Responsabilidad del Estado – Poder de policía edilicio

Tabla de contenido

Dictamen 60/2013 del Consejo Consultivo para el crecimiento de Santa Fe. 3

THOMAS, Gustavo J. “Responsabilidad del Estado en Santa Fe ante la ausencia de ley especial. Situación de los juicios contra el Estado. Cuestiones de daños del Estado en Santa Fe” 3

Art. 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos. 3

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios “ 27/11/2012 4

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza • 13/04/2010 • Zamaro, Eduardo c. Sindicato Obrero de la Madera • La Ley Online • AR/JUR/16237/2010 5

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I • 12/04/2010 • Municipalidad de Guaymallén En J. 111.017/33.829 Molina, Carlos Narciso c. SOIMM y otros • 34

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E • 11/03/1981 • Morales, Restituto c. Club Atlético Vélez Sársfield y otros LA LEY 1981-B 75

Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I “Bornstein, Alicia M. c. Ciudad de Buenos Aires” • 05/03/2003 Cita Online: AR/JUR/1690/2003 77

Novo, Enrique F “La legitimación de los administrados para la protección de sus derechos respecto de edificaciones y construcciones colindantes” Cita Online: AP/DOC/1862/2013 83

Simeonoff, Jorge Gustavo “Responsabilidad del Estado por establecimiento o modificación de las líneas municipal y de edificación” LA LEY 1992-D , 1245 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV , 1517 115

Ritto, Graciela B. “El Poder de Policía Ambiental y la importancia de la participación ciudadana en el Planeamiento de la Infraestructura Urbana” 123

Barraza, Javier Indalecio “Las omisiones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” LA LEY 02/02/2005 , 1 • LA LEY 2005-A 131

CNCiv.SalaF, 07/07/1980 ”Almirón de Barba, Estela y otros c. Glusberg, Santiago y otros” 07/07/1980 133

CNCiv.Sala F, 02/10/2003 “Valdés, Concepción c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” DJ2004-1, 351 AR/JUR/3700/2003 185

CcivyComJunin, 09/09/2014 “Di Bello Susana M. y otros c. Municipalidad de Chacabuco y otros s/ vicios redhibitorios” AR/JUR/66405/2014 199

Corte Suprema de Justicia de la Nación,14/05/1987, “Motor Once S.A.C.I. v. Municipalidad de Buenos Aires” JA 1987-IV-532;  SIL 04\_310v1t144 215

Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte) 229

# 

# Dictamen 60/2013 del Consejo Consultivo para el crecimiento de Santa Fe.

EL CONSEJO CONSULTIVO PARA EL CRECIMIENTO DE SANTA FE,

RESUELVE:

Aconsejar al señor Gobernador que se adopten las medidas necesarias para que la Provincia de Santa Fe no acepte la invitación de la Nación para adherir a la ley citada (Ley 26.944), para el supuesto que el proyecto resulte sancionado y oportunamente promulgado

# THOMAS, Gustavo J. “Responsabilidad del Estado en Santa Fe ante la ausencia de ley especial. Situación de los juicios contra el Estado. Cuestiones de daños del Estado en Santa Fe”

(A favor de la competencia provincial) DACF160635

http://www.saij.gob.ar/gustavo-thomas-responsabilidad-estado-santa-fe-ante-ausencia-ley-especial-situacion-juicios-contra-estado-cuestiones-danos-estado-santa-fe-dacf160635-2016-11-24/123456789-0abc-defg5360-61fcanirtcod?q=fecha-rango%3A%5B20160614%20TO%2020161212%5D&o=3&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D&t=36

# Art. 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos.

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

# Corte Suprema de Justicia de la Nación “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios “ 27/11/2012

(Fallos: 335:2333) SJA 2013/04/17-44 JA 2013-II SJA 2013/04/24-19 • AR/JUR/60694/2012

El art. 76, inc. 3, apartado c, de la Ley 19.101 es inconstitucional, en cuanto establece una indemnización única para los conscriptos que, como consecuencia de actos de servicio, presenten una disminución menor al 66% para el trabajo, pues no brinda una reparación integral del daño, a diferencia de lo que ocurre al aplicar el sistema del derecho común que contiene pautas que exceden la mera incapacidad.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

# Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza • 13/04/2010 • Zamaro, Eduardo c. Sindicato Obrero de la Madera • La Ley Online • AR/JUR/16237/2010

La Municipalidad resulta responsable ante los daños y perjuicios sufridos por el propietario de un inmueble que presenta graves defectos estructurales de construcción, ya que, contando con todos los elementos técnicos necesarios para hacer cumplir las normas municipales y provinciales en orden al control edilicio, no advirtió, culposa o dolosamente, la existencia de fallas groseras durante la construcción de la vivienda

2ª Instancia.— Mendoza, abril 13 de 2010.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª Costas.

