



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado Dr. JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

En el juicio por medio del cual los ciudadanos **YUNEIRE MARÍA APONTE SOLARTE** y **KENEDY JOSÉ QUINTERO VILORIA**, respectivamente, pretenden el pago de la indemnización por daños morales y materiales actuando en nombre y procuración de su hijo **JDQA** (cuya identificación se omite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) representados judicialmente por Yénifer del Valle Quintero Aponte, Moraima de los Ángeles Mendoza Méndez, Anelay Sánchez González y Domingo Enrique Viloria, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los N^{OS} 192.913, 102.840, 92.355 y 179.366, respectivamente, contra la sociedad mercantil **INVERSIONES ANDES MÁGICOS, C.A.**, patrocinada judicialmente por Javier Enrique León Pereira y Lizmark Perdomo, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los N^{OS} 94.465 y 92.060, respectivamente; el Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Lara, con sede en Barquisimeto, mediante decisión de fecha 9 de junio de 2015, declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de abril de 2015 por el Tribunal Primero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la misma Circunscripción Judicial, que declaró con lugar la demanda, anuló el referido pronunciamiento y declaró parcialmente con lugar la acción intentada.

Contra el fallo proferido por la alzada, la representación judicial de la parte demandante anunció recurso de casación, el cual una vez admitido fue remitido a esta Sala de Casación Social.

Recibido el expediente, el 30 de julio de 2015 se dio cuenta en Sala, correspondiéndole la ponencia a la Magistrada Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa.

Por cuanto el 23 de diciembre de 2015 tomó posesión en su cargo el Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, designado en esa misma fecha por la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela por un período constitucional de doce (12) años se reconstituyó la Sala de Casación Social, de la manera siguiente: Presidenta, Magistrada Dra. Marjorie Calderón Guerrero; Vicepresidenta, Magistrada Dra. Mónica Gioconda Misticchio Tortorella; Magistrado Dr. Edgar Gavidia Rodríguez, Magistrado Dr. Danilo Antonio Mojica Monsalvo y Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo.

Por auto de fecha 12 de enero de 2016 fue reasignada la ponencia de la presente causa al Magistrado Dr. Jesús Manuel Jiménez Alfonzo, quien con tal carácter suscribe este fallo.

El 1° de agosto de 2016, se acordó de conformidad con lo establecido en el artículo 489-I de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, la celebración de la audiencia oral, pública y contradictoria, para el día jueves 27 de octubre de 2016, a las once y treinta minutos de la mañana (11:30 a.m.).

Celebrada la audiencia y habiendo esta Sala pronunciado su decisión de manera oral e inmediata, pasa a reproducir la misma en la oportunidad que ordena el artículo 489-G de la referida Ley, bajo las siguientes consideraciones:

RECURSO DE CASACIÓN

ÚNICO

La recurrente delata que la sentencia del Tribunal de alzada, está incurrida en “*la infracción del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y del ordinal 4° del artículo 243 eiusdem afirmando la inmotivación de la sentencia de la segunda instancia*”, alegando el *vicio de inmotivación de la sentencia* recurrida, toda vez que la alzada no explicó, como era su deber, las razones por las cuales condenó a pagar a la demandada la cantidad de ciento veinte mil bolívares (Bs. 120.000) por concepto de “*daños morales*”, suma ésta por debajo del monto demandado y del monto sentenciado por el juez de juicio.

Agregan los recurrentes que era obligación del *ad quem* explicar de forma expresa en qué consistió el daño moral y cuáles parámetros utilizó para su estimación, fundamentando también esta delación en que no hubo por parte de la recurrida, análisis alguno de culpabilidad del autor ni de la llamada escala de sufrimientos morales; que no expresó los argumentos y razones sobre la importancia del daño moral ocasionado, ni determinó la relación de causalidad y la gravedad de la culpa, así como tampoco señaló ni examinó las pruebas que conforman la concreción de dicho daño.

Alegan que el juzgador de segunda instancia ha debido analizar las razones por las cuales sólo condenó por daños morales la cantidad de ciento veinte mil bolívares (Bs. 120.000,00), monto éste que consideran

insuficiente ya que no está evaluando lo más importante que es el Interés Superior del Niño, ni tomó en cuenta que como consecuencia del accidente sufrido el adolescente carece de la movilidad completa del dedo índice de la mano derecha, que sufrió la pérdida del tendón y la sensibilidad en el mismo, quedando limitado físicamente para realizar muchas actividades, además de imponérsele la necesidad de realizar terapias y estar en control anual con un especialista, lo cual se evidencia -conforme afirman- de la declaración dada por el menor de edad afectado ante el juez de mediación y sustanciación donde manifestó su angustia, el temor que vivió al saber que podía perder su dedo, todas las dificultades que pasó en su colegio, las limitaciones que tiene para realizar deportes y para cumplir sus planes de vida, que más allá de eso se le truncaron sus sueños y aspiraciones en cuanto a su futuro profesional, además de ignorar el decisor la opinión de la médico cirujano de la posibilidad cierta de que hubiere “*un arresto del núcleo de crecimiento el cierre después de los 18 años*” (sic).

Igualmente estiman los recurrentes que existe un cúmulo de pruebas que claramente evidencian el sufrimiento de la víctima, las lesiones y el daño permanente en este miembro de su cuerpo que determinan la procedencia de la cantidad demandada por concepto de daño moral, ya que se probó el hecho generador del lamentable accidente y cuya responsabilidad de repararlo deriva además de la admisión hecha por parte de la representación de la accionada en la audiencia de apelación.

Seguidamente esgrimen que algunas probanzas no fueron valoradas en la recurrida y que por ello se infringió el ordinal 4° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la imposición de que al condenar el daño moral los jueces deben analizar ciertos aspectos que permiten motivar su fallo, tales como: su importancia, el grado de culpabilidad del actor, la conducta de la víctima sin cuya acción no se hubiera producido y la llamada escala de los sufrimientos morales, so pena de incurrir en inmotivación.

Finalmente denuncia que en el libelo de demanda fue expresamente solicitada la indexación de los montos peticionados por concepto de daños materiales y morales, lo cual no fue tomado en consideración en la recurrida, solicitando que se ordene la misma.

Al respecto, la Sala observa que la presente denuncia, pese a que el recurso no lo menciona, tiene su fundamento en el ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, relativo al incumplimiento de los requisitos de la sentencia, establecidos en el artículo 243 *eiusdem*.

