------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"G., M. H. c/ Municipalidad de Esquel s/Daños y Perjuicios***" (EXPTE. N°: 169 – AÑO: 2017 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

---Practicado a fs. 498 el sorteo establecido por el art. 271 del C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FRÜCHTENICHT – FLASS - PETRIS.----------

-----Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 471/476 y vta.? y

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

-----A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:----------

----1. La sentencia definitiva dictada a fs. 471/476vta. viene a conocimiento de esta Alzada en función de la apelación concedida a fs. 483, con agravios expresados a fs. 490/492 y respondidos por el actor apelado a fs. 494 y vta., sosteniendo la sentencia que se ataca. El decisorio puesto hoy en crisis decidió hacer lugar parcialmente a la demanda por daños y perjuicios promovida por M. H. G. contra la Municipalidad de Esquel y en su consecuencia condenó a esta última a abonar al primero el monto que indica, con los intereses en el plazo y con el apercibimiento que señala; decidió también no hacer extensiva la condena a la citada en garantía; impuso las costas de este proceso a la accionada vencida y reguló los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes.----------Para resolver como lo hizo, el judicante ponderó que en el caso, ante la obligación de seguridad que asume todo proveedor de bienes o servicios frente a los usuarios de éstos, la demandada debió haber previsto la posibilidad del evento dañoso y tomar las medidas de seguridad y vigilancia para que ello no ocurra, debiendo privilegiar la obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 Código Civil), concluyendo que el municipio demandado deberá responder por las consecuencias dañosas del

hecho relatado en demanda.----------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 497, y practicado a fs. 498 el sorteo que dispone el art. 271 CPCC, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274 del rito, en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas articuladas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada.----------Dispuesto ya a ponderar el memorial de fs. 490/492, se impone advertir que atendiendo la fecha de ocurrencia del evento que da lugar a estos autos (31.10.2011), entiendo que sin perjuicio de la vigencia del nuevo ordenamiento sustantivo civil y comercial la responsabilidad respecto del hecho antijurídico dañoso, se rige por la ley vigente al momento del hecho (conf. art. 7 CCyCN; v. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; "*La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*"; Rubinzal Culzoni, Santa Fe; 2015; p. 101 pto. b), c) y sgts.,). A mi juicio ello resulta así toda vez que es en ese momento en que nace la obligación de resarcir, al reunirse los requisitos y presupuestos de hecho que la configuran, y en el cual el daño no es la consecuencia sino la causal constitutiva de la obligación de resarcir.----------

------En primer término (v. fs. 490/491), la apelante se agravia por entender que en el supuesto de autos corresponde aplicar el régimen de responsabilidad estatal extracontractual que se aloja en el art. 1112 del Código civil velezano. En apoyo de su queja refiere el "*régimen exorbitante*" del sistema de responsabilidad estatal, cita calificada doctrina y acusa de arbitraria la sentencia por haberla dejado en estado de indefensión.----------

-----Inicialmente y respecto de la manifestación de la apelante, diré que la arbitrariedad invocada supone la indagación en los diccionarios y tal circunstancia nos brinda algunas definiciones que nos aproximan al tema. Así, la Real Academia Española, en la última edición de su Diccionario la define como *cualidad o condición de arbitrario* (1ra. acepción), *hecho o dicho arbitrario* (en la 2da.) o *comportamiento o proceder arbitrario* en la tercera. De idéntica manera, en una antigua edición aún más clarificadora a los fines de este voto, dice que lo arbitrario es "*lo que depende únicamente de la voluntad y del arbitrio de uno: como acción arbitraria, sentencia*

arbitraria". Es entonces que "*arbitrariamente*" significa: "*libre y facultativamente conforme al dictamen, juicio y arbitrio que uno forma sin precisión a las formalidades del derecho*". Manuel Ossorio (en "*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*"; Ed. Heliasta; Buenos Aires; 1981, p. 63) ha definido la arbitrariedad como: "*acto, conducta, proceder, contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno*". El concepto de arbitrario o arbitrariedad se contrapone necesariamente al de derecho. Como señala Bianchi, (art. "*El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*", publicado en ED, 99836): "*no puede existir algo arbitrario, si no es con relación a un orden jurídico previo, sea cual fuere. Toda sociedad necesita de determinadas reglas de conducta para organizar su existencia. Pues bien, el apartamiento inexplicado de esa reglas, inspirado en una conducta unilateral, es arbitrariedad.*" ----------