1ª cuestión.— La doctora Marsala dijo:

I- En contra de la sentencia que luce a fs. 658/678 apeló la parte actora.

El Sr. Juez a quo rechazó la demanda instada contra Sindicato de Obreros de la Madera y Municipalidad de Guaymallén, le impuso las costas al accionante, difirió la regulación de honorarios para su oportunidad y emplazó a las partes a solicitar el retiro de la documentación original acompañada.

La demanda tuvo como causa los vicios ocultos que afectan la vivienda de propiedad del actor, sita en el Barrio Sindicato de la Madera, Manzana B, Casa 9, y que fue entregada el 28/11/1985. El accionante fundó su pretensión en el supuesto de obra ruinosa previsto por el artículo 1646 del C.C., reclamando daño material (valor de reparación y desvalorización venal) y moral. Asimismo, sustentó su demanda contra la Municipalidad de Guaymallén en el artículo 1112 del C.C., en cuanto sus agentes se apartaron en forma palmaria de la normativa de inspección y aprobación de planos que especifica y rige su actividad, causando así también el daño con el irregular cumplimiento de su función pública.

A fs. 248 el actor desistió de la acción instada contra la Constructora Danilo de Pellegrin S.A.

El sentenciante desestimó la demanda tanto contra el Sindicato Obrero de la Madera cuanto contra la Municipalidad de Guaymallén. Habiendo llegado la parte actora y el Sindicato de la Madera a un acuerdo extrajudicial, conforme lo relatado en los agravios (fs. 716) y reiterado a fs. 757, el recurso interpuesto se circunscribe a la responsabilidad del Municipio. Con este alcance, el decisorio apelado admite la siguiente síntesis:

a - La responsabilidad del Estado, en este caso, implica demostrar que de haberse efectuado el control reglamentario (v.gr. supervisión de planos, inspección) se hubiera evitado el siniestro. Así, por ejemplo, si se autoriza el plazo sin control razonable, o se omite una inspección con la cual se pudiera haber descubierto la ruina. Pero esto exige demostrar la conducta negligente de una autoridad municipal o funcionario, porque a diferencia del tipo de factor de atribución del art. 1646 del C.C., la mera falta de solidez de la obra no compromete la responsabilidad del Estado.

b- En el caso de autos, como fue objeto de opción expresa del actor en su demanda, la pretensión de la demandada debe juzgarse de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1112 del C.C. En cambio, en sus alegatos, el actor señala erróneamente que ha fundado su demanda en el 1109 y 1112, cuando ello no es cierto para la primera de esas normas.

c- El actor debe demostrar el daño producido (que en la demanda era justamente la ruina) y su causalidad (el acto irregular). El acto irregular debe haber provocado la ruina, y no cualquier otro efecto que extemporáneamente pretenda alegar, sin haberlo hecho en su demanda.

d- Al entablar la demanda contra la Municipalidad el actor debe alegar una irregularidad concreta con incidencia técnica, y para esto debe obviamente hacerse asesorar por un técnico. Pero no como lo hizo para entablar la acción del art. 1646 del C.C. para el resto de los demandados, porque a tales efectos le basta constatar la ruina. Aquí no basta, debe probar además un acto irregular en el agente estatal. Por lo tanto para esta acción, muy distinta de la anterior, era necesario un profundo estudio del expediente administrativo, verificar sus constancias y eventuales vacíos, estudiar los planos, e indicar en qué punto de las normas reglamentarias correspondientes fallaron los agentes municipales.

