

Responsabilidad Del Estado Danos Y Perjuicios Desalojo Poder Judicial Cumplimiento Irregular De Servicios Antijuridica

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del Estado. Daños y perjuicios. Desalojo. Poder

Judicial. Cumplimiento irregular de servicios. Antijurídica Se hace lugar a la demanda por daños y perjuicios iniciada por la actora, habida cuenta de que resultó completamente antijurídico que durante el lanzamiento de un desalojo, las autoridades judiciales no evitaran que se hurtaran las pertenencias de la desalojada y además se entregue parte de sus bienes a una asociación de caridad sin autorización alguna. Dicho accionar del Poder judicial configuró un claro ejemplo de ejercicio irregular de un servicio público y que, por lo tanto, debe ser resarcido.

En Mendoza, a los diez días del mes de octubre de dos mil diecisiete, reunidos en la Sala de Acuerdos los Sres. Jueces de esta Excma. Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 51.313 - 6.553 caratulados "Rosales, María Elena c/ Provincia de Mendoza p/ daños y perjuicios", originarios del Tribunal de Gestión Judicial Asociada N° 2 de Mendoza, venidos a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 627 por la actora en contra de la sentencia de fs. 622/626. Llegados los autos al Tribunal, se ordenó expresar agravios a la apelante, haciéndolo a fs. 634/641, lo que fue respondido por la demandada a fs. 642/647 y por Fiscalía de Estado a fs. 649/650. El Sr. Fiscal de Cámaras toma intervención a fs. 654. A fs. 677/678 este Tribunal dictó auto en el que se declara que la causa penal 68540/09 no provoca prejudicialidad. Practicado el sorteo de ley, quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. MÁRQUEZ LAMENÁ, COLOTTO y MASTRASCUSA. En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver. PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es justa la sentencia apelada? SEGUNDA CUESTIÓN: Costas. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO: 1°) La sentencia de primera instancia rechazó la demanda ordinaria por daños y perjuicios promovida por María Elena Rosales, quien apeló agraviándose en los siguientes términos: Cuestiona que la sentencia considere que, en el expediente judicial por desalojo, la actora nada dijo en cuanto al lanzamiento, ni hizo mención a sus pertenencias. Argumenta que la sola interposición de la demanda por daños en contra del Estado, previo envío de cartas documento que obran en la causa, constituyó pronunciamiento ante la conducta antijurídica del Estado. Se queja de que la sentencia saque de contexto una expresión de un testigo que dijo que la actora se tenía que ir rápido porque estaba por ser desalojada, para negar la relación causal. Debió considerarse la responsabilidad del Estado por acción o por omisión. El juez del desalojo no tomó los recaudos previos y posteriores a la medida ordenada a fin de evitar todo daño y perjuicio. Más aún, se agravó el daño cuando él y/o la oficial de justicia permitieron la sustracción de mercadería. La fuerza policial también fue omisa, pues hizo la vista gorda ante tal sustracción. El juez del desalojo tenía claro conocimiento de que se trataba de un inmueble alquilado para comercio y que allí había venta de ropa, con lo que debió haberse tenido mayor precaución a los fines de proceder al lanzamiento. Invoca la función preventiva de la responsabilidad civil. Reprocha que la sentencia no haya tenido por probado que el juez o la oficial de justicia hayan autorizado la entrega a Cáritas de bienes de la actora. Expresa que surge del propio expediente del juicio de desalojo la solicitud y entrega de tales bienes. Se lamenta y critica que la sentencia haya evaluado negativamente su conducta luego del lanzamiento. Expresa que ella -como perjudicada- procuró recuperar sus bienes, sin lograrlo, lo cual surge probado por el testimonio de Canevaro. También se agravia de las consideraciones de la juzgadora en cuanto a que ella no arbitró los remedios procesales pertinentes. Señala que en ese proceso nada pudo hacer para evitar o enmendar los perjuicios sufridos. Impugna el razonamiento de la jueza que consideró que no había prueba de un obrar deficiente por parte de los funcionarios judiciales que permita atribuir responsabilidad del Estado por falta de servicio. Los errores estuvieron dados en la falta de comunicación a su parte del lanzamiento, de que la policía haya permitido que los transeúntes se lleven su mercadería y que el juez o el oficial de justicia entregaran a Cáritas sus bienes. II. La Provincia de Mendoza respondió el recurso, pidiendo su rechazo por las razones que expresa y a las que me remito. Fiscalía de Estado adoptó idéntica posición. III. En forma preliminar, debo destacar que la apelación no supone una reedición del juicio habido, sino que constituye un procedimiento cuyo objeto consiste en verificar, sobre la base de la resolución recurrida, el acierto o el error con el que se han valorado los actos desarrollados durante la primera instancia (ver: Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Tomo V, 2° edición actualizada, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, p. 73). En esta segunda instancia se revisa el decisorio recurrido, no se renueva el debate. Es decir, se realiza una actividad indirecta y mediata sobre el mismo material trabajado en la instancia precedente (Prieto Castro, Leonardo, Estudios de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, Reus, 1950, p. 587; Morón Palomino, Manuel, Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales), Madrid, Marcial Pons, 1993, p. 359). Otro aspecto a considerar es que los límites de la revisión están dados por el alcance que el apelante haya

