

MINISTRA REDACTORA: DOCTORA ELENA MARTINEZ

Montevideo, cuatro de agosto de dos mil dieciséis

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados: "**M. D. S., M. Y OTROS C/ ESTADO - MINISTERIO DEL INTERIOR - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACION**", IUE: 2-46051/2013, venidos a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en virtud del recurso de casación interpuesto contra la sentencia definitiva de segunda instancia 97/2015, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de lo. Turno.

RESULTANDO:

1) Por Sentencia Definitiva SEF0110-000090/2014, de 3 de noviembre de 2014, el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2o. Turno, Dr. Alejandro Martínez de las Heras, se falló: "*Ampárase parcialmente la demanda instaurada y en su mérito, condénase al Ministerio del Interior a abonar a la parte actora plurisubjetiva el rubro daño moral conforme estimación realizada en el Considerando sexto y el rubro lucro cesante a la coactora M. S. U. M., difiriéndose al respecto la liquidación al procedimiento previsto en el art. 378 del CGP. Ello, más intereses legales desde el hecho ilícito y reajustes de conformidad con el régimen previsto por el decreto-Ley 14.500 en lo pertinente. Sin especial condena procesal en el grado (...)*" (fs. 872-903).

2) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 97/2015, de 9 de setiembre de 2015, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de lo. Turno, integrado por las Dras. Nilza Salvo, Ana Maggi y Alicia Castro, se falló: "*Confírmase la interlocutoria apelada, salvo en cuanto admitió la comparecencia por representante de la Sra. M. S. U., en cuyo aspecto se la revoca y, en su lugar, se la tiene por desistida de su pretensión.*

En su mérito, revócase la sentencia definitiva en cuanto condenó al demandado a indemnizar a la antes mencionada coactora por concepto de lucro cesante y de daño moral.

Revócase también dicha sentencia en cuanto:

a) *Atribuyó el 100% de responsabilidad al Estado-Ministerio del Interior, que se abate al 50%;*

b) En cuanto a los montos de condena por concepto de daño moral de M. R. M. D. S. y de R. T. M., que se fijan en U\$S 30.000 para cada uno, siendo de cargo de la parte demandada el 50%, o sea U\$S 15.000 para cada uno;

c) En cuanto a los montos de la condena por concepto de daño moral de R. F. y J. F. M., que se fijan en U\$S 7.000 para cada uno, siendo de cargo de la parte demandada el 50%, o sea U\$S 3.500 para cada uno.

Sin especial condenación en la instancia (...)" (fs. 947-952).

Por su parte, los Dres. Eduardo Vázquez y Fernando Cardinal, extendieron discordia parcial referente al momento a partir del cual se computan los intereses legales en materia de responsabilidad extracontractual (fs. 955 vto.).

3) Contra dicho fallo, la parte actora interpuso el recurso de casación en estudio (fs. 958-967 vto.) por entender que la Sala aplicó erróneamente los arts. 14, 139, 140, 141, 142, 146 y 340.1 y.2 del C.G.P.; los arts. 167 y 171 de la Ley No. 18.315 y los arts. 1319 y 1324 del C. Civil.

En tal sentido, expresó, en síntesis, los siguientes agravios:

a) El tribunal *ad quem* ha incurrido en graves equivocaciones al valorar la prueba incorporada a la causa, a tal punto que puede considerarse que el pronunciamiento ingresa en la categoría que se ha dado en llamar sentencia absurda o arbitraria.

b) La Sala se equivocó al no tener por justificada la inasistencia de la coactora Sra. U. a la audiencia preliminar. Debido a un valedero motivo fundado (su estado anímico y psicológico), su representante, mediante poder para pleitos, compareció a la audiencia respectiva.

El hecho de que la coactora fuera la pareja del difunto Sr. M. -con quien permanecieron juntos, prácticamente, la mitad de su vida- constituye prueba más que suficiente de la angustia por la que atravesó, la cual le impidió asistir a la audiencia.

No es dable concluir que el tiempo transcurrido entre el fallecimiento de su pareja y la fecha de la audiencia no podía impedirle concurrir a ésta, como arbitrariamente concluyó el Tribunal.

c) En cuanto a la incidencia de la víctima en la producción del infortunio, no es correcta la afirmación de la Sala en punto a que las

reglas de razonabilidad indican que si M. hubiera portado el chaleco antibalas, se hubiese reducido la probabilidad de resultar herido por el disparo accidental de su compañero.