e- El actor afirma que la aprobación definitiva de la Municipalidad se produjo el 20/08/85, sin haber constatado en las inspecciones reglamentadas por el código de edificación ninguno de los “ostensibles” y graves defectos de construcción existentes. Que responden por lo tanto independientemente de que hayan actuado con dolo o culpa por una obligación de seguridad, según las normas de código de edificación. Sin embargo, no alcanzan estas imputaciones genéricas, si no se especifica cuál de ellas, ni en qué circunstancias concretas, pudieran haber coadyuvado a causar la concreta ruina que alega.

f- La Municipalidad debe hacer la inspección que determinan las normas reglamentarias y no otras. El actor debe entonces afirmar qué norma reglamentaria se debía cumplir, no se cumplió, y por qué lo estima así. Esto y no otro hecho es el que debe preguntar al perito, porque caso contrario de nada sirve para determinar la responsabilidad del Estado afirmar subjetivamente que el defecto era “ostensible”. Se debe imputar un acto determinado y concreto que la Municipalidad debía haber hecho (no con grados tan difusos como una “ostentación”, respecto de un control que además no se especifica). Y eventualmente luego probar que ese acto no se hizo.

g- La posición del actor es absurda. En la demanda señaló que los vicios estaban ocultos y no pudieron ser advertidos sino diez años después. ¿Qué tipo de inspección debía hacer entonces el agente municipal para en cambio advertirlos diez años antes? En el expediente municipal están todos los planos, ¿cuál de ellos y en qué parte podía haber advertido el inspector que era necesario paralizar la obra? ¿cómo es que durante diez años nadie se daba cuenta de una “ruina” a los efectos del art. 1646 del C.C., y en cambio un inspector municipal debía haberse dado cuenta porque era “ostensible” diez años antes?

h- De ninguna manera se identifica tampoco al agente que haría posible la aplicación del artículo 1112 del C.C., no obstante contar con el expediente administrativo. Mucho menos prueba que alguno conociera o debiera conocer algún vicio.

i- No hay ninguna prueba de ninguna irregularidad. Tampoco puso el actor al perito actuante puntos de pericia relacionados para verificar si la actuación de la Municipalidad según dicho expediente había resultado o no en el caso conforme a las normas que debe puntualizar, o a pautas de razonabilidad para el caso, o cuáles eran los exámenes debidos por la Municipalidad y cuáles incumplió, y menos el grado de seguridad de dichos exámenes, o el margen de riesgo y seguridad que implican en cada caso. Sin todo lo cual no es posible dilucidar con un mínimo de justicia si ése se ajustó o menos a los parámetros vigentes y razonables para las circunstancias del caso.

j- De ninguna manera se explica concretamente cuál acción verificatoria concreta era la esperada. Y ninguna se especifica tampoco respecto del expediente municipal. Se discurre sobre generalidades, de lo que se considera un supuesto “deber de control” sin mayores especificaciones concretas, que tampoco se derivan en forma alguna de la prueba efectivamente producida.

k- De acuerdo al específico derecho aplicable para la responsabilidad debida por las municipalidades en materia de control edilicio, la demanda no puede prosperar. Ni la prueba pericial rendida permite concluir que no se haya ejercitado el poder de policía en forma debida o negligente, mientras ninguna referencia indica la actora respecto del expediente administrativo que es precisamente el que da cuenta del control respectivo.

II- La parte actora se agravia de la sentencia y sus fundamentos de la siguiente manera:

a- Manifiesta carecer de interés jurídico para fundar el recurso interpuesto en relación al rechazo de la demanda respecto del codemandado Sindicato de la Madera, en tanto manifiesta haber arribado a un acuerdo extrajudicial por el cual recibió el pago de $ 7.500, con costas proporcionales a su cargo, por el cual lo desobliga de los reclamos pretendidos, aunque tomando dicho pago como parcial y a cuenta de mayor cantidad respecto de los restantes codemandados.

b- Los daños surgen de la prueba pericial rendida a fs. 380/432, en donde se constata que la vivienda del actor no se ajusta al Código de Construcciones Antisísmicas, no cumple con la seguridad mínima exigida por las reglamentaciones vigentes al momento de su construcción, es una obra de mala calidad sismo resistente, no fue realizada en concordancia con la vivienda proyectada, no se respetaron las normas del arte del buen construir, no se materializó en la obra el proyecto de cálculo sísmico, no se encuentra terminada de acuerdo a los planos aprobados por la Municipalidad de Guaymallén, comprometiendo los vicios detectados la duración y solidez de la obra.

