



Roj: SAP M 2152/2015 - ECLI:ES:APM:2015:2152
Id Cendoj: 28079370212015100021
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Madrid
Sección: 21
Nº de Recurso: 27/2014
Nº de Resolución: 23/2015
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: VIRGINIA VILLANUEVA CABRER
Tipo de Resolución: Sentencia

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoprimera
C/ Ferraz, 41 , 914933873 - 28008
Tfno.: 914933873,3872
37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0000412

Recurso de Apelación 27/2014

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 73 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 236/2012

APELANTE: D./Dña. Leon y D./Dña. Beatriz

PROCURADOR D./Dña. MARIA LOURDES AMASIO DIAZ

APELADO: D./Dña. Valeriano

PROCURADOR D./Dña. JOSE MARIA RICO MAESSO

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

DOÑA ROSA MARIA CARRASCO LOPEZ

DOÑA MARIA ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

DOÑA VIRGINIA VILLANUEVA CABRER

En Madrid, a veintidós de enero de dos mil quince. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación los autos de procedimiento ordinario número 236/2012, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como Apelantes-Demandantes: D. Leon y Dña. Beatriz , y de otra, como Apelado-Demandado: D. Valeriano

VISTO, siendo Magistrado Ponente **la Ilma. Sra. Dª VIRGINIA VILLANUEVA CABRER.**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, en fecha 1 de octubre de 2013, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA formulada por la Procuradora doña Lourdes Amasio Díaz, en nombre y representación de DON Leon (menor de edad) representado por su madre Dª Beatriz , contra D. Valeriano , representado por el

Procurador don José María Rico Maesso y, en consecuencia ABSUELVO libremente al demandado de todos los pedimentos contra él dirigidos en la presente reclamación judicial.

Todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia a la parte actora, haciendo manifiesta declaración de temeridad y mala fe en la misma, con el apercibimiento de que las mismas no pueden ser repercutidas en suma alguna al demandado como titular también de la patria potestad del menor Leon , sino que habrán de ser satisfechas íntegramente por D^a Beatriz .".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, se dio traslado del mismo a la parte apelada, quién se opuso en tiempo y forma. Elevándose los autos junto con oficio ante esta Sección, para resolver el recurso.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 11 de diciembre de 2014, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 19 de enero de 2015.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la procuradora doña Lourdes Amasio Diaz en representación del menor de edad Leon , representado por su madre doña Beatriz , se presentó demanda contra el padre del menor don Valeriano , interesando que se le condenase al pago de 13.304,97 euros, por las lesiones que sufrió el día 19 de febrero de 2.011, en el domicilio del demandado, que al ausentarse y dejar sin compañía al menor, fue mordido por el **perro** que estaba en el inmueble que se puso nervioso al llamar una tercera persona al telefonillo. El demandado se opuso a la demanda. La Sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda, con condena en costas a doña Beatriz , declarándose expresamente temeridad y mala fe en la misma. Contra la sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora que reiteró sus pretensiones y solicitó así mismo se revocara la imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.- La actora ejercitó en su demanda de conformidad con el artículo 1.902 del C.C . una acción de responsabilidad extracontractual o aquiliana que para su admisión es necesario, de conformidad con una consolidada, uniforme y reiterada jurisprudencia, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un elemento subjetivo representado por un hacer u omitir algo que se encuentra fuera de las normas de cautela y previsión establecidas por el ordenamiento y socialmente aceptada, atendidas las circunstancias del caso concreto, es decir, de lugar, tiempo y persona, adoptando las precauciones necesarias que quizás hasta ese momento no se habían observado, pero que ante nuevas circunstancias exige adoptarla, y sin embargo le son indiferente si ocurre, o se arriesga a realizar algo que es peligroso, b) un resultado dañoso para algo o alguien, y c) relación de causalidad entre la conducta y el evento dañoso.