En este sentido, destaca la Sala que la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes consagra en su artículo 489-A de forma expresa los motivos del recurso de casación en esta jurisdicción especial, vale indicar: *cuando se haya incurrido en una infracción de norma jurídica o de una máxima de experiencia*; en consecuencia, es esta última norma la que han debido emplear los recurrentes como base legal de la infracción que le atribuyen a la sentencia impugnada en su escrito de formalización; sin embargo, a pesar de la deficiencia apuntada, esta Sala pasa a efectuar el examen y resolución del quebrantamiento invocado por la

parte recurrente, en razón de la concepción constitucional del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia.

Denuncian quienes recurren, que la sentencia impugnada incurre en el *vicio de inmotivación*, aun cuando el Juez Superior anuló la sentencia de primer grado por el mismo motivo, es decir, por no exponer las razones de hecho y de derecho en que fundamentó la condena del daño material y del daño moral.

En tal sentido debe señalarse que la doctrina jurisprudencial ha señalado de manera reiterada la naturaleza atribuida al mencionado vicio, por cuanto el incumplimiento del requisito de la motivación infringe un principio de orden público procesal que configura “*una garantía contra la arbitrariedad judicial*” y es un presupuesto indispensable para “*una sana administración de justicia*”, por lo tanto, su incumplimiento obstaculiza el control del dispositivo recurrido.

Ahora bien, a los fines de resolver la presente denuncia, tiene en cuenta esta Sala que la alzada estimó como condena por daño moral ocasionado al adolescente lesionado la cantidad de ciento veinte mil bolívares (Bs. 120.000,00) para lo cual solamente dejó establecido:

Por otra parte, la representación judicial de (sic) alegó que hubo inmotivación en la recurrida, ya que el *a quo* no motivó la entidad del daño, el sufrimiento de la víctima, el daño permanente, entre otros factores, para determinar la cantidad de Bs. 300.000,00. Sobre tal aspecto, comparte este Tribunal la posición de la parte recurrente, que el daño moral debe determinarse analizando por ejemplo: la importancia del daño, el grado de culpabilidad del actor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales. Conforme a lo anterior, al existir movilidad en el dedo de la mano, conforme al informe médico, a juicio de este administrador de justicia, el monto fijado parece elevado, ya que afortunadamente no hubo muerte, incapacidad total, o falta de movilidad de sus extremidades, por lo cual debe modificarse el monto por concepto de daño moral. Así se establece.

De la transcripción parcial de la decisión objeto del presente recurso, se desprende que la alzada censura la conducta del juez de primera instancia por haber omitido el análisis que ha debido hacer tomando en cuenta las circunstancias jurisprudencialmente establecidas, la inmovilidad del dedo lesionado y por considerar, que el monto fijado por éste “*parece elevado*” ya que no hubo muerte, incapacidad total o falta de movilidad de las extremidades y en tal virtud, modificó el monto por concepto de daño moral acordado por el juzgado de la causa.

Es doctrina reiterada de esta Sala de Casación Social que el sentenciador que conoce de una acción por daño moral debe hacer un examen del caso concreto, analizando los siguientes aspectos: a) la entidad (importancia) del daño, tanto físico como psíquico (la llamada escala de los sufrimientos morales); b) el grado de culpabilidad del accionado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva); c) la conducta de la víctima; d) el grado de educación y cultura del reclamante; e) posición social y económica del reclamante; f) capacidad económica de la parte accionada; g) los posibles atenuantes a favor del responsable; h) el tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente o enfermedad; y, por último; i) referencias pecuniarias

estimadas por el Juez para tasar la indemnización que considera equitativa y justa para el caso concreto.”(Sentencia del 7 de marzo de 2002, con ponencia del Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz, caso *José Francisco Tesorero Yánez contra Hilados Flexilón, S.A.*)

En consideración al criterio reiterado antes expuesto, la Sala encuentra que en la situación que nos ocupa el juzgador de segundo grado cometió el mismo desacierto que censuró y por el cual anuló la sentencia del *a quo*, es decir, incumplió con la debida motivación de su condena por daño moral, tal y como lo exige el artículo 485 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. En tal virtud se casa la sentencia recurrida por este desliz, es decir, por falta de motivación. Así se decide.

Declarada con lugar la anterior denuncia, resulta innecesario el estudio y resolución de las restantes delaciones, por lo que se declara con lugar el recurso de casación anunciado y formalizado por la parte demandante, en consecuencia, de conformidad con el artículo 489-H de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, se decreta la nulidad de la decisión recurrida y de manera excepcional pasa esta Sala a conocer del fondo del presente debate, en los siguientes términos:

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

Alegatos de la parte demandante:

Exponen los accionantes que el día 1° de enero de 2013, acudieron a las instalaciones del parque temático Inversiones Andes Mágicos C.A.; que una vez en el mismo, el referido adolescente al lanzarse por un tobogán que se encontraba en mal estado, le quedó atrapado el dedo índice de la mano derecha en una fisura que tenía las paredes de dicho deslizador, lo cual le produjo una fractura abierta.

Ante tal acontecimiento, el adolescente necesitó atención médica de urgencia por lo que lo trasladaron a un centro asistencial donde se le procuraron los primeros auxilios, siendo remitido a un especialista por presentar fractura del hueso, ruptura del tendón y por haber perdido mucha sangre. Fue sometido a una primera intervención quirúrgica al día siguiente de haber ocurrido el accidente, presentando posteriormente signos de infección local e impotencia funcional del dedo lesionado.

Aducen que en fecha 21 de mayo de ese mismo año, el adolescente fue sometido a una segunda operación por presentar secuela de fractura abierta del cóndilo de la falange media del índice derecho con exposición ósea de secuestro de la falange media en borde cubital del IFD, clinodactilia y reacción a cuerpo extraño y que hasta la presente fecha continúa en control médico, tratamiento y rehabilitación, con la posibilidad de una tercera operación, sin que la representación de la accionada haya ofrecido algún tipo de ayuda, motivo por el cual la demandan por daños materiales y morales derivados de este accidente.

Aseveran que el tobogán en cuestión se encontraba en condiciones inadecuadas, sin señalamientos de advertencia y que su estructura estaba tan deteriorada que lo convertían en un riesgo y peligro inminente para los usuarios de dichas instalaciones, incumpliendo de esta manera con las normas para los espacios destinados al baño, a la recreación y el esparcimiento, a la natación o a otros ejercicios y deportes acuáticos o usos

medicinales o terapéuticos, públicos y privados, consagrados específicamente en la Resolución N° 110 del 14 de abril de 2011 (mediante la cual se ordena a las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, propietarios o administradores de los clubes, hoteles, moteles, complejos turísticos, parques acuáticos, gimnasios, establecimientos de educación, asociaciones, instituciones y demás inmuebles que mantengan en sus instalaciones piscinas, embalses, pozos y estanques o similares destinados al baño a la recreación, esparcimiento, a la natación o a otros ejercicios y deportes acuáticos o usos medicinales o terapéuticos públicos o privados, las normas que en ellas se señalen dictada por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.675 del 15 de abril de 2011).

