En la ciudad de Trelew, a los 6 días de diciembre del año dos mil veinticuatro, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia Isabel Spoturno y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando y del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., J. M. c/ J., A. I. y Otra s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nro. 236- Año 2024 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado. Las Magistradas y el Magistrado resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:

I.- Vienen a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones con motivo de la apelación interpuesta por el actor, J. M. G., mediante escrito digital ID 1480571, contra la sentencia definitiva de primera instancia, de fecha 24 de abril de 2024, que desestimó la demanda de daños y perjuicios promovida en contra de A. I. J. y la Municipalidad de Trelew, con imposición de costas al actor vencido con los alcances determinados en el art. 730 del CCyC.

El actor demandó a J., en su condición de propietaria del local y a la Municipalidad de Trelew, por supuesta falta de servicio, por el accidente acontecido el 18 de febrero del 2007, en el local confitería – pool Z.

Relató que al acercarse a un ventanal que estaba abierto de par en par en la planta alta, intentó ir del lado de afuera junto a su compañera que se encontraba sentada sobre un aparente piso, cuando inesperadamente se derrumba y cayó a la vereda, por lo que el cielorraso suspendido, que parecía de cemento pintado de blanco, evidentemente era de utilería.

Indicó que como consecuencia de dicho suceso sufrió graves daños en su salud psicofísica, reclamando los rubros incapacidad sobreviniente, gastos de asistencia, tratamientos, medicamentos, materiales descartables y daño moral.

Para resolver, la Jueza de Primera Instancia, primeramente, estableció que resulta de aplicación el Código Civil hoy derogado, atento la fecha del accidente, encuadrando el caso específicamente en la segunda parte del art. 1113 del Cód. Civ. que regula el deber de responder por los daños ocasionados con las cosas y por el riesgo o vicio de aquellas.

Analizó la diferencia entre el daño generado por cosas en movimiento del ocasionado por cosas inertes o estáticas y dijo que, en este último supuesto, la probabilidad de intervención causal de la cosa resulta menor en comparación a las primeras y que debe considerarse el criterio de previsibilidad en abstracto propio de la relación causal, es decir, lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas.

Asimismo, afirmó le correspondía al damnificado la carga de la prueba del comportamiento o posición anómala de la cosa inerte.

Bajo dicho encuadre normativo, ingresó al análisis de la prueba producida, empezando con la declaración testimonial de la única testigo presencial del hecho, M. S. A., que transcribió parcialmente. Afirmó que esa declaración resultó contradictoria abiertamente con lo declarado por la misma testigo en sede penal y por lo relatado por el actor al momento del accidente.

En tal sentido, la Magistrada refirió que del acta de intervención policial surge que la Sra. A. fue designada testigo de actuación mientras que J. J. G., que se hallaba consciente, contó que se encontraba en el interior de local y que "cayó desde el interior del mismo por una ventana abierta hacia la acera de calle X. de M.".

Añadió que el 16/04/2007 el actor volvió a declarar que el día del infortunio, en un momento dado, quiso trasladarse de un sitio a otro en el interior del local, donde tropezó con algo, perdiendo el equilibrio, cayendo por una de las ventanas hacia el exterior del local, quedando tendido en la acera.

También puso de resalto que la señora A., el 21/2/2007, tres días después del hecho, al ser entrevistada por el Oficial Subinspector G., contó: "que un matrimonio que transitaba por el lugar ocasionalmente observó cuando la persona de J. M. G., cayó desde el interior del local comercial Z." (sic).

Por lo anterior afirmó que de las declaraciones efectuadas en sede penal no se desprende que el accidente hubiera ocurrido como se relató en la demanda, dado que ni la víctima ni A. hicieron referencia en dicha sede sobre la existencia de un techo, piso o balcón sin baranda en el exterior. Por el contrario – dijo- ambos coincidieron en que el actor habría caído desde el interior del local.

Agregó que lo declarado por la testigo en este expediente de que el techo hundido dejó restos en la vereda no es más que una mera suposición, no constatada por la autoridad policial, la que solo dejó constancia en el acta que el local poseía una ventana que daba hacia la calle 25 de mayo abierta y que no se visualizaba medida de seguridad alguna.

Puso de resalto que en la CD de fecha 29/03/2007, remitida por la madre del actor a I. J., tampoco se hizo mención a la existencia de un piso o techo que se hundiera al momento en que el actor saliera afuera, y que, por el contrario, solo refirió a "la caída desde la planta alta de su local bailable, cuya ventana se encontraba abierta sin ninguna medida de seguridad".

Por tales contradicciones, sumado a la circunstancia de que la testigo se encontraba vinculada sentimentalmente al actor al momento del hecho, lo que entendió comprometía su imparcialidad, prescindió de la declaración testimonial de A..

A continuación analizó la pericia arquitectónica, la que determinó que en el local no se observaron modificaciones en su interior ni en el primer piso, en los cielorrasos o en las

carpinterías, describiendo la cantidad de ventanas y sus medidas. Destacó que la pericia no fue impugnada por ninguna de las partes y que posee suficiente fundamento y detalle científico. También señaló que resulta corroborada con la prueba de los testigos que declararon sobre la estructura y fachada del local comercial.

La Magistrada, con sustento en la prueba mencionada, en definitiva, concluyó: 1) que el actor no acreditó la existencia de un ventanal que distaba a unos 30 cm. del piso abierto de par en par encontrándose demostrado, contrario a ello, que el local tenía en su piso superior cuatro (4) ventanas de 0.91 mts. de ancho por 1,12 mts. de alto ubicados a 0,49 mts. del piso, con apertura de tipo banderola; 2) que la única finalidad de esas cuatro ventanas era la de ventilación y que el actor no alegó ni probó por cuál de ellas habría salido al exterior; 3) que no se logró demostrar la existencia de un piso o techo ni balcón sin protección existente a continuación de las ventanas., pero si se probó que el cielorraso se ubica en el interior del local, por lo que no existe la posibilidad de andar sobre él y que en el exterior hay una canaleta de chapa doblada adosada a la mampostería, no transitable, que se usa para sostener el cartel de propaganda, ubicada a 40 o 50 cm., aproximadamente, de la ventana.

Por ello, teniendo en cuenta las características estructurales de las ventanas y la mampostería exterior, concluyó que no creía que la caída de G. hubiera ocurrido como se indicó en sede penal, pero que sí resulta creíble que salió al exterior del local a través de una de las ventanas con las características antes señaladas (y no abierta de par en par como se afirmó) y se paró en un lugar prohibido, esto es, la marquesina que no era transitable.

En razón de ello, afirmó que existió un imprudente accionar de la propia víctima, como causal eximente, quien asumió libre y voluntariamente las eventuales consecuencias peligrosas de la acción que desarrolló, sin que pueda atribuirse a la inobservancia de los deberes a cargo de la propietaria del local comercial.

En relación al deber de cuidado y seguridad de quien tiene a su cargo la explotación del local, alegado en la demanda, refirió que la aplicación la ley de consumidor no implica eliminar las reglas que en materia de responsabilidad trae el C.Civ., entre ellas, la del art. 1111, conocido como “culpa de la víctima” como causal de exoneración de responsabilidad.

Finalmente, descartó la responsabilidad extracontractual atribuida a la Municipalidad de Trelew por falta de servicio, en tanto no se acreditó un defectuoso control u omisión que tenga relación causal con el daño sufrido por el actor como consecuencia del accidente.

Añadió que del acta de habilitación agregada en el expediente 26229, no surge ninguna descripción de la parte externa del local, dado que el Inspector Municipal solo dijo que la ventilación era por aberturas, no refirió sobre la existencia de un ventanal o alguna puerta que permita salir al exterior del primer piso y no señala que el cielorraso se encuentre en la parte exterior del primer piso, todo lo cual coincide con el dictamen pericial y las declaraciones de L. V. y J. D. P.

