

----- En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 23 días de marzo del año dos mil dieciseis, reunidos los integrantes de la Sala Civil, Comercial, de Familia, Contencioso Administrativo y de Minería del Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del titular Dr. Daniel Alejandro Rebagliati Russell y asistencia de los Sres. Ministros Dres. Jorge Pflieger y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **“F., E. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ Daños y Perjuicios”** (Expte.: N° 23.593-F-2015). Teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 889 y según las Acordadas N° 3.202 y 3.204 correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. Pflieger, Rebagliati Russell, y Panizzi.-----

----- Acto seguido, se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente el Recurso de Apelación Ordinaria articulado?; y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?-----

--- A la primera cuestión el **Dr. Jorge Pflieger** dijo: -----

----- **1.- ANTECEDENTES:** -----

----- **I.- Demanda y contestación**

----- **a.-** A fs. 205/212 se presentó el señor E. F. y promovió demanda contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, en reclamo de los daños y perjuicios que sufrió su vivienda, a consecuencia de que el Municipio demandado construyó un “lomo de burro” a veinticinco metros de distancia de su propiedad afectada. Estimó el monto de demanda en la suma de pesos ciento veinticinco mil (\$ 125.000) o lo que en más o en menos resultara de la prueba a rendirse. Intimó, por lo demás, el pago de los intereses y costas que se devengarán y la reubicación del lomo de burro, erguido en la calle P. N. de Caleta Córdova.-----

----- Señaló que desde su construcción 23 años antes, su vivienda familiar jamás sufrió fisuras, ni se registraron movimientos en el suelo que produjeran daños a su propiedad, a la que consideró edificada conforme las reglas del arte. Agregó que en diciembre de 2006 la Municipalidad instaló el obstáculo a la velocidad del tráfico rodado y a partir de marzo de 2007 comenzaron a aparecer fisuras, rajaduras, movimiento en las estanterías, desprendimiento del empapelado y caída de revoque en toda la casa; deterioros que se fueron profundizando día a día.-----

-

----- Por los hechos relatados, atribuyó responsabilidad al Municipio accionado por que -indicó- no hizo estudios previos de suelo e impacto

del tránsito antes de instalar el retén aludido, pese a contar con departamentos especiales conformados por técnicos y profesionales para llevar a cabo dichas previsiones.-----

-

----- Formuló reserva de reclamar por los daños que se siguieran produciendo después de entablada la demanda, ya que los deterioros seguían produciéndose a ese momento. Señaló que había formulado la reclamación administrativa previa, y detalló los daños materiales sufridos hasta el momento de entablar la acción, ofreció prueba y efectuó reserva del caso federal.-----

----- **b.-** A fs. 255/276 contestó demanda la Municipalidad de Comodoro Rivadavia e interpuso excepción de falta de legitimación pasiva por sostener que se trataba de un reclamo respecto de una ruta provincial y no municipal. También aseveró que no se había efectuado el reclamo administrativo previo por lo que se evidenciaba la ausencia de legitimación activa y pasiva. Pidió que se citara como tercero al Estado Provincial.-----

-

----- Sin perjuicio de ello contestó demanda y afirmó que era facultad de la Municipalidad realizar ese tipo de obras públicas, las que se llevaban a cabo cumpliendo todas las medidas técnicas pertinentes.----

-

----- Atribuyó al actor la responsabilidad de los daños sufridos ante la falta de cumplimiento de las normas administrativas referidas a la construcción de viviendas urbanas, por carecer de aprobación de los planos respectivos. Agregó que el Municipio construyó el lomo de

burro con pleno conocimiento de las cosas y adoptó todas las medidas técnicas para su realización. Agregó que los hechos de los terceros, por el tránsito pesado, impedían que se responsabilizara al Municipio por los perjuicios producidos en la vivienda del accionante. Solicitó, en definitiva, el rechazo de la acción.-----

-----**III.- Las decisiones jurisdiccionales.**-----

----- **a. Sentencia de Primera Instancia.**-----

----- A fs. 754/762, el Juez de grado dictó sentencia. En primer lugar trató la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por la accionada. Evaluó las testimoniales de autos, la prueba informativa y la jurisprudencia aplicable, y para desestimarla y tener por parte al Municipio accionado que además -consideró- había reconocido la construcción del lomo de burro. Luego se avocó al análisis del tema controvertido por las partes, es decir: si la construcción efectuada por la demandada había sido la causante de los daños sufridos en la vivienda del actor. Así, de la prueba adquirida, a saber: las placas fotográficas que no fueron redargüidas de falsedad, las actuaciones administrativas en poder de la accionada, la documental en poder de terceros, el reconocimiento de la documental adjunta, las testimoniales producidas y la prueba pericial, extrajo el argumento que lo condujo a aceptar la demanda.-----

----- Respecto de la experticia, tuvo en cuenta que la ingeniera que la llevó a cabo había sido categórica al expresar que el lomo de burro fue el que ocasionó los daños en la vivienda del actor, dado el tránsito de vehículos en forma permanente, especialmente de camiones con carga; situación que provocó el desplazamiento y acomodamiento de las capas

inferiores del suelo, de consistencia granular pobremente graduados. Agregó que mientras subsistiera el referido retén la desestabilización sería permanente.-----

----- El Juez consideró que el informe, que no fue impugnado debidamente por la contraparte, resultó contundente y que, toda vez que la accionada no tuvo en cuenta las consecuencias que la construcción del lomo de burro podrían acarrear, tuvo por acreditada la violación del Estado Municipal del deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. Ello lo condujo a tener por acreditado el nexo causal y, por ende, le imputó al Estado local la responsabilidad de los daños reclamados en la demanda. Hizo lugar al daño material, al alquiler locativo, y ordenó al cuerpo deliberante la reubicación del reductor de velocidad. La tasa de los intereses la fijó en la activa promedio del Banco Nación en sus operaciones de descuento de documentos. Las costas las impuso a la demandada vencida.-----