Exponen como fundamento de derecho de su pretensión, el artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que se refiere al derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y los artículos 1.185 y 1.196 del Código Civil.

Imputan a la parte demandada la responsabilidad civil en el accidente ocurrido en vista de que al momento de lanzarse el adolescente del tobogán no se encontraba ninguna persona capacitada que le indicara la manera cómo hacer uso del mismo, ni había ninguna señalización que advirtiera que éste se encontraba en mal estado, lo cual ocasionó que se le quedara atascado el dedo índice de la mano derecha en una fisura de las paredes del tobogán, produciéndosele una fractura abierta; que el dedo del adolescente quedó atrapado y él, como pudo logró sostenerse con la mano izquierda para evitar seguir deslizándose.

Demandan por concepto de daño moral la cantidad de ochocientos mil bolívares con cero céntimos (Bs. 800.000,00) y por daños materiales causados en la mano derecha del adolescente, lo cual los ha obligado a trasladarse a los distintos centros clínicos y laboratorios a fin de realizar los tratamientos médicos requeridos por la lesión sufrida, así como por el pago de transporte y taxis: la cantidad de mil setecientos ochenta bolívares con cero céntimos (Bs. 1.780,00), gastos médicos: medicinas, consultas médicas y exámenes la suma de seis mil cuatrocientos ochenta y seis bolívares con diecinueve céntimos (Bs. 6.486,19), gastos por intervenciones quirúrgicas: treinta mil noventa y cinco bolívares con veinticuatro céntimos (Bs. 30.095,24) y veintidós mil cuatrocientos diez bolívares con cero céntimos (Bs. 22.410,00), para un sub-total de sesenta mil setecientos setenta y un bolívares con cuarenta y tres céntimos (Bs. 60.771,43) estimando la demanda en un gran total de ochocientos sesenta mil setecientos setenta y un bolívares con cuarenta y tres céntimos (Bs. 860.771,43).

Cumplida la notificación de la demandada y la tramitación del *iter* pertinente se llevó a cabo la audiencia de mediación en fecha 12 de febrero de 2014, con la presencia de ambas partes, acordándose su prolongación para el 25 de febrero de ese mismo año, fecha en la cual no compareció la representación de la demandada ni por sí ni por medio de apoderado alguno, ordenándose la prolongación de la misma a los fines de llegar a un acuerdo entre las partes para el día 10 de marzo de 2014.

En esta última oportunidad, se dejó constancia de la presencia de la parte accionante y de la incomparecencia de la parte accionada a dicho acto procesal, por lo que en aplicación del artículo 472 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes se declaró concluida la fase de mediación y se ordenó el inicio de la fase subsiguiente y en consecuencia conforme con el artículo 474 *eiusdem* se concedieron a las partes diez (10) días hábiles para la consignación de los escritos de pruebas y para que la accionada diera

contestación a la demanda; de igual forma se fijó la oportunidad para que tuviera lugar la audiencia preliminar en fase de sustanciación.

En tal virtud, la parte accionante consignó su escrito de promoción de pruebas en fecha 14 de marzo de 2014, no así la parte demandada. Por auto del día 24 del mismo mes y año el tribunal dejó constancia que en esa misma fecha venció el lapso a que se hizo referencia en el párrafo anterior y la parte accionada no dio contestación a la demanda.

En este sentido, y conforme a lo previsto en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil, las partes tienen la carga de probar sus respectivas alegaciones acerca de los hechos en que fundamentan su pretensión. En el presente caso, le corresponde a la parte actora demostrar sus afirmaciones de hecho sobre la pretendida responsabilidad civil extracontractual de la demandada, y a ésta última, la de desvirtuar las imputaciones en su contra. La parte demandada no contestó la demanda ni promovió pruebas, por lo que se tienen como ciertos los alegatos formulados por la parte actora relacionados con las circunstancias fácticas que ocasionaron el daño sufrido por el adolescente y la relación de causalidad entre la conducta culposa del agente y el resultado dañoso. Así las cosas, debe dejarse indicado que en el caso *sub examine* el punto medular deviene en determinar la procedencia de las indemnizaciones por daños materiales y daños morales.

Establecido esto, procede esta Sala al análisis del material probatorio aportado a los autos:

Pruebas de la actora

Documentales:

- Copia fotostática del acta de nacimiento del adolescente **JDQA** distinguida con la nomenclatura “B₁” (folio 19 de la única pieza del expediente) reproducción fiel y exacta de documento público, a la cual se le otorga valor probatorio de conformidad con el artículo 450 literal “k” de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, mediante la cual se demuestra la filiación, y que éste es hijo de los ciudadanos: Yuneire María Aponte Solarte y Kenedy José Quintero Viloria. Esta documental, debe adminicularse a la copia fotostática de la cédula de identidad del premencionado adolescente distinguida con la nomenclatura “B₂” (folio 20 de la pieza única del expediente) que comprueban que para el momento de sufrir la lesión, el menor de edad tenía 15 años de edad.

- Distinguidas con la nomenclatura “B₃” (folios 21 al 61 de la única pieza del expediente) copias fotostáticas de recaudos correspondientes al trámite de inscripción, estatutos e inventario del ente societario demandado presentados por ante la oficina de Registro Mercantil, los cuales demuestran su personalidad jurídica, conformación, objeto social y el capital social, que asciende a la cantidad de doscientos mil bolívares (Bs.200.000,00).

- Marcada “C₁”: (folio 62 del expediente) fotografía donde aparece un adolescente en una camilla con el brazo derecho vendado y otra, donde aparece un dedo lesionado y marcadas “C₂”, “C₃” y “C₄” (folios 63 al 65 del expediente) fotografías en las que se muestra un dedo índice lesionado con una pronunciada curvatura hacia

dentro de la mano. De ellas, sin más, no puede constatar esta Sala que este sea el adolescente involucrado en la presente controversia, razón por la cual se desestiman.

