



Roj: SAP IB 661/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:661
Id Cendoj: 07040370052016100100
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palma de Mallorca
Sección: 5
Nº de Recurso: 35/2016
Nº de Resolución: 107/2016
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MATEO LORENZO RAMON HOMAR
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00107/2016

SENTENCIA nº 107

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistrados:

D^a. COVADONA SOLA RUIZ

D^a. MARÍA ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En Palma de Mallorca, a diecinueve de abril de dos mil dieciséis.

Vistos en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 452/2014, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4 de INCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION 35/2016, entre partes, de una, como parte demandada apelante, D. Bienvenido , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. ANA MARÍA CRESPI TORTELLA y asistido por la Abogada D^a. MARGARITA FERRER BIBILONI; y de otra, como parte actora apelada, D. Cayetano , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. JUANA ISABEL BENNASAR PIÑA y asistido por el Abogado D. BARTOMEU ALEXANDRE FRAU LLULL.

Es PONENTE el Ilmo. Magistrado Sr. D. MATEO RAMÓN HOMAR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Magistrado Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.4 de INCA, se dictó Sentencia nº 140 con fecha 14 de septiembre de 2015 , cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: "*QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D. Cayetano , contra D. Bienvenido , DEBO CONDENAR Y CONDENO a éste a pagar al actor la suma de:*

a) *MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS CON NOVENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (1.665'99 EUROS), con los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y los del 576 LEC;*

b) *MÁS EL IMPORTE QUE RESULTE DE CALCULAR 26 OVEJAS AL PRECIO DE UNA OVEJA COMÚN EN EL AÑO 2013, A CALCULAR EN EJECUCION DE SENTENCIA, A EXCEPCIÓN DE QUE EN DICHA FASE PROCESAL EL ACTOR ACREDITE FEHACIENTEMENTE MEDIANTE LA APORTACIÓN DEL LIBRO DE BAJAS EL CHIP Y RAZA DE LAS CONCRETAS OVEJAS DE RAZA ROJA MALLORQUINA MUERTAS ENTRE EL 27 DE AGOSTO Y EL 16 DE NOVIEMBRE DE 2013, CASO EN EL QUE SÍ SERÁ CALCULADO SU IMPORTE A RAZÓN DE 160 EUROS LA UNIDAD.*

Cada parte pagará las COSTAS causadas a su instancia y las comunes por mitad" .

SEGUNDO.- Que la expresada Sentencia fue recurrida en Apelación por la parte demandada y, seguido el recurso por sus trámites, se deliberó y votó en fecha 12 de abril de 2016, quedando el mismo concluso para dictar la presente resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso de Apelación se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO .- El planteamiento de la demanda y contestación se hallan acertadamente recogidos en el fundamento primero de la sentencia de instancia, el cual se reproduce: *"El actor D. Cayetano , pastor de profesión, en ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual, interpone la demanda instauradora de la presente litis en reclamación de la suma de 6.305'99 euros por los cuantiosos daños y perjuicios sufridos en su rebaño de ovejas que afirma es de raza "vermella mallorquina", alegando que fueron gravemente atacadas durante el pastoreo por tierras de la finca " DIRECCION000 " que posee el actor arrendada en aparcería a D. Leon , ataque que padeció hasta en seis ocasiones (27 de agosto, 28 de agosto, 2 de septiembre, 4 de septiembre, 11 de septiembre y 16 de noviembre de 2013), causados a su entender por los **perros** del demandado, hechos que han supuesto en total la muerte de 29 de ellas y de 2 corderos, más otros 2 corderos rechazados en el matadero por presentar mordeduras de **animal**, más otras tantas ovejas heridas, gastos de veterinario, recogida de **animales** muertos mediante tractor-pala que tuvieron que alquilar expresamente para ello, y muchas horas de vigilancia diurnas y nocturnas padecidas por tres personas de la familia para intentar evitar otro nuevo ataque a su rebaño; fundando su reclamación en que Bienvenido es el responsable directo del perjuicio sufrido por el actor, en aplicación de los artículos 1902 y 1905 del Código Civil , por cuanto considera que su reiterada negligencia en el deber de custodia de sus **perros** es palmaria y la única causante de los daños padecidos por el demandado.*