------También se ha afirmado que: "*La arbitrariedad consiste* –dice Luis Recasens Siches – *pues, en que el poder público con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general que anule la anterior y la substituya. El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general - aplicable a todos los casos análogos – sino que responde a un simple porque sí, en suma a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos, de una manera regular, que tienen validez para todos los casos parejos que se presentan*" (citado por BIANCHI en op. cit. p. 837).----------De lo expuesto, puedo extraer como conclusión inicial, que la arbitrariedad es -en nuestra materia - la negación de lo jurídico. El derecho se caracteriza por una lógica intrínseca y por una justificación de sí mismo asentada en valores superiores de orden, moral, justicia, libertad, etc. La arbitrariedad es – contrariamente a lo hasta aquí dicho - el desconocimiento de aquel ordenamiento previo, fundado tan sólo en razones subjetivas y caprichosas del individuo que comete el acto arbitrario.----------

------Ésa es la calificación que entiendo achaca el apelante a la sentencia que hoy pone en crisis. Más, adelanto que no la comparto y a continuación

manifestaré las razones de tal disenso para con el apelante.----------
-----En primer término, a mi juicio la sentencia apelada cumple con los estándares que hoy prescribe puntualmente el art. 3 del CCyCN, que textualmente reza: "*Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.*" El flamante Código Civil y Comercial de la Nación Ley Nro. 26.994 revaloriza así el rol de los jueces en la resolución de conflictos judiciales. Pese a estar frente a un texto que se interesa de manera especial por "*Los casos que este Código rige…*" (v. art. 1° CCyCN); tal regla puede aplicarse por extensión a toda la jurisdicción: resolver mediante una decisión razonablemente fundada.----------No se trata entonces de que toda sentencia deba estar fundada, sino de la exigencia de que tal fundamentación sea "*razonable*".----------
--El principio de razonabilidad es lo contrario a la arbitrariedad. En su función no es difícil advertir la importancia que tiene la obligación o el deber de que las sentencias sean *razonablemente fundadas*.----------
------Tal fundamentación adecuada, lógica y legal, también aparece impuesta por el art. 169 de nuestra Constitución Provincial, mencionado al inicio de este voto.----------Así, y como lo anticipé, la sentencia en crisis no puede ser tachada de arbitraria pues la inteligencia que efectúa del texto legal no excede el marco de posibilidades que brindan las normas en juego ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto. La elección en juego importó adoptar una solución posible, apoyándose en razones suficientes, las que aparecen sobradamente explicitadas en los Considerandos del decisorio atacado.----------
-----También que nuestro máximo tribunal nacional ha sostenido que: "*Los jueces no están obligados a ponderar una por una todas las pruebas. No existe arbitrariedad si la sentencia merita con claridad los elementos de juicio que estima relevantes para la solución del pleito.*" (C.S.J.N., sala I, 21-6-90, causa 47.051, Schmid, José D. en j.: "*Schmid, José D. c/Daniel Tarifa p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 215-411; íd., 286-90, causa 47.695, Espósito, Manuel y otro en j.: "*Valverde, José y otros*

c/Adán A. Acevedo p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad", L. S. 21628; íd., 26-8-91, causa 48.377, Caja Nacional de Ahorro y Seguro en j.: "*Sini, Nancy Edith c/Dante Capitanelli y otros s/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 222-419; íd., 22-6-92, causa 50.239, Giovarruscio, María E. en j.: "*Giovarruscio, María E. c/Carlos Alberto Zocco Guatelli p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 228-192; íd., 18-3-93, causa 51.145, Benavídez, María y otro en j.: "*Benavídez, María y ot. c/Ricardo Blanco p/su hijo menor p/Sumario s/Inconstitucionalidad*", L. S. 235-345; íd., 11-4-96, causa 54.359, Inca S. A. Compañía de Seguros en j.: "*Borda Ballara, Casimiro c/Hugo Bordón Gómez y otro p/Daños y perjuicios s/Inconstitucionalidad*", L. S. 264-95).------En idéntico sentido, el mismo Cuerpo resolvió en el sentido que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquéllos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre muchos otros).----------