- Marcada “D”: factura signada con el N° 006053; Marcadas “D₅”: facturas N°s 006073 y 003195 (folio 70 del expediente) Marcadas “D₆”: facturas N°s 006139 y 008069 (folio 71 de la pieza única del expediente);
- Marcadas “D₇”: facturas N°s 006217 y 006263 (folio 72 del expediente); Marcadas “D₁₀”: facturas N°s 006383 y 003616 (folio 75 del expediente); Marcada “D₁₁” factura N° 006326 (folio 76 del expediente) en cuya parte superior aparece el nombre de Dra. Ámbar Hernández Tejero, quien las suscribe, indicando que es cirujano de la mano, por concepto de consultas médicas y servicios médicos varios, todas expedidas a nombre de Kenedy Quintero, padre del adolescente JDQA. Estas instrumentales privadas que fueron ratificadas por la Dra. Ámbar Hernández, a través de la prueba testimonial rendida en la audiencia de juicio celebrada en fecha 30 de marzo de 2015, se les concede pleno valor probatorio. A estas documentales, se les adminiculan las facturas Marcadas “D₁”: facturas signadas con los N°s 0868 y 0876 (folio 66 del expediente) en cuya parte superior aparece el nombre de Ricardo Enrique Menolascino Monreal indicando que es traumatólogo, elaboradas por concepto de consultas médicas y marcada “D₂”, factura 18164 (folio 67) en cuya parte superior aparece el nombre del Dr. José Manuel Comerma Gutiérrez, médico radiólogo. Estas facturas totalizan la cantidad de Bs.4.330,00 y comprueban el pago de las cantidades y conceptos en ellas indicados y a las cuales se les concede valor probatorio.

- Marcados “D₃”: (folio 68 del expediente) comprobantes de pago, uno de la Farmacia Nuevo Siglo C.A. a nombre de Kenedy Quintero Vioria por la adquisición de un producto denominado Bridoxyl de 500 mg., y otro, cuya lectura se hace ininteligible. Marcado “D₄”: (folio 69 del expediente) comprobante de pago a nombre de este mismo por la adquisición de gasa estéril, guantes, guata ortopédica y venda elástica. Marcados “D₈”: (folio 73 del expediente) tres comprobantes de pago, uno de la Farmacia Nuevo Siglo C.A., uno de Farmatodo y el otro de Clínica Libertad C.A., todos a nombre de Kenedy Quintero por la adquisición de un producto denominado Ciproxina de 750 mg., otro llamado Ciprolet de 750 mg. y la otra cuya por cancelación de RX de mano. Marcado “D₉”: (folio 74 del expediente) comprobante de pago expedido por Farmatodo a nombre de Kenedy Quintero por concepto de la adquisición de productos denominados Avelox y Profenid. Estas instrumentales privadas, aún cuando no fueron reconocidas en juicio, se valoran en su conjunto como indicios, de conformidad con el principio de libertad probatoria previsto en el literal “k” del artículo 450 de la ley especial de protección de niños y adolescentes, y comprueban el pago de un total de Bs. 1.640,74 por concepto de medicinas e insumos médicos recetadas por los médicos tratantes del menor lesionado.

- Marcadas “E₁” y “E₂”: facturas N° 50.920.768-4 y N° 50.920.769-4 (folios 77 y 78 del expediente) donde aparecen presupuestos de fechas 3 de enero de 2013 a nombre del paciente JDQA con diagnóstico de fractura abierta 11 F2 del dedo índice, elaborado por el Instituto Médico de Valera, Aribrasca, C.A. por un monto de Bs. 6.558,91 y Bs. 23.536,33, respectivamente y marcado “F”, (folio 79) presupuesto de fecha 24 de abril de

2013 a nombre del paciente JDQA por tratamiento de retiro de secuestro óseo y osteotomía rotadora para corregir clinodactalia por un total de Bs. 22.410,00. Estas instrumentales arrojan la sumatoria de Bs.52.505,24.

Estas instrumentales fueron impugnadas por la representación de la accionada alegando como fundamento que se observa claramente que el pagador de las mismas es Seguros La Occidental C.A., que mal puede reclamar un tercero el pago de una factura de la cual no es titular y que por lo tanto la parte actora incurre en la pretensión de enriquecerse sin causa (Artículo 1.184 del Código Civil), alegato extemporáneo que no afecta la validez del medio de prueba y que en todo caso constituiría un alegato de fondo.

A tal respecto la Sala considera necesario hacer algunas consideraciones:

Ciertamente se observa de las facturas presentadas que la empresa aseguradora es la pagadora de las mismas, no obstante ello, la pretensión de excepcionarse alegada por la representación de la accionada carece de asidero jurídico que permita considerar su procedencia, ello motivado a que carece de legitimidad para oponerla.

En primer lugar, el texto de la norma invocada dispone que aquel que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento, de todo lo que aquella se haya empobrecido, es decir, a quien se le haya mermado su patrimonio; salvo en el supuesto contemplado en el artículo 1.283 del Código Civil, a saber, cuando un tercero que no sea interesado, con tal que obre en nombre y descargo del deudor y de que si obra en su propio nombre no se subrogue en los derechos del acreedor, no puede una tercera persona, causante de un daño pretender excepcionarse en el cumplimiento de su deber de reparar el agravio por ella ocasionado con un pago que otro haya realizado alegando el enriquecimiento sin causa de la parte demandante, es la accionada quien pretende salir beneficiada en una situación donde ella, en principio, es la responsable de los perjuicios causados.

En segundo término, la accionada con el propósito de pretender ser relevada del cumplimiento de su obligación de indemnizar, hace a un lado el hecho de que dicho pago fue hecho por Seguros La Occidental C.A., en razón de que entre los accionantes y la aseguradora existía un contrato de seguro, que es aquella vinculación por medio de la cual una parte se obliga mediante el pago de una prima a indemnizar las pérdidas o perjuicios que puedan sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor, o bien a pagar una suma determinada de dinero, según la duración o las eventualidades de la vida o de la libertad de una persona (Artículo 548 del Código de Comercio).

La accionada igualmente pretende se ignoren nociones elementales de la teoría general de los contratos, entre ellas, la que aniquila su petición de ser exonerada del pago de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho ilícito acontecido, como es que son convenciones entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico y que éstos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley.

Con fundamento en los anteriores planteamientos esta Sala desestimada la defensa opuesta por la accionada y con base en el literal “k” del artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes le otorga valorar probatorio a las referidas documentales.

- Marcadas “G₁”, “G₂”, “G₃”, “G₄”, “G₅”, “G₆”, “G₇”, “G₈”, “G₉”, “G₁₀” y “G₁₁”: (folios 80 al 90) facturas de servicios de taxis a nombre de Kenedy Quintero. Instrumentales éstas que comprueban el pago de los montos y conceptos en ellas indicado, sin embargo, no existe evidencia que las mismas se hayan producido con ocasión de traslados con el adolescente lesionado a los fines de consultas médicas, terapias o curaciones del dedo lesionado, razón por la cual son desechadas.