- ----- **b. Sentencia de Segunda Instancia.**-----

--

----- La parte demandada apeló el decisorio, el que fue revocado por la Cámara. Los fundamentos de los dos votos mayoritarios se centraron en que el nexo causal no había sido debidamente probado por quien había alegado el daño, cuando dicha carga procesal, le era insoslayable.-----

-

----- El primer votante consideró que los suelos de la calle, el tránsito pesado y las vibraciones, eran causas concurrentes pero sin definición de causa eficiente. Afirmó que la pericia daba cuenta de las

consecuencias del paso de los camiones sobre el lomo de burro y del acomodamiento del suelo cuya reiteración era soportada por las paredes de la vivienda del actor; pero concluyó en que se trataba de una prueba unilateral, y que no contaba con la demostración efectiva del grado de las vibraciones. Agregó que no se tenían los datos técnicos de la construcción de la vivienda del actor y que existían contra argumentos conexos, ya que eran usuales los resquebrajamientos en obras de la zona por las características endebles de las arcillas.-----

----- El doctor Nahuelanca sostuvo, también, que el expediente administrativo agregado a estos autos, daba cuenta de la existencia de fisuras en la escuela próxima a la vivienda del señor F. con anterioridad a la instalación del retardador; y que este último no contaba con un peralte elevado; que no se detectaban rastros de frenadas y que la construcción de la vivienda en dos etapas evidenciaba defectos y que las fisuras horizontales se debían a defectos constructivos o asentamiento de las bases.-----

----- El segundo votante, por su parte, afirmó que aunque consideraba poco claro al fallo de grado, circunscribió los temas a decidir en la Alzada a la responsabilidad del Estado Municipal y al traslado del lomo de burro. Consideró aplicable la teoría de la causa adecuada para determinar la conducta del Estado por su actividad lícita. Dijo que la prestación de un servicio, como el caso de autos, involucraba la causal objetiva, que se sustentaba en el art. 1112 del Código Civil. Ella implicaba para el actor la demostración de la relación causal entre la instalación del retardador y los daños reclamados. Tuvo por cierto que no se habían efectuado los estudios previos a la colocación del retén.

Pero concluye que las consecuencias de los daños recaerán en el actor por las graves deficiencias del suelo donde construyó su vivienda. Así, estimó que la responsabilidad era por mitades, por lo que la condena debía reducirse en un 50%. Ordenó, asimismo, que se cumpliera con la condena de hacer por parte de la demandada, por constituir el lomo de burro un generador cierto de daños.-----

----- A su turno, la última Juez que votó en tercer lugar fue de opinión concordante con el primero de los Camarista. Ella no consideró acreditado el nexo causal entre la colocación del retardador y los daños invocados en demanda. -----

----- Las costas de ambas instancias quedaron a cargo de la actora vencida.-----

- ----- **IV. El Recurso de Apelación ordinaria.**-----

----- **a.-** A fs. 860/871 la actora fundó el recurso de apelación ordinaria interpuesto a fs. 840. Su agravio consiste en cuestionar a la Alzada porque no tuvo por acreditado el nexo causal entre la instalación del lomo de burro y los daños invocados en demanda. Señala que la conclusión a la que arriban el primero y el tercer votante es forzada y a la vez tendenciosa respecto del informe pericial que califica de impecable; además que se prescindió la evaluación de otras pruebas que complementan la experticia y que conducen a una solución totalmente distinta.-----

----- El peticionario afirma que dicha pericia no habla de factores concausales y que fue llevada a cabo por una ingeniera designada de oficio por el Juez de grado y, además, especializada en construcciones.

Agrega que el informe de suelos lo hizo un experto en la materia y que ninguno de los dos estudios fue rebatido eficazmente por la contraria. Sostiene que de ambas pruebas se concluye en que la construcción del retén de tránsito es la causa adecuada de los daños sufridos ya que se produce un asentamiento diferencial total de la estructura de la vivienda producto del reacomodamiento del suelo en capas inferiores debido a la absorción de esfuerzos de frenado constantes, y que su mantenimiento continuará produciendo perjuicios a la propiedad del actor.-----

---- Expresa que hay una sola relación de causa efecto en relación con el tema, y que esa es la instalación del lomo de burro, por lo que tacha de incorrecta la conclusión del primer votante al sostener que las vibraciones, como productoras de fisuras, no fueron demostradas, ya que no es la conclusión pericial de la que el Magistrado puede prescindir discrecionalmente, por ser una apreciación específica del campo del saber. Agrega que la opinión del juzgador está reñida con la ciencia que los auxiliares de la justicia le han proporcionado.-----

----- Sostiene también, que no está controvertido en autos el carácter del suelo donde se encuentran tanto la vivienda como el lomo de burro, sino, si -acaso- los daños de la casa fueron causados por aquel objeto, precisamente por las características de la tierra adonde se lo construyó, que no fueron evaluadas a ese momento. Asevera que la pericia es contundente al sostener que sin lomo de burro no hay daños y que si no se lo remueve, los perjuicios en la propiedad de la actora seguirán agravándose.-----

----- Manifiesta que el Municipio cuenta con una Secretaría de Obras Públicas que tiene elementos suficientes para realizar el estudio de

suelos previo a este tipo de construcciones y que no se probó que tal cosa hubiera sucedido, pese a sostenerlo en su conteste. Ello, concluye, conspira contra la posición defensiva de la demandada por la especialización técnica que se presume debe tener. Remarca que de las testimoniales brindadas por los empleados municipales, se desprende que la realización del retén obedeció al pedido de los vecinos por razones de seguridad pero que no fue prevenido con los estudios técnicos pertinentes para evitar causar perjuicios a terceros.-----

