

SENTÈNCIA

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 29 de maig del 2018

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY, i els magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

ANTECEDENTS DE FET

I.- Per escrit presentat en data 16-07-2014 la representació processal de la Sra. T.E.M. –en la seva qualitat condició legal representant de la seva filla menor N.M.E.– va interposar demanda en reclamació de quantitat pel procediment ordinari contra la SOCIETAT X SAU, sol·licitant que es dictés sentència condemnant a la mercantil defenent a satisfer a la seva mandant la quantitat de 14.965,50.-euros, augmentada dels interessos legals corresponents, juntament amb les costes judicials ocasionades, inclosos els honoraris d'advocat, de procurador i de perit.

En data 10-09-2014 la representació processal de la part defenent es va oposar a la demanda i va articular crida en garantia formulant subsidiàriament excepcions peremptòries de manca de legitimació passiva i litisconsorci passiu necessari, així com reclamava la imposició de les costes processals a l'adversa amb inclusió dels honoraris d'advocat

i procurador. Per aute de data 04-11-2014, es decidí no donar lloc a la petició de crida en garantia.

II.- Les parts van replicar i duplicar de forma oportuna reproduint les seves pretensions.

III.- Obert el judici a proves van ser practicats els diferents mitjans probatoris proposats pels litigant.

IV.- Les parts van formular escrit de conclusions en què van reproduir les seves pretensions inicials.

V.- L'Hble. Tribunal de Batlles va dictar sentència, de data 22-11-2017, amb la següent part decisòria:

“Primer.- que desestimant íntegrament la demanda formulada per la Sra. T.E.M. contra la societat mercantil andorrana unipersonal per accions “Societat X, S.A.U.”, ha d'absoldre i absol lliurement a la darrera de tots i cadascun dels pediments efectuats de contrari amb condemna en costes processals d'aquesta instància segons s'ha raonat en el III.- Considerant.

Segon.- contra aquesta resolució es pot interposar recurs d'apel·lació en el termini de tretze dies, presentant la voluntat d'apel·lar davant la secció del Batlle Ponent. Presentada l'apel·lació, el Batlle Ponent emplaçarà per Providència les parts perquè compareguin davant el Tribunal Superior de Justícia d'Andorra per a formalitzar el recurs en el termini de quinze dies remetent així mateix els autes originals.”

VI.- La representació processal de la Sra. T.E.M. va interposar recurs contra la sentència dictada a la instància i, en data de registre 07-02-2018, va articular llur escrit de conclusions, en virtut del qual, i pels arguments continguts demana la revocació de la sentència en el sentit de declarar l'existència d'infracció de l'article 4 del Reglament d'ús de l'atracció ** i en conseqüència la responsabilitat de la societat demandada, i en segon lloc l'existència d'un fallo en els sistemes de

seguretat de l'atracció que va propiciar l'accident sofert per la menor en data 14 d'agost de 2011, així mateix sol·licita la condemna de l'adversa a reparar en el possible el perjudici causat mitjançant indemnització de conformitat amb el petitum efectuat a la demanda principal, amb imposició de les costes processals d'ambdues instàncies.

La representació processal de la societat X SA, per escrit de contesta a les conclusions de data 27-02-2018, i en consonància amb les consideracions efectuades, demana que es desestimi el recurs amb imposició a la part recurrent, de les costes processals d'ambdues instàncies, inclosos honoraris d'advocat i de procurador.

VII.- Per Aute d'aquesta Sala, de data 20-03-2018, no es va donar lloc a la pretensió probatòria sol·licitada per la representació processal de la Sra. T.E.M., mitjançant el seu escrit de conclusions.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

FONAMENTS DE DRET

I.- Els motius o greuges en els que la part demandant fonamenta el seu recurs són els que segueixen.

En primer terme, considera que s'ha interpretat incorrectament l'article 4 del Reglament d'ús de l'atracció de 2011 que imposa que tot menor viatgi amb una persona adulta. Sustenta que és una interpretació errònia assimilar persona adulta a infant major de catorze anys.

En segon terme, existeixen proves que es contradiuen. Per una banda, les declaracions dels empleats i responsables de l'atracció relatives a les mesures d'actuació i de seguretat, les funcions del personal i les revisions. I, per una altra, que la menor N.M.E. a la corba 11 va patir l'accident i a la següent contracorba era llançada de la vagoneta.

Aquestes darreres proves acrediten que es va produir una falla en el sistema de seguretat.

En tercer terme, sosté que resulta inaplicable la teoria de l'assumpció del risc de l'ús de l'atracció, ja que no és una activitat que s'ofereixi com a perillosa o de risc.