Ello, dado que no se acreditó que el hecho de llevar puesto dicho chaleco hubiese evitado el trágico desenlace.

No puede soslayarse que P. sabía perfectamente que M. no tenía puesto el chaleco antibalas, como tampoco lo tenía él, razón por la cual debió haber extremado los cuidados al manejar su arma.

En todo caso, la falta de instrucción adecuada y la ausencia de control en cuanto al uso del chaleco se le deben atribuir a la demandada, máxime por cuanto existen dudas en torno a la intencionalidad o no del disparo. Tampoco se probó que los chalecos existentes fueran suficientes para los tres policías, ni que tuvieran el blindaje necesario para impedir que las balas los atravesaran. Si bien la orden de servicio No. 5/10 prevé la obligación de usar chaleco antibalas en todo procedimiento, el art. 167 de la Ley de Procedimiento Policial no establece la obligatoriedad de su uso. En todo caso, el porcentaje de incidencia causal del hecho de la víctima no podría superar el 15%.

d) La disminución de los montos de indemnización del daño moral experimentado por los actores no guarda relación con el sufrimiento que detallaron en la demanda.

4) Sustanciada la impugnación, la Administración pública demandada evacuó el traslado que se le confirió, abogado por la desestimación del recurso (fs. 971-979 vto.).

5) Por su parte, el Sr. Fiscal de Corte sostuvo que, en su opinión, el agravio relativo a la valoración de la prueba no sería de recibo (fs. 988-989).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad de sus integrantes naturales, procederá a hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por los siguientes fundamentos.

II) Se desestimarán los agravios referidos a la resolución por la que se tuvo a la coactora M. S. U. por desistida de su pretensión dada su incomparecencia personal a la audiencia preliminar.

Sobre este punto, existe unanimidad entre los integrantes de la Corporación.

La parte recurrente señaló que el letrado asistió a la audiencia preliminar

invocando la representación que emerge del poder para pleitos agregado en autos e indicó que "...la Sra. U. no incompareció a la audiencia preliminar, sino que lo hizo justamente por su representante mediante poder para pleitos, en base a un valedero motivo fundado como es el estado anímico, en tanto se trata de la pareja del difunto M., con quien permaneció prácticamente la mitad de su vida a su lado, configurando ello más que prueba suficiente de la angustia por la que atraviesa..." (fs. 961 vto./962).

No le asiste razón a la recurrente.

El art. 340.1 inc. 1 del C.G.P. dispone que las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justifique la comparecencia por representante.

Sobre esta norma, Teitelbaum explica que el motivo fundado debe invocarse antes de la audiencia o en la propia audiencia por el representante, y debe tratarse de un impedimento de cierta permanencia, por cuanto si el impedimento es circunstancial o transitorio, podrá disponerse la prórroga de la audiencia (Teitelbaum, Jaime, "Audiencia preliminar", en *Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad Ltda., Colonia del Sacramento, 19 al 22 de abril de 1989, pág. 77).

Como expresa Tarigo, el motivo fundado es distinto a la causa de fuerza mayor. Así, los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad o inevitabilidad, propios de la fuerza mayor, no se requieren con relación al motivo fundado.

Citando una sentencia, el autor referido manifiesta que el motivo fundado contempla un impedimento de cierta permanencia, serio, de importancia o trascendencia, sin que sea necesario que éste se le imponga a la parte con una fuerza que ésta no pueda resistir. El hecho puede preverse y, por ende, evitarse, e igualmente constituir motivo fundado. Y ello, a falta de distinción legal, aunque no sea superviniente a la fecha de promoción del juicio (Tarigo, Enrique, "La carga de la asistencia personal de las partes a las audiencias del proceso", en *VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, Editorial Universidad, La Paloma, 19 al 22 de abril de 1995, pág. 201).

En el caso, al haberse invocado un motivo permanente y no circunstancial para la inasistencia (afectación psicológica por el fallecimiento de su pareja), la solicitud de comparecencia por representante debió haberse planteado, por imperio del

principio de buena fe, con anterioridad a la celebración de la audiencia, aunque también es cierto que la norma no impide su planteamiento y examen en la propia audiencia (cf. *R.U.D.P.* 2/2014, c. 85, en especial, pág. 240).

