

DAU-0110-000075/2015

**LECTURA DE SENTENCIA.** En MONTEVIDEO, el día 19 de marzo de 2015, estando en audiencia el Sr. Juez del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 2 Turno Dr. DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ DE LAS HERAS, en autos caratulados M [REDACTED] F [REDACTED] C [REDACTED] y otro c/ ESTADO-PODER JUDICIAL-S.C.J.-D.N.DEFENSORIAS PUBLICAS - DAÑOS Y PERJUICIOS IUE N<sup>a</sup> 0002-000627/2014, siendo la hora 16:30. Se procede a dictar sentencia definitiva en autos, la que se inserta en la presente. Para constancia se labra la presente.

**DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ DE LAS  
HERAS  
JUEZ LDO.CAPITAL**

**SEF-0110-000017/2015 SENTENCIA DEFINITIVA**

Montevideo, 19 de marzo de 2015.

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: "**M [REDACTED] F [REDACTED] C [REDACTED] Y OTRO C/ ESTADO-PODER JUDICIAL-S.C.J.- D.N.DEFENSORIAS PUBLICAS. DAÑOS Y PERJUICIOS**" IUE 0002-000627/2014.

**RESULTANDO:**

**ANTECEDENTES DE HECHO Y ACTOS PROCESALES CUMPLIDOS.**

**PRIMERO.** Comparecen a fs. 21 y sgtes C [REDACTED] M [REDACTED] F [REDACTED] y A [REDACTED] M [REDACTED] D [REDACTED] instaurando demanda por daños y perjuicios contra el ESTADO-PODER JUDICIAL- S.C.J.- DIRECCION NACIONAL DE DEFENSORIAS PUBLICAS manifestando en síntesis; que el 26-4-2013 siendo aproximadamente las 16:30 horas la Sra. E [REDACTED] M [REDACTED] hija y hermana de los coactores reseñados respectivamente, cayó al foso del ascensor ubicado en su lugar de trabajo sito en la Defensoría de Oficio de Familia en

calle Uruguay 941 en esta ciudad. Como consecuencia de la caída se produjo la muerte de la víctima. El accidente laboral mortal se produjo al abrir la funcionaria la puerta del ascensor sin que se encontrara la cabina enfrentada a la misma, dando lugar a una caída repentina que provocó la muerte instantánea de la funcionaria M [REDACTED]. De las resultancias de la investigación administrativa así como de las actuaciones penales instruídas surge que el accidente laboral mortal pudo haberse evitado ya que resultó calificado como "accidente hipotético accidental previsible". Manifiestan que de las actuaciones ya realizadas surge que la situación de riesgo se había producido con anterioridad, pues en más de una oportunidad la puerta del ascensor se había abierto sin encontrarse la cabina enfrentada a dicha puerta, citando actuaciones y declaraciones en sede administrativa a las que se remite la presente. Sostienen que frente a la situación de riesgo que ya se había advertido con anterioridad, no ameritó por parte del Poder Judicial la toma de conciencia de que era necesario clausurar el ascensor. Se había colocado un cartel en la puerta del ascensor escrito a mano cuyo texto decía: "ATENCIÓN: Cuando se apaga el pulsador el ascensor está en el piso. No intente abrir la puerta", lo que indica el conocimiento por parte del Poder Judicial de la

*situación de riesgo que generaba el uso del ascensor. La demandada consintió tácitamente su uso por parte de funcionarios y usuarios cuando tenía un defectuoso funcionamiento, se trataba de un texto confuso incluso para un usuario medio. El ascensor poseía un defecto grave conocido por el Poder Judicial. El cambio de partidas retráctiles del ascensor, en más de una oportunidad, demuestra la falla constante que se producía en el mecanismo de seguridad según lo oportunamente informado por la Dirección Nacional de Bomberos. En realidad, se trataba de un montacargas adaptado y no de un ascensor que adolecía del vicio de falta de doble mecanismo de seguridad exigible según la normativa vigente. Ante las irregularidades y la existencia de un peligro inminente para la seguridad de los trabajadores se produjo la clausura preventiva del ascensor. La probabilidad de un accidente laboral por el riesgo inminente ante el mal funcionamiento del ascensor fue tolerada y permitida por el Poder Judicial durante casi 3 años, lo que se evidencia al mantener su funcionamiento, no clausurarlo y continuar renovando el contrato de arrendamiento de servicios con la empresa H [REDACTED] SA -encargada del mantenimiento- pese a la persistencia del defecto. La Administración ha omitido el deber de contralor y vigilancia de la empresa*

*responsable del mantenimiento del ascensor afectando la prestación de la seguridad que es su obligación. Fundamenta los elementos de responsabilidad del Estado que considera configurada en la especie. Reclaman daño moral por el fallecimiento de la hija y hermana de los coactores, con quienes convivía la víctima y compartían la vida familiar por un total de U\$S 350.000, lucro cesante por la pérdida del ingreso mensual con lo que contribuía al mantenimiento del hogar considerando su expectativa de vida ya que tenía 63 años de edad a la fecha de su fallecimiento, por un total de U\$S 182.727; y daño emergente por la compra de panteón en el Parque del Recuerdo por un total de U\$S 11.126. Ofrecen prueba, fundan el derecho y solicitan la condena de la parte demandada al resarcimiento del daño producido por el hecho ilícito culpable que provocó el accidente laboral mortal por el total de U\$S 543.852.*

**SEGUNDO.** *Conferido traslado de la demanda instaurada es evacuada por la parte demandada PODER JUDICIAL a partir de fs. 39 y sgtes quien contesta la acción en términos de contradicción y solicita la citación en garantía de H [REDACTED] S.A. (OTECAS). La demandada manifestó en síntesis; que las investigaciones llevadas a cabo por el Poder Judicial concluyeron en la*

*inexistencia de actos reprochables a éste. La legitimación pasiva le corresponde únicamente al PODER JUDICIAL en tanto la Dirección Nacional de Defensorías Públicas carece personería jurídica. Indica que es cierto que existieron dificultades en el funcionamiento del ascensor que quedaron debidamente registradas y motivaron reclamos del Poder Judicial a la empresa H [REDACTED] S.A-OTECAS. No podría el PODER JUDICIAL clausurar el ascensor cuando la empresa certificó que funcionaba sin inconvenientes. Ninguna responsabilidad por falta de previsión puede imputarse al PODER JUDICIAL y si se comprobare la existencia de una falla de funcionamiento, sería imputable a la empresa de mantenimiento, por ser su responsabilidad evitar tal falla. Cita actuaciones administrativas que refieren a la postura en la cual se sustenta la defensa. El PODER JUDICIAL no tenía razón alguna para dudar que la reparación y habilitación del ascensor realizada en forma previa al insuceso con expresa mención de que la puerta no se abría realizada por H [REDACTED] S.A (OTECAS), no fuera cierta y veraz. No era previsible lo que ocurrió y menos la existencia de un riesgo general. El PODER JUDICIAL tenía la obligación de exigir, como lo hizo, la reparación y mantenimiento y no podía saber que una vez efectuada y habilitado el ascensor por H [REDACTED] S.A*