c- El Municipio no ha negado la relación de dependencia de los funcionarios municipales que actuaron en la realización de las inspecciones que surgen del original del instrumento cuya copia obra agregada a fs. 20, ni tampoco en la habilitación administrativa de la obra y certificación del plano como conforme a obra.

d- El nexo causal entre el ejercicio irregular de los funcionarios y el daño causado a su parte ha sido sólidamente probado en la causa. El Código de Edificación aprobado por medio de Ordenanza 21/71 aplicable y vigente a la fecha de realización de la obra proveía de todos los elementos necesarios para evitar los graves daños causados en la vivienda de su mandante. Las cinco inspecciones previstas en el citado código edilicio eran condición más que suficiente para advertir los gravísimos defectos constructivos presentes en elementos estructurales de la vivienda, ordenar su corrección de acuerdo a específicas herramientas administrativas de poder de policía previstas en el Código de Edificación y emitir un certificado de plano conforme a obra realizado en forma adecuada y regular, evitando el resultado dañoso de habilitar una vivienda antirreglamentaria que no cumple con los criterios mínimos de calidad, seguridad y estabilidad que debe brindar de acuerdo con la ley y reglamentación aplicable, y que la tornan inhábil para su destino.

e- Alega las siguientes “irregularidades concretas” por parte de la Municipalidad demandada:

1) Haber realizado parcialmente inspecciones obligatoriamente establecidas en el código de edificación municipal, emitiendo actas e informes falsos, erróneos o irregulares en donde no se constatan ninguna de las ostensibles y graves infracciones y defectos de construcción existentes en la vivienda del actor (numeral 1.3.1. del Código de Edificación vigente a esa fecha).

2) No haber ordenado y emplazado la subsanación de las groseras infracciones al Código de Edificación y al Código de Construcciones Antisísmicas cometidas, verificadas por la pericia (numeral 1.3.2.c del Código de Edificación).

3) No haber ordenado la paralización inmediata de la obra ante la falta de subsanación de las infracciones observadas (numeral 1.3.2.c del Código de Edificación).

4) No haber aplicado las sanciones y penalidades previstas a los profesionales, técnicos y empresa constructora responsables de las infracciones al Código de Edificación verificadas (numeral 1.3.5. del Código de Edificación).

5) Haber otorgado la aprobación o certificación de “plano conforme a obra”, dando por habilitada administrativamente una obra que no se había realizado conforme a los planos visados y no cumplía con graves y numerosas disposiciones del Código de Edificación, cuando el mismo expresamente establecía que el control edilicio municipal comprendía la “ejecución de la obra y su conformidad con los planos aprobados, respecto a la calidad, materiales y procedimientos técnicos utilizados” (numeral 1.3.1. del Código citado).

f- Una simple lectura de la pericia producida en autos basta para comprobar que la obra se encuentra muy lejos de haber sido realizada conforme a plano y al código edilicio. Dice expresamente el perito a fs. 413 vta.: “... no existe concordancia entre la vivienda proyectada y la estructura real basados en la comparación de los elementos analizados que componen la vivienda los planos conforme a obra... concluimos que en el análisis global, es decir en la suma de todos esos elementos, no hay concordancia entre la vivienda construida y lo que expresan los planos conforme a obra...”.

g- Los funcionarios municipales emitieron un informe acompañado en original y cuya copia consta a fs. 20 de autos donde consta la realización y aprobación de al menos tres inspecciones en la vivienda de mi mandante, incluyendo una inspección final, en donde no se expresa absolutamente nada respecto de las irregularidades y patentes vicios constructivos que debieron ser advertidos por el inspector. Lo cual es prueba suficiente de que la Municipalidad realizó inspecciones: (1) parciales, ya que el Código prevé cinco inspecciones y el informe da constancia de haberse realizado sólo tres, incluida la inspección final; (2) erróneas o irregulares, ya que se informan las inspecciones aprobadas sin presentar el informe referencia alguna a los vicios y defectos constructivos verificados por el perito y calificados expresamente por éste como contrarios a los planos aprobados y al código de edificación.