- Marcados “L” (folio 95) informe médico e instrucciones para terapia de fecha 13 de febrero de 2011; Marcado “M”: (folio 96) informe médico e instrucciones para terapia de fecha 7 de marzo de 2013; Marcado “N”: (folio 97) informe médico e instrucciones para terapia suscritos de fecha 4 de abril de 2013; Marcado “O₁” (folio 98) informe médico e instrucciones para terapia de fecha 23 de abril de 2013; Marcado “O₂”: (folio 99) informe médico de egreso de fecha 21 de mayo de 2013; Marcada “P”: (folio 100) instrumental de fecha 31 de enero de 2013, sobre intervención quirúrgica practicada al paciente; Marcados “Q”: (folio 101) récipe e indicaciones de fecha 21 de mayo de 2013. Marcadas “R”: (folio 102) constancias de fechas 23 de abril y 21 de mayo, ambas de 2013, a través de las cuales se certifica la afección sufrida por el paciente y su incapacidad para realizar actividades deportivas y limitado al uso de su mano dominante por dos (2) semanas; Marcada “S”: (folio 103) documental de fecha 4 de abril de 2013 por medio de la cual solicita se le practique un estudio radiológico al paciente; Marcado “T₁”: (folio 104) informe médico donde hace constar que asistió a control, y que se le retiraron los puntos y el alambre de Kirschner al paciente. Todos estos informes, constancias y récipes, suscritos por la Dra. Ámbar Hernández Tejero, médico tratante fueron ratificadas por la referida profesional de la medicina, a través de la prueba testimonial rendida en la audiencia de juicio celebrada en fecha 30 de marzo de 2015, se les concede pleno valor probatorio y demuestran el diagnóstico acerca de la lesión sufrida por el adolescente, así como los procedimientos quirúrgicos, el tratamiento e indicaciones para la rehabilitación del menor. A estas instrumentales se les adminiculan • Marcada “K”: (folio 94) informe médico expedido por el Dr. Ricardo Menoslascino, traumatólogo ortopedista a nombre del adolescente JDQA de fecha 23/01/2013. • Marcado “H”: (folio 91) original de informe médico de egreso de fecha 3 de enero de 2012 a nombre del adolescente JDQA de 15 años de edad, suscrito por el Dr. Jorge Bastidas Pujol, traumatólogo ortopedista por medio del cual hace constar que éste fue ingresado el día 01/01/2013, por presentar mano derecha traumática: fractura abierta II del dedo índice, conminuta articular distal con lesión del mecanismo extensor, la operación a la que fue sometido el adolescente; Marcados “I”: (folio 92) récipe expedido por el Dr. Jorge Bastidas Pujol, traumatólogo ortopedista a nombre del adolescente JDQA de fecha 03/01/2013; Marcada “J”: (folio 93) récipe, instrucciones y listado de materiales para cura, expedidos por el Dr. Ricardo Menoslascino, traumatólogo ortopedista de fecha 11/01/2013; Marcado “T₂”: (folio 105) informe suscrito en fecha 02/07/2013 por el médico radiólogo Dr. Miguel Nesterovsky, por medio del cual constata las actividades practicadas, con énfasis en el segundo dedo de la mano derecha, los cambios óseos post-traumáticos y post-quirúrgicos a nivel de la segunda y tercera falange y la presencia de clavo metálico en las mismas, disminución de la densidad ósea radiológica, sin lesiones periósticas e irregularidad a nivel de la articulación inter-falángica distal.

- Marcado “U”: (folio 107) copia simple de las resultas del informe realizado por el Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria al adolescente lesionado, en el cual se señalan como Escalas Profesionales: Militar 96%, Industrial 94% y Mecánica 88%; Escala Académica: Carreras Largas 100%,

Carreras Cortas 0%; Escala Laboral: Tendencia a continuar estudios superiores: 100% y tendencia a ingresar en el campo laboral 0%; Escalas Aditivas: Motivación General 95%, Motivación Académica 77% y Madurez Vocacional 53%. Al ser copia de un documento emanado de un ente de la Administración Pública se le otorga valor probatorio, del cual se desprende la inclinación vocacional que tiene el adolescente accidentado y del mismo se puede inferir que su futuro profesional o laboral deberá ser reconducido hacia otras áreas diferentes a las cuales tiene mayor tendencia u orientación ocupacional.

Pruebas de la demandada

Documentales: En la oportunidad de celebrarse la audiencia de juicio (02/10/2014) la representación judicial de la parte accionada produjo una instrumental emanada del Instituto Autónomo del Cuerpo de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencia de carácter civil, Unidad de Prevención e Investigación de Incendio y otros Siniestros del estado Trujillo, denominada “Informe de Inspección” (folios 151 al 153) que data del 27 de noviembre de 2013, en cuyos resultados se lee que: “...*el inmueble antes mencionado CUMPLE con las Normas COVENIN mínimas exigidas por ésta Unidad referente a Seguridad y Prevención contra Incendios...*” y en cuya última página “Certificado de Conformidad” indica “*Constancia válida por un (1) año, contada a partir de la presente fecha, expedida por solicitud expresa de parte del interesado...*” Este informe se desestima y no se le concede ningún valor probatorio por cuanto además de ser presentado extemporáneamente, fue expedido casi once (11) meses después de la ocurrencia del accidente.

Pruebas ordenadas de oficio por el Tribunal

Al folio 199 del expediente, riel el informe pericial identificado con el número 9700-152-2632 del 15 de mayo de 2014, suscrito por el Experto Profesional I ESPINOZA BASTIDAS, MARTÍN OSCAR, adscrito al Departamento de Ciencias Forenses Delegación Estatal Lara del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, contenido del reconocimiento médico legal practicado al adolescente JDQA, cuyas conclusiones son: Estado general: regular. Tiempo de curación: 90 días. Privación de ocupaciones: 90 días. Trastorno de funciones: si. Cicatrices visibles: no. Asistencia médica: si. Carácter: grave. Este informe es valorado como plena prueba, conforme al literal “k” del artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y demuestra el estado general del adolescente, tiempo de curación, el carácter grave de la lesión y el tiempo de privación de sus ocupaciones, así como el trastorno de las funciones, a consecuencia del hecho dañoso.

Efectuada la valoración de los medios de prueba, procede esta Sala a decidir sobre el mérito del asunto, en este caso la procedencia de los daños materiales y morales reclamados por el hecho ilícito imputado a la demandada, el cual consiste en una actuación culposa que causó un daño, no tolerado ni consentido por el ordenamiento positivo.

Las normas que rigen la estimación de daños (material y moral) por responsabilidad civil extracontractual, están previstas en los artículos 1.185, 1.193 y 1.196 del Código Civil establecen:

Artículo 1.185.-El que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese

derecho.

Artículo 1.193.- Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor. ... *omissis*...

Artículo 1.196.- La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.