Responsabilidad que no exige la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino que basta con actuar no ajustándose a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, STS de 22-4-87 , 7- 12-87 , 17-7-89 , 8-3-95 4-6-91 , entre otras. La Sentencia de 17 de noviembre de 2.001 declara que: "En este sentido resultan de aplicación las sentencias del T.S. que han venido a establecer que la culpa extracontractual sancionada en el art. 1902 del C.C ., no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar", por ello no se puede considerar suficiente para descartar la actuación culposa el que se hayan cumplido las disposiciones reglamentarias o administrativas, STS 25-4-02 , o como señala la Sentencia de 25-9-96 : "Partiendo de cuanto antecede, ha de recordarse que la culpa sancionada por el art. 1902 no consiste sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar experiencia (imprudencia temeraria con posible sanción penal), sino también en no prever lo que pudo y debió ser previsto para evitar que los riesgos potenciales se convirtieran en accidente real".

De lo anterior se deduce que estamos ante una responsabilidad claramente subjetiva, la culpa es la base de la imputación de la responsabilidad, pero ante una sociedad en continua evolución en la que cada vez son más y complejas las relaciones humanas, se ha tendido a una postura cuasiobjetiva, mediante correcciones como la teoría del riesgo y la inversión de la carga de la prueba, es una progresiva evolución, acorde con la realidad social, aunque sin olvidar un fondo culpabilístico, que desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la demostración del nexo causal. Se trata de una minoración del aspecto subjetivo, pero sin eliminar o prescindir del factor moral que necesariamente ha de concurrir en la conducta del agente. En este sentido, la

Sentencia de 30 de junio de 2.000 declara que: "Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (S. 11 febrero 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (Sentencias 17 diciembre 1988 , 2 abril 1998). Es preciso la existencia de una prueba terminante (Sentencias 3 noviembre 1993 y 31 julio 1999), sin que sean suficientes meras conjeturas, deducciones o probabilidades (Sentencias 4 julio 1998 , 6 febrero y 31 julio 1999). El "cómo y el porqué" del accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso (Sentencias 17 diciembre 1988 , 27 octubre 1990 , 13 febrero y 3 noviembre 1993). La prueba del nexo causal, requisito al que no alcanza la presunción insita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado (Sentencias 14 de febrero 1994 , y 14 febrero 1985 , 11 febrero 1986 , 4 febrero y 4 junio 1987 , 17 diciembre 1988 , entre otras)". En parecidos términos señala la Sentencia de 6-11-01 : "en todo caso es preciso que se pruebe la existencia del nexo causal, correspondiendo la carga de la prueba al perjudicado que ejercita la acción. Por otra parte es de señalar que no basta la causalidad física, sino que es preciso que conste una acción u omisión atribuible al que se pretende responsable (o por quién se debe responder) determinante, - en exclusiva, o en unión de otras causas; con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificada, según las circunstancias concurrentes (entre ellas la entidad del riesgo)-, del resultado dañoso producido".

Además, será necesaria la aplicación del principio de la causalidad adecuada que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, como nos dice la Sentencia de 6 de febrero de 1.999 , debe entenderse como consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad, es decir, como señala la Sentencia de 18 de abril de 1.992 , una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto). La Sentencia de 16 de septiembre de 1.996 exige: "para apreciar culpa en el conductor, que el resultado dañoso sea consecuente de un acto antecedente, imputable al mismo y que actúe como causa necesaria y con intensidad suficiente para producir dicho resultado negativo, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo (sentencia de 29-4-1994)", en parecidos términos señala la Sentencia de 3 de abril de 1.992 declara que: "la aplicación exigible del principio de causalidad eficiente, porque si ciertamente, como consecuencia de la equivalencia de condicionales, según la cual se reputa causa toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido ni la condición no se hubiere dado ("condictio sine que non"), y la de causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dado, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo casual que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto)".

En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario, no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados. Debe excluirse como fuente autónoma de responsabilidad, y por el contrario, debe considerarse como un criterio de imputación del daño al que lo padece, el riesgo general de la vida (Sentencia de 5 de enero de 2006 , con cita de las de 21 de octubre y 11 de noviembre de 2005), los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (Sentencia de 2 de marzo de 2006 , que también cita la de 11 de noviembre de 2005), o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (Sentencia de 17 de junio de 2003 , y de 31 de octubre de 2006).