h- El perito, preguntado si realizadas las inspecciones reglamentarias, los vicios constructivos, violaciones reglamentarias e inadecuaciones de obra a plano debieron ser lógicamente advertidas por el inspector, respondió afirmativamente en forma categórica expresando a fs. 418 vta. que “si los vicios, violaciones normativas e inadecuaciones plano-obra ejecutadas, debieron ser constatadas o advertidas cuando se realizaron las inspecciones de obra...”. Conclusión ratificada por la declaración testimonial del Ing. G., a fs. 469 vta. Prueba que se encuentra respaldada por la idéntica conclusión a la que han arribado todos los peritos intervinientes en las 23 causas por idénticas causales y en iguales circunstancias.

i- Es una simple conclusión de sentido común pensar que los defectos constructivos en los elementos estructurales de la vivienda verificados por el perito picando una obra terminada estaban presentes a simple vista cuando el inspector municipal los inspeccionó durante su ejecución: las dimensiones y emplazamientos de vigas, columnas y muros, es decir, el esqueleto de la obra, estaba entonces a la vista de quien quisiera mirarlo.

j- A pesar de la flagrancia de la irregularidad en la ejecución de las columnas de la vivienda del actor los inspectores autorizaron expresamente “en obra” las columnas antirreglamentarias realizadas. Del mismo modo, el informe comprueba que el inspector autorizó e inspeccionó columnas cuyos estribos se colocaron a una distancia “excesivamente excedida” de la distancia que los planos y el Código exigían. Tampoco los inspectores detectaron que las columnas que sostienen el tanque de agua estuvieran posicionadas conforme lo exigía el plano conforme a obra y sin embargo, autorizaron su ejecución.

k- La conexión causal entre la omisión y el daño ocasionado surge con claridad, siendo una conclusión lógica y razonable pensar que la diligente y adecuada realización de las inspecciones municipales habría evitado la habilitación de una vivienda ruinosa e inhábil para su destino.

l- La sentencia desconoce las numerosas pruebas rendidas en autos y contraría abiertamente las conclusiones del perito de la causa —y de los numerosos peritos intervinientes en causas iguales que se tramitan ante el mismo Tribunal— quienes no sólo detallan exhaustivamente todas las irregularidades antirreglamentarias presentes en la vivienda del actor, sino que afirman que debieron ser advertidas por los inspectores municipales si hubieran cumplido regularmente con sus funciones.

III- A fs. 731/751 contesta agravios la Municipalidad de Guaymallén, con argumentos que damos por reproducidos en mérito a la brevedad.

IV- A fs. 754 Fiscalía de Estado adhiere en forma expresa a la contestación realizada por el Municipio.

V- Entrando en consideración de la apelación que abrió esta instancia, adelanto mi opinión favorable a su procedencia.

Recientemente hemos emitido sentencia en las causas nº 110.877/33.735 “Bacchini de Muñiz, Pierina c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (8/06/09, L.S. 123-91), n° 111.017/33.829 “Molina, Carlos c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots p/ordinario” (9/06/09, L.S. 123-104), n° 111.018/33.875 “Gómez, Estela c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (25/06/09, L.S. 123-198), n° 110.880/34.037 “Abraham, José c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (30/06/09, L.S. 123-224), n° 110.878/34.050 “Crauchuk, Dante c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (30/06/09, L.S. 123-236), n° 11051/33736 “Prestini de Mieras, Iris c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (08/07/09, L.S. 123-275), n° 110.866/34.214, “Martínez, Esteban c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (09/10/09, L.S. 124-192), n° 111.014/34.148, “Leguizamón, Andrés c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (09/10/09, L.S. 124-205), n° 110.873/34.431, “Ordoñez, Roberto c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (22/10/09, L.S. 124-262), n° 111.016-34.462, Calcagno, Aníbal c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (18/03/10, L.S. 126-24) y n° 144.894/34.461, “Porro, Oscar c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ordinario” (06/04/10, L.S. 126-97) en las que se formulan planteos idénticos —en cuanto a la responsabilidad del Municipio— a los desplegados en este expediente bajo estudio, por lo que en lo pertinente me permito la reproducción de los fundamentos allí dados para acoger la pretensión de la apelante, sin perjuicio de la adecuación en lo necesario a esta sentencia.