I, en darrer terme, exposa que la imposició de les costes és injusta ja que la menor N.M.E. va usar pacíficament l'atracció, va resultar ferida, i se la penalitza amb la imposició de les costes processals, quan la Novel·la 82, cap. X justifica la no imposició.

II.- La sentència d'instància fonamenta l'absolució de la mercantil explotadora del ** en els següents fets i arguments.

Els fets que donen origen al present plet són l'accident que va tenir lloc el 14-08-2011, al voltant de les 14.30 hores, al **. La família es va distribuir en tres vagonetes: esposa i fill del Sr. E.M. (1ª vagoneta), N.M.E. i J.M.E. de 12 i 15 anys respectivament (2ª vagoneta) i F.E.M. (3ª vagoneta).

En la segona vagoneta anava al davant la menor N.M.E. i al darrer el seu germà J.M.E., segons les consignes del personal de l'atracció i que era aquest darrer qui controlava la velocitat de la vagoneta.

A la corba 11 el peu de la menor N.M.E. va picar contra una barana protectora o amb una placa metàl·lica de subjecció dels rails i en la següent contracorba li va sortir part del cos i fou subjectada i introduïda de nou a la vagoneta pel seu germà, alhora que va treure les mans per a frenar i es va produir cremades.

La fonamentació jurídica descansa en les resolucions judicials penals d'arxiu, que entenen que la menor N.M.E. portava el cinturó degudament cordat quan va iniciar el seu trajecte a la vagoneta. Sustenta

que l'atracció del ** és sovint emprada pels menors i no es pot negar automàticament l'assumpció de risc. No va concórrer cap anomalia ni manca de mesures de seguretat i qualsevol persona podia constatar en què consistia el perill i risc de l'atracció, de manera que res impedia que hagués advertit, avaluat i decidit sobre l'acceptació del risc.

III.- La resolució del present recurs exigeix un estudi acurat dels pressupòsits de la responsabilitat civil quan la víctima és un menor en una atracció activa.

Resta clar dels fets relatats que concorre en el present cas l'existència d'un dany que ha afectat a la menor N.M.E. i que aquest esdevé conseqüència directa i necessària, segons la tesi de la causalitat adequada, de la utilització de l'atracció anomenada **. Per tant, no hi ha dubte que es troben reunits en el present cas l'acció o omissió, el dany i el nexa de causalitat. I resta per analitzar quin ha de ser el títol d'imputació per a determinar la responsabilitat de qui explota l'atracció quan aquesta s'ha de configurar com atracció activa i la víctima és una menor.

No hi ha dubte que es tracta d'una atracció activa, on és l'usuari de l'atracció qui té el domini de l'aparell i ha de seguir les indicacions que a tal fi li són lliurades per la direcció, com ja vam indicar a la nostra sentència de 31-05-2016, a l'igual que s'esdevé en els cotxes de xoc o en altres atraccions on li correspon a l'usuari desplegar una diligència adequada, de manera que les actituds que posin en perill la seva integritat física per maniobres perilloses o contràries a les indicacions de l'atracció li són imputables, tota vegada que ens trobaríem en supòsits de culpa exclusiva de la víctima.

En el cas que ara ens ocupa, és cert que es tracta d'una menor i que usualment aquest tipus d'atracció són emprades per menors com a mecanisme d'oci i de diversió, mitjançant la generació d'adrenalina que comporta la utilització d'aquesta. Des d'aquesta òptica, s'ha de convenir amb la resolució d'instància que l'assumpció del risc que representa la

utilització del ** fou comprès pels menors que van pujar a la vagoneta, la N.M.E. i el seu germà, en atenció a la seva edat i al seu grau de maduresa i, a més, per quant els seus parents viatjaven en les vagonetes de davant i de darrere d'ells, de forma que des d'aquest prisma no es pot justificar la responsabilitat de la defenent i explotadora de l'atracció.

IV.- Tampoc es pot reprotxar a la mercantil defenent, i respecte d'aquest concret cas, el fet que en una sola vagoneta anessin la menor N.M.E. de 12 anys i el seu germà de 15 anys. I no esdevé reprotxable perquè no existeix un vincle de causalitat, segons la tesi de la causalitat adequada, entre la producció del dany i el fet que la menor anés acompanyada d'un adolescent i no d'un adult.

El Reglament d'ús, en el seu article 4, exigeix que els infants de menys de 14 anys han d'estar acompanyats d'un adult i la raó és pel fet que l'adult pugui controlar la vagoneta i, si s'escau, donar les instruccions oportunes al menor sobre la posició a adoptar, la manera de comportar-se i les demés indicacions escaients respecte de l'ús de l'atracció. I si bé els menors de més de 14 anys poden anar sols a l'atracció, quan es tracta d'acompanyar un altre menor, d'edat inferior als 14 anys, es requereix la presència a la vagoneta d'un adult, tota vegada que la maduresa, capacitat de reflexió i d'impartir instruccions en relació a un menor s'entén necessària en aquests casos.