----- En cuanto al argumento dado por el primer votante respecto que la escuela aledaña presentaba daños en sus instalaciones antes del lomo de burro, la apelante señala que esas palabras refuerzan aún más la posición actora, pues la propiedad de que se trata no tuvo fisuras sino a partir de la construcción del retén, circunstancia que le permite concluir en que la causa adecuada es precisamente dicha construcción.-----

----- Agrega que fue desmesurada e incorrecta la entidad dada por la Alzada a la opinión del Director de Pavimentos y Conservación de la Municipalidad, puesto que carecía de títulos profesionales habilitantes para opinar sobre temas técnicos específicos, y, además, porque se basó en la mera inspección ocular para fundar su postura.-----

----- La recurrente cuestiona, también, que no se ponderaron las testimoniales de autos que dieron cuenta de los daños producidos en las casas vecinas luego de la construcción del lomo de burro, en todos los casos; ni que el retardador es sumamente grande, más de lo

habitual. Agrega que es erróneo sostener que los daños en la propiedad en cuestión se produjeron por no poseer planos aprobados, ya que ello solo constituye una falta administrativa pero que en modo alguno acredita la calidad de la construcción, sobre todo teniendo en cuenta que la casa fue levantada por un profesional reconocido y matriculado, quien no tuvo ninguna sanción o penalidad en su legajo.-----

----- Solicita que se haga lugar a su recurso, y formula reserva del caso federal.-----

----- **b.-** A fs. 874/879 la accionada contestó la expresión de agravios, donde sostuvo, en términos generales, los fundamentos seguidos por la Alzada.-----

-

----- **V.- Dictamen del señor Procurador General.**-----

----- A fs. 881/882 emitió su dictamen el señor Procurador General. El Magistrado consideró atendibles los agravios de la actora. En su análisis, calificó de seria la pericia obrante en autos que determinó que era el lomo de burro el que ocasionaba la desestabilización del terreno en forma permanente. Por ello, estimó adecuada la valorización probatoria efectuada en la sentencia de primer grado, pues arribó a conclusiones fundadas en los antecedentes de hecho y de derecho del

caso.-----

----- Por ello propuso la revocación total de la sentencia de la Cámara de Apelaciones y la confirmación aquella de la instancia inferior.-----

----- **2.- ANÁLISIS.-**

----- **a.-** En primer lugar, advierto que los aspectos formales establecidos por el art 32, inc. 6 de la Ley V N° 3, como condición indispensable para toda apelación ordinaria ante esta Sala, están presentes; no abundaré sobre dicho aspecto. De modo pues que me permitiré ingresar, directamente, al tratamiento del recurso interpuesto por la actora, para constatar si se ha articulado con la adecuada fundamentación su agravio.-----

----- Al respecto, y tal como se desprende de las resultas que anteceden, la recurrente busca revertir, a través de esta vía, el pronunciamiento de la Alzada que revocó la sentencia de grado. Esta última había hecho lugar a la demanda en todas sus partes, por considerar acreditada la responsabilidad de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia respecto de los daños invocados a consecuencia de la construcción de un lomo de burro en la calle P.

N. de Caleta Córdova.-----

-----

----- **b.-** Teniendo en cuenta la naturaleza de la responsabilidad que se achaca a la accionada, es menester indagar si ha surgido en autos la obligación del Estado para hacer frente a las derivaciones disvaliosas originadas en su actuar u omisión, en los términos del art. 1074 del Código Civil (hoy 1749).-----

-

----- En el caso, hablamos de la obligación del Estado Municipal de responder frente a la realización de una obra para la cual, según la actora, se omitió la evaluación de las condiciones fácticas y técnicas necesarias a los efectos de prevenir las consecuencias dañosas que le causó.-----

-

----- Sobre el tema la sentencia recurrida centra el nudo medular de discusión en la inexistencia del nexo causal entre la conducta y el daño.-

-----

----- **c.-** Al iniciar ésta, mi ponencia, estimo relevante evaluar si la evidencia compilada permite constatar, o no, si hubo una conducta o -en lo concreto- una omisión (un no hacer), con entidad suficiente para ser sancionado por el ordenamiento jurídico; en otras palabras: si se ha verificado la violación de un deber jurídico impuesto por la normatividad en cabeza del obligado. Digo esto porque la instalación de este tipo de retenes de tránsito entra en la esfera de los servicios públicos a cargo del municipio, de allí que su prestación debe llevarse

a cabo en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y, por consiguiente, el Estado local es responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o ejecución irregular (Confr.: CSJN, Fallos, 330:2748, entre otros).-----

----- **d.-** Considera la doctrina que, para que se configure el deber de reparar por parte del Estado en aquel plano, deben constatarse los siguientes elementos atributivos de responsabilidad civil: a) cumplimiento irregular de las funciones asignadas; b) la causación de un daño durante su ejercicio por acción u omisión; y c) existencia de un factor de atribución (Confr.: “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, A. BUERES - E. HIGHTON”, T° 3 A, Ed. HAMMURABI, año 1999, pág. 453; CSJN, Fallos, 328:2546; este Cuerpo, SD N° 01/SROE/2013).-----