Cabe destacar que los primeros dos precedentes citados han sido recientemente confirmados por el Superior Tribunal Provincial, con fecha 12/04/2010.

a. La responsabilidad del Municipio.

El sr. Juez consideró que no medió en el caso tal responsabilidad civil, porque el actor no habría acreditado los incumplimientos del Municipio a su deber de control de las obras del barrio, entre todas, la correspondiente a su vivienda.

El recurrente señaló concretamente cuáles fueron las omisiones de la Municipalidad, que de no haber mediado, se hubiesen evitado las falencias constructivas.

Dijo en este sentido que la entidad estatal incurrió en las siguientes irregularidades:

- Haber realizado parcialmente inspecciones obligatoriamente establecidas en el código de edificación municipal, emitiendo actas e informes falsos, erróneos o irregulares en donde no se constatan ninguna de las ostensibles y graves infracciones y defectos de construcción existentes en la vivienda del actor (numeral 1.3.1. del Código de Edificación vigente a esa fecha).

- No haber ordenado y emplazado a la subsanación de las groseras infracciones al Código de Edificación y al Código de Construcciones Antisísmicas cometidas, verificadas por la pericia (numeral 1.3.2.c del Código de Edificación).

- No haber ordenado la paralización inmediata de la obra ante la falta de subsanación de las infracciones observadas (numeral 1.3.2.c del Código de Edificación).

- No haber aplicado las sanciones y penalidades previstas a los profesionales, técnicos y empresa constructora responsables de las infracciones al Código de Edificación verificadas (numeral 1.3.5. del Código de Edificación).

- Haber otorgado la aprobación o certificación de “plano conforme a obra”, dando por habilitada administrativamente una obra que no se había realizado conforme a los planos visados y no cumplía con graves y numerosas disposiciones del Código de Edificación, cuando el mismo expresamente establecía que el control edilicio municipal comprendía la “ejecución de la obra y su conformidad con los planos aprobados, respecto a la calidad, materiales y procedimientos técnicos utilizados” (numeral 1.3.1. del Código citado).

Cotejando las irregularidades apuntadas con las correlativas aseveraciones contenidas en la pericia de fs. 397 y sgtes. —del Ing. M. F.— se advierte con total claridad —también en el sublite— tanto las irregularidades de la obra como la falta de control por parte del municipio, labor legal y reglamentariamente encomendada a la entidad.

El experto analiza pormenorizadamente el caso de la vivienda de la parte actora —a lo que me remito, atento a la claridad y minuciosidad del análisis de lo sucedido en la construcción de la vivienda del demandante y de buena parte del barrio— para detenerme sólo en las conclusiones de fs. 412 y siguientes.

Dijo el perito ingeniero que la vivienda del actor no se ajusta al Código de Construcciones Antisísmicas vigente a la fecha de realización de la misma, debido a que los elementos analizados a lo largo de la pericia y que conforman la estructura de la vivienda, no se ejecutaron de acuerdo a las exigencias mínimas que allí se establecen. Aclara que “... de siete elementos estructurales de importancia analizados en la vivienda del actor para corroborar si se ajustaban al Código de Construcciones Antisísmicas de 1970, los siete elementos presentaban violaciones al código mencionado. Respecto a los muros considerados como sismorresistentes recordemos que la estructura de viviendas apareadas posee diez, de los cuales se analizaron tres, y estos tres no cumplen con las exigencias mencionadas del C.C.A. 70. Por tales motivos concluimos que la vivienda del actor no se ajusta al Código de Construcciones Antisísmicas vigente a la fecha de su realización”.