*(OTECAS) tal reparación o mantenimiento, iba a fallar. El PODER JUDICIAL tenía contrato vigente con H [REDACTED] S.A, el ascensor orginalmente fue un montacarga y estaba habilitado municipalmente como ascensor de transporte de pasajeros. Tiempo antes del accidente H [REDACTED] S.A realizó una reparación habiendo informado antes del accidente que las puertas no se abrían, siempre habilitando el uso del ascensor. La inexistencia de culpa y menos de dolo o culpa grave en el cumplimiento de normas de seguridad y prevención por parte del PODER JUDICIAL resulta de las actuaciones que agrega según afirma. De los informes técnicos de Bomberos y de la Intendencia surge que existieron fallas en el mantenimiento del ascensor que son imputables a la empresa H [REDACTED] S.A (OTECAS). Dicha empresa debía haber asumido la existencia de una "situación de riesgo". El PODER JUDICIAL no podía prevenir ni prever la ocurrencia del accidente, porque no es técnico en la materia, y recibía de la empresa información que habilitaba y certificaba el buen funcionamiento del ascensor; y además, frente a los reclamos efectuados, la empresa le indicaba que había realizado las reparaciones técnicas necesarias. De modo que las conclusiones del informe de Bomberos, con las que coincide el Departamento Jurídico del Poder Judicial*

refieren a la previsibilidad del accidente y se vinculan a que podía existir previsión de la empresa responsable del mantenimiento del ascensor, H [REDACTED] S.A. (OTECAS) y nunca el PODER JUDICIAL. La demandada estaba a la información que la empresa suministraba certificando la seguridad del ascensor en sus reiteradas y constantes visitas de mantenimiento y reparación. Haciendo referencias a las actuaciones tramitadas ante el Juzgado Penal de 20º turno, sostiene que con independencia de la existencia de culpa en el obrar de la empresa contratada para el mantenimiento, en ningún caso puede imputarse al PODER JUDICIAL culpa grave en el cumplimiento de las normas de seguridad y prevención. El PODER JUDICIAL cumplió con su obligación de prestar seguridad como empleador mediante la contratación de servicio técnico al que convocó en las ocasiones en que ocurrió un problema de funcionamiento. La empresa H [REDACTED] SA (OTECAS) era la obligada directamente al cumplimiento de las normas de seguridad. Controvierte los daños y perjuicios reclamados brindando amplios detalles a los que se remite la presente. Solicita la citación en garantía de H [REDACTED] SA (OTECAS) contra quien formula petición de regreso en caso de condena. La fuente de la responsabilidad es el contrato de derecho público y la obligación

*de reparar todo el daño que se cause por incumplimiento contractual. Existiendo un contrato entre el PODER JUDICIAL y H [REDACTED] SA (OTECAS), la obligación principal para la contratada era el mantenimiento del ascensor, y habiendo efectuado reparación de la cerradura y certificado su buen funcionamiento, una vez constatada la falla de la reparación, H [REDACTED] SA (OTECAS) incumplió su obligación con el PODER JUDICIAL. Por ese incumplimiento debe indemnizar los daños y perjuicios que genere, los que se concretan en el reintegro de lo que el PODER JUDICIAL tuviere que pagar en caso de resultar condenado. Ofrece prueba y solicita se desestime la demanda con especial condenación, y en caso contrario, de resultar condenado el PODER JUDICIAL, se condene asimismo a H [REDACTED] SA (OTECAS) a reintegrar al PODER JUDICIAL las sumas que éste haya debido pagar con más reajustes del Decreto-Ley 14.500, intereses legales y costas y costos si correspondiere.*

**TERCERO.** *Conferido traslado de la citación de tercero en garantía, es evacuado a partir de fs. 56 y sgtes por la parte actora sin oposición a la intervención coactiva del tercero H [REDACTED] S.A.*

**CUARTO.** *Admitida la citación en garantía por auto DFA*

0110-000502/2014 de fs. 66 se dispuso el emplazamiento de H [REDACTED] SA (OTECAS), quien debidamente representada compareció a fs. 794 y sgtes y contestando la citación al proceso manifestó en síntesis; que es improcedente la acción de regreso promovida por la parte demandada en tanto en informe de la Dirección Nacional de Bomberos se concluyó -sobre el origen del evento- que no podía determinarse precisamente la causa del hecho, conclusión a la que se adhirió la investigación administrativa. La INTENDENCIA DE MONTEVIDEO manejó dos hipótesis; o la traba se abrió por una persona desde el exterior o el perno de la traba nunca llegó a alojarse en su lugar por alguna falla. No se verificaron desperfectos habiéndose hecho reiteradas pruebas para provocar una repetición que no ocurrió. Es imposible que la puerta se abra porque tiene un doble mecanismo de seguridad que al momento del accidente estaba funcionando perfectamente bien. Sin embargo, la puerta se abrió lo que se explica por el maltrato externo a la misma o por la manipulación externa de la cerradura. Cita conclusiones de informes realizados en diversas investigaciones e inspecciones del lugar de los hechos conforme detalles a los que se remite la presente. Las causas reales del fallo de la traba fue el constante uso inapropiado por parte del público concurrente a

las oficinas del Poder Judicial. El ascensor era sometido continuamente a un trato inadecuado y hasta violento por parte de los usuarios, siendo asimismo manipulado por terceros ajenos a H [REDACTED] S.A dependientes del PODER JUDICIAL. H [REDACTED] S.A realizaba en tiempo y forma todos los services correspondientes así como acudía a los llamados que se le hacían. El 2-10-2012 se reparó un patín del ascensor, se hizo un cambio de relays de comando de patín y se suministró y colocó un transformador con rectificador de patín. Diez días antes del accidente se compró en presencia del Intendente de la Oficina Judicial que las trabas de las puertas funcionaban bien. El contrato firmado con el PODER JUDICIAL exonera de responsabilidad por los daños y perjuicios que se originen en el uso abusivo del equipo, entre otras causales. Las pericias realizadas no arrojan conclusiones firmes sobre el motivo de apertura de las puertas. La IGTSS ubica la causa en el mal funcionamiento o falla total del sistema de seguridad, pero es una conclusion que no se refuerza con elementos técnicos. No puede afirmarse que la causa del accidente sea imputable a H [REDACTED] S.A. Existió responsabilidad de la victima pues se trataba de una persona que trabajaba a diario en el lugar y estaba familiarizada con la infraestructura del edificio, debiendo haber sido

más diligente al momento de tomar el ascensor. Las numerosas investigaciones realizadas no arrojaron resultados concluyentes sobre la causa del accidente. H [REDACTED] S.A realizaba en tiempo y forma todos los services de rigor y acudía puntualmente en caso de desperfectos; y justamente el dia 15 de abril de 2013, 11 días antes de infortunio, las puertas funcionaban perfectamente. Debe exonerarse a H [REDACTED] S.A en virtud de lo estipulado con la parte demandada PODER JUDICIAL en el contrato que los vinculara. Controvierte los daños y perjuicios que reclama la parte actora. Ofrece prueba y solicita se desestime la acción de regreso deducida por el PODER JUDICIAL para el caso de condena de dicha parte.

**QUINTO.** Convocadas las partes a audiencia preliminar de precepto luce la misma cumplida a fs.805 y sgtes donde se fijó el objeto del proceso y de la prueba. Diligenciados los medios de prueba ofrecidos y admitidos, alegaron las partes por su orden, citándose a audiencia de lectura de sentencia a realizarse el día de la fecha.