Destacó que en la pericia se hizo referencia a la Ordenanza nro. 916/79 que indica cuales son las medidas de seguridad que deben adoptarse para el funcionamiento de locales habilitados para confiterías y que tal ordenanza fue cumplida por la Municipalidad, conforme surge de la testimonial y documental.

Por todo ello rechazó la demanda, con costas al actor.

II. Agravios.

Contra ese decisorio, el actor dedujo cinco agravios, individualizados con los siguientes títulos: i) Arbitraria prescindencia de la prueba aportada por la testigo presencial; ii) Desconocimiento del carácter de instrumento público de la constatación del lugar por acta policial. Incumplimiento del deber de seguridad; iii) Responsabilidad de la Municipalidad de Trelew por omisión de control e incorrecta inhabilitación; iv) Arbitraria valoración de la prueba, violación al debido proceso; y v) Violación al derecho constitucional a la reparación integral. Debe considerarse las indemnizaciones como deuda de valor (art. 772 del CCCN) actualizada al tiempo del fallo.

III. En tanto las dos demandadas consideran que el recurso es un mero disenso con la sentencia de grado, pretendiendo que se lo declare desierto por insuficiencia técnica, cabe precisar que los agravios expresados por el actor alcanzan, aun cuando en mínima medida, una crítica adecuada en los términos del art. 268 del CPCC, motivo por el cual entiendo corresponde habilitar su tratamiento.

IV. Ello superado, por una cuestión de orden lógico, ingresaré al tratamiento conjunto del primero, segundo y cuarto agravio, dado que a través de todos ellos el actor cuestiona, en definitiva, el razonamiento probatorio de la sentencia que llevó al rechazo de la demanda. Seguidamente, de corresponder, me avocaré al análisis de los restantes agravios.

V. Tratamiento de los agravios.

V a) Arbitraria prescindencia de la prueba aportada por la testigo presencial. Desconocimiento del carácter de instrumento público de la constatación del lugar por acta policial. Incumplimiento del deber de seguridad. Arbitraria valoración de la prueba, omisión de pruebas conducentes para la solución del litigio. Violación al debido proceso.

En los agravios en tratamiento el apelante, básicamente, cuestiona el razonamiento probatorio de la sentencia. Inicia impugnando el apartamiento del testimonio de la única testigo presencial del hecho, ya que entiende que no hay justificación razonable para ello.

Afirma que ninguno (el actor y la testigo) dijo que J. M. G. cayó desde el interior del local, pero que en tal caso deberíamos preguntarnos cómo ello podría haber ocurrido desde una ventana que, tal como quedó probado, estaba a 49 cm. del piso y era tipo bandolera, con apertura normal de solo 18 centímetros, y que para abrir completamente requeriría un esfuerzo considerable, ya que tiende a cerrarse por su propio peso.

Dice que la Magistrada solo adoptó aquellas conclusiones periciales que sostenían su tesis de la culpa exclusiva de la víctima, sin considerar los elementos del expediente que contrarían tal hipótesis. Así –agrega- no se preguntó cómo una persona de 1,75 metros logra salir o caerse por una abertura de apenas 18 centímetros si no está totalmente abierta.

Destaca que en el acta policial se dejó constancia de que la ventana estaba abierta y no poseía ningún tipo de seguridad y no se dejó constancia de que se trataba de una abertura de ventilación. Sostiene que ello permite concluir que la ventana estaba totalmente abierta, lo que permitió la salida de A. y G. al exterior, produciéndose la caída, ya que no se trataba de un “balconcito” como ellos creían; pero tampoco existía nada en el local comercial que les advirtiera que corrían peligro.

Afirma que si una ventana de 80 cm. de ancho por 1,12 mts de alto está abierta en un primer piso de un local comercial nocturno que vende bebidas alcohólicas, no se puede concluir en modo alguno culpa exclusiva de la víctima y, menos, que no exista deber de seguridad por parte de quien explota la actividad comercial.

Cuestiona que en la sentencia se haya considerado "poco creíble" lo declarado por la Sra. A. por su relación afectiva previa con el actor. Considera infundada dicha calificación ya que la testigo prestó declaración bajo juramento, cumpliendo con todos los requisitos de idoneidad y entiende que la relación afectiva no debió ser motivo suficiente para descartar el testimonio, especialmente cuando éste es el único que relata lo sucedido de primera mano.

Continúa diciendo que con el acta policial quedó demostrado en un instrumento público que la ventana hacia 25 de mayo estaba abierta y que no se visualizaba medida de seguridad alguna.

Indica que, al no haber sido redargüida de falsedad, dicho instrumento proporciona plena certeza de las circunstancias del hecho, pero que, sin embargo, la Magistrada se apartó arbitrariamente de esta prueba conducente para la solución del litigio, en tanto las circunstancias constatadas dan cuenta de la responsabilidad de la titular del local.

Argumenta que, aun prescindiendo de la declaración de A., la responsabilidad aparece indiscutible ante la verificación policial incuestionada de que la ventana se encontraba abierta y que carecía de medidas de seguridad.

Enfatiza que no resulta trascendente que sean o no las mismas ventanas constatadas por la perito arquitecta, ya que lo que interesa es cómo estaban en el momento del evento dañoso, bastando que la ventana estaba abierta y sin medidas de seguridad que impidan el paso o caída hacia afuera de los clientes.

Insiste en que, aun aceptando que la ventana se encontraba a 49 cm. del piso, resultaba de fácil acceso al exterior. Resalta que la diferencia señalada por la pericia de apenas 15 cm. con lo declarado por los testigos y la víctima no es significativa y que no puede pedirse precisión a los clientes de un pub nocturno no habituales.

El recurrente advierte que, según la lógica, si la apertura fuera tan reducida como lo indicó la pericia, resultaba materialmente imposible salir al exterior. Y agrega que, aun cuando no se hubiera podido corroborar un cambio de ventanas, las circunstancias observadas por el agente policial inmediatamente después del siniestro –ventana abierta y sin medidas de seguridad– evidencian un incumplimiento al deber de seguridad por parte de la demandada.

Invoca la relación consumeril existente entre las partes, lo que impone una obligación de seguridad a la titular del local comercial y afirma que dicha obligación, de naturaleza objetiva, implica el deber de custodiar y vigilar las condiciones de la actividad empresarial, adoptando todas las medidas necesarias para evitar daños a los consumidores.

El recurrente apoya su posición en jurisprudencia que establece que los daños ocurridos dentro de un local comercial, como un pub, plantean una problemática contractual, ya que el dueño del establecimiento asume una obligación de seguridad, orientada a preservar la integridad física de sus clientes. Afirma que ese deber de seguridad es una obligación de resultado, de carácter objetivo, y no permite eximirse de responsabilidad por la simple ausencia de culpa.

Señala que la Jueza, en lugar de considerar estos puntos, realizó un análisis inverso e incomprensible al sostener que no creía que la caída de G. hubiera ocurrido como lo indicó en sede penal, pero aceptando que salió al exterior a través de una de las ventanas y se paró sobre una marquesina no transitable.

Expresa que en modo alguno procedía la casual de eximición invocada por la sentenciante, en tanto no se trató de un hecho que resultara totalmente imposible predecir para el dueño del pub. Dice que, siendo diligente en el desempeño de su actividad, tendría que haber tenido cerradas las ventanas del primer piso de su local o bien a una altura a la que no pudiera accederse o contar con un sistema de seguridad que impidiera su abertura, lo que hubiera evitado el luctuoso suceso.

En síntesis, el actor manifiesta que la sentencia recurrida efectuó una valoración arbitraria y parcial de la prueba y desatiende el incumplimiento de la obligación de seguridad por parte de la demandada.

