u otro, lo acusaron a él. Yo no los vi ni cuando se pegaron, lo único que le dije al pibe fue eso. Después me fui adentro."

El menor M. R. declaró en sede penal que "...hacía calor y estábamos jugando una guerrita, no me agaché y por eso F. tenía una chupeta y eso dispara muy lejos. Estaban N. , que es un amigo y F. le pegó con la chupeta a mi hermano G. que tiene cinco años y le dio en la pierna y yo lo defendí. Me quiso pegar el F. y mi amigo N. le dio en la pierna con la chupeta, el me defendió y no le pasó nada. En realidad estábamos jugando con mi hermano y el N. y después F. se cruzó apenas nos vio y él me dice que jugáramos a la guerrita y ahí es que cuando lo defendí a mi hermano, él me tiró con la chupeta en el ojo." (fs. 12 del expediente penal).

Esto es, como surge de las propias declaraciones del menor y de la testigo citada, todos los niños, incluido M. R., estaban jugando con el mismo peligroso instrumento, y estaban jugando una "guerrita". El cruce de F. no fue intempestivo como para que la madre de M. no pudiera evitar el daño. Aunque la apelante intente demostrar que así fue ello no surge de las declaraciones que deben ser interpretadas conforme a la lógica y la experiencia tal

como prescribe el art. 207 del C.P.C.

M. y su hermano, así como N. participaban de ese peli-groso juego, y si la madre estaba - como afirma la apelante en esta ins-tancia- mirándolos por la ventana mientras limpiaba, debió impedir que los menores siguieran jugando a fin de evitarles daños, sea haciéndolos entrar a su casa, o de cualquier otra manera que los protegiera del peligro que entrañaba de suyo el juego en cuestión.

En definitiva los argumentos de la recurrente en nada ayudan a liberar de responsabilidad concurrente a la madre de la víctima, pues o estaba en la calle como señaló la Sra. Juez a quo, o no lo es taba y se encontraba dentro de la casa "controlando" por la ventana a niños de cortísima edad mientras ellos desarrollaban un juego peligroso, o simplemente estaba dentro de la casa y no se enteró de las circunstancias en que se encontraban.

Nótese que un menor de seis y otro de cuatro años no están en condiciones de objetivar el peligro al que se exponen. Que, por ejem-plo, podrían haber cruzado la calle justo cuando pasaban autos, que podrían haberse peleado a los empujones en la mentada guerrita o golpearse entre sí con algún otro elemento peligroso o simplemente empujándose y pudiendo caer al suelo, o como finalmente ocurrió recibir el impacto de los proyectiles en un ojo, sufriendo los daños que en esta causa se han descripto.

Un padre o madre prudentes y que actúan conforme al deber de protección impuesto por el art.264 del CC, en forma diligente y de acuerdo a la naturaleza de su obligación de acuerdo a las circunstan-cias de personas, tiempo y lugar, no debió permitir que niños de tan corta edad participaran de un juego similar, ni dejarlos en la calle jugando solos a un juego de contenido violento (una guerrita), cuando la distancia -aunque sea mínima- desde el interior de la casa y hasta la vereda hacía imposible evitar un daño a todas luces previsible.

Por ello, en el caso, no cabe duda que el nexo de causalidad está parcialmente interrumpido, por la omisión culposa de quien tenía la responsabilidad directa de velar por la seguridad, salud y protección del menor configurándose tanto la culpa concurrente de los padres del menor dañado cuanto la eximente del art. 1113 del CC referida a la culpa de un tercero por quienes los demandados no deben responder.

La omisión culposa de la madre y/o el padre del menor tiene respaldo no sólo en el incumplimiento del deber de protección im-puesto por el art. 264 del C.C, sino en la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales en los que se ha indicado con precisión que el niño "tiene derecho a cuidado y asistencia especiales" y, asi-mismo, que "para el crecimiento y bienestar de todos los miembros de la familia, y en particular de los niños, deben suministrarse la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades" (Convención sobre Derechos del Niño, Preámbulo, párrs.

4º y 5º). Igualmente, corresponde tener presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño éste "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento" (Preámbulo cit., párr.7º)

En el caso y pese a las discusiones doctrinarias sobre la configuración de tal causal, lo cierto es que se reúnen en el actuar omisivo de los padres del menor que sufrió el daño, todas las características del hecho de un tercero por el que los demandados no deben responder, así como los requisitos propios de la culpa en la vigilancia activa, toda vez que se trata de a) una omisión culposa (arts. 264, 512, y 1109 del Código Civil) asimilable a una grave falta de diligencia respecto de los deberes de protección y cuidado de los padres a sus hijos, b) atribuible a un tercero ajeno a los demandados, c) que no es imputable en a los accionados por no ser el resultado, consecuencia o efecto exclusivo del proceder del presunto responsable, y d) que enerva parcialmente el nexo causal, toda vez que el daño podría no haber ocurrido si el menor hubiese estado bajo la vigilancia diligente y adecuada a las circunstancias de persona, tiempo y lugar por parte de sus padres y éstos hubieran evitado que niños de tan corta edad participaran de un juego tan peligroso haciendo que ingresaran en la casa y se alejaran de los demás menores que participaban de aquel.

La edad de F. S. , el otro argumento desarrollado, sólo influye respecto de su propia responsabilidad, por considerar la ley que los menores de más de diez años tienen discernimiento y libertad respecto de los actos ilícitos, pero no juega ningún papel en lo que respecta a los cuidados debidos y no efectivizados de la madre (y o el padre) del menor dañado.

El primer agravio en consecuencia no puede prosperar, debiendo mantenerse la responsabilidad compartida que ha establecido la Sra. Juez a quo por partes iguales.

Como consecuencia de ello, el segundo agravio relativo a las costas tampoco puede admitirse por cuanto ambas partes son derrotadas en la misma proporción. (arts. 36 del C.P. C. y 4 de la ley de aranceles).

Sobre la primera cuestión voto entonces por la afirmativa sobre la primera cuestión el Dr. Colotto adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION LA DRA MASTRASCUSA DIJO:

VI. Las costas de Alzada deben ser impuestas a la recurrente vencida.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. Colotto adhiere al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 17 de Noviembre de 2014.

Y VISTOS:

El acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte actor, y confirmar en consecuencia la sentencia de fs. 301/306 en lo que ha sido materia de revisión.

II. Imponer las costas de Alzada a la parte actora.

III. Regular los honorarios de los Dres. S.A. y C. Z. en las sumas de (\$) y (\$) respectivamente y sin perjuicio de las regulaciones complementarias que puedan corresponder (arts.2,3,4,15 y 31 LA).

Notifíquese y bajen.

Dra. Graciela Mastrascusa

Dr. Gustavo Colotto

Juez de Cámara Juez de Cámara

Constancia: Se deja constancia que la presente es suscripta por dos de Ministros integrantes de la cámara, atento a que el Dr. Alberto Staib ha cesado en sus funciones, por haberse acogido a los beneficios jubilatorios. (art 141 II del CPC).

Dra. Alejandra Iacobucci

Secretaria de Cámara Interina

Dra. Graciela MASTRASCUSA

Juez de Cámara

Dr. Gustavo Alejandro COLOTTO

Juez de Cámara

Dra. Alejandra Iacobucci

Secretaria de Cámara

Interina