### **CONSIDERANDO**

**FUNDAMENTOS DE DERECHO Y ANALISIS DE LA PRUEBA DILIGENCIADA.**

*PRIMERO. Fijado el objeto del proceso en los términos que resultan de fs. 806-807 debe determinarse si acaecen infolios los presupuestos de la responsabilidad estatal invocada con relación a la responsabilidad que en la demanda se imputa al PODER JUDICIAL en la muerte de la funcionaria judicial E [REDACTED] M [REDACTED] quien cayó al foso del ascensor sito en la Defensoría de Familia, lugar donde la víctima cumplía funciones.*

*Emerge de la prueba agregada a la causa que el día 26-4-2013 aproximadamente a la hora 16:30 la funcionaria judicial, Sra. E [REDACTED] M [REDACTED] cayó al pozo del ascensor sito en la Defensoría Pública de Familia cuando al intentar ingresar al mismo, éste no se encontraba, expresándose en informe de la DIRECCION NACIONAL DE BOMBEROS de fs. 453 que; "... Se presume que la víctima había abierto la puerta de acceso al ascensor, ubicada en planta baja, no estando el mencionado ascensor en el lugar, ocasionando la caída de dicha persona...". Consecuencia de la caída E [REDACTED] M [REDACTED] de 64 años de edad, falleció en el lugar debido a "...Injuria encefálica aguda. Traumatismo de Cráneo. Precipitado..." de acuerdo con informe forense agregado a la causa a fs. 450-451.*

*Como ya ha sostenido ésta Sede en numerosos pronunciamientos anteriores*

*con relación a la naturaleza de la responsabilidad estatal, la evolución histórica de la responsabilidad del Estado parte de la concepción de irresponsabilidad absoluta a la determinación legal y constitucional de la responsabilidad como sucede en el régimen normativo patrio. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ describen en su "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO" la primigenia concepción; "... En la esfera del Derecho Público la afirmación de una responsabilidad patrimonial del soberano por los daños resultantes de la actuación de sus agentes pugnaba frontalmente con una tradición multiseccular, que, a través de una combinación de la potestas imperial romana y de la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica del mundo medieval, encontró su expresión clásica en el principio formulado por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, según el cual "the king can do not wrong" (el rey no puede hacer ilícito)" (EDITORIA CIVITAS págs. 351 y sgtes). Empero el desarrollo y evolución de las instituciones jurídicas acompañado con la transformación de las sociedades coadyuvó a la expresa previsión de la responsabilidad del Estado. Sobre el punto el art. 24 de la Constitución establece: " El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en*

*general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección". Como lo sostiene inveterada jurisprudencia que se comparte, el criterio emergente de la norma constitucional citada dice relación al factor subjetivo de atribución de responsabilidad administrativa. Así en términos trasladables se ha expresado; "... La Sala se adhiere al criterio de la responsabilidad subjetiva del Estado donde...el art. 24 de la Carta no determina cuando surge la responsabilidad de la Administración (no consagra por tanto presunción de culpa) limitándose a establecer el principio general de la responsabilidad indirecta de los Entes estatales y no de sus funcionarios frente a terceros, de donde para la determinación del factor de atribución de responsabilidad administrativa ha de recurrirse básicamente al concepto de "falta de servicio"....el particular que invoca la responsabilidad de la Administración debe probar la existencia de una falta de servicio, esto es, que el servicio funcionó mal, no funcionó o funcionó tardíamente; al analizar la falta de servicio debe apreciarse en concreto teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho, elucidar si existe diferencia entre lo que razonablemente cabría esperar del servicio y lo que efectivamente aconteció*

*(noción de standard o nivel medio)..."(Cfme. A..D.C.U T. XXXII C.710).*

*Nuevamente GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ en la obra citada expresan analizando el régimen español sobre la imputación de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio que; "...para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar el agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse - y así ocurre con frecuencia - de daños anónimos e impersonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal ("culpa in commitendo" o por acción positiva), como si no ha funcionado ("culpa in ommitendo", abstenciones cuando existe el deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional..." (op. Cit. Págs. 383 y sgtes). Sobre el concepto de "falta de servicio" específicamente JAIME MORENO MOLINET en la doctrina chilena sostiene que "...la falta de servicio implica demostrar un comportamiento defectuoso del organismo público, que puede ser consecuencia de una omisión (no prestar servicio a pesar de estar obligado a hacerlo) o bien, a una acción deficiente propiamente dicha, esto es, cuando habiendo*

*funcionado su actuación ha sido imperfecta o tardía....la falta de servicio evoca un proceso más o menos análogo al de la culpa civil, pues para configurarla se debe realizar una comparación objetiva entre el servicio que se debió prestar con el que efectivamente se prestó. Es lógico suponer, como dirán algunos, que el funcionamiento de la Administración siempre tendrá como antecedente mediato una actividad humana por lo que en realidad lo que se estaría evaluando es en definitiva este comportamiento, sin embargo, dicho proceso no siempre es posible de efectuar en especial si consideramos el gran número de personas que se ven relacionadas y que intervienen en el funcionamiento de un determinado servicio público. La ventaja de la responsabilidad por falta de servicio radica precisamente en este ámbito, pues la indeterminación del agente directo que ocasionó el daño no es obstáculo para la atribución de responsabilidad a la Administración. En efecto, poco importa si se sabe con exactitud la identidad del agente que ocasionó el daño, es más, en la mayoría de los casos la situación es a la inversa dada la complejidad del funcionamiento del servicio público; de allí que la responsabilidad por falta de servicio es un sistema de responsabilidad directa (pues se basa en el hecho o conducta de la Administración) y no por el hecho*

*de sus agentes o funcionarios." (Cfme." RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO DE LA ADMINISTRACION DEL ESTADO A PARTIR DE LAS NORMAS DEL CODIGO CIVIL". La razón del derecho. Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. No.1/2010). En consecuencia, la falta de servicio se traduce en un quebrantamiento de la diligencia media en el actuar de la administración en la ejecución de un servicio determinado (Responsabilidad subjetiva). Pero ese quebrantamiento de la diligencia media, debe a su vez, tener una relación causal directa con el daño que se invoca por los accionantes, por ello son elementos definatorios de la responsabilidad estatal; la falta de servicio, el nexo causal y el daño. Sin perjuicio de ello, nada impide asimismo aplicar los principios generales relativos a la responsabilidad civil sea de naturaleza contractual o extracontractual que se encuentre involucrada de acuerdo con lo previsto por los arts. 1319 y sgtes de C.C.*

**SEGUNDO.** *En el caso y sin perjuicio del derecho que alegan las partes sería aplicable para el análisis jurídico del evento lesivo, se considera que la responsabilidad estatal imputada en la demanda respecto del PODER JUDICIAL debe enmarcarse desde el enfoque del régimen general de*

*"responsabilidad civil por el hecho de las cosas" de conformidad con lo previsto por el art. 1324 del C.C; y en ese contexto debe analizarse si acaece una "falta de servicio" (conducta exiliada de la diligencia media) que le sea atribuible a la demandada.*

*En forma diáfana el art. 1324 del C.C establece; "Hay obligación de reparar no sólo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado...por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado...La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."*

*Comentando el art. 1113 del C.C Argentino similar a nuestro art. 1324 BELLUSCIO y colaboradores sostienen en el "CODIGO CIVIL. COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO " ( EDITORIAL ASTREA Tomo 5, pags. 483 y sgtes) que; "...los ascensores han contribuido a la teoría de la responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas, tanto como los automotores...salvo casos muy excepcionales, la responsabilidad deberá ser exclusiva del dueño o guardián...la diligencia exigida no era simplemente la del buen padre de familia, sino la del hombre perfecto, capaz de tomar todos los cuidados*

*impuestos por las circunstancias para lograr precaver todos los peligros eventuales, aún los más alejados...Responde ...no sólo el dueño del ascensor, sino también quien presta el servicio mecánico del aparato en su carácter de guardián...".*

*En tal sentido corresponde entender que la guarda del ascensor corresponde al PODER JUDICIAL en tanto "guarda del comportamiento" y también a H [REDACTED] S.A (OTECAS) que se reserva la "guarda de la estructura", ambos sujetos procesales mantienen en consecuencia la "guarda" de la cosa pues en los términos del art. 1324 del C.C "se sirven" de la misma.*

*JORGE GAMARRA indica al respecto de la disquisición relacionada que; "...Un guardián... de la estructura , o composición interna de la cosa (zona donde radican los vicios ocultos)...le corresponde al...encargado del mantenimiento...por otro lado, la guarda del comportamiento, a cargo del tenedor de la misma cosa..., este segundo sujeto es quien manipula la cosa, la conduce o dirige, y al hacerlo puede incurrir en un comportamiento o en un uso defectuoso, por el cual responde como guardián del comportamiento. Pero no es guardián de la estructura porque no está en condiciones de percibir el vicio, ya que no puede controlar el funcionamiento interno de la cosa o su*

composición..."(cfme. "TRATADO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO". TOMO XXI. Ed. FCU págs. 160 y sgtes.)