------Sí voy a coincidir con la quejosa en el sentido que al supuesto autos debe encuadrárselo en el supuesto de responsabilidad objetiva del estado por aplicación del precitado art. 1112 del Código Civil vigente al momento del evento dañoso. Sucede que la responsabilidad del Estado por actividad lícita no puede disciplinarse por normas de derecho privado, pues ante el estado actuando conforme a derecho faltan todos los preceptos sobre actos ilícitos: la solución sólo puede deducirse de los principios del derecho público. Así, el daño provocado por la actividad lícita de la Administración, siempre que sea efectivo, individualizado, evaluable económicamente y se ajuste al concepto de "sacrificio especial" en el sentido que incida sobre ciertos individuos y supere los pequeños daños derivados de la convivencia, se torna indemnizable. Siendo que la lesión a los derechos particulares del actor, susceptibles de indemnización y no resultan consecuencia normal y necesaria de la actividad estatal productora del daño, deben ser resarcidos por imperio de la responsabilidad objetiva que surge del art. 1112, la que, pese a no ser una norma del derecho público, regula el derecho al resarcimiento que tienen los particulares frente a los funcionarios públicos y

al Estado, por los hechos u omisiones en el ejercicio regular de sus funciones. El art. 902 citado por el judicante en el decisorio hoy puesto en crisis, refiere el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas que es dable exigir del estado en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de toda actividad lícita.----------En función de lo dicho, la responsabilidad estatal por las acciones u omisiones de sus agentes se genera en la idea de falta de servicio y responde a la idea de que para meritar la responsabilidad extracontractual del Estado no corresponde recurrir al art. 1113, sino al art. 1112 que establece un régimen específico.----------Pero y más allá de la coincidencia con la quejosa, arriba el judicante a idéntica conclusión fallando que el daño acreditado debe reparase –en solución que comparto – y que no hallo conmovida por la queja que trato.--------Así las cosas, el agravio no puede prosperar. **Así lo voto**.----------

------En segundo lugar (v. fs. 491/492), se queja por cuanto la única prueba que sustenta la sentencia del judicante resulta ser el testimonio de Alexis Isaac Márquez; transcribe las respuestas brindadas por el testigo y cuestiona la acreditación tenida en cuenta por el sentenciante en orden a la relación de causalidad. Cita doctrina y precedentes jurisprudenciales, para concluir que la sentencia se halla mal encuadrada, siendo la única prueba que le da fundamento el testimonio referenciado.----------

Anticipo que esta queja tampoco puede prosperar. Y ello así, pues advierto que conforme a las manifestaciones vertidas por el sentenciante en su decisorio (*Considerandos* Primero y Segundo), el a quo arribó a la convicción que se decisión refleja. A todo evento, señalo así mismo que la accionada no acreditó la culpa de la víctima ni desplegó una actividad probatoria conducente a desvirtuar su responsabilidad. En su virtud, la queja no debe prosperar en esta sede. **Así lo voto**.----------Así las cosas, el memorial que trato debe ser desestimado. **Así lo propongo al Pleno en definitiva**.----------Respecto de las costas de esta instancia, atendiendo el resultado al que arribo, entiendo deben ser soportadas por la apelante en función del principio objetivo de la derrota alojado en el art. 69 CPCC. **Así lo voto también**.----------**A la**

MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------El Dr. Früchtenicht ha reseñado con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa, por eso voy a analizar los agravios expresados.----------***1)***

Carácter de la responsabilidad:----------

Sostiene el recurrente que la responsabilidad por falta de servicio, cuando el demandado es la Administración pública, es directa y objetiva. Explica que el recurrente analizó el caso como si se tratara de un supuesto de responsabilidad civil. Explica que la sentencia es arbitraria y que lo dejó en estado de indefensión.----------

-Adelanto que mi voto será contrario a la pretensión del recurrente. El Sr. Juez de la anterior instancia encuadró los hechos en las previsiones de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, no en el art. 1113 del Código Civil vigente por ese entonces.----------La Ley 24.240 crea un régimen de responsabilidad propio y distinto que rige para todas aquellas relaciones en que, una de las partes, es un consumidor tal como lo define en el art. 1° y la otra es un proveedor, tal como lo define en el art. 2°.----------El art. 2° de la Ley 24.240 considera proveedor tanto a las personas de naturaleza pública como privada. Las únicas excepciones contenidas en la norma son los profesionales liberales (art. 2° último parr) y las empresas de transporte aéreo (art. 63).----------Nada en la ley permite deducir que el Estado, cuando actúa como un prestador de servicios, quede excluido de la aplicación de la norma. La pretensión del recurrente no tiene anclaje legal. La prestación de servicios públicos es la relación de consumo por antonomasia y es el Estado el principal encargado de prestar esos servicios ya sea en forma directa o mediante una delegación transestructural de cometidos.----------