Finalmente, en su cuarto agravio, vuelve a plantear que la sentencia es arbitraria, por haberse efectuado una errónea y parcial valoración de la prueba y omitido valorar pruebas esenciales, con violación a la garantía del debido proceso.

En base a todo lo anterior, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, atribuyendo responsabilidad concurrente a los codemandados J. y la Municipalidad de Trelew.

V b) Marco normativo aplicable.

Para resolver adecuadamente, se impone primero delimitar el encuadre jurídico y las reglas de la carga de la prueba aplicables al infortunio ocurrido el día 18/02/2007 del cual resultó víctima el señor J. M. G.

El recurrente enfatiza en sus agravios la relación consumeril y la consecuente obligación de seguridad, como obligación de resultado y fuente de la responsabilidad objetiva atribuida a la titular del local comercial. En su demanda, fundó la responsabilidad de J. en los arts. 1113 y 1109 del anterior C. Civil, aunque también, hizo alusión al deber de cuidado y seguridad por la actividad o servicio que se presta.

De todo modos, es sabido que le incumbe a la Magistratura discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (Fallos: 344:5; 334:53; 333:828; 330:3477; 326:3050; 324:3184; 324:2946; 324:1590; 322:1100; 321:2453; 321:2137; 321:1167; 317:167; 317:80; 316:2383; 316:871; 314:420; 314:535; 311:290; 310:1536; 310:2733; 310:1536; 308:778; 305:1975; 305:405; 303:289; 302:1393; 300:1034; 297:548; 298:429; 298:78; 296:633; 268:471; 261:193). Así, es función de los jueces aplicar el derecho a los supuestos fácticos alegados y probados por las partes, con prescindencia de las afirmaciones de orden legal formuladas por ellas (Fallos: 322:960; 321:2767; 317:80; 301:735; 296:504; 294:343; 291:259) aún ante el silencio de éstas (Fallos: 316:871; 211:54).

Pues bien, se debate aquí un supuesto de responsabilidad por daños ocurrido en un local comercial dedicado al rubro confitería, ventas de bebidas de alcohol y recreativo (mesas de pool), del cual resultó víctima un cliente que se encontraba allí.

Por ello, son aplicables no sólo las normas del Código Civil de Vélez (atendiendo a la fecha en la que aconteció el evento dañoso), sino también toda la normativa de defensa del consumidor a la luz de lo previsto por el art. 42 de la Constitución Nacional; art. 33 de la Constitución Provincial y ley 24.240 y sus modif., por haberse originado en un contrato de consumo entre el accionante, en su calidad de consumidor o cliente, y la demandada, en su calidad de proveedora del servicio, titular de la confitería-pool que gira bajo la denominación comercial “Z.”.

Así, no comparto el encuadre efectuado en primera instancia basado exclusivamente en el art. 1113, segunda parte, del C.Civ. por la intervención de una “cosa inerte” (sería la marquesina exterior, aunque no se precisó), sino que rige directamente el art. 40 de la LDC, que regula los supuestos de daños sufridos por el usuario o consumidor por el riesgo o vicio de la cosa o de la prestación del servicios disponiendo que, en ese caso, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, los que sólo podrán liberarse, total o

parcialmente, si demuestran que la causa del daño le ha sido ajena (confr. mi voto en SDC 22/2023).

En tal sentido, el Superior Tribunal de nuestra Provincia sostuvo: "...el Derecho al Consumidor atraviesa horizontalmente el ordenamiento jurídico, proyectándose su aplicación desde la relación de consumo, de base fáctica, a través de la cual se identifica la situación de vulnerabilidad estructural que es objeto de protección por el mismo orden público, sin distinción entre proveedores según sean permanentes u ocasionales, personas públicas o privadas, nacionales o provinciales. Asimismo, la activación del estatuto de defensa del consumidor mediante la detección de la relación de consumo, eleva el umbral protectorio y califica la relación jurídica en su misma naturaleza, abstrayéndola de las categorías públicas o privadas en que se inserten las regulaciones a que estén sometidos proveedores y órganos de control. Ya no se trata de relaciones civiles, comerciales o administrativas, sino de relaciones de consumo. Dicho estatuto se estructura desde su vértice en el art. 42 de la Constitución Nacional, organizando su reglamentación a partir de la Ley 24.240 hacia sus reglamentaciones particulares y normas modificatorias y complementarias, lo que no implica desconocer que otras normas del ordenamiento contengan derechos a favor del usuario o consumidor, aunque formando parte de otros sistemas normativos. La Ley de Defensa del Consumidor, a su vez, diseña un sistema de controles adecuado a la tutela de la relación de consumo, en su individualidad así como en su proyección o incidencia colectiva" (STJCh, SI N° 20/SCA/2010 citado por esta Sala en SIE 26/2021).

La responsabilidad objetiva por riesgo prevista en el Código Civil y Comercial articula entonces con las normas que conforman el microsistema del derecho del consumo. Esta articulación opera mediante un mecanismo específico: el diálogo de fuentes (arts. 1º, 2º, 3º y concs., CCyC), emplazado en la constitucionalización del derecho civil y en el rol del juez como garante de la unidad y coherencia del sistema de derecho privado con sustento en el juicio de ponderación de los principios constitucionales e infraconstitucionales. Tanto en el régimen del Código anterior como en el del Código actual, el sistema del derecho común relativo al riesgo o vicio de las cosas y a las actividades riesgosas y peligrosas convive con el régimen especial del derecho del consumidor. Más aún si tenemos en cuenta el incremento cuantitativo: en los hechos, muchos supuestos o casos quedan desplazados del marco normativo general y resultan aprehendidos en el microsistema de la ley 24.240 (texto actualizado por la ley 26.361 y por la ley 26.944 de sanción del Código Civil y Comercial. (“Principios Generales de la Responsabilidad Objetiva por Riesgos”, por Jorge M. Galdós y Ezequiel Valicenti, artículo publicado en La Ley, del 30/11/2016, Tomo 2016-f).

Explican Sebastián Picasso y L. J. Sáenz, que: “Entre muchas otras consecuencias, el advenimiento del derecho del consumo condujo en la Argentina a un replanteo completo de la obligación de seguridad tal como era concebida clásicamente. Merced a la nueva

normativa constitucional y legal que protege a los consumidores, aquel especial deber de protección aparece ahora expresamente previsto por la ley (con lo que no puede decirse ya al menos, en el ámbito del derecho del consumo - que se trata de una obligación "tácita") para todas las relaciones de consumo lo que da por tierra con la discusión acerca de en qué contratos existiría ese especial deber calificado y en cuáles no). Esta última característica implica también que la obligación de seguridad ha exorbitado el ámbito estricto de los contratos, para abarcar también aspectos precontractuales y para-contractuales. Finalmente, es claro que se trata de una obligación de resultado en todos los casos, lo que termina con la discusión atinente a si existen o no obligaciones de seguridad de medios.

(…)…la obligación de seguridad ha dejado de ser tácita en el ámbito del derecho del consumo resulta con toda nitidez tanto del art. 42 de la Constitución Nacional como del art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor. El texto constitucional establece, en lo que aquí interesa, que los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, "a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado, en numerosos precedentes, que esto implica consagrar una verdadera obligación constitucional de seguridad en cabeza de los proveedores de bienes y servicios (Fallos 329:4944; 330:563; 331:819, 333:203). Lo mismo resulta -a nivel infraconstitucional- del art. 5 de la ley 24.240, a cuyo tenor: "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

(…) Ante la existencia de esta verdadera obligación de seguridad expresa en el ámbito de las relaciones de consumo, continuar hablando para esos casos de la obligación "tácita" de seguridad como lo hacen todavía, inexplicablemente, muchos autores y fallos, con fundamento en el derecho común, resulta claramente contra legem. La ley 24.240 no es una norma facultativa a la que los jueces son libres de acudir o no según su criterio, sino una ley de orden público (según lo dispone su art. 65) que debe ser aplicada en todo el ámbito de su vigencia y que –según resulta de los arts. 7 de la mencionada ley y 963, 1094 y 1709 del CCC- desplaza lo que pueda considerarse previsto por el derecho común en tales supuestos (a menos que la solución establecida por este último sea más favorable al consumidor, lo que obviamente no sucede en el supuesto en análisis)”. (Autores citados, en “Tratado de Derecho de Daños”. T. II; Ed. Thomson Reuters-La ley, Buenos Aires, 2019, págs. 411 y 412).