impuesto a su recurso (tantum devolutum quantum appellatum). De tal modo, este Tribunal no podrá decidir cuestiones expresa o implícitamente relegadas por el recurrente (véase: Azpelicueta, Juan José - Tessone, Alberto, La alzada. Poderes y deberes, Bs. As., Editora Platense, 1993, p. 165). Por fin, cabe recordar que la ley no obliga al juez a tratar todas las cuestiones, sino solo aquellas que se consideran decisivas y sirven para la solución del diferendo (ver: Suprema Corte de Mendoza, ?Confir S.A.?, 26/agosto/1985, LS 190-132). Para entrar en tema, resaltaré los hechos principales del caso. La Sra. María Elena Rosales reclama por daños patrimoniales y extrapatrimoniales. La acción la dirige contra la Provincia de Mendoza atribuyendo actuación irregular, invocando la responsabilidad por falta de servicio. Relata que, fruto de una orden judicial de lanzamiento dictada en los autos 136.810, caratulados ?Texidor Jorge y ot. c/ Rosales María Elena p/ Desalojo?, originarios del Séptimo Juzgado de Paz de Mendoza, se hizo presente una oficial de justicia en el inmueble que ella ocupaba como locataria. Señala que a las 9:20 horas del día 29 de noviembre de 2.007 se inició el desahucio. Expone que sus bienes fueron, en parte, dejados expuestos a que terceros se los llevaran y, otra parte, se entregó a Cáritas. Aduce que entre sus pertenencias había electrodomésticos, ropa usada que se tenía a la venta y dinero. Precisa que allí ejercía el comercio y además tenía su domicilio particular. Explica que conocía la existencia de ese juicio por desalojo y que había sentencia en su contra, pero que la misma estaba apelada por ella. El lanzamiento se ordenó fruto de un pedido del allí actor en los términos del art. 399 quater del CPC, con lo que ella desconocía que se iba a materializar el desalojo. La Provincia de Mendoza responde a la demanda negando toda responsabilidad endilgada. Plantea que no hubo actuación ilegítima de funcionario alguno, especialmente que no existió error judicial. Aduce que el Estado, en uso de sus funciones propias, no tenía la obligación legal de convertirse en depositario o custodio de los bienes hallados en el inmueble a desalojar. Como vemos, los hechos principales son simples. Veamos ahora algunos elementos de prueba. A fs. 91 del expediente n° 136.810 encontramos el acta levantada por la Sra. Oficial de Justicia. Allí leemos: ?Me constituyo en mi carácter de Oficial de Justicia en asocio del Dr. Pablo Teixidor en el domicilio de Primitivo de la Reta N° .../... cdad, conforme lo ordenado a fs. 84. Se llama previamente (,) al no contestar se procede a la apertura de la puerta (e)stando presente la autoridad policial Sgto. Ferreyra José. No existe aparentemente persona alguna. En la parte superior no se puede ingresar debido a la gran cantidad de perros y gatos. Ante tal situación se llama a la Municipalidad de la Capital para que intervenga por medio de los veterinarios o que traigan jaulas apropiadas para poder ingresar y saber si hay persona alguna (sic). El patio y toda la vivienda (sic) existe un olor nauseabundo de orina de gatos y materia fecal de perros y gatos. Viene una persona del Diario Los Andes, ya que existían denuncias por la cantidad de animales que afectaban (parece leerse) con la contaminación. No se puede controlar(,) la gente se lleva ropa, la municipalidad no se hace presente no podemos ingresar a la parte superior... Siendo las 11 20 hs. llega el personal de la Municipalidad de la Capital- Servicio Bienestar Animal (se identifica a los funcionarios municipales). Siendo las 12 20 hs. habiendo llamado reiteradas veces a la Policía 911... se hace presente el móvil 1632 y 2 policías en bicicleta. El móvil 1632 me sugiere que llame a la (Seccional 3°, parece decir) para que el Juez dé la orden para que instrumente algún vehículo para recoger los elementos y disponer la ubicación de los mismos. En la calle se encuentra toda ropa (infectada) con orina de perros y gatos. Existen más de 20 perritos recién nacidos y más de 6 perros que se llevaron (sic) la Municipalidad de la Capital. Se hace presente personal de Cáritas Central y se solicita autorización al Juez telefónicamente para que Cáritas se lleve toda la ropa, zapatos, carteras, tapados, etc. Las personas actuantes Fabián Cortes, Eduardo Laiz, Pablo Quinteros. Se hace presente el ppal. (ilegible) Francisco y el móvil 1766. Quedan (ilegible) cachorros recién nacidos. Quedan tres perros grandes y una perra amamantando. Viene el Sr. Barroso Carlos de Cáritas y empieza a cargar los elementos siendo las 14 hs.... se encuentra entre las pertenencias un DNI F ... y un recibero Siendo las 14 50 hs. llegan los cerrajeros (Al pie del acta se consigna) Cáritas se ha llevado todo lo que ha podido y el resto queda a disposición de la gente que se agrupa a llevársela?. A fs. 90 de esos autos corre agregado un escrito dirigido al Juez de la causa, con el logotipo de Cáritas, en donde se le solicita la donación de la ?mercadería incautada?. La presentación cuenta con una firma y un sello que dice, luego del nombre de una mujer, ?COORDINADORA Acción Directa y Desarrollo Integral CÁRITAS DIOCESANA MENDOZA?. Al pie de ese escrito -fecha el mismo día del procedimiento- obra la siguiente constancia manuscrita: ?Recibí todas las prendas, zapatos percheros, (algo testado), zapatos (sic), carteras y los perritos. Mza ... (una firma) Carlos Barroso ...?. Es la misma firma y aclaración que hallamos en el acta de fs. 91. En su demanda, la actora afirma que los daños causados presentan una relación causal adecuada con las decisiones tomadas por el juez del tribunal y cumplidas por el oficial de justicia, consistentes en haber ordenado un lanzamiento cuando la sentencia de desalojo no se hallaba firme por estar apelada e identifica esa causalidad en el desahucio ordenado por el tribunal sin notificación a su parte. Pero además señala, como concausa del daño, el haber entregado a Cáritas bienes ajenos como si fueran propios y permitir el oficial de Justicia el retiro por terceros y ante la presencia policial de sus bienes que existían adentro del inmueble y fueron puestos por la autoridad en la calle. Señala que distinto hubiese sido si el tribunal le hubiera notificado, de acuerdo con jurisprudencia mayoritaria, el desalojo anticipado a fin de que pudiste retirar sus pertenencias y mercadería. Agrega que alguien debió avisarle a Cáritas para que acudiera a solicitar los bienes. Esa institución no debió saber el lanzamiento ordenado