----- **e.-** Sobre el particular, resulta menester evocar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “... Quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular...” (Fallos, 315:1892); que “...Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que cause su incumplimiento o su irregular ejecución...” (Fallos, 320:1999); que “...Quien contrae la obligación de prestar un servicio -custodia o policía de seguridad- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución

irregular...” (Fallos, 329:3065); que “... Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular. Esta idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil, pues no se trata de una responsabilidad indirecta toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas...” (Fallos, 330: 2748).-----

----- **f.-** Para develar la configuración de la responsabilidad estatal, es preciso revisar, en primer lugar, si el Municipio demandado construyó el retardador de velocidad -ejercicio del poder de policía de seguridad en el tránsito de vehículos- cumpliendo las reglas pertinentes para ello.-  
-----

----- **f.1.-** El Expediente Municipal N° 1179 del año 2007, iniciado por el actor con motivo de las fisuras sufridas en el inmueble de su propiedad, revela que la intervención municipal se produjo después de evidenciados los perjuicios reclamados en demanda. Es decir, como consecuencia de las rajaduras (daños) ya producidas en la casa en cuestión. Empero, no se advierte que exista documental técnica que acredite que, previo a la construcción del lomo de burro, se materializaron estudios indispensables para verificar su impacto sobre el contexto. Es decir, no hay dudas acerca de la construcción del objeto,

tópica que no ha sido cuestionada en autos, pero no resulta posible precisar el proceso de instalación.-----

----- En el expediente administrativo bajo examen sólo pueden leerse las testimoniales brindadas por algunos de los empleados municipales llamados a declarar, quienes formularon alguna referencia respecto de aquella construcción, basadas en su exclusiva opinión de ellos.-----

-

----- No existe, pues, ningún elemento técnico que demuestre, al menos no está asentado de manera fehaciente, los pasos y estudios técnicos previos efectivamente seguidos para la confección del obstáculo de marras. Ello autoriza a emitir una primera conclusión: no los hubo.-----

-

----- **f.2.** - No es esta una cuestión menor. Existen normas específicas que regulan la realización de toda obra pública, en la ciudad de Comodoro Rivadavia.-----

--

----- En primer lugar, la carta Orgánica Municipal de la ciudad estatuye que es facultad del Municipio la planificación del desarrollo urbano de la ciudad (art. 30 inc. 1°); como así también lo es la promoción, proyección y ejecución de las obras de infraestructura, equipamientos y servicios públicos en concordancia con los planes de desarrollo urbano y social (inc. 5° del mismo artículo). El Estado local también posee la capacidad de coordinar las políticas de tránsito mediante principios de circulación de vehículos y peatones basados en

la fluidez, la promoción de la seguridad vial, la salud humana, la calidad y eficiencia (inc. 10 ídem).-----

-

----- Por su parte, la Ordenanza N° 5523/94 se refiere a las obras públicas y califica como de utilidad pública a todas las construcciones, trabajos, instalaciones y obras en general, que ejecute la Corporación Municipal de dicha ciudad por intermedio de sus Reparticiones, por sí, o por medio de personas o entidades privadas u oficiales o mixtas (art. 1° de la referida Ordenanza).-----

----- Luego, el art. 6° de la misma Ordenanza establece que, previo a proceder a la ejecución de una Obra Pública, debe realizarse su proyecto con conocimiento en todas las condiciones, elementos técnicos y materiales que sean necesarios para su realización, atribuyendo la responsabilidad del proyecto, y de los estudios que le han servido de base, a la Secretaría de Obras Públicas y subsidiariamente a la Dirección que los realizó.-----

----- **f. 3.-** Se pone de manifiesto, así, la ausencia total de planificación en la obra, una saliente en el pavimento ordenadora del tránsito, que fue instalada a pedido de los vecinos que actuaron amparados por la misma Ordenanza que los autoriza a auspiciar la construcción de obras de interés público, en este caso para prevenir accidentes al obligar a los conductores a reducir la velocidad en un tramo de la calle P. N. del Barrio Caleta Córdova (testimoniales de fs. 710/711).-----

----- **f.4.-** Es entonces que, frente a la existencia de normativa específica, el Estado no puede eludir su responsabilidad si no demuestra

haber dado cumplimiento a dichas disposiciones.----- ----- Y, como se apuntó más arriba, ha de tenerse por cierto que el Municipio demandado no demostró cómo se construyó el lomo de burro; si se efectuaron estudios previos de suelos y cuáles fueron las regulaciones técnicas cumplidas. Ello evidencia una omisión por parte de la accionada en su obligación de realizar los procedimientos necesarios para prevenir daños a terceros, dentro de la actuación de su exclusiva competencia.-----

----- Fluye del expediente administrativo antes individualizado, que el requerimiento del actor después de producidos los daños en el inmueble fue seguido de una serie de intervenciones de distintos organismos. Así, en primer lugar, pasó por la Dirección de Tránsito; luego fue a la Secretaria de Gobierno y Función Pública. Más tarde, las mismas actuaciones fueron recibidas por la Dirección de Obras Particulares, que a su vez las giró a la Secretaría de Gestión Territorial y Desarrollo Urbano. Esta última las volvió a derivar a la Dirección General de Proyectos Viales, que fue la que contestó respecto de las fisuras producidas en la propiedad del actor, y las atribuyó a las pérdidas cloacales que cambiaban la humedad del suelo más, simultáneamente, las vibraciones que estimaba se debían “sentir” por el paso de los camiones (ver expediente administrativo, página 12).----

----- Pero todas las actuaciones fueron posteriores a la producción de las fisuras en la casa involucrada, ninguna antes. No existe, a lo largo de la prueba documental, algún registro que concierna a los estudios que previamente debieron efectuarse para la construcción del lomo de burro. Tampoco se acreditó quién lo construyó en términos materiales, si fue la propia Municipalidad o un tercero contratado a tal fin. Esta

conclusión, derivada de la exclusiva inspección ocular efectuada mucho después de la instalación del retén de tránsito, llevó al Municipio, no solamente a rechazar el reclamo del actor, sino, además, a no tomar ninguna medida para trasladar el referido retén.-----