Así, por ejemplo, se ha dicho que “Quien concurre a una disco a estar con amigos, a hacer amistades, en definitiva, a distraerse, así haya sido invitado, se relaciona jurídicamente con el proveedor del servicio, de ahí que la responsabilidad civil por los daños padecidos por el asistente sea contractual. El contrato contiene dos obligaciones: la principal,

consistente en ofrecer el servicio prometido (música de determinada clase, venta de bebidas, iluminación, etc.), y una accesoria de seguridad surgente del art. 1198 del Cód. Civil. Esta obligación de seguridad es de resultado, es decir que el titular de la disco debe asegurar la salida de sus cocontratantes sanos y salvos (es decir en la misma forma que ingresaron al local)" (SAGARNA, Fernando, Daños causados por custodios privados - Responsabilidad de las discos por el hecho de sus dependientes, LA LEY1999E, 133., también citado por J. M. Prevot en obra citada).

En suma, asiste razón al recurrente en que rige en el caso una obligación de seguridad expresa de la titular del local, derivada de la relación o contrato de consumo que mantuvo con la víctima.

Dicho deber de garantía o seguridad de la indemnidad de los consumidores configura una obligación de resultado, que impone al empresario o titular del local una responsabilidad objetiva, la cual sólo puede excusarse por la prueba de la causa ajena (art. 40 LDC).

De tal manera, la sola existencia de un daño sufrido en el ámbito de la relación de consumo, alcanza para tener por configurado su incumplimiento. Por ello, la parte demandada, para liberarse de responsabilidad debe, pues, acreditar que el daño se produjo por una causa ajena; ya que la obligación de seguridad exigía que el usuario o consumidor pudiera hacer uso del local y retirarse del mismo sin daño alguno (CNCiv. Sala G, "M. M. J. R. y otros vs. D. S.A. y otros s. Daños y perjuicios",11/04/2023; Rubinzal Online; RC J 1239/23).

Ahora bien, en base a las reglas expuestas, corresponde determinar si las demandadas lograron o no acreditar la causal eximente de responsabilidad (conf art. 40 LDC, art. 1113, segunda parte, del anterior CC., actual art. 1736 CCC y art. 381 CPCC), consistente en la culpa o, mejor dicho, "el hecho de la víctima" como causa ajena, alegada como defensa por ambas codemandadas, con sustento en el entonces vigente art. 1111 del C. Civil (J. en el punto V de su contestación de demanda y la Municipalidad de Trelew en el punto E).

Cabe precisar que para que se configure la eximente en cuestión, el hecho de la víctima debe, necesariamente, constituir la causa adecuada del daño, sea en forma exclusiva o concurrente.

Veamos. Según la hipótesis del actor, se acercó a un ventanal que estaba abierto de par en par en la planta alta, intentó ir del lado de afuera junto a su compañera que se encontraba sentada sobre un aparente piso, cuando inesperadamente cae derrumbado por su propio peso a la vereda, por lo que el cielorraso suspendido, que parecía de cemento pintado de blanco, evidentemente era de utilería (ver demanda, h. 7).

La versión de las demandadas es que la víctima actuó con total imprudencia y de manera peligrosa para su integridad física, al traspasar la ventana del local para apoyarse en la marquesina, que no estaba destinada a soportar carga ni habilitada al público. Hicieron

especial referencia a las medidas de las ventanas (1mt de altura por 0,80 de ancho); que estaban ubicadas a 0,50 cms. del piso y con sistema de apertura con brazo de empuje, por lo que resultaba ilógico pensar que se trataba de una puerta para salir al exterior. Agregaron que no había ningún tipo de cielorraso suspendido o algo que se le parezca, para pensar que se trataba de un balcón (Conf. J., escrito de contestación, h. 281/282 y Municipalidad, h. 341).

Hasta aquí la respectivas versiones de las partes. Ingresando ahora en el análisis de las pruebas, en primer lugar, tenemos la declaración de M. S. A. (h. 441/444), única testigo presencial del evento dañoso.

La nombrada relató que ese día, aproximadamente a las 5:00 am, arribaron con el actor al lugar y que decidieron subir a la parte de arriba, donde había unos sillones. Continuó relatando que allí vieron una ventana que estaba al lado de los sillones bajitos, y que decidió pasar para el otro lado de la ventana expresando que "… estaba abierta que parecía que había un tipo balconcito sin protección…" y se sentó en el piso del lado afuera de la ventana. Al ser preguntada por el motivo por el que decidieron salir afuera, explicó que lo hicieron porque hacía mucho calor (respuesta a la trigésimo cuarta pregunta de la codemandada J.). Agregó que luego de haber pasado ella, G. hizo lo mismo y fue ahí cuando se cayó. Dijo: "como que se hundió el piso y él cayó para atrás de espalda…Pasó y fue un segundo, se hundió el piso y cayó" (respuestas a la segunda, tercera y cuarta preguntas de la codemandada J. y a la primera, segunda y tercera preguntas de la Municipalidad de Trelew).

Declaró que la ventana se encontraba abierta y estaba ubicada a la misma altura del sillón, a unos 30 cm., agregando que "como estaba a la misma altura pasé directamente al otro lado" (respuestas a las sexta y sétima preguntas).

Al ser consultada sobre el lugar exterior a continuación de la ventana en el que dijo sentarse, la testigo explicó: "Parecía que era como un balconcito sin baranda, más o menos las medidas un metro veinte más o menos, no creo que da a la calle" (respuesta a la octava pregunta de la codemandada J. y respuesta a la sexta a decimo séptima preguntas de la codemandada Municipalidad de Trelew).

Por otro lado, esta testigo afirmó que, luego del accidente, se cambió el frente y las ventanas del local, siendo reemplazadas por unas de menor tamaño (respuestas a la novena, décima, décima primer, decima cuarta, décima quinta preguntas de la codemandada J.).

Por otro lado, en el Acta de Intervención Policial realizada con motivo del accidente, agregada al caso penal, se dejó sentado que G. se encontraba tendido en el suelo y que en ese momento manifestó que se encontraba en el interior del local y que "cayó desde el interior del mismo por una ventana abierta hacia la acera de calle X. de M.". Por su parte, la autoridad policial dejó constancia que el local de referencia poseía una ventana abierta que daba a la calle X. de M. y que no se visualizaba medida de seguridad alguna.

Asimismo, en fecha 21/02/2007, esto es, a tres días de ocurrido el hecho, preguntada por personal policial si conocía la existencia de otros testigos presenciales del hecho, la Sra. A. declaró que “un matrimonio que transitaba por el lugar ocasionalmente observó cuando la persona de J. M. G., cayó desde el interior del local comercial Z.…” (ver h. 87 doc. del actor).

A su turno, en sede penal, el 16/04/2007 el actor relató que al momento del hecho se encontraba junto a su novia (A.) en el interior del local “Z.” y que en un momento dado en el que se quiso trasladar de un sitio a otro en la parte de la planta superior, se tropezó con algo y perdió el equilibrio “cayendo por una de las ventanas hacia el exterior del local quedando tendido en la acera del local comercial “Z.”. Al ser preguntado sobre si alguien lo empujó o le puso un elemento para que tropezara, G. contestó negativamente (h. 90 de la doc. res. del actor).