------Tanto cuando la prestación del servicio público es prestada en forma directa por el Estado, como cuando lo hace a través de un particular, extraño a su estructura, al que le delega una función que le es propia, se configura la situación de desigualdad entre prestador y usuario. Surge así el presupuesto esencial para la tutela consumerista. No hay motivos ni lógicos ni jurídicos para propiciar el desamparo del consumidor en aquellos casos en que el

prestador es el Estado. Va de suyo que la ley no lo hace y este Tribunal no va a contradecirla.----------

------Dice Andrada que *"Es sabido que la organización del servicio puede presentar diversos modelos: el del servicio público estatal en el que el servicio es regulado por el Derecho Administrativo y, el del servicio público privatizado en donde existe una relación principalmente regida por el Derecho privado entre prestador y usuario… Sin embargo, esa clásica distinción se ve hoy día desbordada y aun superada por la relación consumerista. Es decir, la cuestión atañente a la naturaleza pública o privada de la relación prestado usuario, exhibe en la actualidad una instancia superadora constituida por la teoría de la relación de consumo que alberga y disciplina, pues, una gran cantidad de supuestos"*[1]

Coincido plenamente con ello.----------

------El recurrente invoca arbitrariedad de la sentencia, pero no logra demostrar donde radica el voluntarismo *contra legem* que fundamentaría tal afirmación. No hay arbitrariedad. El Sr. Juez de la anterior instancia efectuó un análisis adecuado de la normativa aplicable. El recurrente sugirió otro que, a su entender, sería preferible. Ello solo configura una mera disidencia con la sentencia que, tal como lo llevamos dicho es insuficiente para fundar agravios.----------

------Por último, no puedo dejar de destacar que el recurrente invoca violación a su derecho de defensa, pero no explica cuales fueron aquellas de las que se vio privado incurriendo en una nueva insuficiencia argumental que sella adversamente su pretensión recursiva.----------

------Voy a coincidir con el distinguido colega que me precedió en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

-------2) La prueba del hecho lesivo:----------

---------Se queja el recurrente de que se hubiera tenido por probado el hecho lesivo con el solo testimonio del Sr. Alexis Isaac Márquez.----------

[1] Andrada, Dalmacio Alejandro "El estado y la defensa de los Consumidores" en AAVV en "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada" Ed La Ley. Bs. As. 209 t. II Pag. 67

-------Se equivoca el recurrente. La sentencia tuvo por cierto el hecho lesivo, no en base a los dichos del testigo sino a la falta de controversia al respecto, pues la Municipalidad de Esquel reconoció que el Sr. G. tropezó y se cayó.-

---

Probado el hecho lesivo surge para el proveedor de servicios una responsabilidad objetiva y ***"Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"*** conforme lo dispone el art. 40 de la ley 24.240.----------

-------Por lo expuesto es que una vez más voy a coincidir con el distinguido colega que me precedió en el tratamiento de la cuestión. Así lo voto.--------

-------Resta referirme a las costas de la presente acción que deberán ser impuestas a la recurrente vencida conforme principio objetivo de la derrota del cual no encuentro motivos para apartarme. Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:----

------Conforme con lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. M. R. en **OCHO (8) JUS** y los correspondientes al Dr. J. J. R. M. en **NUEVE (9) JUS**, en ambos casos con más el IVA pertinente, de corresponder, por lo actuado en esta instancia (arts. 5, 8, 13 de la Ley del Arancel).----------

---

------A IDENTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

-----Atento a lo expuesto al analizar la primera cuestión voto por: **I.- CONFIRMAR** la sentencia de fs. 471/476 vta.; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la recurrente vencida (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los emolumentos del Dr. M. R. en **OCHO (8) JUS** y los del Dr. J. J. R. M. en **NUEVE (9) JUS**, ambas sumas con el IVA correspondiente, por la labor desarrollada en esta Instancia (art. 13 del Arancel).----------

----------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

---

----------**S E N T E N C I A**----------

-----**Y VISTO**: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada.----------

-----**II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la apelante (art. 69 CPCC).----------

-

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. M. R. en **OCHO (8) JUS** y los correspondientes al Dr. J. J. R. M. en **NUEVE (9) JUS**, en ambos casos con el IVA pertinente, de corresponder, por lo actuado en esta instancia (arts. 5, 8, 13 de la Ley del Arancel).----------

----------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris, la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT GÜNTHER ENRIQUE FLASS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2018. CONSTE.-