----- Por otra parte, toda vez que este tipo de alteración en la circulación vehicular constituye una suerte de obstáculo en la vía pública, su instalación debe contar con la autorización previa del ente vial competente, cosa que tampoco se llevó a cabo o, al menos, no se demostró que así fuera.-----

----- De este modo, queda configurada la conducta omisiva del Municipio quien no demostró haber dado cumplimiento a la normativa vigente en materia de obras públicas, antes ni durante la construcción del retén, examen que efectuó adecuadamente el juez de grado al tratar el nexo causal (punto 10 de su fallo), y que la Cámara, lisa y llanamente, soslayó al resolver lo contrario.-----

----- **g.-** Se exponía en renglones pasados que el segundo requisito que debe estar presente para que prospere la acción de daños contra el Estado, en clave de nuestro objeto, es la existencia de un perjuicio cierto y actual. -----

----- Este extremo ha sido acreditado fehacientemente, pues emana categórico del análisis de diversos medios probatorios, entre ellos las fotografías certificadas, testimoniales producidas y la prueba pericial efectuada por una profesional en ingeniería. Por lo demás, los deméritos en la cosa no han sido cuestionados por la demandada.----- **h.-** Resta abordar el tercer recaudo que representa, precisamente, el punto

controversial del recurso respecto de la sentencia de la Alzada y que consiste en determinar si hubo nexo causal adecuado entre la producción de los perjuicios invocados en demanda y la conducta omisiva del Municipio; vínculo con entidad suficiente para responsabilizar a la accionada por dichos daños.-----

----- Acerca de este punto se estima de capital importancia apoyar el juicio a verter en la prueba pericial llevada a cabo.-----

-

----- Así se expone pues el medio probatorio abarca acabada y contundentemente la materia sometida a evaluación de la experta, punto por punto. Y no se ven los motivos que autoricen a descartar sus conclusiones pues, como se ha dicho, los magistrados, con cierta especialidad en materia de derecho, no dominamos -ni pretendemos hacerlo- todos los ámbitos del saber, y es precisamente por esta circunstancia que requerimos la opinión de idóneos, cuya fuerza de convicción se apoya, desde ya, en la aptitud del experto a los efectos de asegurar un cierto grado de acercamiento a la verdad al momento de resolver en definitiva.-----

----- Aquellos suministran a la causa fundamentos que, con basamento científico, permiten formar convicción respecto de acontecimientos o hechos que, como ya dijera supra, exceden el plano del dominio experto de los Jueces y constituyen una guía imprescindible para el recto pensar en los casos que se plantean.-----

----- Obviamente que, para el correcto apreciar, ha de tenerse en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se

funda y la relación entre ese bagaje y el concreto tema que lo exige. ---

-----  
 ----- **h.1.-** Se ha sostenido en doctrina que “... la prueba pericial constituye un medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar la convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos...” (Roland ARAZI, “La prueba en el proceso civil”, Ed. La Roca, Año 1.998, pág. 379).-----

----- Al respecto, no se estima que los dictámenes periciales obliguen a los Jueces pues ellos, sólo ellos, son quienes poseen la capacidad para valorar los medios que se arriman en un pleito y para emitir una decisión; empero, han de atender a circunstancias objetivas de la causa cuando se aparten de una conclusión experta, por la capacidad propia del perito y las limitaciones intelectuales de los Magistrados en las variadas ramas del conocimiento científico, más aún cuando se trata de las llamadas “ciencias duras”.-----

----- A ese respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado sentado, desde antaño, que “...Los jueces pueden prescindir de las conclusiones de los peritos porque los dictámenes periciales no son obligatorios. Ello es especialmente así cuando los expertos han opinado sobre cuestiones jurídicas que exceden el marco de su actuación...” (Metalúrgica Constitución S.A. c/ Nación. 1975 T. 291,

P. 174), y que “...Los dictámenes periciales están sujetos -como todo otro elemento probatorio- a valoración por parte de los jueces con arreglo a las pautas del art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y no son obligatorios para los mismos cuando las circunstancias objetivas de la causa aconsejan no aceptar totalmente sus conclusiones...” (Fallos T. 315, P. 2774).-----

----- **h.2.-** Siguiendo este orden de ideas, no se capta ninguna razón plausible para desdeñar la labor de la Ingeniera Ramos; es bueno resaltar varios aspectos de su enfoque.-----

----- A la pregunta efectuada sobre el impacto que ocasionaba sobre la vivienda del actor el tránsito sobre el lomo de burro, respondió que debido al gran porte de vehículos que transitan por la calle, sumado a que circulan muchos camiones cargados en sus cajas con áridos provenientes de una cantera cercana a la zona, provocan una inercia muy alta para ser disminuida en la zona del retén, “...sin mencionar los que posiblemente no alcancen a frenar lo suficiente y asuman atravesando a velocidades mayores a lo conveniente ocasionando fuertes golpes sobre éste...” -----

----- También agregó que todos esos esfuerzos eran absorbidos por el lomo de burro y transmitidos al pavimento y de allí a las capas inferiores, lo que ocasionaba que las partículas granulares del suelo se reacomodaran. Dada la particularidad de que existen en el lugar suelos granulares pobremente graduados, los movimientos se traducen en reacomodamiento de partículas que ocupan espacios y ello provoca diferenciales en las estructuras de las viviendas, que evidencian rajaduras, fisuras y falta de verticalidad, como las de la casa del actor.-