De lo hasta aquí reseñado advierto, al igual que lo hizo la jueza de la anterior instancia, la existencia de una evidente contradicción entre la versión de los hechos dada por el actor y la testigo A. en sede penal respecto de la vertida en esta sede civil.

Para ser más clara, la hipótesis fáctica se cambió sustancialmente, ya que mientras en sede penal se denunció que G. cayó al exterior a través de una ventana abierta, directamente desde el interior del local, por un supuesto tropezón o pérdida de equilibrio, en sede civil, tanto el actor como la testigo, modifican la escena, sosteniendo que salieron voluntariamente por una ventana que estaba abierta para sentarse en un aparente balconcito o cielorraso exterior, que inesperadamente no era tal, y que cedió por el propio peso.

La primera versión del accidente también se encuentra en la CD de fecha 29/03/2007 (h. 39 de la doc. res.), remitida por G. E. a la codemandada I. J. al haber señalado allí que su hijo J. M. sufrió de una grave lesión en el local Z. “a causa de la caída desde la planta alta de su local bailable, cuyas ventana se encontraba abierta sin ninguna medida de seguridad…”.

Así las cosas, la versión distinta de los hechos dada por el actor implica contrariar sus propios actos y con ello una presunción en contra de la veracidad de sus dichos, conforme el art. 165, inc. 5. del CPCC.

En este sentido se ha dicho: “Cuando el litigante contradice sus propios actos, rompiendo la coherencia de su postura procesal, por medio de una mendaz exposición de lo sucedido, en un intento de lograr una posición más favorable, en detrimento de su contraria, en realidad desarrolla una conducta que el tribunal debe prevenir y sancionar, a la par que ello acarrea una presunción contraria a la pretensión introducida, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 163, inc. 5, del Cód. procesal”. (CNCiv. Sala D, 28/8/95, jurisp. Cám Civil, Isis. sum. 0006950).

Respecto de la testigo, las contradicciones explicadas, sumado a la relación sentimental existente al momento del hecho con el actor, justifican que se descarte la fuerza probatoria de su testimonio, tal como lo hizo la Jueza de Primera Instancia. Por ello no le asiste razón al apelante al acusar arbitrariedad en dicho razonamiento.

Continuando con el material probatorio producido, específicamente respecto a la estructura del local bailable y sus aberturas, contamos con la pericia arquitectónica presentada en fecha 14/12/2010 (h. 573/586), de la que surge que: 1) no se observan modificaciones en el interior del local ni cambios en el cielorraso ni en las carpinterías del primer piso; 2) en la planta alta hay cuatro ventanas de chapa de hierro doblada; 3) las ventanas poseen una medida de 0,91 mts. de ancho por 1,12 mts de alto y se encuentra a 0,49 mts. del piso, 4) las mismas poseen un sistema de apertura hacia afuera y arriba, siendo su apertura con brazo de empuje el que permite que la ventana se mantenga abierta a unos 18 cm. y que forzando la apertura hacia arriba se puede lograr que la ventana se abra totalmente debiendo ser sostenida con suficiente fuerza ya que al ser muy pesada tiende a cerrarse; 5) dentro de la planta alta hay un cielorraso suspendido de placas de yeso el cual no soporta peso y tampoco es transitable; 6) no existe un cielorraso hacia el exterior, y allí solo se encuentra una canaleta de chapa doblada adosada a la mampostería exterior, la que no es transitable y se utiliza para sostener el cartel de propaganda con el nombre de la tienda y se encuentra a aproximadamente 40 o 50 cm. de la ventana.

Asimismo, de las fotografías acompañadas por la perito se observa con claridad que las ventanas ubicadas en la planta superior del local se encuentran elevadas del nivel de piso, no siendo puertas ventanas y que cumplen una función de iluminación y ventilación del lugar. En cuanto al exterior del frente del local no se observa un balcón hecho con un material de concreto como se dijo en la demanda, sino una marquesina de chapa con un espacio sumamente reducido que claramente no se encuentra destinado al tránsito.

La pericia no fue impugnada por ninguna de las partes y la profesional dijo haber inspeccionado el interior y exterior del inmueble y tener a la vista los planos originales y de relevamiento realizados que obran en el Municipio. Además, lo concluido por la perito coincide con la fotografía del plano de obra acompañada en su informe. Por ello el informe pericial se halla debidamente sustentado y merece plena eficacia probatoria.

Asimismo, del acta de habilitación comercial (h. 311), surge que el local contaba con un cielorraso alisado suspendido (el cual según la pericia de h. 576/586, se encontraba en el interior del local) y ventilación por aberturas, no refiriendo en ningún momento a un balcón o salida al exterior desde su planta alta.

Por último, cabe hacer mención a la prueba testimonial producida por la codemandada A. I. J., quienes en su mayoría resultaron clientes habituales del local “Z.”. Los testigos S. (h. 459/vta.), A. (h. 494/vta.) A. (495/vta.) y F. (h. 507/vta.) declararon que se subía a la

planta alta del local por una escalera, que arriba había unas mesas y sillones y al fondo estaban las ventanas. Respecto a la dimensión y función de esas ventanas estos testigos manifestaron que medían entre 70 y 80 cm. de ancho por aproximadamente 1 mts, 1,20 o 1,30 mts de alto y que su función era de ventilación. Estos testigos también expresaron que la fachada del edificio, a excepción del cartel, no fue modificada. En ese sentido el testigo Soldán expresamente dijo que "las ventanas siguen siendo las mismas que estaban…".

Por otro lado, cabe destacar que ninguno de los testigos refirió a la existencia de un balcón al que se saliera por las ventanas del local, según afirmaron el actor y la testigo A. Por el contrario, el testigo L. A. A., quien declaró haber sido cliente habitué del lugar, expresamente dijo "…que no había una puerta que vaya para ningún lado así que no creo haya balcón, yo iba a jugar al pool en las mesas pero nunca se me ocurrió ir a un balcón, porque no había balcón" (h. 494).

Por otro lado, se produjo la prueba testimonial de los Sres. J. D. P. (h. 510) y L. V. (h. 491). El primero de ellos, quien resultó ser el inspector que suscribió el acta de habilitación comercial antes mencionada, describió el sistema de apertura de las ventanas que eran de adentro hacia afuera, que eran para la ventilación del lugar y que en el exterior del local sólo había una marquesina.

Por su lado, el testigo V. declaró desempeñarse como jefe de departamento de la Municipalidad de Trelew y que inspeccionó el local en forma previa a su habilitación, describiendo las ventanas que había en el lugar, agregando que son las mismas que allí se encuentran en la actualidad y que al momento de habilitar el local solo había un cartel de propaganda pegado a la pared no existiendo parte exterior en la planta alta.

Se puede apreciar entonces que lo que surge de las actas de inspección del local se corrobora con las declaraciones testimoniales y con lo dictaminado en el informe pericial.

Las pruebas arribas reseñadas, analizadas en su conjunto y a la luz de la sana crítica judicial (art. 390 del CPCC), me permiten tener por acreditado: 1) que en el local ubicado en X. de mayo N° X. de esta ciudad en su planta alta existían cuatro ventanas de 0,91 mts. de ancho por 1,12 mts de alto a 49 cm. del piso con un sistema de apertura tipo banderola o con brazo de empuje; 2) que las mismas poseían un sistema de apertura hacia afuera y arriba hasta 18 cm., mediante un brazo de empuje, pero que empleando una fuerza adecuada, podían abrirse en su totalidad; 3) que las mencionadas ventanas no han sido reemplazadas; 4) que la finalidad de esas aberturas es solo de ventilación; 5) que no existe un balcón a continuación de esas ventanas, sino una marquesina con una canaleta utilizada solo a los fines de sostener el cartel del local ubicado en el inmueble no resultando aquella transitable.