Y si bien es verdad que las gravosas sanciones previstas en el art. 340.2 y.3 del C.G.P. deben ser aplicadas en forma ponderada (cf. Greif, Jaime, "La audiencia preliminar y el despacho saneador en el centro de la reforma", en *Curso sobre el Código General del Proceso*, Tomo II, 2a. reimpresión, F.C.U., Montevideo, junio de 1990, pág. 122 y Sentencias de esta Corporación Nos. 208/2003 y 1795/2011), no es menos cierto que la especial afectación emocional por la muerte de su pareja que invocó el representante de la coactora para justificar su inasistencia personal a la audiencia preliminar, no pasó de ser una mera alegación sin sustento probatorio.

Aunque no puede desconocerse que las máximas de la experiencia dan cuenta de que, en situaciones de normalidad, una persona padece un gran sufrimiento ante el fallecimiento inesperado de su pareja -como fue el caso de autos-, la trascendencia de la audiencia en la operativa del proceso ordinario en el Código General del Proceso requiere, en caso de incomparecencia personal, por lo menos, un esfuerzo probatorio que dista mucho del nulo intento que realizó la accionante.

Como correctamente puso de relieve el Tribunal, la situación de afectación emocional de la concubina de la víctima podría constituir motivo fundado para no comparecer personalmente a la audiencia preliminar y, si esta audiencia se llevara a cabo a pocos meses del fallecimiento, hasta podría decirse que dicha situación podría calificarse como notoria.

Ahora bien, en el presente caso, D. M. falleció el 18 de febrero de 2012 y la audiencia se celebró el 15 de mayo de 2014, esto es, 2 años y 3 meses después, por lo que, para que pudiese considerarse la particular turbación que invocó el letrado patrocinante de la coactora como motivo fundado, debía probarse ese estado anímico excepcional por su permanencia más allá de lo razonable. Ello, en la medida en que, como indican las máximas de la experiencia, el transcurso del tiempo mitiga el dolor o torna más soportable la pérdida.

En la audiencia preliminar, el abogado de M. S. U. expresó que su clienta: "*no se encuentra en el estado anímico para comparecer tratándose de la pareja del difunto M.*" (fs. 737), a lo

cual añadió que le solicitó un certificado médico que avalara eso, pero el certificado no fue enviado.

No se presentó ningún certificado médico durante la audiencia, no se solicitó plazo para incorporarlo después y nunca se presentó, motivo por el cual, sin dudar del sufrimiento de la actora, la supuesta perturbación anímica, a los efectos del proceso, no fue más que una mera invocación carente de respaldo probatorio.

En virtud de ello, fue correcta la decisión del Tribunal de tener por desistida a la coaccionante de su pretensión, a la luz de lo establecido en los arts. 340.1 inc. 1 y 340.2 inc. 1 del C.G.P.

III) Se hará lugar al agravio referido al guarismo de incidencia causal del hecho de la víctima.

En tal sentido, se elevará el porcentaje que fuere atribuido a la conducta de la demandada, el que se establecerá en un 70%; y, se disminuirá, en consecuencia, el atribuido a la víctima el que se determina en un 30%.

Con carácter liminar, corresponde recordar que el nexo causal y el grado de participación en el evento dañoso constituyen "*quaestio iuris*" pasibles de ser examinadas en la etapa casatoria (Sentencias Nos. 196/2005, 187/2007, 14/2008, 148/2009, 46/2010, 2.089/2010, 3.497/2011, 896/2012, 464/2013, 792/2014 y 89/2015, por citar solamente algunas a vía de ejemplo).

El hecho de la víctima actúa como eximente de responsabilidad de la parte demandada toda vez que el perjuicio haya sido materialmente causado por la propia víctima, entre cuyo comportamiento y el daño existe una perfecta relación de causalidad que borra la relación atribuida al sujeto que pretendía responsabilizarse (Cf. Sentencias Nos. 35/2008 y 394/2013 de la Corporación).

Refiriéndose a la trascendencia de esta eximente, Gamarra explica que cuando el comportamiento de la víctima participa en la producción del daño, el ofensor queda exonerado de responsabilidad totalmente (si el hecho de la víctima es la única causa del daño) o parcialmente (si concurren en la producción del evento dañoso, participando por igual o en diversas proporciones, tanto el hecho del ofensor como el de la víctima). La figura queda circumscripta, exclusivamente, al ámbito de la relación de causalidad, que, por sí sola, le otorga relevancia al comportamiento de la víctima y determina la exoneración completa o parcial del ofensor. En puridad, por lo que respecta a la parte

del daño que es efecto o consecuencia del comportamiento del damnificado, no hay ni siquiera daño en sentido jurídico, porque no lo es, como enseña De Cupis, aquel que el individuo se causa a sí mismo (Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX, 2a. edición, F.C.U., págs. 332 a 334).