*Se estima que quien se sirve de la cosa directamente - en el caso el PODER JUDICIAL con relación al ascensor - no pierde su calidad de "guardián" por el mero hecho de relacionarse contractualmente con una empresa especializada en mantenimiento de ascensores, porque por imperio legal el responsable es quien con respecto a la cosa " se sirve o está a su cuidado" (art. 1324 inc. 1 C.C), independientemente de la naturaleza de la relación jurídica entre el sujeto y la cosa (propietario, arrendatario, etc). La relación contractual entre el tenedor de la cosa y quien asume su mantenimiento tendrá incidencia en la responsabilidad que tiene la empresa contratada (H [REDACTED] S.A-OTECAS) con el PODER JUDICIAL por el mantenimiento; pero no tiene incidencia en la responsabilidad del PODER JUDICIAL por los daños causados a terceros. Y por ello debe diferenciarse entre guarda de la "estructura" y guarda del "comportamiento" según se indicó.*

*GAMARRA en la obra citada enseña que "... la responsabilidad por el hecho de las cosas no se vincula a la cosa, sino a la guarda; se es responsable por ser guardián de la cosa que intervino en el evento dañoso. A la pregunta ¿quién*

*es el guardián? Hemos visto que responde el inc. 1: el que se sirve de la cosa o la tiene a su cuidado. Servirse de una cosa, tenerla a su cuidado, ambas frases indican una relación del sujeto con la cosa, sin la cual no puede haber guarda. GOLDMAN observa que la guarda "es la situación en la cual una persona se encuentra en relación a una cosa"...No hay duda que se sirve de la cosa quien la utiliza...Si guardar es custodiar...el deber legal que surge del art. 1324...es un deber de vigilancia..."(Cfme. Op. Cit págs.. 122 y sgtes)*

*De acuerdo con lo que resulta de fs. 540 y sgtes y fs. 639 y sgtes existió entre el PODER JUDICIAL y la empresa H [REDACTED] S.A (OTECAS) un contrato de arrendamiento de servicios de mantenimiento, supervisión y reparación con vigencia 1-1-2013 al 31-12-2013 cuyo objeto era "...prestar al Poder Judicial los Servicios de revisión periódica, mantenimiento del normal y correcto funcionamiento por fallas, averías o desperfectos de los equipos, maquinas, artefactos o bienes detallados...así como de las instalaciones o elementos conexos a los mismos y que permiten su uso. El servicio deberá prestarse en forma diligente y en un todo de acuerdo con las normas técnicas en la materia...", comprendiendose dentro del objeto al "...Ascensor para Defensoría Pública de Montevideo..."*

*Del contrato citado resulta que; "...La empresa prestará servicio de revisión, lubricación, regulación y mantenimiento al menos una vez cada mes. Reparar fallas menores que se produzcan en ellos y conspiren contra su normal funcionamiento y seguridad, siendo de cargo del abonado el importe del material que fuera necesario emplear... Otecas Ascensores queda expresamente exonerado por daños y perjuicios que se originen en el mal uso abusivo o violento del equipo, incendio, robo, fallas de UTE y en general de todas aquellas causad ajenas a su contrato directo. El abonado se obliga a dar cuenta de inmediato a OTECAS Ascensores de las fallas que se produzcan en el equipo y puedan ser causa de accidentes...". Véase que las partes PODER JUDICIAL y H [REDACTED] S.A (OTECAS) se encontraban vinculadas desde hace varios años como lo evidencian los contratos agregados a fs. 10 y sgtes de acordonado testimonio de Investigación Administrativa.*

**TERCERO.** *Ahora bien, en función del régimen jurídico aplicable corresponde determinar si el PODER JUDICIAL ha empleado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. 1324 C.C inc.6) en el caso a estudio.*

*Consta en autos que con fecha 14-4-2011 ya el Intendente del Edificio de*

Defensoría Pública de Familia C [REDACTED] M [REDACTED] informó a DIVISION ARQUITECTURA del PODER JUDICIAL que; "...el funcionamiento del ascensor nunca ha sido el correcto...Se abre la puerta aunque el ascensor no ha llegado al piso señalado, quedando el vacío del ducto, con el riesgo que pueda caer una persona...solicita tome las medidas que correspondan a sus efectos..."(fs.646). En nueva nota del 10-5-2011 el citado Intendente informa a la DIVISION ARQUITECTURA; "...En varias oportunidades el ascensor quedó trancado en planta baja y se abría la puerta en el primer piso, el suscrito habló con la empresa OTECAS y se solicitó tengan a bien hacer lo necesario para su solución...El técnico que efectuó un relevamiento y control en el sistema mecánico del ascensor, comunicó que es necesario reparar el patín retractil. Este dispositivo hace trabajar los patines, habilitando los cerrojos que trancan y destrancan las puertas..."(fs.649). Con relación a la problemática relacionada al defectuoso funcionamiento de la puerta del ascensor no consta en autos su efectiva solución, salvo la genérica referencia manuscrita a fs. 653 cuya autoría se desconoce donde se indica con fecha 23-5-2012 que se; "...solucionaron problemas con puertas...".

En nota del INTENDENTE del Edificio de fs. 693 de fecha 7-12-2012 se

*expresa con relación al punto citado que; "...Se arregló patín retractil, cambio de relay, se colocó transformador con rectificador de patín...Dicho ascensor desde su reparación hasta la fecha funciona en forma correcta..."*.

*Conforme emerge de fs. 434 y sgtes en Informe Criminalístico de la DIVISION CRIMINALISTICA del DEPARTAMENTO DE INSPECCION PERICIAL de la DIRECCION NACIONAL DE POLICIA TECNICA, el día del accidente al procederse a la inspección de la puerta del elevador en la Planta Baja se ubicaba un cartel de papel, escrito con letras manuscritas y de tamaño 10 x 10 cm que expresaba; "ATENCION: Cuando se apaga el pulsador el ascensor está en el piso. No intente abrir la puerta" (véase documentos fotográficos de fs. 437 vto, 438, 454 vto y 483).*

*En Informe de la DIRECCION NACIONAL DE BOMBEROS de fs. 453 en cuanto a la clasificación de las causas del evento lesivo se establece; "HIPOTETICO...ACCIDENTAL...PREVISIBLE...". Y al describirse la condición de "previsible" del evento se indica a fs. 459; "... se entiende por previsible a todo hecho pasible de ser previsto o evitado; y en el caso específico a estudio, debieron existir las medidas mínimas necesarias para el correcto y seguro funcionamiento de la máquina..."*.-