----- La experta fue contundente cuando afirmó luego, que mientras existiese el lomo de burro y no se buscara otra solución, la causa que le ocasiona desestabilización será permanente y ello no es normal. Pero señaló, y esto es importante, que el tiempo de deterioro de la vivienda coincidía con la fecha de colocación del retén y que si no se lo trasladaba de lugar, el problema seguiría existiendo y que dicha circunstancia no se relacionaba con la “clandestinidad” de la obra del señor F., que, en su caso, lo hace pasible de una multa pero que en modo alguno puede incidir en la causa de los daños. Además, la propiedad fue construida por un idóneo reconocido quien jamás tuvo antecedentes negativos en su legajo profesional.-----

----- Esta evidencia devenida en prueba no fue desvirtuada por otra de igual jerarquía. Solo sufrió algunas observaciones por parte del municipio demandado que en modo alguno pueden conmovir los sólidos argumentos en los que se sustenta.-----

-

----- Es por ese motivo que nos permitimos disentir con los Magistrados de la Alzada en mayoría, quienes sostuvieron que no estaba comprobado el nexo causal, brindando los fundamentos parafraseados más arriba.-----

--

----- Se entiende que ellos, los Magistrados cuya cualidad intelectual no se pone en tela de juicio, se apartaron del hilo lógico en el desarrollo de su voto y de lo peritado con total prescindencia de una fundamentación técnica de las mismas características. Y es allí donde se halla el déficit de la construcción lógica de la sentencia recurrida,

pues no se deriva de lo dicho por la experta lo fallado por quienes votaron en primer y tercer término, ni siquiera en el sentido literal más estricto que pudiera tenerse en cuenta.-----

-

----- **h.3.-** Resulta irrefutable que no puede imputarse un daño cuando no se establece que el padecimiento ha sido la consecuencia de la conducta positiva o negativa de otro; si, en cambio, cuando ese hacer o no hacer se vincula con el demérito que se alega, demérito que no resulta indiferente al derecho, por otra parte.-----

-

----- Esta circunstancia está acreditada en la instancia revisora, puesto que se demostró que la construcción del retén, llevada a cabo sin los estudios previos pertinentes para evitar causar perjuicios a los vecinos, fue la causante de los daños acreditados en el inmueble del actor, generando la responsabilidad sancionada por los arts. 1074, 1112 del Código Civil.-----

-

----- **i.-** Completados de esta manera los presupuestos que abastecen el deber de reparación por el Estado demandado propongo al Acuerdo que se haga lugar al recurso en todas sus partes.-----

----- **j.-** Solo resta señalar que el presente caso se define por las normas del Código Civil vigentes al momento del hecho causante del daño reclamado en autos, toda vez que por aplicación del art. 7 del nuevo ordenamiento -similar al viejo artículo 3-, en la medida que ha operado el denominado “consumo jurídico” desarrollado por la jurisprudencia,

en donde "los hechos pasados que agotaron la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley sin incurrir en retroactividad, por lo que deben regirse por la ley anterior" (Confr.: SCJBsAs, in re "Barrientos, Antonio y otros c/ La Plata Cereal S.A.," en LLBA 1994-285).-----

----- A la primera cuestión el **Dr. Daniel Alejandro Rebagliati**

**Russell** dijo: -----

----- Tal como surge de las resultas efectuadas por el señor Ministro que me precediera en el voto, este Tribunal es convocado a resolver la apelación interpuesta por la actora en procura de revertir el decisorio de la Alzada que considera erróneo.-----

----- **1.-** Cumplidos que constato los recaudos formales para la procedencia de la presente vía, debo anticipar que tras la lectura pormenorizada de la expresión de agravios, coincido con la solución que propicia el Dr. Pflieger quien ha desarrollado un voto meticoloso al abordar las distintas aristas de la cuestión. Dado que el agravio de la parte se centra en la prueba del nexo causal, indispensable para hacer nacer la responsabilidad municipal frente a los daños que se le atribuyen, he de entrar de lleno en su análisis.-----

----- El agravio de la recurrente ataca la apreciación de los señores Camaristas respecto de la falta de acreditación del nexo causal.-----

----- Por tal motivo, para resolver esta cuestión es dable recordar que la responsabilidad estatal no surge por cualquier tipo de conducta o su ausencia, sino cuando una obligación legal le impone el deber de hacer

o la ley sanciona la inacción (conf. Belluscio, Augusto, Zannoni, Eduardo, "Código Civil", Ed. Astrea, Bs. As., 1984, Tomo 5, págs. 93 y 101), es decir, no surge de manera instantánea por aplicación del principio de no dañar a terceros (A. Kemelmajer de Carlucci en la causa: "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza", LL, 1989-C-511). En esta línea de pensamiento, la Corte Suprema ha sostenido que sería irrazonable que el Estado fuera obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger (Confr.: CSJN, causa M. 802, XXXV, citado por Juan Carlos Cassagne en su obra "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, T° II, año 2013, pág. 675).-----

----- Deben darse entonces, las circunstancias necesarias que impongan al Estado, en el caso Municipal, la obligación de desplegar una conducta y que la misma no se haya llevado a cabo.-----