puesto que era una medida que se hallaba secreta. Expresa que las condiciones relevantes para que el daño se configurara fueron puestas de manera esencial por el tribunal y en menor medida por las fuerzas de seguridad, quienes permitieron el despojo frente a sus ojos y sin agotar las acciones para que la propietaria de los bienes acudiera a salvar lo que pudiese. Señala que el Juzgado debió tomar los recaudos necesarios para que ella pudiera retirar sus pertenencias, así como las medidas adecuadas para que en ausencia de la desalojada sus bienes no fuesen sustraídos por terceros. Yo le encuentro al planteo de la Sra. Rosales toda la razón. Desarrollaré porque lo creo así. La clave para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por acción u omisión se encuentra en la configuración o no de una falta antijurídica. Esta última se perfila cuando es razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. Vale decir que me sujetaré a la elaboración doctrinaria y jurisprudencial surgida a partir del Código Civil derogado -y naturalmente, de las Constituciones Nacional y Provincial- pues en nada tallan aquí la Ley de Responsabilidad del Estado derivada de la exclusión de la materia en el Código Civil y Comercial. El hecho que se presenta como dañoso data del año 2.007, con lo que es aplicable el Código de Vélez Sársfield (art. 3 del Código Civil y 7 del Código Civil y Comercial). A modo de marco teórico, recuerdo las conclusiones de lege lata emergentes de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en 1999 en Santa Fe: el Estado responde por los daños derivados de las actividades, lícitas o ilícitas de sus tres poderes y por el riesgo o vicio de las cosas de las que sea propietario o guardián. La responsabilidad del Estado se sustenta en los principios constitucionales del Estado de Derecho. La obligación de reparar del Estado se rige por el Derecho común, salvo que exista norma específica. La responsabilidad del Estado por el actuar de sus órganos es directa y objetiva, comprendiendo tanto los daños causados por acción como por omisión. La responsabilidad del Estado por omisión procede no sólo cuando se infringe el mandato establecido en una norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan el ordenamiento jurídico. La Corte Nacional ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Caso "Bea", 31/agosto/2010, Fallos 333:1623, considerando n° 10. Véase además: Trigo Represas, Félix A., Nuevamente sobre la responsabilidad objetiva del Estado por falta de servicio, RCyS 2011-VII, 49). Ahora bien, la configuración de acción u omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita, tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que puede hallarse impuesto también por otras fuentes jurígenas (por ej., la costumbre y los principios generales del derecho). Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea, un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa. Es decir, una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la estructura estatal, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales. El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configura por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor. Esta es la posición de Cassagne, seguida por la Corte de Mendoza, como comenta Kemelmajer de Carlucci en su artículo "La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial" (Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Bueres, Alberto J. (dir.), Responsabilidad por Daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini), Lexis N° 1010/005990). Dado que la obligación puede ser implícita, basta la existencia de tres requisitos: un interés normativamente relevante, sea en la relación cualitativa o cuantitativa, necesidad material de actuar para tutelar ese interés, proporcionalidad entre el sacrificio que comporta el actuar y la utilidad que se consigne en el accionar? (Suprema Corte de Mendoza, "D.G.E. en J° ...?", 28/diciembre/2005, LS 361-131). De acuerdo con lo antes expresado, para establecer la existencia de una falta de servicio, se debe efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad administrativa en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar (cfme: Perrino, Pablo Esteban, La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, LL 2011-E, 715).

No es fácil advertir si el juez del desalojo cometió un error al despachar la medida de desalojo anticipado del modo que lo hizo. El art. 399 quater dice: "Desalojo por falta de pago o vencimiento del contrato. Desocupación inmediata. En los supuestos en que la causal invocada para el desalojo fuere la de falta de pago o vencimiento del contrato, el actor podrá también, bajo caución real, obtener la desocupación inmediata del inmueble en un plazo no mayor de los diez (10) días corridos. Deberá acreditar la verosimilitud del derecho invocado.... El plazo establecido en el presente artículo, se deberá contar a partir de trabada la litis, contestada la demanda o vencido el plazo para ésta (sic)...?". La redacción de este artículo siempre me pareció pésima. ¿Implementa una tutela anticipada o una medida precautoria? Hay en torno a su equivalente en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 680 bis) un gran debate en cuanto a su caracterización (véase: Scokin, Silvina, El lanzamiento anticipado en el Código Procesal Civil de Mendoza, LLGran Cuyo 2011 (diciembre), 1121). Para algunos tribunales mendocinos, la medida de desalojo inmediato prevista en el artículo 399 quater del C.P.C. encuadra dentro de la tutela anticipada. Así su función es adelantar