*A fs. 456 vto se indica por la DIRECCION NACIONAL DE BOMBEROS; "... se concluye que fallaron las medidas de seguridad de cabina del ascensor y puerta de planta baja. Cabe destacar que la puerta no podría abrirse cuando la cabina se encontraba a nivel en otro piso. Se constatan una serie de irregularidades que se describen en los documentos fotográficos número 3,4 y 7 lo que aumentó la probabilidad de riesgo e inseguridad en las maniobras llevadas a cabo en el ascensor. Tal es así que llevaron a la producción de una víctima fatal...". Con relación a los documentos fotográficos identificados con los Nos. 3, 4 y 7 a fs. 454 vto se expresa; "... (Documento fotográfico Nro. 3) "...se hace referncia al mensaje plasmado en la puerta del ascensor a nivel de planta baja, el cual no trasmite un mensaje entendible (en relación a la falla existente debería haber quedado clausurada la puerta con elementos o dispositivos que impidieran el acceso a la misma)... (Documento fotográfico Nro. 4) referido a la puerta del ascensor indica "...su mecanismo de cierre no estaba en buenas condiciones ya que se observa que se fatigó el metal de la puerta..." y en Documento fotográfico Nro. 7 se expresa; "...los dispositivos de traba de la apertura de la puerta del ascensor a nivel de planta baja los cuales se muestran quebrados, no cumpliendo su función...").*

*La INSPECCION GENERAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL en informe agregado a la causa a fs. 547 y sgtes establece; "La funcionaria que a la postre resultara fallecida, realizaba la distribución de documentos en los distintos niveles y oficinas de la sede judicial...La funcionaria Z██████ M██████ intentaba trasladarse desde el nivel planta baja a otro nivel del inmueble (no precisado), al abrir la puerta (de tipo no automática), ingresó a la zona de ducto cayendo al vacío de 5 mts de altura aproximadamente. Al momento de generarse el accidente, el coche del ascensor se encontraba posicionado en el primer piso (un nivel más arriba)... desde que el Juzgado de Familia se mudó para este domicilio (03/12/10), se han registrado varias veces, desperfectos en funcionamiento de las puertas del ascensor...debido a las demoras de entregas de presupuesto y autorizaciones administrativas, a veces se mantenía al ascensor clausurado y otras veces se habilitaba el funcionamiento aunque no se hubieran reparado las puertas...El mismo día del accidente, H██████ S.A había concurrido en horas de la mañana, a realizar el mantenimiento de una de las puertas del ascensor...Surge del Contrato de arrendamiento de Servicios, de mantenimiento, supervisión y reparación...que "La empresa prestará servicios de revisión, lubricación, regulación y mantenimiento al menos una*

vez cada mes". Las constancias de dicho mantenimiento mensual fueron intimados por Acta...y si bien se agregaron algunas, no corresponden a todos los meses transcurridos desde el contrato... Surge del Informe de la IMM (SIME) de 04/06/13 ...que el ascensor fue habilitado por el SIME el 27/10/95 y que el 12/4/13 - 14 días antes del accidente - H [REDACTED] S.A había realizado la declaración reglamentaria de buen funcionamiento del mismo...Del análisis de los acontecimientos ocurridos, así como de las pericias técnicas de la Dirección Nal de Bomberos y de Policía Nacional agregados a los presentes obrados, surge claramente el mal funcionamiento y el estado de la traba de la puerta y por tanto, el incumplimiento normativo (Dto. 406/88 - Tit III, Cap III, arts. 54 y 55 numeral 2 lit a)...el mal funcionamiento mencionado, podría estar originado en algún elemento electrónico que gobierna el elevador...es pertinente mencionar que el cartel adherido a la puerta del ascensor estableciendo "Atención: cuando se apaga el pulsador el ascensor está en el piso. No intente abrir la puerta" podría estar dando cuenta que además de la falla de la traba, existía asociada una falla del equipamiento electrónico que gobierna el funcionamiento del ascensor involucrado...".

*Con relación a las causas detectadas del evento el citado informe indica; "...La puerta de acceso (de tipo no automática) correspondiente al nivel planta baja, permitió ser abierta por el usuario (funcionaria) sin que se encontrara el coche en el nivel indicado. La descripción de los hechos relevada a partir de las declaraciones formuladas y su secuencia, permite identificar como causa más probable de la ocurrencia del accidente, el mal funcionamiento o falla total del sistema de seguridad que traba las puertas de acceso al ducto...De haberse realizado el mantenimiento adecuado del ascensor en cumplimiento con las disposiciones relacionadas con la prevención y garantizado las condiciones máximas de seguridad, se hubiera evitado el accidente ocurrido..."*

*De las actuaciones cumplidas en Sede Penal ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 20º turno en autos IUE 107-111/2013 cuyo testimonio luce acordonado emerge informe del DEPARTAMENTO DE DESARROLLO AMBIENTAL- SERVICIO DE INSTALACIONES MECANICAS Y ELECTRICAS de la INTENDENCIA DE MONTEVIDEO (fs. 53 y sgtes) que si bien no es concluyente en cuanto a las causas del evento dañoso establece que el día del accidente; "...Se constató que la puerta de piso del ascensor a nivel de PB se encontraba abierta y con la traba mecánica en posición de enclavamiento*

*pero fuera del alojamiento correspondiente ubicado dentro de la hoja batiente, encontrando además la cabina en el primer piso. No se observaron marcas que impliquen un forzamiento para la apertura de la puerta. Se visualizó pérdida de pintura y deformaciones en la hoja batiente a nivel de la traba del lado interior de la puerta afectando la cavidad que aloja el perno de la traba mecánica. Esto indica que la puerta golpeó en repetidas oportunidades el perno de la traba...".*

*Adquiere relevancia en la causa el informe de la Sra. Instructora de la Investigación Administrativa dispuesta por la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA relativa a los hechos, ordenada por Resolución No. 282 del 29-4-2013 (fs. 4 del testimonio acordonado relativo a la investigación referida). En el citado informe la Instructora designada Dra. LILIANA BERBEL DEL AGUILA expresa a fs. 323 y sptes del acordonado; "...Se comparten las conclusiones de la pericia de la Dirección Nacional de Bomberos respecto a que el accidente ocurrido en la sede de la Defensoría Pública de Familia ubicada en la calle Uruguay No. 941, que tuvo como consecuencia el fallecimiento de la funcionaria Zulma Elizabeth Macchi, fue un hecho accidental que pudo y debió evitarse. Surge de la prueba diligenciada que en varias oportunidades se había*

*abierto alguna puerta sin que la cabina estuviera en el lugar hasta que, finalmente, se produjo el lamentable insuceso. Dadas las circunstancias, podría figurarse o suponerse razonablemente la ocurrencia de algún evento en que resultara la lesión o un suceso peor, teniendo presente que incluso en esa misma semana había ocurrido la apertura del ascensor sin que estuviera la cabina. Aún cuando la empresa H [REDACTED] (OTECAS) acudía en respuesta a los llamados no parece razonable concluir que su actuación haya sido adecuada a las circunstancias teniendo presente la reiterada ocurrencia de desperfectos en el ascensor. Resulta ilustrativo el contenido de la Pericia de la Dirección Nacional de Bomberos donde se reseñaron y fotografiaron aspectos relevantes, señalándose que el mecanismo de cierre de la puerta del ascensor no estaba en buenas condiciones ya que se observa que se fatigó el metal de la puerta y los dispositivos de traba de la apertura de la puerta del ascensor a nivel de planta baja se muestran quebrados...el cartel con texto ubicado en la puerta del ascensor a nivel de planta baja no transmite un mensaje entendible y en relación a la falla existente debería haber quedado clausurada la puerta con elementos o dispositivos que impidieran el acceso a la misma...la pericia posterior al accidente efectuada por el SIME constató que la puerta del*