TERCERO.- Examinada nuevamente la prueba practicada en las actuaciones, muy fundamentalmente lo manifestado por el menor que fue el único que estaba presente cuando se produjo el daño, no es posible concluir, como bien señala la sentencia de instancia de forma pormenorizada con razonamientos que hacemos nuestros en su integridad, la existencia de un comportamiento inadecuado o negligente por parte del demandado al dejar al menor de diez años en una habitación viendo la televisión con un **perro** que tenía atado y había apercebido al menor reiteradamente que tuviera cuidado con el **perro** de la familia, con el que el menor jugaba desde que era un cachorro y que nunca había mostrado un comportamiento agresivo; que provoque que deba responder de los perjuicios reclamados por la Sra. Beatriz .

En cualquier caso, para declarar la responsabilidad del demandado, dado que no estamos ante una actividad de riesgo, se exige una conducta negligente, activa u omisiva que desatienda las normales diligencias

para evitar hechos plenamente previsibles y evitables, que no era el caso. El fundamento de la petición de la actora reside en la idea de exigir que el padre del menor esté con él en cualquier circunstancia y tal exigencia no es predicable ni de un padre ni de una madre de un menor de diez años, con cierto discernimiento ya, que se encuentran en su domicilio.

No es un hecho que pueda darse por acreditado la raza del **perro** ni que este fuera peligroso, y sí que convivía con la familia desde que era muy pequeño y era cuidado por el padre y su hijo cuando estaba en su compañía, aun cuando por la fuerza del **perro** fuera el padre quien lo sacaba a pasear. Si el padre al salir de la habitación dejó al **perro** atado no era previsible que se pusiera nervioso por al parecer la llamada insistente del telefonillo y su excitación no fue percibida extraña por el menor que conocía al **perro**, que pasó a su lado al sentarse en el sofá, y le atacó de forma imprevisible.

Por todo ello, ha de estimarse que el esfuerzo probatorio no ha sido adecuado, en consecuencia no se puede dar por acreditada la existencia de un comportamiento negligente del demandado en el cuidado de su hijo, y procede desestimar la demanda.

CUARTO.- Sin embargo en lo relativo a la condena en costas de primera instancia no se aprecia por la Sala que la actora haya formulado la demanda con manifiesta temeridad o con mala fe, debiendo ser condenada únicamente en virtud del principio del vencimiento que consagra el artículo 394 LEC . Que la demandante formulara la demanda contra el padre del menor ante las lesiones que presentaba éste y la controversia que en el ejercicio de la patria potestad parecen mantener las partes, cuestión que tampoco ha sido debidamente acreditada, más allá de que los progenitores hayan acudido a la vía judicial para regular las relaciones paterno filiales, y no siendo obligado acudir a la mediación que propone el órgano judicial para resolver una controversia en la modificación de la LEC, no parece motivo para entender que esta actuara de forma incorrecta o temeraria al exigir al padre una responsabilidad por culpa.

En consecuencia procede estimar parcialmente el recurso debiendo dejarse sin efecto la declaración de mala fe y temeridad de doña Beatriz efectuada en la condena en costas.

QUINTO.- Estimándose parcialmente el recurso de apelación no procede expresa condena al pago de las costas de esta alzada de conformidad con el artículo 398.2 de la LEC .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- FALLAMOS

LA SALA ACUERDA : Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Lourdes Amasio Díaz en nombre y representación del menor Leon representado por su madre doña Beatriz , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, con fecha 1 de octubre de 2013 , en el Juicio Ordinario 236/2.012, debemos revocar la misma únicamente en el pronunciamiento sobre costas, que se imponen a la actora sin declaración de mala fe ni temeridad.

Sin imposición de las costas de esta alzada a las partes.

Contra la presente resolución cabe el Recurso de Casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, en los términos previstos en el art 469 de la LECv, en relación con la Disposición Final Decimosexta de la misma, a interponer en el plazo de veinte días ante este Tribunal y del que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Y en su día, devuélvase las actuaciones originales con certificación literal de esta Sentencia y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.