*Alega que si bien en un principio el demandado se responsabilizó frente al actor del daño causado por sus **perros**, ayudándole a recoger todas las ovejas muertas y enterrándolas con él en la finca, además de haberse comprometido a hacerse cargo de pagar los daños económicos causados, lo cierto es que tiempo después ha hecho caso omiso de su responsabilidad, habiendo sido necesario interponer la presente demanda para que el demandado asuma la obligación que le corresponde, reclamando el principal, así como el pago de intereses y costas.*

*El joven demandado Bienvenido se opone a la demanda negando tajantemente que fueran sus **perros** los que hubieran causado el ataque al rebaño de Don Cayetano , alegando entre otros extremos que su finca está totalmente vallada y sus **perros** nunca se han escapado; que no es cierto que se le escapen de la finca, pudiendo haberles sacado alguien las fotografías del documento 4 adjunto a la demanda por el campo y no en la finca donde pastorea el rebaño del actor; que además cuando la policía local estaba en su casa y vio llegar a sus dos **perros** sueltos, era, no porque se hubieran escapado, sino porque en ese momento acababan de llegar de cazar patos con ellos por la albufera; que es cierto que ayudó al Sr. Cayetano a enterrar sus **animales** muertos, pero que nunca reconoció que lo hubieran hecho sus **perros**, lo hizo no por ser responsable de nada, sino porque tanto su padre como D. Leon , vecino y propietario de la finca " DIRECCION000 ", se lo pidieron, y que también en su casa los días 1 y 15 de junio de 2013 padecieron un ataque contra sus gallinas, resultando ser causado por los **perros** de otra finca colindante, habiendo hallado a uno de ellos con una gallina en la boca. Alegan que la policía local atrapó a uno de esos **perros** y lo trasladaron al "Centro de protección de **animales** domésticos y abandonados" (CEPAD). Por todo lo anterior, considera que el grave y lamentable ataque padecido por el rebaño de D. Cayetano pueden haberlo causado otros canes y no los suyos, interesando una sentencia absolutoria con imposición de costas a la parte actora" .*

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda, fija una indemnización a favor de la actora de 1.665,99 euros, dejando para ejecución de sentencia la fijación del importe de la indemnización por el precio de las ovejas muertas, siempre en número de 26, al precio de una oveja común que deberá determinarse en ejecución de sentencia, " salvo que en dicha fase procesal acredite fehacientemente mediante la aportación del Libro de Bajas el chip y raza de las concretas ovejas de raza mallorquina muertas entre el 27 de agosto y el 16 de septiembre de 2.013, caso en el que sí deberá ser calculado su importe a razón de 160 euros la unidad ". Tras aludir a doctrina jurisprudencial en relación con el artículo 1.905 del Código Civil , considera acreditado que los **perros** del demandado, y no otros, son los causantes de los daños en el rebaño de ovejas de propiedad del demandante objeto de esta litis, y expone las pruebas a partir de las cuales ha llegado a dicha conclusión, en concreto, la testifical de D. Leon , las fotos tomadas por dicha persona con identificación de los

perros por parte del demandado en su interrogatorio, la declaración del Policía Local de Alcudia nº NUM000 , el interrogatorio del demandante sobre el vallado de la finca, que el demandado no ha acreditado que la sangre del hocico de un **perro** pudiera venir de que habían ido de caza ese día, y que no es verosímil el argumento de que el demandado ayudase al actor al entierro de las ovejas muertas por presión de su vecino D. Leon . En cuanto a los daños, afirma que no se ha discutido el importe de 1.665,99 euros correspondientes a distintos hechos que no han sido controvertidos en la audiencia previa, y la dificultad se centra en la determinación del número de ovejas muertas por los **perros**, en la fijación de su raza, y del precio de las mismas. Reduce el número de ovejas y corderos de las 33 inicialmente reclamadas a 26, pudiendo algunas haber fallecido por causa dudosa distinta del ataque de los **perros**, refiere las limitaciones del certificado emitido por veterinario y no ratificadas por el mismo en el acto del juicio, y no consta acreditado que las ovejas sean de raza roja mallorquina, y su precio si no son de dicha raza.