*ascensor a nivel de planta baja se encontraba abierta y con la traba mecánica en posición de enclavamiento pero fuera del alojamiento correspondiente ubicado dentro de la hoja batiente, encontrando además la cabina en el primer piso...Asimismo destacó que si el ascensor funciona correctamente, la puerta de piso no puede abrir sin tener la cabina enfrentada...De la prueba diligenciada surgiría un defectuoso cumplimiento de las obligaciones asumidas por H [REDACTED] SA (OTECAS), que a juicio de quien suscribe haría aconsejable rescindir cualquier contrato con dicha empresa, teniendo presente, además en lo atinente a los ascensores en Montevideo, que de acuerdo al CERTIFICADO DE HABILITACION DE EMPRESA DE INSTALACION DE ASCENSORES Y OTROS DISPOSITIVOS el SIME resolvió "Renovar en forma precaria y revocable hasta el 31 de Octubre de 2013 la autorización concedida a la firma para realizar instalaciones, modernizaciones y mantenimiento de ascensores y todo dispositivo electromecánico de elevación de pasajeros y carga regulados por dicho Servicio, según normativa departamental vigente"...Y en consecuencia surge probado que en razón de los desperfectos ocurridos en reiteradas oportunidades hasta la fecha del accidente, existía una situación de riesgo para la seguridad física de las*

personas que usaban dicho ascensor. El celo funcional de la Directora de la Defensoría Pública de Familia Dra. Beatriz Aristimuño y del Intendente del edificio Sr. G [REDACTED] M [REDACTED] así como la actuación del arquitecto encargado de ese edificio J [REDACTED] J [REDACTED] E [REDACTED] no lograron encauzar adecuadamente o revertir la situación de reiterado mal funcionamiento del ascensor, a pesar de los numerosos reclamos efectuados por mal funcionamiento, siendo que el control del ascensor...mantenimiento, supervisión y reparación estaban encomendados a la empresa H [REDACTED] S.A..."

En función de lo informado, surge de la investigación administrativa que la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA resolvió de MANDATO VERBAL del 7-8-2013 "...Realizar un nuevo llamado para el mantenimiento del ascensor de la sede y rescindir el contrato actual con la empresa Holymar S.A..."(fs. 335 del testimonio acordonado).

El análisis conjunto, racional y unitario de la prueba diligenciada en autos a la luz de lo previsto por el art. 140 del CGP permite concluir que el PODER JUDICIAL en tanto "guardián del comportamiento" de la cosa, no tuvo la diligencia media necesaria en el cumplimiento del deber de vigilancia sobre la tarea para la cual había arrendado los servicios de la empresa H [REDACTED] S.A

(OTECAS), y es por ello, que se enerva la configuración de la causal que exonera de responsabilidad de acuerdo con lo previsto por el art.1324 inc. 6 del C.C y reafirma la "falta de servicio" (art. 24 de la Carta) que se entiende probada. Se considera asimismo que de acuerdo con la prueba rendida, el PODER JUDICIAL toleró en forma injustificada incumplimientos en el debido mantenimiento que debía realizar H [REDACTED] S.A (OTECAS) del ascensor involucrado en el fallecimiento de la Sra. M [REDACTED] a punto tal que el día del accidente existía un cartel colocado sobre la parte superior de la puerta del ascensor en papel manuscrito por un funcionario de la empresa H [REDACTED] S.A (véase declaración de M [REDACTED] T [REDACTED] a fs.108 y sgtes y F [REDACTED] M [REDACTED] a fs. 295 y sgtes en expediente penal acordonado) que advertía de manera confusa sobre el funcionamiento irregular del ascensor al indicar "ATENCIÓN: CUANDO SE APAGUE EL PULSADOR EL ASCENSOR ESTA EN EL PISO. NO INTENTE ABRIR LA PUERTA" conforme ya se señaló. Pero además, y de acuerdo con lo informado por la IGTSS, los controles mensuales a que estaba obligada contractualmente la empresa H [REDACTED] S.A no resultaron debidamente acreditados y también existieron demoras en las entregas de presupuesto y autorizaciones administrativas para realizar gastos de

reparación que derivaban en que se mantenía al ascensor clausurado o se habilitaba el funcionamiento aunque no se hubieran reparado las puertas (fs. 550). Del testimonio del expediente penal acordonado resultan numerosos testimonios que revelan el mal funcionamiento del ascensor en situaciones similares a las que llevaron a la muerte a la Sra. M [REDACTED] ocurridas con anterioridad al hecho en forma reiterada (véase testimonios cumplidos en el acordonado tramitado en Sede Penal de A [REDACTED] D [REDACTED] A [REDACTED] a fs. 122 y sgtes, E [REDACTED] F [REDACTED] a fs. 283 y sgtes, M [REDACTED] E [REDACTED] a fs. 298 y sgtes, S [REDACTED] T [REDACTED] a fs. 301 y sgtes, T [REDACTED] F [REDACTED] D [REDACTED] N [REDACTED] a fs. 303 y sgtes, declaraciones brindadas en testimonio de Investigación Administrativa agregado y las declaraciones de los testigos deponentes en autos G [REDACTED] F [REDACTED] a fs. 942 y sgtes, F [REDACTED] F [REDACTED] a fs. 945 y sgtes, F [REDACTED] S [REDACTED] a fs. 954 y sgtes y D [REDACTED] S [REDACTED] a fs. 962 y sgtes). Nótese adicionalmente que si bien el último contrato de arrendamiento de servicios de mantenimiento, supervisión y reparación relativos entre otros al ascensor de autos, entre el PODER JUDICIAL y H [REDACTED] S.A (OTECAS) se firmó el 20-12-2012 (fs. 540) con vigencia 1-1-2013 al 31-12-2013, a H [REDACTED] S.A (OTECAS) la INTENDENCIA DE MONTEVIDEO-

*DEPARTAMENTO DE DESARROLLO AMBIENTAL- SERVICIO DE INSTALACIONES MECANICAS Y ELECTRICAS le expidió con fecha 15-4-2013 el CERTIFICADO DE HABILITACION DE EMPRESA DE INSTALACION DE ASCENSORES Y OTROS DISPOSITIVOS y dispuso la renovación en forma precaria y revocable hasta el 31-10-2013 de la autorización concedida para realizar instalaciones, modernizaciones y mantenimiento de ascensores y todo dispositivo electromecánico de elevación de pasajeros y carga (fs.148 del testimonio acordonado de Investigación Administrativa).*

*Los informes técnicos allegados a la causa y ya citados, en especial los emergentes de la DIRECCION NACIONAL DE BOMBEROS (fs. 452 y sgtes del presente) y de la INSPECCION GENERAL DE TRABAJO (fs. 547 y sgtes del presente) así como las declaraciones vertidas en sede penal (IUE 107-111/2013) cuyo testimonio se encuentra unido por cuerda y las conclusiones de la INVESTIGACION ADMINISTRATIVA (fs. 323 y sgtes del testimonio acordonado) cumplida, evidencian que el mal funcionamiento del ascensor no era un hecho desconocido ni puede entenderse imprevisible e irresistible para la parte demandada en forma previa a que acaeciera el fatal desenlace que le costó la vida a la funcionaria M [REDACTED] hecho que constituye*

*la causa de la acción reparatoria en trámite y por ello se estima configurada una "falta de servicio" imputable al PODER JUDICIAL en tanto "guardián del comportamiento".*