total o parcialmente la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción de tal pretensión urgente deriva un perjuicio irreparable (ver: Primera Cámara Civil de Mendoza, autos 38.592/118.425, caratulado "Fadelli de Graffigna, Liliana Irene c/Sosa, María p/desalojo anticipado", de fecha 28 de noviembre de 2006). Si nos apostamos en tal tesitura, pues no se acreditó en el caso la urgencia, el peligro en la demora. Ni siquiera se alegó urgencia por la parte interesada. Desde este lugar apreciaríamos un error del Juez de Paz. El problema es que muchos otros aprecian a la figura como cautelar, como una medida instrumental (por ejemplo: Kielmanovich, Jorge, La entrega anticipada del bien en el juicio de desalojo es medida cautelar, JA, 2002-III-529). El Código Procesal de Mendoza autoriza embargos preventivos, sin más recaudos, cuando hay sentencia favorable al solicitante (art. 117, CPC). También posibilita otra medida cautelar típica como la anotación de litis, sin necesidad de invocar peligro en la demora (art. 123, CPC). Ese art. 399 quater solo menciona la necesidad de acreditación de la "verosimilitud del derecho" y nada dice del "peligro en la demora". ¿Es o no necesario? Es punto oscuro y por ello es que -entre otras cosas- la redacción del artículo es muy mala en mi opinión. Yo comparto la visión de que el instituto es una tutela anticipatoria. Ahora, el Juez de Paz que dictó esa medida no tiene por qué pensar igual que yo. Él bien pudo estar a la literalidad de la norma y despachar en base a la verosimilitud que surgía de su propia sentencia de desalojo. De todos modos, la medida -bien o mal- se despachó. El problema es cómo se ejecutó. Ahí ya aprecio errores que no tienen justificación. La interdicción de la violencia privada implica que no solo los conflictos los dirimen órganos estatales, un Juzgado de Paz en este caso, sino que todos los actos de cumplimiento de la decisión que impliquen el uso de la fuerza deben ser ejecutados por autoridades públicas. En este caso, concurren al domicilio un Oficial de Justicia y un Sargento de la Policía de Mendoza. Dice nuestra Ley Orgánica de Tribunales que "el Oficial de Justicia es el encargado de ejecutar las órdenes escritas del Juez competente, sobre prisiones, embargos, posesiones y demás actos que requieren su intervención" (art. 151, ley 552). Estamos frente a un funcionario público que es el ejecutor de las órdenes del juez. No es posible que el Poder Judicial en la misión de realizar el "dar a cada uno lo suyo" (restituir un inmueble al locador, en este caso), provoque -por acción u omisión- un hecho de inseguridad que exponga los bienes de una persona a la rapiña. Es inaudito lo que sucedió aquella mañana. También constituye un disparate que el juez -o quien sea el funcionario que lo decidió- entregue bienes de la persona desalojada a una organización de caridad. La Oficial de Justicia señala que "no se puede controlar la gente se lleva ropa". Bastaba con cerrar la puerta o no haber largado así nomás las cosas a la calle. No se menciona cómo entraron los allí presentes. Se menciona a cerrajeros al final del acta. Alguien abrió la puerta, pues no se dice que se haya derribado, por más que había una orden de allanamiento dictada. Todo debe hacerse con racionalidad y con proporcionalidad. Nada de ello sucedió aquel día. Mi visión sería muy distinta si la Sra. Rosales hubiese contado con una sentencia firme de desalojo en su contra o si al menos hubiese sabido que el lanzamiento se iba a ejecutar. Ninguna influencia tiene que luego la apelación de Rosales -contra la sentencia dictada- haya concluido por caducidad de instancia. Al momento de los hechos, de la ejecución del lanzamiento, la sentencia de desalojo no estaba firme y la medida de desalojo anticipado (así como todos sus trámites) estuvo bajo secreto. Nada se publicó en lista. Rosales no pudo imaginar que esa mañana se procedería a desalojarla. Fiscalía de Estado, al contestar demanda, invoca los efectos de la apelación en procesos por desalojo (fs. 303). No le encuentro razón al planteo. Hubo un proceso de desalojo común (399 bis, CPC) que contaba con sentencia que admitía la demanda, sentencia que fue apelada por la demandada. Sobre ese mismo proceso se montó luego un procedimiento -inaudita parte- de desocupación inmediata del art. 399 quater del CPC. Por ello, no tiene razón Fiscalía al argumentar que la apelación no tenía un efecto suspensivo. La apelación articulada por Rosales sí suspendió la manda contenida en la sentencia por estar así explícitamente establecido en el Código Procesal (art. 399 bis, apartado 15°), con lo cual esta mujer no pudo siquiera imaginar que iban a arremeter contra ella en esa oportunidad. Yo he intervenido en varios procesos de desalojo. Lo hice como abogado, cuando ejercía la profesión. Como juez, tanto de primera como de segunda instancia, me han tocado muchos procesos de esa materia. En mi experiencia forense, pude presenciar cómo los lanzamientos eran objeto de principal preocupación por parte de los oficiales de justicia. Estos funcionarios, que por la misma carrera judicial traen consigo décadas de experiencia, visitan previamente el inmueble. Para evitar situaciones violentas, algo que es consustancial con el servicio público que prestamos desde el Poder Judicial, tantean el terreno, entrevistan a los vecinos e incluso -si lo encuentran conveniente- hablan con los ocupantes de la vivienda. En este último caso, les dicen que se procederá al lanzamiento, exhortándolos a que se apresten para ello. Estamos hablando en este caso de una relación contractual, de una locación. No fue un caso de desalojo de intrusos. No hubo delito, ni se vislumbra en ese expediente riesgo de daños en la vivienda arrendada. Sea como fuere, el servicio público no puede provocar o permitir la barbarie. Resulta inconcebible que el Poder Judicial que es el garante último de los derechos, se desenvuelva en forma tal que provoque un hecho de inseguridad (hurto de los bienes de Rosales) y después no haga nada para el cese de ese delito. Había un policía acompañando a la Oficial de Justicia. ¿Qué hizo ese agente público? Por lo que surge del acta y de la prueba testimonial, nada hizo. Se llamó en apoyo al 911. La Oficial de Justicia dejó asentado que la Policía apareció a las 12:20 horas, esto es, tres horas después de que la medida judicial tuvo su inicio. Si un Oficial de Justicia y un sargento de Policía no