No obstant la infracció del Reglament en aquest punt, com denuncia el recurrent, aquesta no es pot considerar determinant de la producció de l'accident i, per tant, no es constitueix en causa del dany produït, com veurem tot seguit.

V.- S'ha de posar de manifest que de la prova que es troba a les actuacions resulta que els menors anaven en la vagoneta del mig, que quan es va iniciar el trajecte la menor N.M.E. es trobava ben cordada amb el cinturó de seguretat i que a la corva 11 el peu va sortir del suport per aquest i va colpejar amb l'estructura, alhora que el cos de la menor va

sortir a la següent contracorba, moment en el que es va erosionar les mans per fregar aquestes contra la xarxa de protecció.

A diferència de la sentència del 31-05-2016 (TSJC 158-15), on cap element probatori explicava com les extremitats inferiors podien sortir del trineu, en aquest cas l'informe de la policia i les manifestacions de la explotadora del giny han posat de manifest dos extrems molt rellevants: el primer, que resulta possible que degut a la força centrífuga i amb menors amb poca massa muscular es produeixi aquest desplaçament del cos i, el segon, que el suport pels peus del passatger del davant no els reté degudament en determinats tipus de viratge podent sortir el peu del lloc de protecció.

Aleshores, si bé resta provat que es complien amb les exigències tècniques i l'atracció havia superat les revisions periòdiques oportunes, s'ha de posar en relleu, a l'igual que succeeix en la jurisprudència d'altres països de l'entorn, que el compliment dels requisits reglamentaris no és suficient per a excloure la responsabilitat de l'explotador de l'atracció, sinó que cal analitzar si s'ha esgotat la diligència.

Així, mentre en la sentència del 31-05-2016, vam examinar la infracció del deure de seguretat i eventual negligència, i la seva càrrega probatòria, esdevé oportú aprofundir en la responsabilitat derivada de l'ús d'atraccions actives i avaluar si l'explotador de l'atracció ha esgotat la diligència exigible.

Des d'aquesta òrbita d'idees, la tesi de l'esgotament de la diligència evidencia que una vegada la recurrent ha provat que els menors no van portar a terme cap comportament que generés l'accident, ja que circulaven a la velocitat adequada i de manera correcta, amb els mecanismes de seguretat subministrats per l'empresa, sense que s'haguessin desfet o inutilitzat aquests, i malgrat això, es va produir el dany, quan aquest hauria pogut ésser evitat amb l'adopció d'altres mecanismes de seguretat com existeixen en altres atraccions, com seria

un sistema de retenció més eficaç que un simple cinturó de seguretat o el fet que els trineus gaudissin d'un petit carenat o d'un altre sistema de protecció dels peus. D'aquesta forma s'hagués impedit no solament la sortida del peu del trineu sinó també de part del cos de l'usuari. I a aquest esgotament de la diligència es pot afegir la instal·lació de càmeres en més indrets del recorregut per tal de tenir un millor control i seguiment de l'evolució de l'atracció.

En conseqüència, el recurs s'ha d'estimar i entendre que la part defenent ha incorregut en negligència, encara que sigui lleu, atès que no va desplegar tota la diligència que hagués pogut evitar l'accident, ja que amb l'adopció de les mesures de seguretat indicades els fets damnosos no haguessin tingut lloc; la qual cosa demostra que no va esgotar la diligència en el seu comportament per a evitar la producció de danys.

L'estimació del recurs comporta que aquesta Sala hagi d'examinar quin és el quantum de la indemnització que ha de ser establert.

VI.- En el seu recurs es sol·licita la indemnització que es peticionava en l'escrit de demanda. En aquesta demanava com a condemna la quantitat de 14.965,50 euros, ja que sostenia que l'informe forense era molt moderat.

L'informe forense que es troba a les actuacions (folis 116 i 117) entén que la menor N.M.E. ha patit com a lesió la ferida al peu i fractura transversa del mal·lèol intern tibial no desplaçada. I conclou que això representa una IPP del 3%, un perjudici estètic lleuger (2/7), un perjudici de lleure (1/7) i un preu del dolor de 3/7. La part agent valora aquestes seqüeles en l'import de 13.100 euros (5.000, 2.600, 1.500 i 4.000 euros respectivament), alhora que afegeix unes despeses justificades de 1.865,50 euros.

Dos són els extrems que es qüestionen per la part defenent. El primer és el relatiu al percentatge que el metge forense ha atribuït a certes seqüeles i, el segon, en relació a la quantificació. Així, sustenta que

el perjudici estètic hauria de ser molt lleuger del 1/7 i no del 2/7, que el perjudici de lleure no es troba acreditat ni motivat i que el doloris al ser moderat no podria sobrepassar el 2/7.