**CUARTO.** *Considerando la estructura de objeto del proceso delimitado infolios (fs. 806-807) y habiéndose accionado por la parte demandada en vía de regreso contra la empresa H [REDACTED] S.A (OTECAS), acreditado en función de los elementos reseñados ut supra, que existió un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el tercero citado con la parte demandada, obligaciones claramente establecidas en el "Contrato de arrendamiento de servicios de mantenimiento, supervisión y reparación" (fs. 540 y sgtes del principal) con relación al ascensor sito en la Defensoría Pública de Montevideo -situación que a la luz de las probanzas incorporadas a la causa tienen un claro nexo causal con el resultado fatal finalmente acaecido- corresponde asimismo disponer la condena en vía de regreso pretendida por la accionada.*

*En el caso, la condena de la parte demandada constituye el presupuesto de la condena al citado en garantía que es procedente en tanto H [REDACTED] S.A (OTECAS) conforme surge de la prueba diligenciada en autos, ha incumplido*

*con sus obligaciones contractuales relativas al correcto mantenimiento del ascensor y por ello es responsable ante su co-contratante.*

*En términos trasladables se ha indicado; "...cuando existe citación en garantía, la sentencia debe decidir dos litigios, en primer lugar el inicial condenando o absolviendo al demandado exclusivamente para luego ver el segundo entre el demandado (citante) y el citado en el mismo fallo. La citación a un tercero (artículo 51 del CGP) supone el ejercicio por el demandado de la acción de regreso contra él en caso de ser condenado. Hay dos litigios acumulados en forma condicional en el sentido de que la condena del demandado es condición de la del citado en garantía...la sentencia debe resolver primero, el litigio inicial (esto es, si procede imponer al demandado la condena pretendida por el actor) y luego, solamente en caso de condena del demandado, decidir si existe entre éste y el tercero citado una relación sustancial tal que determine impone a éste último, la obligación de reintegrar todo o en parte de lo pagado por el demandado en virtud de la sentencia condenatoria que recibiera en el primer litigio..."(Cfme. R.U.D.P 1-2/2010 c. 402).*

*La relación sustancial que amerita la condena al tercero citado en garantía*

dice relación al incumplimiento probado de H [REDACTED] S.A (OTECAS) respecto de la obligación que dicho tercero asumió con el PODER JUDICIAL en el Nral 6 literal A del CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE MANTENIMIENTO, SUPERVISION Y REPARACION (fs. 540 y sgtes) que establece; "La empresa...se obliga a prestar al Poder Judicial los Servicios de revisión periódica, mantenimiento del normal y correcto funcionamiento por fallas, averías o desperfectos de los equipos, máquinas, artefactos o bienes detallados...así como de las instalaciones o elementos conexos a los mismos y que permiten su uso. El servicio deberá prestarse en forma diligente y en un todo de acuerdo con las normas técnicas en la materia...". De las resultancias probatorias de autos emerge sin hesitación que el servicio a cargo de H [REDACTED] S.A (OTECAS) no se prestó en forma diligente generándose diversas dificultades reiteradas en el tiempo que no fueron solucionadas en forma, o se lo hizo precariamente, lo que afectó el funcionamiento del ascensor hasta que finalmente se produjo el resultado fatal que tampoco puede entenderse imprevisto o imprevisible para la empresa de mantenimiento. No se cumplió con la obligación de realizar reparaciones idóneas que eliminaran toda circunstancia que afectara el funcionamiento

*regular del ascensor y no se acreditó que hubiera una señalización acorde y suficiente que alertara sobre la existencia de un riesgo cierto en el manejo del ascensor; por lo que claramente se vulneró una obligación específicamente contractual y una obligación genérica de seguridad del "guardián de la estructura". En suma, la aplicación de los principios generales en materia de responsabilidad contractual emergentes de los arts. 1341, 1342, 1431 y concordantes del C.C imponen asimismo la condena en vía de regreso del citado en garantía. Al respecto es de destacar que no se ha probado la ocurrencia de causales de exoneración en el marco de la responsabilidad contractual que es imputable al tercero citado en garantía, esto es, de una causa extraña no imputable, caso fortuito o fuerza mayor; circunstancia que refuerza la responsabilidad de H [REDACTED] S.A (OTECAS).*

*Por integrar el objeto del proceso corresponde destacar que no se ha probado en autos que existiera responsabilidad de la víctima en el hecho lesivo acaecido. Dice el tercero citado al evacuar el traslado respectivo (fs. 796 vto) que la fallecida, como funcionaria judicial, estaba familiarizada con el lugar de trabajo y el uso del ascensor por lo tanto presume que dado que existía un cartel indicador - cuya confusa redacción fue realizada por un funcionario del*

tercero citado - "...no tomó los recaudos necesarios...". Pues bien, no se comparte la argumentación desarrollada por el tercero citado en garantía en tanto el "hecho de la víctima", para efectivamente configurar un eximente de responsabilidad, debe acreditarse su efectiva ocurrencia, lo que en el caso, no se produjo. El tercero ha incumplido con la carga de la prueba (art. 139 del CGP) para acreditar que la conducta de la víctima efectivamente ha tenido incidencia causal en el fatal desenlace ocasionado por el mal funcionamiento del ascensor cuyo mantenimiento estaba a cargo de H [REDACTED] S.A (OTECAS). Si ni siquiera se intentó probar el "hecho de la víctima" mal puede presumirse el mismo por la circunstancia de que se tratara de una funcionaria judicial que estaba familiarizada con el lugar de trabajo y con el propio uso del ascensor. El incumplimiento del "onus probandi" sobre el tópico conlleva necesariamente a su rechazo. Se ha sostenido sobre el punto que; "...la carga de la prueba es un imperativo del propio interés del litigante y no supone ningún derecho del adversario. Es una circunstancia de riesgo ya que quien no prueba los hechos que ha de probar pierde el pleito. Como el antiguo dístico es lo mismo no probar que no existir (Conf. COUTURE "FUNDAMENTOS" pág. 242) (PALACIO "MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL" pág. 442). La

parte, al cumplir con ese imperativo de su propio interés estaría logrando convencer efectivamente al Tribunal de la veracidad de sus afirmaciones (Conf. E. TARIGO "LECCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL" Tomo II pág. 18/19) (MARABOTTO "CURSO SOBRE EL CODIGO GENERAL DEL PROCESO" Tomo I, pág. 139). A las partes les es posible colocarse en una total o parcial inactividad probatoria, claro que por su cuenta y riesgo. Es lo que DEVIS ECAHANDIA llama "principio de la carga de la prueba y de la autorresponsabilidad de las partes por su inactividad" ("TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA" Tomo I, pág. 138-139) (R.U.D.P. 1-2/2010 C. 874). El planteo, en consecuencia con lo expresado, debe ser desestimado por ausencia de prueba idónea referida a la configuración del "hecho de la víctima".

**QUINTO.** En cuanto a los daños y perjuicios reclamados los mismos se estiman de parcial recibo en los términos que a continuación se detallan.