pueden lograr, llamando a la línea que el Ministerio de Seguridad dispone para emergencias, que la fuerza policial se presente en el lugar donde se cometen delitos, ¿qué puede esperar el resto de los mortales? Esta es una cabal demostración de la alegada falta de servicio que entraña también la responsabilidad del Estado. Todo análisis acerca del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado revela grandes coincidencias en punto a que la base del responder estatal se encuentra relacionada de una manera u otra, con los principios del Estado de Derecho. La obligación de reparar tiene un fundamento en la justicia que, en definitiva, es una relación de igualdad. Cuando se genera un daño por la actividad estatal se opera un desequilibrio, que no es justo que sea soportado en forma desigual por los habitantes. La retribución o compensación se rige, en principio, por las reglas de la justicia conmutativa aun cuando puede haber también aplicación de los criterios de justicia legal (que impongan el deber de soportar una carga o daño en tanto ello sea razonable y no implique un sacrificio especial) o de justicia distributiva, que retribuyan a las personas los daños según criterios de mérito o de circunstancias especiales (cfme: Cassagne, Juan Carlos, 'El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas', LL 2014-C, 885).

La oficial de justicia que levantó el acta señala que apareció en la escena un periodista de Diario Los Andes. En efecto, al folio 1 del expediente penal que tenemos a la vista está una foto y la crónica. En la fotografía aparecen montones de prendas y calzado, percheros enteros con ropa, todo dispuesto en la vereda y gente manipulando las cosas. En el pie se lee: 'Delirio. Además de la gran cantidad de ropa, en la casa habían muchísimos perros y gatos. La gente se llevaba las prendas en auto?'. El título de la nota dice: 'Desalojo insólito: perros, gatos y gente que se robaba la ropa?'. La nota describe que la puerta fue forzada y que a los pocos minutos se armó 'una suerte de colorido mercado callejero?'. Expone cómo 'algunos no muy dignos representantes de la especie humana comenzaban a llevarse las ropas que estaban en la vereda. Alumnos de secundarios del centro, cuidacoches, automovilistas y transeúntes en general comenzaron a probarse a ojo camperas de cuero, trajes, jeans, y otros bellos exponentes de lo que hoy se llama moda retro o estilo vintage?'. Al folio 13 del mismo expediente penal hay otras dos crónicas periodísticas con fotografías. Una aparentemente de Diario Uno, por la composición y tipografía. También son ilustrativas en cuanto a la gran cantidad de ropa. Carlos Barroso, ese empleado de Cáritas que recogió parte de las pertenencias de Rosales, declaró como testigo. Dijo que a Cáritas llamó una persona que caminaba quien dijo que había ropa en la calle. Expuso que había bastante ropa y calzado en la calle y que 'todo el mundo se llevó algo?', agregando que después cuidaron una mínima parte. 'Lo demás, casi todo se lo llevaron?' (fs. 511). Señala que Cáritas se llevó una 6 o 7 bolsas (tipo consorcio, aclaró después) y que no siguieron llevando puesto que la ropa estaba en mal estado, olorosa y sucia por los animales (que había en la vivienda). De eso me ocuparé en su momento, del estado de la ropa me refiero. Lo importante es que el testigo describe que la gente pasaba por el lugar y la iban cargando en autos, en camionetas, en lo que fuere (fs. 511 vta.). Me impresiona a mí, no solo la displicencia del accionar estatal, sino la miseria humana en toda su expresión, en pleno centro de Mendoza y a la luz del día. La humanidad en estado salvaje, lo que me recuerda a Thomas Hobbes. Rapiñando bienes como lobos, como bestias. Aclara el testigo que la Policía al principio había hecho una especie de vallado en la vía pública en donde se hallaban los bienes extraídos del inmueble, pero que antes de las dos de la tarde 'dejaron abierto y que la gente se llevara todo?' (fs. 512).