Aplicando estas nociones al caso en estudio, se considera, al igual que el Tribunal, que la conducta observada por el Sr. M. encarta en la eximente del hecho de la víctima, ostentando una relevancia que, en el caso, enerva, parcialmente, la participación causal de la Administración pública demandada.

Ha quedado determinada en autos la culpa del dependiente de la demandada que efectuó el disparo.

Según quedó acreditado, el agente que viajaba en el asiento trasero del vehículo policial no obró con la atención debida, ni tomó medidas de precaución respecto del arma que portaba, lo que tuvo como resultado que efectuara un disparo que impactó en la espalda de la víctima.

Justamente, el dependiente de la demandada, C. P., fue negligente (obró con desidia y falta de atención), imprudente (no adoptó las cautelas y precauciones mínimas) e imperito (negligencia e imprudencia aplicada a la culpa profesional), (cf. Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XIX, ob. cit., págs. 114 y 115).

En efecto, al realizar la maniobra que mencionó tanto en sede penal (testimonio del expediente penal a fs. 84-84 vto. de estos autos) como en sede civil (es especial, fs. 825), C. P., a sabiendas de que su pistola estaba cargada (con munición en la recámara) y de que ese modelo (Glock 17) no cuenta con seguro externo, cometió dos errores inexcusables, a saber: no respetó el ángulo de seguridad al manipular su arma (puso en la línea de tiro al conductor del vehículo) y colocó su dedo índice en la cola del disparador.

Si bien la preparación y el dominio que cabe exigirle a un policía en el manejo de las armas de fuego reglamentarias de la institución son superiores a los que podrían requerírsele a cualquier sujeto, no se necesita ser un experto para darse cuenta de que estas dos equivocaciones pueden derivar en un siniestro como el de autos. El propio sentido común indica que si alguien le apunta a otra persona con un arma cargada y con el dedo en el gatillo, un movimiento brusco puede causar que, sin intención, se jale la cola del disparador y se efectúe un tiro.

De modo, entonces, cabe entender que el agente se representó el peligro que suponía su conducta, pero, de todas maneras, prosiguió con su accionar.

A criterio del Dr. Chediak, robustece la idea de la imprudencia e impericia del agente el hecho de que, como él mismo declaró en el expediente, se le había "escapado" un tiro en el año 2003 o 2004, incidente en el cual resultó lesionado (fs. 826). Esto da cuenta de las dificultades que tenía el policía para manipular su arma de reglamento.

Por otra parte, no corresponde analizar el hecho de que M. no debía ir conduciendo el patrullero por tener rango de oficial, en la medida en que tal circunstancia ni siquiera fue mencionada por el Tribunal en la sentencia recurrida.

IV) Con respecto al uso del chaleco antibalas, si bien el art. 167 de la Ley No. 18.315 consagra una autorización -no la obligación- para el uso de este insumo, desde el 15 de marzo de 2010 regía la orden de servicio No. 5/10, en la cual se previó, con total claridad, que dicha prenda debería ser usada, obligatoriamente, por el personal policial afectado directamente a varias tareas ejecutivas sustantivas que se detallan en dicha norma, entre las que se incluyen los procedimientos por delitos (disposición C) nal. 4) y disposición D), (fs. 716-717).

También resultó probado -como puso de relieve la Sala- que, cuando salieron a efectuar el procedimiento, había disponibles chalecos antibalas en la Seccional.

Entonces, M., como oficial al mando, no solamente tendría que haberse puesto el chaleco antibalas, sino que también debería haberles ordenado a sus subalternos que hicieran lo mismo.

Y a pesar de que es cierto que el sentido común indica que la finalidad de proteger la integridad física y la vida del personal policial que se le atribuye al chaleco antibalas (disposición A) de la orden de servicio No. 5/10) debe entenderse como salvaguarda de los efectivos ante agresiones de eventuales delincuentes (y no para protegerse de disparos de sus propios compañeros), no puede dudarse de que si el oficial M. hubiese llevado puesto el chaleco, el desenlace podría haber sido otro.