Cabe precisar que poco agrega a la solución del caso las circunstancias constatadas en el acta policial del día del accidente en la que hace tanto hincapié el apelante. La "ventana abierta y falta de medidas de seguridad en la ventana" no son hechos desconocidos, pero

son insuficientes para atribuir responsabilidad frente a los hechos y pruebas antes analizados.

De este modo, resulta poco creíble la versión de los hechos dada por el actor y, por el contrario, entiendo que las demandadas lograron probar su versión.

En tal sentido, tengo por cierto que el accionar de G. consistió en abrir una ventana tipo banderola que no estaba destinada a salir al exterior, sino solo a ventilación, y que utilizada en condiciones normales de uso podía abrirse hasta 18 cm., pero que aplicando la fuerza debida pudo ser totalmente abierta en contra de su finalidad y, luego de ello, la atravesó para pararse en un lugar claramente intransitable; no destinado a tal fin y que razonablemente no podía ser confundido con un balcón o cielorraso suspendido en el exterior.

Dicha conducta resultó a todas luces imprevisible para la propietaria del local y una grave imprudencia de la víctima, constituyendo la causa directa y adecuada del daño, que determina la eximición total de responsabilidad de las codemandadas.

Por lo anterior, en definitiva, considero que el razonamiento probatorio de la Jueza de primera Instancia lejos de ser arbitrario ha sido el adecuado, en tanto las demandadas lograron acreditar la ruptura de la relación causal con fundamento en el hecho de la víctima (art. 40 LDC; arts. 1111, 1113, segundo párrafo del Código Civil vigente a la época del accidente y actual art. 1729 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Por todas las consideraciones efectuadas, propongo al Acuerdo confirmar el rechazo de estos tres agravios.

V. c. Responsabilidad de la Municipalidad de Trelew por omisión de control e incorrecta inhabilitación y violación al derecho constitucional a la reparación plena.

En tanto concluí en el punto anterior que fue la propia conducta del actor la que originó el daño sufrido, produciendo la ruptura del nexo causal de atribución de responsabilidad, tanto a la propietaria del local como a la Municipalidad por una supuesta falta de servicio, resulta innecesario tratar los restantes agravios, los que se tornaron abstractos.

A ello cabe añadir que el actor no logró acreditar un accionar anormal o un acto irregular por parte del Municipio local al otorgar la habilitación comercial o inspeccionar el local explotado por la codemandada A. I. J.

VI. Conclusión:

Por los fundamentos dados, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia apelada, con costas a cargo del recurrente vencido, ello con los alcances del art. 85 del CPCC por contar con beneficio de litigar sin gastos conforme surge de la S.I. N° 93/2013 dictada en el Expte. N° 21/2009 que tengo a la vista.

Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios del letrado patrocinante de la codemandada A. I. J., Dr. G. O. C. R., se regulen en el 4,5%; los correspondientes al Dr. J. C., letrado

apoderado de la Municipalidad de Trelew, en el 5,85% y los de los letrados apoderados del actor, Dra. A. K. J. y Dr. N. A. D., en conjunto, en el 3,15%. En todos los casos calculados según el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).

Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión POR LA AFIRMATIVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:

--I. Los detalles del caso, decisión impugnada y agravios expresados fueron suficientemente expuestos por la magistrada que me precedió en el voto. Por tal motivo me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada en el orden propuesto en el voto anterior. Aclaro, antes de comenzar, que en mi opinión el recurso contiene una crítica suficiente de lo resuelto en la instancia anterior y que por ello no puede declararse desierto como pretenden ambas demandadas en sus respectivas contestaciones de agravios.

--II. a. Arbitraria prescindencia de la prueba aportada por la testigo presencial. Desconocimiento del carácter de instrumento público de la constatación del lugar por acta policial. Incumplimiento del deber de seguridad. Arbitraria valoración de la prueba, omisión de pruebas conducentes para la solución del litigio. Violación al debido proceso.

--Ingresando al tratamiento de los agravios cabe destacar que el caso que hoy nos ocupa involucra un supuesto de responsabilidad por daños ocurridos en un establecimiento comercial dedicado a la actividad de confitería, venta de bebidas alcohólicas y entretenimiento recreativo (mesas de pool), en el que resultó lesionado un cliente que se encontraba en el lugar. Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual de la que surge una obligación de garantía o seguridad.

Compagnucci de Caso afirma que, entre los autores nacionales, Vázquez Ferreyra es quien se ha ocupado con profundidad sobre el tema y define el deber de seguridad como “la obligación en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato. Tal obligación puede haber sido asumida expresamente por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de interpretación e integración a la luz del principio general de la buena fe” (Compagnucci de Caso, Rubén H., “Los alcances de la ‘obligación de seguridad’”, publicado en LA LEY, 23/04/2018, Cita: TR LALEY AR/DOC/734/2018).

El autor citado añade, esta vez con cita de Philippe Le Tourneau, que este deber tiene siempre un carácter “accesorio” a una relación principal; de allí la afirmación corriente de que “no hay obligación de seguridad aislada” (“...pas de contrat de securité”). Además, esta

obligación de seguridad configura como principio una obligación de resultado y posee un definido factor de atribución objetivo (Compagnucci de Caso, cit.).

Ahora bien, en este caso, el daño se originó en el marco de una relación de consumo entre el demandante, en su calidad de consumidor o cliente, y la demandada, quien actuaba como proveedora del servicio y titular del establecimiento comercial identificado como confitería-pool “Z.”. Por ello la parte demandada califica como proveedor en los términos del artículo 2 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), al ofrecer servicios relacionados con música, espacio para baile y entretenimiento, suministro de bebidas, aperitivos, alimentos y servicios de seguridad, entre otros.

Por lo tanto, resultan aplicables no solo las disposiciones del Código Civil de Vélez, vigentes al momento en que ocurrió el hecho dañoso, sino también las normas de defensa del consumidor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, el artículo 33 de la Constitución Provincial y la Ley 24.240, con sus modificaciones.

En virtud de lo expuesto, disiento con el encuadre jurídico adoptado en la instancia anterior, que se limitó a aplicar el artículo 1113 del derogado Código Civil en relación con la intervención de una cosa “inerte”. Considero, por el contrario, que este caso debe analizarse a la luz del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, en tanto se configura una relación de consumo que impone al proveedor del servicio un deber específico y objetivo de seguridad hacia el consumidor.

En este sentido, asiste razón al recurrente al sostener que en este caso existía una obligación expresa de seguridad a cargo de la titular del local, derivada directamente del vínculo o contrato de consumo mantenido con la víctima (conf. Nisnevich, Alejandro D., “Extensión de la obligación de seguridad en los locales bailables”, publicado en LLGran Cuyo 2013 (noviembre), 1045, cita: TR LALEY AR/DOC/4032/2013). Este deber de seguridad o garantía de la indemnidad de los consumidores constituye una obligación de resultado, que impone al empresario o titular del establecimiento una responsabilidad objetiva. Tal responsabilidad solo puede eximirse mediante la prueba fehaciente de una causa ajena (art. 40, LDC).

Por ello, y teniendo en cuenta el marco normativo expuesto, corresponde determinar si las demandadas lograron acreditar la eximente de responsabilidad invocada (art. 40 LDC, art. 1113, segunda parte, del Código Civil y art. 381 CPCC), consistente en la culpa o el hecho de la víctima.