Quiero detenerme en la entrega de ropa de vestir a Cáritas. Dar ropa a una institución de caridad para que se asista a los menesterosos, a todo el mundo de buena voluntad ha de resultarle una buena obra. Ahora, hasta donde yo sé, la caridad se hace con bolsillo propio. De lo contrario, resulta una canallada. No eran bienes incautados o secuestrados que dieran lugar a disposición por parte de la autoridad judicial. Eran las pertenencias de una mujer demandada en un juicio de desalojo por falta de pago. ¿Con qué derecho dispusieron de tales cosas? Si el juez o la oficial de justicia -no me importa quién, ya que la responsabilidad del Estado es objetiva- quisieron ayudar a Cáritas, pues hubieran aportado bienes de su propio patrimonio. Todos los funcionarios implicados, por acción o por omisión, cristalizaron la irregular prestación del servicio de justicia y el Estado deberá responder por los daños causados. Elena Lorenz vio también la escena. Desde la plazoleta vio el revuelo, cómo la gente se llevaba la ropa y que la Policía no hacía nada. Esta mujer también se dedica al negocio de la ropa usada y conocía a la actora en la misma actividad. Los negocios estaban separados por dos cuadras de distancia. Ella dice que tenía unas 4.500 prendas en su comercio y que estima que Rosales tenía muchas más. Expuso que ambas tenían clientes en común y que sabía por ellos que Rosales tenía mucha ropa de cuero, muchos gamulanes. Agregó que ella había visto en una oportunidad esos gamulanes. Describe que ese día vio como una persona, uno de esos lobos, se llevaba tres camperas de cuero en los brazos. Otra mujer portaba un atado de ropa hindú. Un chico, unas zapatillas (fs. 374/375). Otro comerciante del mismo rubro apreció el saqueo. Su negocio estaba a cuatro cuadras. Horacio Corimayo vio cómo se llevaban todo. Pudo ver pilas de ropa sobre unos 15 o 20 metros de vereda y eso que llegó luego de comenzada la rapiña. Fue él quien avisó a Rosales, quien se encontraba en San Martín. Él contuvo lo que pudo. Describe las existencias de bienes. Al igual que Lorenz, avaluó la mercadería como buena. Explica que le avisó a la actora como a las cinco de la tarde de ese día y que ya a esa hora había quedado poca mercadería (fs. 344-345). Belén Canevaro era, al momento del ilícito, novia de un nieto de Rosales. Estaba con ella en San Martín en un local que había alquilado porque tenía que dejar el que

tenía porque ¿estaba por ser desalojada? (fs. 489). No aprecio nada extraordinario en esta expresión de la testigo, ni nada revelador en defecto de la pretensión contenida en la demanda. Hasta comprendo que la apelación contra la sentencia de desalojo pudo tener el solo propósito dilatorio. Rosales sabía que debía irse de allí. Lo que no pudo imaginar era que el Estado -a través de sus órganos- iría a actuar con semejante desidia. Tampoco podía imaginar que el desahucio se haría ese día. Explica que cuando llegaron a Mendoza, se encontraron con un desastre. Habían dejado lo peor de la ropa. Encontraron los muebles, todo tirado y roto afuera. Los vecinos les dijeron que habían estado regalando la ropa y que las cosas de la planta alta las tiraban desde arriba, sin precaución alguna. Agrega que de los televisores, de las cosas de valor, no había nada. Señala que un policía les dijo que ellos se habían llevado las cosas de valor y que la policía las mandaba ¿de acá para allá y nunca? encontraron las cosas. Señala que la ropa de abajo estaba en buenas condiciones y que la de arriba, la de la planta alta, tal vez estaba ¿infectada con desechos de perros y gatos?. Indicó que abajo habría unas 4.000 prendas y que estaban en buen estado (fs. 489/490). Con lo repasado, me encuentro en condiciones de votar por revocar la sentencia venida en apelación y pasar a tratar los resarcimientos reclamados en la demanda. IV. La prueba constituye la actividad procesal de producir el convencimiento o certeza sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo en el propio interés del litigante, quien a su vez, corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud displicente (Suprema Corte de Mendoza, ¿Antonietti?, 25/agosto/2008, LS 392-001). La labor probatoria recae sobre el accionante, no sólo del hecho ilícito, sino también y principalmente, de las consecuencias de él emanadas frente al imperativo del art. 179 del CPC. Es de rigor que la carga de la prueba de los hechos constitutivos compete a quien los invoca como base de su pretensión en los términos de la norma referida (Suprema Corte de Mendoza, ¿Mdalel?, 15/agosto/2003, LS 327-024). Advierto también que, siguiendo el criterio legal previsto por el inc. 7 del art. 90 del CPC, en materia de derecho de daños -conforme lo tiene repetidamente dicho nuestra Corte local- toda indemnización que pueda conceder lo será mediante la prudente ponderación de todas las variables (LS 254-187; 258-301; 269-474, entre varios pronunciamientos del Superior Tribunal local). La cuantificación de los daños implica siempre el ejercicio de facultades propias y excluyentes del juez (Suprema Corte de Mendoza, ¿Beckerman?, 30/abril/2009, LS 399-152).

a) Daño material Pretende Rosales el valor de lo perdido con el desalojo: mercadería ropa (detalla 1.700 prendas), unos pocos electrodomésticos que identifica y un sillón. Como vemos, son menos bienes que los que los testimonios han indicado, por lo que tendré en cuenta la universalidad de hecho presentada en la magnitud del reclamo. En noviembre de 2012, Elena Lorenz respondió un oficio informando los precios de la mercadería (ver fs. 506 y vta.). Es una prueba muy eficaz pues se trata del mismo género de bienes y el informe es evacuado por una comerciante que conocía el negocio saqueado. En base a ese informe, el perito contador presenta un valor total de \$ 345.480 (fs. 549). La pericia no fue cuestionada.