La normativa expuesta regula la obligación de reparar el daño causado por intención, negligencia, imprudencia o por excederse en los límites del ejercicio del derecho o de la buena fe. Asimismo dispone que toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado en las situaciones excepcionales allí previstas y que dicha obligación se extiende a todo daño material o moral causado por el hecho ilícito y que podrá el juez acordar una indemnización a la víctima, entre otros casos, por lesión corporal.

A los fines de determinar la responsabilidad de la demandada cabe entonces reproducir, el criterio de esta Sala establecido en la decisión N° 814 de fecha 9 de agosto de 2016 caso *María Silvia Díaz Rivero* contra *Unidad Educativa Colegio Independencia*, cuando dejó indicado que el artículo 450 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, consagra los principios procesales que rigen en dicha materia, entre los cuales destaca el principio de la primacía de la realidad, previsto en su literal j) el cual dispone que el juez o jueza debe orientar su función en la búsqueda de la verdad e inquirirla por todos los medios a su alcance. En sus decisiones prevalecerá la realidad sobre las formas y apariencias.

Igualmente señala este precedente jurisprudencial con relación a la estimación en materia de daño moral, el criterio asumido por la extinta Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 19 de septiembre de 1996, (caso: *Stergios Zouras Cumpi* contra *Pepeganga C.A.*), el cual fue ratificado por esta misma Sala en sentencia N° 52 de fecha 4 de febrero de 2014 (caso: *Lucy Bell Oliveira De Oliveira* contra *Condominio del sector comercio del Centro Comercial San Ignacio*), cuando reiteró que atendiendo a lo previsto en el artículo 1.196 del Código Civil, el juez, una vez comprobado el hecho, puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, en base a su criterio subjetivo, sin limitarse a lo estimado en el libelo, imponiendo que al decidirse una reclamación por concepto de daños morales, el sentenciador, necesariamente, ha de sujetarse al proceso lógico de establecer los hechos, de calificarlos y de llegar a través de este examen a la aplicación de la Ley y la equidad, analizando la importancia del daño, el grado de culpabilidad del autor, la conducta de la víctima y la llamada escala de los sufrimientos morales, valorándolos, pues no todos tienen la misma intensidad, por las distintas razones que puedan influir en ellos, para llegar a una indemnización razonable equitativa, humanamente aceptable. Advirtiendo que al mismo tiempo, tiene el deber de establecer en el fallo el alcance de la indemnización, los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto de la indemnización por daño moral y que de no cumplir la

sentencia estos extremos, está viciada por inmotivación, al no contener pues la fundamentación que exige en este tipo de condena.

En aplicación de la doctrina expuesta, colige esta Sala que para la procedencia del daño moral, la parte reclamante debe acreditar el llamado "*hecho generador del daño moral*", es decir, el conjunto de circunstancias que originan la aflicción cuyo *pretium doloris* se reclama; y, una vez probado el mismo, lo que procede es su estimación, la cual se hace al prudente arbitrio del juez debiendo establecer en la motiva del fallo el alcance de la indemnización, los pormenores y circunstancias que influyeron en su ánimo para fijar el monto por daño moral. Tal discrecionalidad del juez encuentra su basamento en el artículo 1.196 del Código Civil y se fundamenta en que ningún auxiliar o medio probatorio puede determinar a ciencia cierta cuánto sufrimiento o dolor padeció el agraviado o en qué medida se vio afectado su honor, prestigio, estética o su integridad física.

Igualmente, es importante reiterar que la responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito comprende diversas hipótesis: 1) la responsabilidad directa, ordinaria por hecho propio, en el que el agente material responde frente a la víctima por las consecuencias, de su propia acción u omisión; 2) la responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, en el que el hecho u omisión que causó de inmediato el daño fue cometido por una persona distinta de la obligada a responder por la víctima, tal es el caso de la responsabilidad de los dueños y principales o directores; quienes son responsables por el daño causado por el hecho ilícito de sus dependientes en el ejercicio de las funciones que le han sido encomendados; y 3) la responsabilidad por los daños causados por animales y cosas de su propiedad o bajo guarda o cuidado.

Siguiendo con la orientación contenida en el citado antecedente jurisprudencial *supra* reseñado, debe reiterarse en cuanto al daño, que la doctrina patria ha señalado que es el perjuicio sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaba incorporado en su patrimonio (daño emergente) y que es el elemento constitutivo de la responsabilidad civil. De allí que el objetivo de la reparación es colocar a la persona afectada en una situación equivalente a aquella en que se encontraba antes del acaecimiento del daño, por lo que lógicamente debe comprender, la restitución de los valores que ya habían ingresado en el patrimonio en el momento de cumplirse el acto ilícito y aquellos que, aunque todavía no ingresados, puede pronosticarse con certeza que habrían entrado a engrosar su patrimonio.

A los fines del resarcimiento del daño, éste debe cumplir los siguientes requisitos:

1) Debe ser cierto: esto es, que debe existir, debe haberlo experimentado en la víctima y hacerse patente al juzgador. En este sentido, la doctrina extranjera citada por el autor Gilberto Martínez Rave, en su obra "*Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*", señala que "*el concepto de certeza no tiene nada que ver con la futuridad del perjuicio*", que el mismo está referido a su certidumbre y no a su monto o actualidad.

2) Subsistencia del daño: La premisa principal es que la acción por responsabilidad civil, se extingue por la reparación del daño, lo cual puede ocurrir por el propio agente, bien de forma espontánea o por condena judicial, también por el pago efectuado por un tercero, por tanto, para que proceda la acción, el daño no debe haber sido reparado.

3) Debe afectar un interés legítimo de la víctima: En este sentido el artículo 1.196 del Código Civil, dispone: “*La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito*”. Así mismo, prevé que el Juez puede, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

4) El daño debe ser determinado o determinable: En principio el reclamante debe especificar los daños y determinarlos en su extensión y cuantía, proporcionando al juez los elementos de juicio para poder hacerlo. En caso de no ser posible hacerlo en un primer momento pueden fijarse en su extensión tomando en cuenta los criterios de expertos y los principios generales del derecho universalmente aceptados.