La denominada “culpa de la víctima”, como eximente de responsabilidad, se refiere a la conducta o actuación —incluso si no es culposa— de quien ha sufrido el daño. En este contexto, es necesario analizar si dicha conducta ha intervenido causalmente en la producción del daño, interrumpiendo total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el resultado dañoso. En estos casos, dado que el deber de seguridad que recae sobre la

propietaria del establecimiento constituye una obligación de resultado, la responsabilidad que se le atribuye se basa en un factor de atribución puramente objetivo. Por ello, la culpa del propietario no es un requisito exigido por la normativa para exonerarlo, al punto que, aunque logre probar su total inculpabilidad, esto no será suficiente para liberarlo de responsabilidad. No obstante, podrá eximirse de responsabilidad si demuestra que la conducta de la víctima o de un tercero, por quien no debe responder (art. 1113, 2º párrafo del Código Civil), tuvo una incidencia causal determinante y excluyente en la producción del siniestro (conf. esta Sala, SDC 14/2020, SDC 21/2019; SDC 03/2017, entre otras). En idéntico sentido, el artículo 40 de la Ley de defensa del consumidor establece que "solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

Por tanto, el hecho de la víctima debe estar demostrado en forma clara y convincente, descartándose meras conjeturas. Aquel debe aparecer como la única causa del daño y revestir características de imprevisibilidad e irresistibilidad, propias del caso fortuito o fuerza mayor. No basta con cualquier hecho de la víctima para fracturar total o parcialmente el nexo causal, sino que su obrar debe haber gravitado en el resultado dañoso, debiéndose demostrar que su conducta fue la causa, única o concurrente, del hecho (conf. esta Sala, SDC 27/2021, SDC 14/2020; SDC 8/2020; SDC 21/2019, SDC 03/2017, entre otras).

En el marco expuesto, procederé a analizar y valorar, a la luz de la sana crítica racional, las pruebas presentadas con el fin de determinar si las demandadas lograron acreditar la eximente alegada con sustento en el derogado art. 1111 del Código Civil, esto es, la culpa o hecho de la víctima como causa ajena. Concretamente, evaluaré si fue el propio accionar de G. lo que provocó el daño.

Para analizar el caso, se cuenta, en primer lugar, con la declaración de la única testigo presencial del hecho, M. S. A., quien en la época del accidente era pareja del actor. En su testimonio (h. 441/444), relató que el 18 de febrero de 2007, alrededor de las 5:00 a.m., acudió junto con el actor al local "Z." mientras esperaban para emprender un viaje. Decidieron dirigirse a la planta alta del establecimiento, donde había sillones y una ventana abierta a la misma altura, ubicada aproximadamente a 30 cm del suelo.

La testigo señaló que, debido al calor, decidieron salir por la ventana hacia lo que parecía ser un balcón de aproximadamente 1,20 metros de profundidad. Según su relato, ella salió primero y se sentó en el piso. Continuó explicando que, al intentar el actor hacer lo mismo, el piso se hundió, provocando que cayera de espaldas a la vereda del local. Luego añadió que aproximadamente seis meses después del accidente sufrido por G., se cambiaron tanto el frente como las ventanas del local, que fueron reemplazadas por otras de menor tamaño.

Ahora bien, a fin de valorar correctamente este testimonio, es necesario mencionar que el actor presentó junto con su demanda una copia certificada del Caso Penal N° 2322, tramitado con motivo del accidente, en el que obra el acta policial realizada inmediatamente

después del hecho. En dicho documento consta que se tomó declaración al actor, quien se encontraba tendido en el suelo. En esa oportunidad, G. manifestó que se encontraba dentro del local cuando cayó desde su interior a través de una ventana que estaba abierta. Asimismo, se consignó que el local tenía una ventana abierta que daba a la calle X. de M. y que no se observaba ninguna medida de seguridad visible.

En la misma causa penal consta también la declaración de la Sra. A., tomada por personal policial tres días después del accidente. En su testimonio, la testigo afirmó que el incidente fue presenciado por un matrimonio que transitaba ocasionalmente por el lugar y que observó al actor caer desde el interior del local comercial "Z.".

Además, en dichas actuaciones (fs. 80) obra la denuncia presentada por G. el 16 de abril de 2007, en la que narró que, el día del accidente, se encontraba en el interior del local junto con su novia (refiriéndose a A.), específicamente en la planta superior. Según su relato, mientras intentaba trasladarse de un lugar a otro, tropezó con un objeto que había en el piso, perdió el equilibrio y cayó a través de una de las ventanas hacia el exterior del local, quedando tendido en la vereda.

En este contexto, y tal como se señaló en el voto precedente, tanto el actor como la testigo ofrecieron, en la causa penal referida y en estas actuaciones, dos versiones diferentes acerca de cómo ocurrió el accidente:

1. Que el actor tropezó con algo y cayó por la ventana del local (versión expuesta en sede penal).
2. Que ambos decidieron cruzar por una ventana abierta hacia un balcón sin barandas ubicado en la planta alta del local (versión formulada en estas actuaciones).

Como puede observarse, existe una evidente contradicción entre la versión dada por el actor y la testigo A. en sede penal respecto de la ofrecida en esta sede civil. En términos más precisos, la hipótesis fáctica o "teoría del caso" sufrió un cambio significativo. Mientras que en sede penal se afirmó que G. cayó al exterior a través de una ventana abierta, debido a un presunto tropiezo o pérdida de equilibrio, en sede civil tanto el actor como la testigo presentaron una versión diferente. Según esta última, ambos habrían salido voluntariamente por una ventana abierta para sentarse en lo que parecía ser un pequeño balcón o cielorraso exterior, el cual, de manera inesperada, cedió bajo su peso.

La situación descripta, como señaló la Dra. Cordón Ferrando en su voto, establece una presunción desfavorable hacia la parte actora respecto de la veracidad de sus declaraciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 165, inciso 5°, del Código Procesal Civil y Comercial. Esto se debe, en esencia, a la contradicción con sus propios actos.

Asimismo, considerando lo expuesto hasta el momento, junto con la relación sentimental que existía entre el actor y la testigo A. al momento del hecho, estimo acertada la decisión de la sentenciante de restarle valor probatorio a dicho testimonio. En síntesis, no advierto

arbitrariedad alguna en la decisión tomada en la instancia anterior respecto del valor probatorio de esta declaración testimonial.

Continuando con la valoración de las pruebas producidas en la causa, corresponde mencionar la pericia realizada por la arquitecta C. de la S. (h. 573/586) quien expresó que para su elaboración efectuó una inspección sobre el interior y exterior del local y tuvo a la vista los planos originales del inmueble y los relevamientos realizados por el Municipio local. En dicho dictamen la perito arquitecta concluyó: 1) que no hubo modificaciones en el interior del local ni cambios en el cielorraso o carpinterías del primer piso; 2) que en la planta alta del local hay cuatro ventanas de chapa de hierro doblada con una medida de 0,91 mts. de ancho por 1,12 mts. de alto ubicadas a 0,49 mts. del piso; 3) que esas aberturas cuentan con un sistema de apertura hacia afuera y arriba mediante un brazo de empuje que permite que las ventanas se mantengan abiertas unos 18 cm. y que forzando la apertura hacia arriba se puede lograr que la ventana se abra en forma total debiendo ser sostenida con suficiente fuerza; 4) la existencia de un cielorraso suspendido de placas de yeso, que no soporta peso ni es transitable; 5) que el exterior carece de un cielorraso existiendo solamente a unos 40 o 50 cm. de la ventana una canaleta de chapa doblada adosada a la mampostería externa que no resulta transitable y cuyo fin es solamente sostener el cartel de publicidad con el nombre del comercio.

En su informe, la perito incluyó varias fotografías del local que muestran con claridad que las ventanas del primer piso están elevadas, no correspondiendo a puertas ventana, y que tienen como única finalidad proporcionar iluminación y ventilación al espacio. Asimismo, se presentaron imágenes de la parte exterior del edificio, donde no se aprecia la existencia de ningún balcón, sino una marquesina destinada a sostener el cartel del local. Este elemento cuenta con un espacio reducido, no diseñado ni habilitado para el tránsito. Estas observaciones coinciden con la fotografía del plano de obra que también fue incorporada al informe.