La cantidad de prendas fue negada por la Provincia de Mendoza en su responde (fs. 298), pero ya señalé que la prueba testimonial valida mucho más que la existencia reclamada, con lo que tengo la cantidad por probada. La testigo Canevaro dijo que la ropa que se exhibía en la planta baja del inmueble estaba en buen estado. Que la que se hallaba en el piso superior podía estar afectada por la cantidad de perros y gatos que -no se discute- había en esa propiedad alquilada. Mil setecientas prendas es la suma de bienes que tengo por existentes en ese salón del primer piso. Lo demás que pueda haber existido no importa, pues no se reclama por ello, con lo que no reviste interés si estaba o no con suciedades animales. No tengo yo porqué juzgar el estilo de vida de la actora (art. 19, Constitución Nacional). Lo relevante aquí es que mucho más de 1.700 prendas en buen estado aparecen en esas fotografías de la prensa que hallamos en la causa penal y que convalidan los testimonios repasados. Agrego un indicio: si los transeúntes, que se comportaron como buitres ese día, se llevaron tantísima ropa y calzado es porque servía, porque estaba en condiciones de uso. Encuentro que a valores de la fecha de la sentencia apelada (abril de 2015), la suma reclamada en los alegatos por la actora (\$ 345.480) está suficientemente justificada puesto que eran precios informados más de dos años antes, con lo que incluso podría haberse reconocido más por efecto de la desvalorización monetaria, pero no puede desconocerse que es lo que Rosales peticiona en sus alegaciones finales ante la primera instancia (ver fs. 604 vta.), con lo que a ello debe estarse por así indicarlo el principio dispositivo. Hay que recordar que estamos frente a un reclamo que entraña deudas de valor, con lo que la pretensión monetaria histórica no fija numéricamente la medida del resarcimiento.

b) También ha reclamado la actora la suma de \$ 130.000 bajo el título de ¿pérdida de chance?. Señala que las pérdidas por ventas futuras de las prendas son difíciles de cuantificar, pues no había ninguna venta efectivamente pactada. Desarrolla que dadas las características del emprendimiento comercial, debe tenerse en cuenta la cantidad de mercadería, los ritmos de venta, la clientela y las circunstancias espaciales y temporales (fs. 282 y vta.). Que la actora es comerciante y que allí desarrollaba su actividad, no está en debate. Ya ha quedado establecido que perdió -al menos- 1.700 prendas que tenía destinadas a la venta. El perito contador informó que se trata de un negocio pequeño y que no es una marca reconocida en el rubro (fs. 570 vta.), lo que contrasta con el testimonio de los dos comerciantes que yo ya he citado. De cualquier modo, el informe técnico -en base a una utilidad bruta del 25 %- informa una ganancia mensual bruta de \$ 14.395. El contador señala que el stock rota dos veces al año (fs. 571). La chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, ya que integra las

facultades de actuar de un sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de ésta al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su entidad, porque lo perdido, frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal. La pérdida de esa oportunidad configura un daño actual -no hipotético- resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del responsable y puede ser valorada en sí misma (véase: Alonso, Juan Ignacio, "Visión crítica de la frustración de la chance en la resolución del contrato de distribución, RDDaños - Año 2008 - N° 1 - pp. 257 y ss.). Por ende, el valor a indemnizar por la pérdida de chance no es igual al monto del lucro cesante, sino que lógicamente ha de ser menor que éste, pues se trata no de la pérdida de un lucro, sino de la pérdida de una probabilidad (CNCom., sala D, 19-4-2001, "Cala, Ricardo y otro c/Transporte Unión Misionera y otro s/ sumario", Lexis 10/5893). En sus alegatos, ratifica la suma reclamada en la demanda e invoca los resultados que arroja la pericia contable como sostén probatorio, lo que yo comparto: \$ 130.000 es menos de la ganancia de diez meses. El informe del perito contador y las constancias del juicio por desalojo nos dicen que el negocio de la actora tenía su trayectoria, pues estaba instalado desde el año 2.000. Claro que entiendo que no seguiría ubicado allí, pero está suficientemente probado -especialmente, a través de la testimonial de Canevaro- que Rosales trasladaría su actividad a San Martín, en donde se hallaba acondicionando un local. No puedo negar el fuerte impacto negativo que tuvo la pérdida de los bienes en la capacidad de recupero de la actora. c) Daño moral Rosales reclamó \$ 40.000 en su demanda, como compensación al daño extrapatrimonial provocado por la violencia contra su patrimonio y sus repercusiones anímicas. Invocó estar depresiva a causa de ello. En ocasión de alegar, recalcula el resarcimiento en \$ 80.000 (fs. 607). Canevaro declaró que hace bastante que no veía a la actora, pero la última vez que estuvo con ella la vio mal. ¿En el aspecto físico, muy tirada... como llorando... siempre hablando del desalojo y de los gatos, porque ella amaba a esos animales. Y muchos se los mataron, otros se les murieron? (fs. 490 y vta.). La perito psicóloga determinó en Rosales la presencia de un trastorno de estrés postraumático y diagnosticó una reacción anormal neurótica con manifestación depresiva grado III, representativa de una incapacidad del 20 % (fs. 520/524). No ignoro que Fiscalía de Estado cuestionó la pericia, pero la perito respondió los cuestionamientos con solvencia: no fue el juicio de desalojo el desencadenante de los padecimientos descriptos, sino la violencia con la que sucedieron los hechos y su impacto en la vida física, emocional y económica de Rosales (fs. 543). Encuentro que la suma de \$ 80.000 es más que la prudente estimación del daño moral. Esta Cámara ha señalado -citando a Brebbia- que el daño moral se entiende como "... aquella especie de agravio constituida por la violación de alguno de los derechos inherentes a la personalidad..." (autos 34.317 caratulados ?Bidaux, Silvia p/sí y p/ su hija menor Verónica Anaya c/ Canselmo, Pedro y ots. p/ d y p?, sentencia del 22 de agosto de 2.012). Explicando la evolución de la institución, autores como Lorenzetti señalan que en el contexto de una noción patrimonialista del resarcimiento, lo que no era pecuniario, quedaba librado a la moral o a la religión, ya que el sufrimiento enaltecía al hombre estoico y no era un verdadero daño. El daño moral fue sido identificado con el ?precio del dolor? (pretium doloris). Esta concepción negativa fue sustituida por una positiva, que vincula al daño moral con la lesión a los derechos fundamentales de la persona. Este movimiento analítico llevó a una expansión enorme del contenido del daño moral (ver: Lorenzetti, Ricardo Luis, ?Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI?, en Fabián Caparrós, Eduardo A. (coord.), Responsa Iuris peritorum Digesta, Volumen 4, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2000). El mismo autor, presidente de la Corte de Justicia Argentina, enseña que para algunos, el daño moral es el resarcimiento concedido por los sufrimientos, las molestias, las heridas en las afecciones, el dolor físico, el padecimiento del ánimo. Esta idea del ?precio del dolor? se ve superada cuando comienza a admitirse que el "patrimonio moral" de una persona está compuesto por una parte subjetiva o afectiva, y la social, constituida por el honor, o la consideración social de la persona (op. cit.). María Elena Rosales fue colocada por el accionar del Estado frente a la expoliación de sus bienes. No eran simplemente mercaderías de un negocio, sino también los enseres de su vivienda. Quizá una mirada simplista apunte que ella provocó el desalojo y sus consecuencias. Sin embargo, hay que decir que si bien el hecho de que ella no pagara el alquiler la hacía merecedora del desalojo, de ello no se puede derivar que deba soportar estoicamente el desenfado con el que los poderes públicos condujeron la materialización de ese desahucio intempestivo. Remarco, Rosales no pudo imaginar que ese día iba a ser desalojada materialmente, pues había una sentencia que ella había apelado, no habiendo tenido oportunidad de anoticiarse de la medida despachada contra ella inaudita parte. Cabe considerar finalmente los intereses moratorios, los que han sido reclamados y corresponden pues la obligación de resarcir nace con el mismo ilícito. Desde el momento del hecho hasta el de la sentencia de primera instancia, se han devengado intereses a tasa de ley 4.087. Desde allí y hasta el 31 de julio de 2.015, los correspondientes a tasa activa del Banco Nación conforme el Plenario ?Aguirre? de la Corte local. Desde el 01 de agosto de 2.015 y hasta el pago, según la tasa prevista por el art. 768 inciso c) del Código Civil y Comercial. Por todo lo desarrollado, mi voto por la primera cuestión es por la negativa, propiciando la admisión del recurso en el modo tratado. Así voto. Sobre la misma cuestión, los Dres. Colotto y Mastrascusa Molina adhieren al voto que antecede. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. MÁRQUEZ LAMENÁ DIJO:** Las costas del recurso deben ser impuestas a la demandada por resultar vencida. Asimismo