En el caso *sub examine*, advierte la Sala que se está en presencia de una acción de cobro de indemnizaciones por daños materiales y morales, derivadas de la responsabilidad civil extracontractual en que incurrió la demandada producto del accidente que sufrió el adolescente **JDQA** el día 1° de enero de 2013 en las instalaciones del parque temático, sociedad mercantil Inversiones Andes Mágicos, C.A., al lanzarse por un tobogán que se encontraba en mal estado, quedándole atrapado el dedo índice de la mano derecha (dominante) en una fisura que tenía las paredes de dicho deslizador, lo cual le produjo una fractura del hueso, ruptura del tendón y haber perdido mucha sangre; por tal razón fue sometido a dos intervenciones quirúrgicas, con la posibilidad de una tercera operación, sin que la representación de la accionada haya ofrecido algún tipo de ayuda; que el tobogán en cuestión se encontraba en condiciones inadecuadas, sin señalamientos de advertencia y de que su estructura estaba tan deteriorada que lo convertían en un riesgo y peligro inminente para los usuarios de dichas instalaciones, incumpliendo de esta manera con las normas para los espacios destinados al baño, a la recreación y el esparcimiento, a la natación o a otros ejercicios y deportes acuáticos o usos medicinales o terapéuticos, públicos y privados, específicamente con la Resolución N° 110 del 14 de abril de 2011 dictada por el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia (Gaceta Oficial N° 39.675 del 15 de abril de 2011).

Todo ello, aunado al hecho de que al momento de lanzarse del tobogán no se encontraba ninguna persona capacitada que le indicara al adolescente la manera cómo hacer uso del mismo, ni había ninguna señalización que indicara que dicho deslizador se encontraba en mal estado, lo que ocasionó que se le quedara atascado el dedo índice de la mano derecha en una de las paredes del tobogán, ocasionando una fisura y produciéndosele las lesiones ya indicadas quedando el adolescente atrapado en el tobogán y que como pudo logró sostenerse con la mano izquierda para evitar seguir deslizándose, por lo que estando probado el hecho ilícito (la culpa) por haber incumplido las normas de seguridad y la relación de causalidad entre éste y el daño (dedo lesionado), debe esta Sala proceder a revisar la concurrencia de los requisitos del mismo, esto es la certeza, subsistencia, que afecte un interés legítimo de la víctima y su determinación, a los fines de establecer el alcance de la responsabilidad civil demandada.

Efectivamente, del análisis probatorio se deriva el incumplimiento por parte de la demandada de la normativa antes señalada al no quedar constatado en autos que ésta para el momento del accidente disponía de personal salvavidas de atención permanente; tampoco se demostró la colocación en lugares visibles de las normas de uso de las piscinas y similares y de aquellas demás normas que se hayan dispuesto en cada instalación

por sus comunidades, juntas directivas y demás responsables de su mantenimiento y preservación ni el establecimiento de señalizaciones de seguridad de las piscinas en lo que concierne al uso de trampolines, toboganes u otros implementos, así como, las referentes a su profundidad. De lo anterior se colige la conducta culposa de la demandada, como agente del daño, así como la relación de causalidad entre el perjuicio sufrido y la actuación negligente de la accionada. Así se deja establecido.

En cuanto a la certeza del daño, del cúmulo probatorio valorado quedó demostrado que debido al accidente sufrido el dedo índice derecho presenta una irregularidad a nivel de la articulación inter-falángica distal que ocasiona una discapacidad, lo cual indudablemente ocasiona daños que redundan en un menoscabo en el desempeño físico, deportivo y en el futuro laboral del lesionado, quien cuando alcance la edad adulta presentará una limitación importante que afectará su aptitud para el trabajo, además de las repercusiones psicológicas que producen ese estado de fealdad, desigualdad o inferioridad que se le causan a un adolescente de 15 años el ver en esa condición, su mano derecha. Así se establece.

Acerca de que el daño no haya sido reparado (subsistencia), lo cual se verifica en el caso bajo análisis, por cuanto la accionada no ha contribuido en nada en los momentos más críticos para la satisfacción de las necesidades más apremiantes surgidas con ocasión del lamentable accidente. Así se establece.

Con relación a que el daño debe afectar un interés legítimo de la víctima, en este caso, la lesión corporal padecida por **JDQA**, afecta un aspecto motor, funcional, estético, como lo es, la utilidad completa de su mano derecha, que lesiona su aspecto físico y emocional, aunado al hecho que es la extremidad dominante, lo cual como ya se estableció anteriormente, repercutirá en su futuro laboral y profesional. Así se establece.

En cuanto a que el daño debe ser determinado o determinable, advierte la Sala que del escrito libelar se aprecia que la parte actora determinó el daño, pues señaló el diagnóstico que padece el adolescente **JDQA**; ahora bien, en cuanto a su extensión y cuantía (cuantificación), se observa que la representación judicial de la parte accionante demandó por concepto de daño moral la cantidad de ochocientos mil bolívares con cero céntimos (Bs. 800.000,00) y por daños materiales causados por este accidente en la mano derecha del adolescente, por el traslado a los distintos centros clínicos y laboratorios a fin de realizar los tratamientos médicos requeridos por la lesión sufrida, así como por el pago de transporte y taxis, la cantidad de mil setecientos ochenta bolívares con cero céntimos (Bs. 1.780,00), gastos médicos: medicinas, consultas médicas y exámenes la suma de seis mil cuatrocientos ochenta y seis bolívares con diecinueve céntimos (Bs. 6.486,19), gastos por intervenciones quirúrgicas: treinta mil noventa y cinco bolívares con veinticuatro céntimos (Bs. 30.095,24) y veintidós mil cuatrocientos diez bolívares con cero céntimos (Bs. 22.410,00), para un sub-total de sesenta mil setecientos setenta y un bolívares con cuarenta y tres céntimos (Bs. 60.771,43) estimando la demanda en un gran total de ochocientos sesenta mil setecientos setenta y un bolívares con cuarenta y tres céntimos (Bs. 860.771,43).

Encuentra la Sala procedentes los daños materiales antes indicados por las cantidades especificadas, salvo el que corresponde al pago de transporte y taxis, por no haber sido suficientemente demostrado. Las cantidades determinadas, por concepto de daño material, serán objeto de corrección monetaria que deberá calcularse conforme a una experticia complementaria del fallo, según los índices inflacionarios experimentados desde la interposición de la demanda que encabeza este procedimiento hasta la fecha del pago efectivo de esta condena.

Seguidamente pasa esta Sala a resolver sobre el segundo aspecto del contradictorio, que es lo relativo a la procedencia y estimación del daño moral, esto es la lesión que, a consecuencia de un hecho ilícito imputable a otra persona, experimenta la víctima en su dimensión psíquica o espiritual, que no es estimable en dinero, y que afecta aquellos derechos inherentes a la personalidad como son el honor, la reputación, la vida, la estética y los afectos y sentimientos, etc.