Dicha resolución es apelada por la representación del demandado en petición de nueva sentencia absolutoria, con base a los siguientes motivos, que resumidamente, son:

- Impugna la valoración probatoria de la sentencia de instancia, que califica de errónea, por cuando afirma que no hay prueba concluyente sobre la autoría de los **perros** de propiedad del demandado sobre la muerte de las ovejas, y refiere que el testigo Sr Leon tiene interés en el asunto en base a un contrato que le vincula con el demandado de aparcería; no puede deducirse el lugar donde fueron tomadas las fotos, y no tiene en cuenta las contradicciones entre los policías locales números NUM000 y NUM001 , pues según el primero un **perro** llevaba sangre en el hocico, y el segundo lo niega; rechaza la existencia del acuerdo de indemnización aludido por el Policía Local nº NUM000 ; y la factura del veterinario no guarda relación con los hechos en atención a las fechas de los ataques.

- Impugnó los documentos en la audiencia previa, así como el número de ovejas, que están repetidas en las fotos, y la causa de su muerte, sin que ningún veterinario lo indique; la demandada solo dio de baja cuatro ovejas en el censo de 2.013 y resalta que falta prueba para acreditar el número de ovejas y corderos muertos y la causa de dicha muerte, y el precio de las ovejas, sea de raza común o de raza roja mallorquina.

- Infracción de los artículos 209.4 y 219 de la LEC al diferir la determinación de parte de la indemnización a la fase de ejecución de sentencia, con aportación de documentos que infringen el artículo 271 de la LEC .

La representación de la parte actora solicita la confirmación de la sentencia recurrida, y destaca que la sentencia de instancia ha fijado las bases para la liquidación de la cantidad a la que se condena, cual es el precio de 26 ovejas al precio de un ejemplar de raza común o de una oveja roja, en este último caso, 160 euros. Son bases claras y precisas para la liquidación; que la diferencia de ovejas en el censo obedece a la reposición de reproductivas; y que se impugnó la documental, pero no se fijó como hecho controvertido.

SEGUNDO.- En cuanto la acreditación de si los **perros** causantes de la muerte de las ovejas son los dos de propiedad del demandado, la Sala no aprecia ningún error en la valoración probatoria efectuada por el Juzgador de instancia, cuya extensa y exhaustiva argumentación ratifica esta Sala. Tal hecho se deduce de un conjunto de pruebas, siendo la más relevante el testimonio de D. Leon , propietario de la finca de DIRECCION000 de Alcudia, en la cual pasta su rebaño de ovejas el demandado. No apreciamos motivo de interés en dicha persona que ponga en duda su credibilidad, pues el hecho de que tenga una relación jurídica en virtud de la cual permite al demandado que sus ovejas pasten en su finca, no le convierte en titular de interés directo en el supuesto que nos ocupa. La circunstancia de que durante algún tiempo dicha persona hubiere dado clases de repaso al demandado no resta credibilidad a sus manifestaciones. Su declaración, en la que no se aprecia ninguna contradicción, es concluyente en cuanto a las fotos aportadas de los **perros** tomadas por él mismo, y en la existencia de las ovejas muertas en su finca en los cuatro ataques de los **perros**, así como en las gestiones que llevó a cabo tras los hechos, hablando con el demandado y sus padres, y en haber visto a los **perros** y a las ovejas muertas, explicando la facilidad de dichos **animales** para saltar una valla de la finca preparada únicamente para las ovejas, así como en el hecho de que el demandado ayudó al ahora actor en el entierro de las ovejas, en tarea notoriamente penosa en verano y con cuerpos en estado de descomposición.