corresponde decidir las costas de primera instancia (art. 36-I del CPC). Así voto. Sobre la misma cuestión, los Dres. Colotto y Mastrascusa adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: SENTENCIA: Mendoza, 10 de octubre de 2.017. Y VISTO: El acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: I. Admitir el recurso de apelación articulado por la actora a fs. 627. En consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 622/626, la que quedará redactada del siguiente modo en su parte resolutive: ?I.- Hacer lugar a la demanda presentada por la Sra. María Elena Rosales. En consecuencia, condenar a la Provincia de Mendoza a pagar a la actora la suma de pesos quinientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos ochenta (\$ 555.480), con más los intereses moratorios señalados en la sentencia de Cámara, todo en el plazo de diez días de firme y ejecutoriada la presente. II.- Imponer las costas a la demandada. III.- Regular los honorarios profesionales correspondientes a los doctores Octavio Puppetto en la suma de pesos treinta y ocho mil ochocientos ochenta y tres con 60/100 (\$ 38.883,60), Luis Horacio Cuervo en la suma de pesos cuarenta y nueve mil novecientos noventa y tres con 20/100 (\$ 49.993,20) y Walther Aporta en la suma de pesos once mil ciento nueve con 60/100 (\$ 11.109,60), conforme su efectiva participación en autos, más IVA en su caso y sin perjuicio de los complementos que correspondan (arts. 2 y 31, ley 3.641). IV.- Omitir regulación de honorarios a los letrados de la parte demandada por resultar el estado condenado en costas (art. 1, ley 5.394). V.- Regular los honorarios profesionales correspondientes a los peritos María de los Ángeles Ortega en la suma de PESOS OCHO MIL QUINIENTOS (\$ 8.500) y José Antonio Llugany en la suma de PESOS OCHO MIL QUINIENTOS (\$ 8.500) conforme la labor desplegada, más IVA en su caso y sin perjuicio de los intereses que pudieran corresponder (art. 1627 C.C.). REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.-?. II. Costas de segunda instancia a cargo de la demandada. III. Regular los honorarios de segunda instancia del siguiente modo: a los Dres. Octavio Puppetto en la suma de pesos once mil novecientos noventa y ocho con 36/100 (\$ 11.998,36) y Luis Cuervo en la suma de pesos treinta y nueve mil novecientos noventa y cuatro con 56/100 (\$ 39.994,56), sin perjuicio de complementarios e IVA de corresponder (arts. 15 y 31, ley 3.641). IV. Omitir regulación de honorarios a los abogados del Estado por resultar éste vencido (art. 1, ley 5.394). NOTIFÍQUESE Y BAJEN. Dra. Graciela MASTRASCUSA - Juez de Cámara Dr. Gustavo Alejandro COLOTTO - Juez de Cámara Dr. Sebastián MÁRQUEZ LAMENÁ - Juez de Cámara Correlaciones: A.R. F. A. c/GCBA s/daños y perjuicios - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 13 - 26/06/2014 - Buenos Aires (Ciudad) - Cita digital IUSJU218230D 022547E