Asimismo, se reitera que en la resolución del recurso de casación, se dejó establecido que para la procedencia del daño moral, el reclamante debe demostrar el conjunto de circunstancias de hecho que genera la afiliación cuyo *pretium doloris* se reclama y una vez probado el hecho generador, procede su estimación bajo el prudente arbitrio del juzgador para lo cual se debe realizar el análisis de la entidad del daño (físico y psíquico), la conducta de la víctima, el grado de instrucción y la pérdida de la capacidad de formación profesional de la persona lesionada, la posición económica, social y cultural de la afectada, el tipo de retribución que necesita la víctima para ocupar una situación similar a la que tenía antes del accidente, el grado de culpabilidad del autor, los posibles atenuantes a favor del responsable y la capacidad económica del agente del daño, etc.; aspectos que deben ser ponderados a fin de establecer una indemnización razonable equitativa y humanamente aceptable, capaz de menguar los efectos del daño experimentado por la víctima.

En tal sentido, procede esta Sala a analizar los parámetros reseñados *supra*:

a.-) Entidad del daño: De los medios probatorios promovidos por la parte actora y valorados por este Tribunal Colegiado resultó demostrado que como consecuencia del accidente padecido por el adolescente JDQA, presenta una irregularidad a nivel de la articulación inter-falángica distal que ocasiona una discapacidad, lo cual indudablemente ocasiona daños que redundan en un menoscabo en el desempeño físico, deportivo y en el futuro laboral del lesionado, además de las repercusiones emocionales que producen ese estado de fealdad, desigualdad o inferioridad causadas a un adolescente de 15 años el ver su mano derecha en tales condiciones. Así se establece.

b.-) Conducta de la víctima: no se desprende de los autos que el adolescente JDQA haya tenido responsabilidad en la ocurrencia del accidente.

c.-) Grado de instrucción de la víctima y de la disminución de la capacidad de entrenamiento y formación profesional: de la prueba de aptitud vocacional número de registro PNEV-EL 135570 que riel a folio 107 del expediente, quedó demostrado que al momento de ocurrir el accidente el adolescente JDQA, cursaba la última etapa de educación media. Así se establece.

d.-) Posición económica, social y cultural del reclamante son aspectos que no quedaron suficientemente demostrados en autos; sin embargo, el hecho de haber cubierto oportunamente los gastos derivados del accidente, entre los cuales cabe mencionar la cancelación de la atención médica e implementos necesarios para su curación y restablecimiento hacen suponer que sus padres poseen una capacidad económica media. Así se decide.

e.-) Tipo de retribución que necesita la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente: en este aspecto es importante resaltar que el adolescente presenta una afección física y psicológica, que tuvo que

deponer sus aspiraciones profesionales, toda vez que dada su limitación en su mano predominante, no puede dedicarse a la carrera militar, industrial o mecánica a las que posee preponderante inclinación, tal y como se evidencia de la prueba vocacional que aparece inserta a los autos y la cual fue valorada, incidiendo en el ánimo de los juzgadores. Asimismo, debe considerarse que la discapacidad producto del accidente, ha de afectar su aptitud para el trabajo a futuro, tomando en cuenta que se trata de la mano dominante. Así se establece.

f.-) Grado de culpabilidad del autor: el accidente se ocasionó en la sede de la accionada, debido al mal estado en que se encontraba un bien perteneciente a la demandada (el tobogán), revela la negligencia e imprudencia de la accionada al no supervisar y controlar el buen mantenimiento y funcionalidad de sus instalaciones, para asegurar así la salud e integridad física de los visitantes y usuarios, aunado a que no fue demostrado en el marco del juicio ningún eximente de responsabilidad. Así se establece.

g.-) Posibles atenuantes a favor del responsable: De las pruebas promovidas por la parte demandada no se evidencia que la demandada haya cubierto alguno de los gastos ocasionados por el accidente. Así se establece.

a.-) Capacidad económica de la parte accionada: Consta en el expediente que el capital accionario de la sociedad mercantil es de doscientos mil bolívares (Bs.200.000,00). Sin embargo, también se evidencia que dicha declaración es de fecha el 22 de junio de 2011, por lo que entiende esta Sala que dado el incremento que han experimentado los precios de los bienes muebles e inmuebles en nuestro país, dicha cantidad se ha tornado sino insignificante si desproporcionada con el valor actual de los mismos, razón por la cual entiende que el potencial económico de la accionada es mucho mayor. Así se establece.

En atención a lo expuesto, esta Sala considera como cantidad justa y equitativa por concepto de daño moral la cantidad de ochocientos mil bolívares (Bs. 800.000,00). Así se decide.

Conforme a las pautas establecidas en la sentencia N° 161 del 2 de marzo de 2009 (caso: *Rosario Vincenzo Pisciotta Figueroa contra Minería M.S.*), la corrección monetaria aplicable a la cantidad condenada a pagar por daño moral, estará condicionada por el incumplimiento de la obligación por parte de la accionada, una vez que el fallo adquiera firmeza y se hará mediante experticia complementaria del fallo, desde la fecha de publicación de la sentencia hasta su pago efectivo, excluyendo de dicho cálculo los lapsos sobre los cuales la causa haya estado paralizada por acuerdo entre las partes, por hechos fortuitos o de fuerza mayor, o por receso judicial, tal y como fue asentado por esta Sala, a través de la sentencia N° 549 del 27 de julio de 2015, caso *Iván Júnior Hernández Calderón contra Ford Motors de Venezuela, S.A.*

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley declara: **PRIMERO: CON LUGAR** el recurso de casación intentado por la representación judicial de los ciudadanos **YUNEIRE MARÍA APONTE SOLARTE** y **KENEDY JOSÉ QUINTERO VILORIA**, actuando en nombre y procuración de su hijo **JDQA** (cuya identificación se omite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65

de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), contra la decisión proferida por el Tribunal Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, con sede en Barquisimeto, el 9 de junio de 2015. **SEGUNDO: ANULA** la decisión impugnada. **TERCERO: PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda incoada.

No hay condenatoria en costas, dada la naturaleza de la decisión.

Publíquese, regístrese y remítase el expediente a la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos de la Circunscripción Judicial arriba identificada, a los fines consiguientes. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen antes mencionado, todo de conformidad con el artículo 489-I de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los días diez (10) del mes de noviembre de dos mil dieciséis. Años: 206° de la Independencia y 157° de la Federación.

Presidenta de la Sala,

MARJORIE CALDERÓN GUERRERO

Vicepresidenta,

Magistrado,

MÓNICA MISTICCHIO TORTORELLA

EDGAR GAVIDIA RODRÍGUEZ

Magistrado,

Magistrado Ponente,

DANILO ANTONIO MOJICA MONSALVO

JESÚS MANUEL JIMÉNEZ ALFONZO

El Secretario,

MARCOS ENRIQUE PAREDES

R.C.N° AA60-S-2015-000841

Nota: Publicada en su fecha a

El Secretario