Dicha declaración es complementada por la del Policía Local nº NUM000 de Alcudia, quien dentro de la misma es el encargado de asuntos relacionados con **animales**, y es concluyente en que el demandado admitió ante él mismo que sus **perros** eran los causantes de la muerte de las ovejas y que indemnizaría al ahora demandante, sin que después lo llegara a hacer. Es muy relevante que en el último de los cuatro episodios de ataques, apreciase sangre en el hocico de uno de los **perros**, y que los mismos venían sueltos de DIRECCION000 , sin el menor indicio de que los mismos en ese día viniesen de caza. Correspondía al demandado la carga de la prueba de que en ese día volvían tras su dedicación a la caza de patos y que

la sangre en el hocico era debida a dicho motivo, y no se ha practicado prueba alguna sobre el particular. Asimismo pone de relieve que en dicho día el demandado dejaba a sus **perros** sueltos sin vigilancia alguna. La circunstancia de que el Policía Local nº NUM001 no recordara la existencia de sangre en el hocico o su imprecisión sobre el lugar donde se hallaban los **perros** en el día en que visitó la casa, no desvirtúa el anterior testimonio, y es posible que no se fijara en dicho detalle, o que cuando llegase a la casa los **perros** ya se hallasen en su perrera.

Asimismo, el demandado no ha acreditado un motivo convincente, distinto a su reconocimiento de culpa, que justifique su ayuda a una tarea tan penosa como enterrar ovejas muertas, y en este sentido, no obran motivos de amistad, parentesco u otros que puedan justificarlo, y ello es otro indicio de credibilidad de la versión del testigo Sr Leon .

En consecuencia, se considera acreditado que los dos **perros** propiedad de la parte demandada son los causante de la muerte de las ovejas y corderos.

TERCERO.- En cuanto a los conceptos indemnizatorios distintos al precio de las ovejas y corderos muertos, que comporta la suma de 1.665,99 euros, la parte actora ha presentado una documentación que la demandada impugnó, pero en la audiencia previa no se consideró como hecho controvertido. Dicha circunstancia es suficiente para inferir que la cuantía de dichas indemnizaciones es un hecho admitido que queda fuera de la actividad probatoria, y, de no ser así, la parte demandada debió incluirlo dentro de los hechos controvertidos, con lo cual se consideran admitidos en cuanto a perjuicios derivados de la muerte de las ovejas.

CUARTO.- En cuanto al número de ovejas afectadas, la raza de las mismas y el precio de mercado de las mismas, la prueba practicada no es tan concluyente como en el tema de la autoría.

En cuanto al número de ovejas afectadas, la Juzgadora de instancia ha reducido el número de las 33 solicitadas a 26, y tal pronunciamiento es impugnado únicamente por el demandado que solicita una reducción de su número, pero sin indicar a su juicio cuantas son las afectadas. No presentan duda la existencia de dos reses desechadas por el veterinario en el matadero de Inca, y sobre las demás, obran en autos fotos de las mismas y la certificación del veterinario que en su certificación al folio 38 de fecha 21 de septiembre de 2.013, en relación con el cual la parte actora ha renunciado a su declaración testifical, alegando que estaba enfermo, pero sin acreditación de dicha circunstancia. Se trata de un hecho de difícil prueba, con correlativa dificultad de determinar en las fotos si se trata de una misma oveja o de otra distinta. El censo no es definitivo, pues es muy probable que las bajas por las muertes objeto de esta litis hayan sido repuestas y no se altera el resultado final. En base a dichas pruebas aportadas, la Sala estima correcto el número de ovejas afectadas.