Lo dictaminado por la perito coincide con lo consignado en el acta de habilitación comercial presentada por la Municipalidad de Trelew en su contestación de demanda (h. 311). En dicho documento, el funcionario municipal describió las instalaciones del local “Z.” sin mencionar la existencia de ningún balcón.

Asimismo, la codemandada A. J. ofreció prueba testimonial de clientes habituales del local (S., A., A. y F.), quienes declararon que el establecimiento contaba con una planta alta a la que se accedía por una escalera, donde se encontraban mesas de pool y sillones. Agregaron que, en el fondo de esa planta, había ventanas destinadas exclusivamente a la ventilación del lugar y afirmaron que no existía ningún balcón. También efectuaron una descripción de la fachada externa del local, consistente con estas afirmaciones.

Estas declaraciones concuerdan con los testimonios de J. D. P. (h. 510) y L. V. (h. 491), testigos propuestos por la Municipalidad de Trelew, quienes se desempeñaban como inspector y jefe de habilitaciones, respectivamente. El inspector manifestó haber suscripto el acta de habilitación comercial del local y señaló que las ventanas eran utilizadas para ventilación, mientras que en el exterior solo existía una marquesina. Por su parte, el jefe de habilitaciones afirmó haber inspeccionado el lugar antes de otorgar la habilitación, confirmando que las ventanas no habían sido modificadas. Añadió que en el exterior únicamente se encontraba un cartel publicitario y que no existía ningún espacio transitable en la parte exterior de la planta alta.

-- Todo lo anterior se encuentra respaldado por el Expediente Administrativo N° 26229, cuya copia certificada fue remitida por la Municipalidad de Trelew. De este expediente surge que el local comercial de la codemandada J. fue habilitado en fecha 12/05/2003 bajo el rubro “Confitería Pool”. En dicho documento, el funcionario actuante describió todas las instalaciones del lugar, incluidas las ventanas destinadas a la ventilación, sin hacer referencia a la existencia de un balcón sin barandas. Además, se dejó constancia de que el lugar cumplía con las condiciones requeridas para su habilitación.

Tras analizar detenidamente el material probatorio, especialmente el informe de la perito arquitecta, coincido con la conclusión de mi colega de Sala respecto a que las demandadas lograron demostrar que el daño fue causado por el propio accionar de la víctima, conforme al artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil.

En efecto, del examen de las pruebas presentadas, considero que quedó acreditado que en la planta alta del local había cuatro ventanas de 0,91 metros de ancho por 1,12 metros de alto, a 49 cm. del piso, con un sistema de apertura tipo banderola o con brazo de empuje, que contaban con un sistema de apertura hacia afuera y arriba limitado a 18 centímetros, destinado a la ventilación del lugar. Además, que solo mediante el uso de una fuerza adicional podían abrirse completamente.

Asimismo, tengo por probado que no existía un balcón en el local, sino una marquesina destinada a sostener el cartel del establecimiento. También surge de la prueba que tanto las ventanas como la fachada del local no han sido objeto de modificaciones.

--Contrariamente a lo sostenido por el actor recurrente, y pese al erróneo encuadre jurídico realizado, considero que la sentenciante llevó a cabo una valoración adecuada de la totalidad de la prueba, la cual, además, no pudo ser desvirtuada con el acta de inspección policial que menciona “la ventana abierta y falta de medidas de seguridad en la ventana”.

Respecto al cuestionamiento del informe pericial, es necesario señalar, como se ha resuelto en reiteradas oportunidades, que si bien dicho informe no constituye una prueba legal, su desestimación debe ser razonable y estar fundada en elementos probatorios que demuestren errores del experto. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido

que para apartarse de un dictamen pericial es indispensable la existencia de pruebas de mayor eficacia en la causa y no meras dudas u opiniones divergentes de profanos en la ciencia de que se trate (SDL 2/12, SDL 6/13, SDL 26/15, SDL 49/2015, SDC 19/2019, entre otros).

En conclusión, considero demostrado que la conducta del actor, consistente en abrir completamente una ventana diseñada para abrirse solo 18 centímetros, trasladarse al exterior y colocarse sobre una marquesina no destinada al tránsito, fue totalmente imprevisible para la propietaria del establecimiento. Es que, tal como señala la Dra. Cordón en su voto, estas ventanas no podían, razonablemente, ser confundidas con un balcón o cielorraso suspendido en el exterior.

Por ello, aunque la relación de consumo generaba un deber de seguridad a cargo de la propietaria, tal obligación no podía extenderse a prever ni evitar el daño causado por el accionar imprudente del propio actor.

Por lo tanto, entiendo que las demandadas lograron acreditar la ruptura del nexo causal con fundamento en el hecho de la víctima. La conducta del actor, además de imprevisible, constituyó una grave imprudencia que resultó ser la causa directa y adecuada del daño, lo que justifica la eximición total de responsabilidad de las codemandadas (art. 40 de la LDC, arts. 1111 y 1113, 2° párrafo del Código Civil vigente al momento del hecho).

Por todo lo expuesto, acompaño a la propuesta de rechazar los agravios planteados en esta instancia.

II. b. Responsabilidad de la Municipalidad de Trelew. Violación al derecho constitucional de reparación plena.

Dado que he concluido en el punto anterior que el daño sufrido por el actor fue consecuencia directa de su propia conducta, lo que produjo la ruptura del nexo causal necesario para atribuir responsabilidad tanto a la propietaria del local como a la Municipalidad por una presunta falta de servicio, resulta innecesario analizar los restantes agravios, ya que estos devienen abstractos.

Además, cabe destacar que el actor no logró demostrar la existencia de un accionar anómalo o irregular por parte del Municipio al otorgar la habilitación comercial o al realizar las inspecciones correspondientes en el local explotado por la codemandada.

En consecuencia, no puede imputarse responsabilidad alguna al Municipio en relación con los hechos objeto de este litigio.

III. Conclusión:

--Por todos los argumentos expuestos, acompaño la propuesta de confirmar la sentencia definitiva con costas de alzada al actor vencido (con los alcances del art. 85 del CPCC en tanto obtuvo el beneficio de litigar sin gastos conforme expediente que tengo a la vista)

--En atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales de segunda instancia, considero correcta la regulación de honorarios propuesta por la Dra. Cordón Ferrando, por lo que voto en idéntico sentido (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII n° 4).

Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido POR LA AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

A) CONFIRMAR la sentencia apelada.

B) IMPONER las costas de la alzada al actor vencido (con los alcances del art. 85 CPCC), regulando los honorarios del Dr. G. O. C. R., en el 4,5%; los correspondientes al Dr. J. C. en el 5,85% y los de la Dra. A. K. J. y el Dr. N. A. D., en conjunto, en el 3,15%. En todos los casos calculados según el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4). C) Regístrese, notifíquese.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Dra. Spoturno expresó

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Cordón Ferrando, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado.

ASÍ LO VOTO.

Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

S E N T E N C I A:

Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE: A) CONFIRMAR la sentencia apelada.

B) IMPONER las costas de la alzada al actor vencido (con los alcances del art. 85 CPCC), regulando los honorarios del Dr. G. O. C. R., en el 4,5%; los correspondientes al Dr. J. C. en el 5,85% y los de la Dra. A. K. J. y el Dr. N. A. D., en conjunto, en el 3,15%. En todos los casos calculados según el monto del proceso y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4). C) Regístrese, notifíquese.

Florencia CORDON FERRANDO
JUEZA DE CÁMARA

Natalia Isabel SPOTURNO
PRESIDENTA

REGISTRADA BAJO EL Nº 31 DE 2024 – SDC.- Conste.

Ricardo Fabián GRIFFITHS
SECRETARIO DE CAMARA