----- A la luz de la normativa vigente al momento de la construcción del retén de tránsito (v.g., la Carta Orgánica Municipal - art. 30; Ordenanza N° 5523/94 -arts. 1 y 6-), y toda vez que la obra fue realizada por el propio Municipio de Comodoro Rivadavia, pesaba sobre este último la obligación de cumplir la construcción de la obra en las condiciones indicadas por dicha normativa, compromiso ineludible y que involucra claramente, la responsabilidad del estado en forma directa por la injustificada omisión de efectuar los estudios necesarios para evitar que este tipo de construcciones originen daños en los inmuebles lindantes. No puedo soslayar que su instalación respondió a un pedido de la junta vecinal del lugar que reclamaban mayor seguridad

vial, pero dicha satisfacción no puede avasallar otros derechos de los restantes habitantes del lugar y menos aún, por la falta de previsión técnica mínima en la realización de la obra.----- Resulta llamativo que la propia Municipalidad demandada haya referido -como excusa para eludir su responsabilidad sobre el tema de autos-, haber realizado los estudios previos para llevar a cabo este tipo de obras, y luego no lo demostró.-----

----- Es más, todas las actuaciones municipales datan de fecha posterior al reclamo del actor en sede administrativa y la actora detalla en su expresión de agravios, una cierta cantidad de organismos estatales con los que cuenta la accionada para cumplir con sus funciones edilicias de manera adecuada, tal como lo señalan las disposiciones locales mencionadas en el párrafo precedente, normas que lamentablemente no tuvo en cuenta ni mucho menos analizó la Alzada en tramo alguno de su fallo.-----

-

----- Es que la omisión antijurídica "... no se configura con el sólo incumplimiento de una norma legal, incluso aunque ésta sea de rango constitucional. Habrá que analizar en cada supuesto cuál es el tipo de norma conculcada y muy especialmente cuál es la relación de causalidad entre la omisión y el daño..." (Confr.: Beltran Gambier, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado, por omisión, a la luz de la jurisprudencia" "La Ley", 1990-E-617, pág. 626).-----

-

----- En este aspecto, tratándose de una omisión, la ausencia de actividad debe producir un daño que sea consecuencia directa de la misma. El Estado resultará entonces civilmente responsable siempre que se acredite una relación causal adecuada entre el incumplimiento de su obligación y el daño producido, es decir cuando el damnificado demuestre la existencia de un obrar u omisión de un deber a cargo del Estado, a consecuencia de lo cual hubiese sufrido un perjuicio (conf. F. Trigo Represas, "El caso Zacarías: un fallo importante aportaciones pero no obstante deficitario, "Jurisprudencia Argentina" 1999-I-380) (conf. S.C.J.M., "Norton, María C. c. Municipalidad de Godoy Cruz" en "La Ley", 1997-B-92).-----

-

----- **2.-** Acreditado entonces que las leyes locales vigentes al momento de la obra no se cumplieron, y encontrándose sin controvertir la existencia de los daños en la propiedad del actor, está claro que existe un adecuado nexo causal entre dicha inobservancia normativa y los perjuicios ocasionados. Esta afirmación se impone a la luz de la contundencia de los dichos de la perita ingeniera obrantes en su informe de fs. 585/599.-----

----- Esta pericial adquiere relevancia a la luz de la posición doctrinaria de esta Sala, incluso en anteriores composiciones, que comparto, al establecer que la fuerza probatoria de los informes de expertos obrantes en autos, será estimada por el juez teniendo en cuenta "... la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados conforme los arts. 473 y 474 -ahora arts. 477 y 478- y los demás

elementos de convicción que la causa ofrezca...” (Confr.: este Tribunal, SD 09/SRE/07).-----

----- Lo mismo ha receptado la jurisprudencia nacional al resolver que: “... Cuando el informe de los expertos aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél..... ” (CNCiv., Sala D, 20-6-90, J.A. 1990-IV-129; Sala E, 227-80, Rep. L.L. XLI, J-Z, 2423, sum. 21; Sala F, 8-2-79, L.L. 1979-B373; Sala C, 30-7-91, J.A. 1992-IV-149, Sum.14; SD 09/SRE/07).-----

----- Pero además, la adecuada ponderación de los elementos probatorios incorporados al proceso constituyen condición indispensable de toda decisión judicial. Es que “... Si bien de acuerdo al art. 386 del C.P.C. y C. de la Nación en el análisis de la prueba ofrecida y producida los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, le merezcan mayor fe, o sean decisivas para fallar, en concordancia con los demás elementos que pudiesen obrar en el expediente -pues, en definitiva, se trata de una facultad privativa del magistrado, irrevisable, salvo absurdo o arbitrariedad-; es también pertinente advertir que no podría prescindirse de aquellas que habrían de incidir en una diversa solución final del juicio...” (Confr.: Jorge L. KIELMANOVICH, Valoración de la Prueba, en La Prueba en el Proceso Judicial, Ed. Rubinzal –Culzoni, año 2009, pág. 189/190).-----

----- En dicho contexto, observo que a fs. 594, la Ingeniera R., describe la calidad de los suelos, la mecánica del paso de los camiones con carga, el reacomodamiento de los suelos, para concluir en la página siguiente, que en el caso de la vivienda del Sr. F. la causa que ocasiona el movimiento de los suelos y las consiguientes fisuras que describen categóricamente las imágenes de fs. 586/592, no habrá de cesar mientras no se retire el lomo de burro.----- ----- La contundencia de la experta en esta premisa no fue desvirtuada por la accionada con elementos de igual categoría. Digo esto porque la simple impugnación del informe pericial, no resulta suficiente para desacreditarlo ni mucho menos, para apartarse de sus conclusiones. Sentado ello, no puedo dejar de señalar que, a los fines de transitar el iter lógico que es obligación del sentenciante para motivar adecuadamente sus decisiones (arts. 165 y 166 C.P.C.C.), es necesario llevar a cabo el análisis de los hechos y la subsunción de éstos en la norma general para la posterior elaboración de la norma individual, a efectos de procurar que las consecuencias contenidas en ellas sean aplicadas a los destinatarios pasivos de tales pautas generales (conf. KAMINKER, Mario E., Reflexiones sobre la prueba en los procesos penales y civiles, en La Prueba en el Proceso Judicial, Ed. Rubinzal – Culzoni, año 2009, pág. 322).-----