Quant al perjudici estètic, ha estat considerat pel metge forense l'existència de les cicatrius que presenta en el peu. I ha valorat el facultatiu el fet que es tracta d'una menor de 14 anys i que, malgrat la zona sigui fàcilment dissimulable, viu en una zona de platja on en èpoques de calor es porta calçat obert i que també en el calçat de vestir (tacons), la cicatriu serà visible. Aquests raonaments, plenament assumits per la Sala, justifiquen mantenir el perjudici estètic en un 2/7. Respecte de la quantificació, manté que no es sobrepassen els 2.400 euros, segons causes del 2009, i que aquí es quantifica en 2.600 euros. Si prenem en consideració que des del 2009 fins ara (9 anys) l'IPC ha augmentat un 8,2% la xifra sol·licitada s'adequa als anteriors paràmetres.

Pel que fa al perjudici de lleure opina la part recorreguda que no es troba acreditat ni provat. Tampoc aquest al·legat pot prosperar. En efecte, de la lectura de l'informe ressort que la pacient forma part d'una agrupació musical del seu poble i que derivat de les lesions i la claudicació li resulta difícil portar a terme les sortides llargues amb la banda. Per tant, sí es prova la concurrència del perjudici de lleure i es quantifica en 1/7 com a molt lleuger, atesa la poca afectació en les activitats de lleure.

Respecte de la seva traducció monetària, entén que la jurisprudència del Tribunal de Corts el fixa en 1.200 euros i esmenta una causa de l'any 2008. Si apliquem els raonaments anteriors, l'evolució de l'IPC en relació a aquesta jurisprudència hem de fixar aquest import en 1.350 euros.

Quant al pretium doloris, es considera que no pot superar el 2/7 i que el seu preu hauria de ser d'uns 2000 euros segons causes dels anys 2005 i 2006.

Si ens atenem, una vegada més, al que disposa l'informe pericial forense, es pot analitzar conjuntament aquest apartat i el relatiu a la incapacitat parcial. De la pericial resulta que, segons el barem de valoració del dany, el cas particular del peu es situa entre un 3 i un 8% quan apareix dolors intermitents, limitació moderada dels moviments de diverses articulacions, lleugera claudicació però amb conservació de l'estabilitat del peu. Atès que el pacient no presenta limitació en els moviments però sí dolors intermitents i claudicació al deambular en trajectes llargs, la IPP es troba ben valorada a la franja baixa de la forquilla; és a dir, en el 3%.

El pel que fa al pretium doloris s'ha d'entendre que la determinació en un 2/7 és correcta, ja que va estar hospitalitzada durant quatre dies amb una revisió quirúrgica, fou traslladada al lloc de la seva residència i ha hagut de seguir tractament amb diferents especialistes i un nombre elevat de sessions de rehabilitació, alhora que encara presenta dolors intermitents i claudicació en deambulacions llargues.

En relació a la quantificació, la IPP, esmenta resolucions dels anys 2008 i 2009 que determinen un IPP del 3% en 4000 i 3.600 euros respectivament. Atès el transcurs dels anys i l'evolució de l'IPC, esdevé assenyat fixar-la en 4.400 euros.

El, pel que fa al pretium doloris, establert en 3/7, l'evolució de l'IPC i la cita de jurisprudència de l'any 2008 que el situen en 3.500 euros permet entendre com a adequat un import de 3.800 euros.

La suma de les diferents partides d'IPP, perjudici estètic, lleure i pretium doloris (4.400, 2.600, 1.350 i 3.800) ascendeix a la quantitat de 12.150 euros, amb més les despeses acreditades documentalment a les actuacions, per import de 1.865,50 euros, comporta una indemnització total de 14.015,50 euros.

Aquesta suma meritarà els interessos legals a comptar de la present resolució judicial.

VII.- L'estimació del recurs justifica la no imposició de les costes d'aquesta alçada. Quant a les de primera instància, atesa l'estimació substancial de la demanda, correspon imposar a la part demandada les costes de primera instància.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas.-

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

DECIDEIX

ESTIMAR el recurs interposat per la representació processal de la Sra. T.E.M. contra la sentència, de data 22-11-2017, i revocar la seva part decisòria, de manera que declarem que procedeix estimar la demanda interposada per la Sra. T.E.M. contra la mercantil X, S.A.U i condemnar aquesta darrera a l'abonament de la quantitat de 14.015,50 euros com a indemnització pels danys derivats de l'accident patit, amb més els interessos legals a comptar de la data de la present resolució. Imposem a la part demandada les costes de primera instància i no efectuem pronunciament sobre les d'aquesta alçada.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. Presidenta de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-