V) El medio probatorio idóneo para acreditar el grado de incidencia causal de la conducta de la víctima hubiera sido la prueba pericial, la que no fue diligenciada en autos.

Sin perjuicio de ello, las reglas de la razonabilidad indican que de haber portado

el chaleco, la posibilidad de resultar herido con la fatal consecuencia, se habría reducido considerablemente.

Asimismo, recurriendo a iguales pautas de razonabilidad, ante la ausencia del medio probatorio idóneo, se considera que resulta de mayor trascendencia la acreditada conducta culpable del dependiente de la demandada que la desarrollada por la víctima.

Por ello, sin desconocer el grado de empirismo que implica la determinación de porcentajes de incidencia causal, se atribuirá a la conducta de la víctima un 30% de participación.

VI) A criterio de los Dres. Chediak y Larrieux, aunque le asiste razón a la parte actora cuando sostiene que, en autos, no se realizó ningún peritaje tendiente a demostrar que la muerte podría haberse evitado si el oficial hubiese llevado puesto el chaleco antibalas, no puede soslayarse la declaración de J. M., quien dio cuenta de la efectividad de dicha prenda contra disparos realizados a una distancia similar al tiro que le segó la vida a M..

En opinión de los referidos Ministros, si bien lo estrictamente correcto hubiese sido la práctica de un peritaje (art. 177.1 del C.G.P.) y pese a que la declaración de dicha persona no encuadra, en puridad, en la figura del testigo técnico (en la medida en que no presenció el infortunio), debe destacarse que la parte actora no cuestionó la incorporación y el diligenciamiento de dicha probanza al expediente (fs. 745 y 842-844), lo cual podría haber hecho, máxime si se tiene en cuenta que, en su ofrecimiento de prueba, la parte demandada expresó que J. M. declararía "sobre las condiciones de resistencia de un chaleco antibalas frente a un disparo calibre 9 mm. (semi encamisado) a 40 o 50 cm. de distancia, con o sin obstáculo en su trayectoria" (fs. 725 vto.).

Y a falta de otra prueba de signo contrario que desvirtúe las afirmaciones de J. M. (oficial de Policía que da clases de tiro en la Guardia Metropolitana y en la Academia de Policía), los referidos Sres. Ministros consideran que debe tenerse por probado, en un muy elevado grado de verosimilitud, que, dadas la distancia a la que se efectuó el disparo y las características del arma empleada, del proyectil y del chaleco antibalas, de haber usado dicha prenda, el proyectil no hubiese ingresado al cuerpo del oficial M..

Efectivamente, el referido testigo, interrogado acerca de si un disparo de proyectil de 9 mm. efectuado a una distancia entre 30 y 50 cm. atraviesa o no el chaleco antibalas, declaró:

"No en corta distancia no. En el polígono lo he hecho a 30, 50. hasta la 7ma. capa. Lo que yo sé que a esa distancia el proyectil no atraviesa el chaleco, no sé qué tipo de lesión puede generar (...)".

Previamente, dicho oficial había manifestado que los chalecos antibalas que utiliza la Policía tienen 36 capas de polietileno (fs. 843).

Frente a la ausencia de otra prueba que desvirtúe dicha declaración, consideran los referidos Ministros que debe tenerse por probado que el uso del chaleco podría haber evitado la muerte de la víctima.

VII) Finalmente, corresponde desestimar el agravio referido al abatimiento del monto de la condena a reparar de daño moral.

La Suprema Corte de Justicia considera que no corresponde la revisión en casación de los montos de condena por daño moral, salvo que estos resulten absurdos por excesivos o ínfimos, lo que no ocurre en autos (Sentencias de la Corporación Nos. 290/2015, 212/2015, 587/2014, 489/2013, entre otras).

VIII) No corresponde imponer especial condena procesal.

Por los fundamentos expuestos, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

HACER LUGAR AL RECURSO DE CASACION Y ANULAR LA RECURRIDA EN CUANTO DETERMINO EL PORCENTAJE DE INCIDENCIA CAUSAL DE LA CONDUCTA DE LA VICTIMA, EL QUE SE ESTABLECE EN UN TREINTA POR CIENTO (30%) ATRIBUYENDO A LA DEMANDADA EL RESTANTE SETENTA POR CIENTO (70%), SIN ESPECIAL CONDENACION PROCESAL.

PUBLIQUESE Y OPORTUNAMENTE DEVUELVA.