Se ha planteado controversia sobre si las ovejas y corderos afectados son de raza común, o, por el contrario de raza roja mallorquina. El demandante alega que todas las ovejas son de esta última raza, pero no presenta prueba alguna al respecto, y ni siquiera se le pide sobre el particular al Sr Leon , y por las fotos, al Juzgador le es imposible determinar si son de una u otra. Asimismo, el veterinario no lo certifica, y en las dos reses desechadas del matadero, no se recoge la raza.

El demandante, al partir del hecho alegado de que todas las reses eran de la raza roja mallorquina no ha practicado prueba sobre el precio de ovejas de raza común, y en cuanto a las de la aludida raza ha presentado un certificado de la "Associació de ramaders de l'ovella roja mallorquina", conforme a la cual el precio de las mismas es de 160 euros cada **animal**.

Ante esta situación de duda, en un contexto en el cual la parte demandada no ha propuesto prueba alguna sobre el particular, la Juzgadora de instancia ha optado por diferir la cuestión a la fase de ejecución de sentencia fijando las bases para su cálculo.

La LEC en sus artículos 209.4 y 219 de la LEC se muestra totalmente opuesta a dejar la determinación de daños y perjuicios para la fase de ejecución de sentencia, y dicho último artículo en su párrafo tercero dispone que " 3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al Tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al Tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades"

No obstante dicho rigor ha sido suavizado en la STS 11 de junio de 2.015 , en la cual se indica que "Esta Sala viene efectuando una interpretación flexible y garantista del art. 219 LEC , declarando en sentencia de 17 de abril de 2015 : «en esa doble fase que resulta de una pretensión resarcitoria ejercitada contra la aseguradora: una previa, declarativa de la existencia de un daño cubierto por la aseguradora en virtud de la

póliza en vigor del que es responsable el asegurado, y otra posterior de condena, una vez cuantificado el daño en la sentencia, la segunda se traslade a un juicio posterior por no haberse podido concretar el alcance de la indemnización debida al perjudicado, pues así lo autoriza el artículo 219 de la LEC "se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades") y la jurisprudencia que lo interpreta.

Esta Sala en la STS, del Pleno, de 16 de enero de 2012 , que reiteran las de 28 de junio , 11 de julio y 24 de octubre de 2012 ; 9 de enero y 28 de noviembre 2013 , ha declarado -en interpretación de los artículos 209. 4.º LEC y 219 LEC -, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales -contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial-, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las partes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso ». Del mismo modo en STS de 11 de diciembre de 2.015 .

En el supuesto enjuiciado, la Sala considera que pueden aplicarse las circunstancias singulares aludidas en la doctrina jurisprudencial expuesta, singularmente la notable dificultad probatoria que supone para la actora el determinar la raza de cada oveja muerta, en un contexto de cuatro ataques de **perros** en distintos días consecuencia de la imprudencia del demandado al dejar los **perros** sueltos sin ningún control, y en la perentoria necesidad de proceder a su pronto enterramiento por razones de salubridad, sin que la parte demandada tampoco haya efectuado prueba alguna sobre los precios medios de mercado de cada tipo de ovejas. Asimismo, la Juzgadora de instancia establece las bases para el cálculo de la indemnización, de modo que no se infringe el principio de contradicción.

En consecuencia, se desestima el recurso de apelación interpuesto y se confirma la sentencia de instancia.

QUINTO.- Que con respecto a las costas de esta alzada, y en aplicación del artículo 398 LEC , procede la imposición de las mismas a la parte demandada, en aplicación del principio objetivo o del vencimiento, al ser esta sentencia confirmatoria de la impugnada.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA:

1) DESESTIMAR el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D^a Ana María Crespí Tortella, en **no** mbre y representación de D. Bienvenido , contra la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2.015 , dictada por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Inca, en los autos Juicio Ordinario, de los que trae causa el presente Rollo.

2) Confirmar dicha resolución.

3) Imponer a la parte demandada apelante las costas de esta alzada, con pérdida del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.