En primer lugar, respecto del daño moral se entiende que el perjuicio extrapatrimonial como ha indicado prestigiosa doctrina "...importa una minoración de la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, "...una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de

*una lesión a un interés no patrimonial que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, anímicamente perjudicial..."PIZARRO, R.D., DAÑO MORAL. PREVENCIÓN/REPARACIÓN/PUNICIÓN, Bs. As., 1996). Sobre el tópico JORGE MOSSET ITURRASPE entiende que; "... la pérdida de una vida puede significar importantes daños morales o afectivos, ...para los terceros, parientes o no del fallecido... Los aspectos morales o afectivos del fallecimiento de una persona, por ser notorios, no han menester de explicaciones mayores. Empero conviene detenernos en señalar que el dolor, la tristeza, angustia y desazón por la pérdida de un ser querido constituyen un verdadero daño moral... la desintegración del grupo familiar o de amigos.. Y todos estos daños pueden ser demostrados, sin perjuicio de que algunos de ellos, en mérito a la relación con la persona que los invoca, deban presumirse... Para ZANONI la reparación del daño moral cumple "una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la reparación del agravio en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etc), y la*

*naturaleza punitoria o sancionatoria de la reparación para el agente del daño ...". En relación al daño generado por la pérdida del hijo afirma el citado autor; "...La vida de los hijos representa para los padres, desde el ángulo de los sentimientos, un valor incomparable. El padre o la madre ven en sus hijos el fruto de su amor, la continuación de sus vidas más allá de las propias, y esperan recibir de ellos buena parte al menos del cariño que han depositado, como consuelo y ayuda espiritual en los altos años de la vida..." y respecto de la pérdida de los hermanos sostenía que la propia naturaleza del vínculo ameritaba el amparo del resarcimiento por la pérdida de la vida humana. (Cfme "EL VALOR DE LA VIDA HUMANA", Tercera Edición RUBINZAL-CULZONI, págs. 27 y sgtes).*

*En la situación a estudio, el daño moral alegado se considera acreditado con los testimonios de F [REDACTED] E [REDACTED] a fs. 935 y sgtes, F [REDACTED] W [REDACTED] a fs. 937 y sgtes, M [REDACTED] T [REDACTED] a fs. 739 y sgtes (véase asimismo documento de fs. 17-18). Sin perjuicio de lo expresado el daño extrapatrimonial asimismo se entiende probado "in re ipsa" en atención que se corresponde a la lógica angustia, desazón e intenso dolor espiritual que generó la muerte de E [REDACTED] M [REDACTED] de 63 años de edad en su padre y*

hermana con quienes convivía al momento de su fallecimiento y tenía una relación muy estrecha. Y si bien resulta una difícil labor especificar en términos patrimoniales bienes que no son susceptibles de tal estimación, resulta razonable, en criterio del suscrito, cuantificar el daño moral en los siguientes montos; para su padre C [REDACTED] A [REDACTED] M [REDACTED] el total de U\$S. 70.000 (dólares americanos setenta mil) y para su hermana A [REDACTED] M [REDACTED] D [REDACTED] U\$S. 50.000 (dólares americanos cincuenta mil).

A los efectos de la determinación del monto del resarcimiento se toma en consideración las especiales circunstancias del caso y su adaptación a la realidad socio económica que vive el país a los efectos de consagrar en definitiva el principio de "reparación integral del daño", de manera que no implique un enriquecimiento injusto o suponga otorgar indemnizaciones simbólicas.

En segundo lugar y en cuanto al reclamo del rubro lucro cesante, la pretensión es de parcial recibo. En efecto, en la demanda se indica que la víctima que tenía 63 años al momento de su fallecimiento y percibía un ingreso mensual como funcionaria judicial de aproximadamente \$u. 33.500, calculando una proyección de vida laboral de 10 años, en concepto de lucro

cesante reclaman la suma de U\$. 182.727 por lo que aportaba al mantenimiento del hogar.

Sobre el t3pico se considera que procede acoger la acci3n pues de la prueba diligenciada (testimonios de F [REDACTED] E [REDACTED] a fs. 935 y sgtes y de F [REDACTED] W [REDACTED] a fs. 937 y sgtes) resulta que la v3ctima que conviv3a con los accionantes aportaba efectivamente al sustento del hogar, por lo que la ausencia de tal aporte por su fallecimiento, en m3rito a lo ya expuesto, respalda el amparo del rubro reclamado. No obstante ello, la base de c3lculo debe constituirse por los ingresos l3quidos que percib3a la fallecida considerando la documentaci3n de fs. 826, teniendo presente el reajuste salarial aplicable conforme decretos respectivos, siendo el l3mite temporal de la condena los 70 a3os (edad m3xima para la jubilaci3n) coincidiendo en el punto con la argumentaci3n de la demandada de fs.47. A esa suma deber3 descontarse un 20% que se estima la v3ctima utilizar3a en gastos estrictamente personales. La liquidaci3n se diferir3 al procedimiento previsto por el art. 378 del CGP teniendo presente los par3metros ya establecidos, debi3ndose abonar mediante pago de capital y en d3lares americanos de acuerdo con lo peticionado en la demanda.

*Finalmente, en cuanto a la condena pretendida al pago de daño emergente por la compra de panteón en el "Parque del Recuerdo" por el monto total de U\$s. 11.126, la pretensión también es de parcial recibo. Y ello por cuanto, se probó en autos a fs. 11 y sgtes que con posterioridad al fallecimiento de E [REDACTED] M [REDACTED] su padre coactor adquirió el derecho de uso a perpetuidad de parcela del Cementerio Parquizado "Parque del Recuerdo Interbalnearia" (Sector D7 parcela No. 520/2). Empero de la prueba relacionada emerge que la parcela adquirida tiene capacidad de 3 niveles por lo que no se adquirió exclusivamente para brindar descanso a los restos mortales de la fallecida, lo que lleva a concluir que la condena pretendida es de recibo pero solo por 1/3 del gasto realizado conforme la documentación aportada a la causa, difiriéndose la liquidación al procedimiento previsto en el art. 378 del CGP.*

**SIXTO.** *Los intereses legales no corresponde imponerlos en la condena al demandado PODER JUDICIAL por no haber sido solicitados por la parte actora en su demanda, al tratarse de un tópico renunciable y exiliado del carácter de orden público que se vincula a los reajustes en los casos de condena en moneda nacional. Sin perjuicio de ello, si corresponde imponer la*

condena al pago de los intereses legales a la condena impuesta al tercero citado H [REDACTED] S.A por así haberlo solicitado el citante PODER JUDICIAL al contestar la demanda (fs.52 ) y así haber sido consignado en la determinación del objeto del proceso (fs.807), intereses que en aplicación del principio de reparación integral del daño, se considera procedente fijar su cómputo desde la comisión del hecho lesivo (26-4-2013) de acuerdo con jurisprudencia que se comparte (Cfme. A.D.C.U Tomo XXX c. 467).

**SEPTIMO.** La conducta de las partes no amerita la aplicación de sanciones en el grado (art. 688 del C.C.).

Atento a lo expresado y con fundamento en la normativa citada, **FALLO:**

**AMPARASE PARCIALMENTE LA DEMANDA INSTAURADA Y EN SU MERITO, CONDENASE AL PODER JUDICIAL A PAGAR A LA PARTE ACTORA LOS RUBROS DE DAÑO MORAL, LUCRO CESANTE Y DAÑO EMERGENTE CONFORME DETALLES ESPECIFICADOS EN EL CONSIDERANDO QUINTO. DIFIERASE LA LIQUIDACION AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ART. 378 DEL CGP EN LO PERTINENTE. EN VIA DE REGRESO CONDENASE A H [REDACTED] S.A (OTECAS) A PAGAR AL PODER JUDICIAL LAS SUMAS OBJETO DE**

***CONDENA POR LA PRESENTE Y EN LOS TERMINOS DISPUESTOS MAS INTERESES LEGALES DESDE LA PRODUCCION DEL EVENTO LESIVO. SIN ESPECIAL CONDENA PROCESAL EN EL GRADO. CONSENTIDA O EJECUTORIADA, CUMPLASE Y OPORTUNAMENTE ARCHIVASE. HONORARIOS FICTOS \$U 70.000 EN LO PERTINENTE.***

***DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ DE LAS HERAS***

***JUEZ LDO.CAPITAL***