----- Este camino que debe andar todo magistrado para fundar su fallo, está ausente en la sentencia bajo examen. Es que cada uno de los votantes, reconoce la validez de la prueba pericial pero luego recurren a otros elementos, como los testimonios de los empleados municipales, o las actuaciones administrativas efectuadas con motivo del reclamo del actor, que en modo alguno resultan suficientes para revertir lo acreditada por aquella experticia ni mucho menos para concluir de la

manera en que lo hace la Cámara de Apelaciones. Este apartamiento entre lo probado y lo decidido me impone que la sentencia no constituye un todo indivisible demostrativo de una unidad lógicajurídica en que la parte dispositiva no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación (Confr.: CSJN, Fallos, 324:1584), circunstancia que si constato en la sentencia de primera instancia.-----

----- El notorio apartamiento entre lo probado y lo decidido por la instancia anterior, me llevan a revocar dicho decisorio en todas sus partes. Por lo que habiéndose configurado una omisión por parte de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia al no efectuar los estudios técnicos indispensables para construir un retén de tránsito, el cual causó serios perjuicios al actor, por lo que propongo al Acuerdo hacer lugar al Recurso de Apelación Ordinaria bajo examen, en cuanto ha sido materia de agravio. **ASÍ LO VOTO**.-----

A la misma cuestión el **Dr. Alejandro Javier Panizzi** dijo: -----

----- Los votos de los Dres. Jorge Pflieger y Daniel A. Rebagliati Russell, conforman la voluntad de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería de este Superior Tribunal de Justicia, de modo que no emitiré el propio (art. 28 de la Ley V N° 3).-----

A la segunda cuestión el **Dr. Jorge Pflieger** dijo: -----

----- Tal como se ha resuelto la primera cuestión propongo al Acuerdo:  
1°) Hacer lugar en todas sus partes, al Recurso de Apelación Ordinaria articulado por el señor E. F. contra la Municipalidad de Comodoro

Rivadavia; 2°) Revocar en consecuencia, la Sentencia Definitiva N° 01/2015 dictada por la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de dicha ciudad; 3°) Readecuar las costas en Segunda Instancia, imponiéndolas a la demandada vencida (arts. 69 y 282 del CPCC); 4°) Regular los honorarios profesionales de los Dres. N. B. L. d. E., G. B. y J. F. L. G., en forma conjunta, teniendo en cuenta la calidad, eficacia y extensión de las tareas, y el éxito obtenido, en el 35% de los regulados a la parte actora en primera instancia; y para la Dra. G. A. G., por su actuación en dicha instancia, en el 25% del monto del proceso, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 2° de la ley de honorarios profesionales provincial (conf. arts. 2, 5 incs. “c” y “d”, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4); 5°) Fijar las costas por la actuación ante esta instancia a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia (art. 69 del CPCC); 6°) Regular los honorarios de los Dres. N. B. L. d. E. y J. F. L. G. en el 35% de lo que a su parte le hubieran regulado en la instancia de origen; y para la Dra. G. A. G., el 25% calculado de la misma manera, sin perjuicio de lo normado por el art. 2° de la ley arancelaria (arts. 2, 5 incs. “c” y “d”, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4). Todos los honorarios con más IVA, si correspondiere.-----

----- A la segunda cuestión, el **Dr. Rebagliati Russell** dijo: -----

----- Tal como he votado, coincido en la solución dada por el Dr. Pflieger a la segunda cuestión.-----

----- A idéntica cuestión el **Dr. Panizzi** dijo: -----

----- Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera cuestión.-----

----- Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente.-----

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

----- 1º) **HACER LUGAR** al Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por el actor, Sr. E. F. y revocar en todas sus partes la Sentencia definitiva N° 01/2015 de la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Comodoro Rivadavia.-----

----- 2º) **CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia N° 122/2013.-----

----- 3º) **READECUAR** las costas en Segunda Instancia, imponiéndolas a la demandada vencida (arts. 69 y 282 del CPCC).-----

----- 4º) **REGULAR** los honorarios profesionales por la actuación profesional en la Alzada, de la siguiente manera: a los Dres. N. B. L. d. E., G. A. B. y J. F. L. G., en forma conjunta, el 35% de los regulados a la parte actora en primera instancia; y para la Dra. G. A. G., en el 25% de los que a su parte le hubieran regulado en la instancia de origen, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 2º de la ley de honorarios profesionales provincial (conf. arts. 2, 5 incs. “c” y “d”, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4).-----

----- **5°) IMPONER** las costas por la actuación ante esta instancia a la  
Municipalidad de Comodoro Rivadavia (art. 69 del CPCC).-----

- **6°) REGULAR** los honorarios de los Dres. N. B. L. d. E. y J. F. L.  
G. en el 35% de lo que a su parte le hubieran regulado en la instancia  
de origen; y para la Dra. G. A. G. el 25% calculado de la misma  
manera, sin perjuicio de lo normado por el art. 2° de la ley arancelaria  
(arts. 2, 5 incs. “c” y “d”, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4). Todos los  
honorarios con más IVA, si correspondiere.-----

----- **7°) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.-----

Fdo. Dr. Alejandro Javier PANIZZI-Dr. Daniel A. REBAGLIATI

RUSSELL-Dr. Jorge PFLEGER.-----

RECIBIDA EN SECRETARIA EL 23 DE **MARZO** DEL AÑO **2.016**

REGISTRADA BAJO S. D. N° **02** /S.R.O.E./2015 CONSTE