Agrega que “... la vivienda del actor es una obra de mala calidad...es de mala calidad sismo resistente...no existe concordancia entre la vivienda proyectada y la estructura real, basados en la comparación de los elementos analizados que componen la vivienda y los planos conforme a obra...”. Además “la estructura real de la vivienda del actor no cumple con los requisitos establecidos por el reglamento INPRES-CIRSOC 103 “Normas Argentinas para Construcciones Sismo Resistentes”;...la obra no respeta los criterios de seguridad ya que según el Instituto Nacional de Prevención Sísmica (INPRES) una obra segura es aquella construcción proyectada y ejecutada de acuerdo con el Reglamento para Construcciones Sismorresistentes vigente; y en este caso particular todas las estructuras inspeccionadas por el perito no fueron ejecutadas de acuerdo al reglamento sismorresistente vigente (C.C.A. §70); ... del análisis general de la vivienda del actor surge que no se han respetado las reglas del arte del buen construir; .... hay elementos que se ejecutaron en forma inusual, ajenos a la reglas del arte del buen construir;... considero que no se llevaron a la práctica (obra ejecutada) las reglamentaciones vigentes en materia de cálculo de estructuras teniendo en cuenta las características sísmicas de la zona. Esto se deduce de analizar las dimensiones de secciones y distribución de armaduras objeto de en este trabajo, y que en los casos estudiados no concuerdan ni con lo expresado en los planos de cálculo de estructura conforme a obra, ni —más importante aún— con los requisitos mínimos establecidos en el C.C.A. §70...”.

Continuó diciendo que “se realizó un estudio consistente en el cálculo numérico para determinar la seguridad de la vivienda, utilizando las herramientas que nos brinda el código sismorresistente actual y que los valores obtenidos nos indican que la seguridad de la vivienda es baja; ... no se puede garantizar la duración o solidez de una obra cuando se vea sometida a terremotos importantes si no está dotada de las condiciones que aseguren que han sido cumplidos los requisitos mínimos que establece el código sismorresistente vigente al momento de la construcción; ... existe la amenaza de que la vivienda del Señor Zamaro se deteriorará, basados en las inspecciones realizadas a algunos elementos que componen su estructura, y que ya han sido analizados a lo largo de la pericia; ... en función de lo analizado en la respuesta anterior, es un potencial peligro para el destino por el cual fue concebida la obra si estos elementos colapsaren ya sea parcial o totalmente puesto que por ejemplo los muros sobre la losa del tanque de agua se encuentran a una altura de más de 4 m sobre el nivel del piso;.... la vivienda puede tornarse inhábil para su destino; ... los defectos, vicios y violaciones legales y reglamentarias detectadas son sistemáticos, es decir, que se han presentado regularmente en las distintas viviendas que este perito ha inspeccionado en el barrio...; no puedo expresar si esta regularidad o repetición sistemática responde a un propósito o revela una finalidad, ya que esto atañe sólo a aquellos que participaron en la construcción de estas viviendas. Lo que sí puedo decir es que de la forma en que se construyeron las viviendas analizadas se ha empleado menor cantidad de material respecto a lo declarado en los planos conforme a obra...; existe la posibilidad que ante un terremoto de gran magnitud se ponga en peligro la seguridad de sus moradores o bienes ya que las obras que mejor resistan serán las que mejor estén preparadas para resistir, y esto se logra no sólo con un buen diseño sismo resistente de la vivienda, sino también cumpliendo fielmente en obra con lo establecido en el proyecto en cuanto a calidad del hormigón, secciones, detallado de armadura, etc.; al menor para tratar de controlar los daños ya que no se puede garantizar la ausencia de ellos... De todos modos, también cabe la posibilidad de que la vivienda del actor tal y como está construida siga en pie después de un terremoto; pero ello no implica que podamos abusar de las bondades en cuanto a resistencia se refiere, y hacer caso omiso de los códigos y reglamentos vigentes ya que ellos han sido elaborados sobre la base de la experiencia, y en esta disciplina la experiencia ha sido la fisura, la rotura o el colapso... la obra no se encuentra terminada de acuerdo con los planos y demás documentación aprobada por la Municipalidad de Guaymallén...”.

Asimismo, destacó el experto que “los vicios, violaciones normativas e inadecuaciones plano-obra ejecutadas, debieron ser constatadas o advertidas cuando se realizaron las inspecciones de obra...”.

Por todo ello lleva razón el apelante al poner de relieve que en el informe que consta a fs. 20 de estos autos consta la realización y aprobación de sólo tres inspecciones en la vivienda del actor, incluyendo una inspección final, en donde no se expresa absolutamente nada respecto de las irregularidades y patentes vicios constructivos que debieron ser advertidos por el inspector, máxime que los peritos que actuaron en la causa las constataron un vez terminada la obra, por lo que si las inspecciones se efectúan antes de que se “selle” o “tape” el sector de la obra a inspeccionar, cuadra valorar lo que afirmó el perito en el sentido que los errores constructivos debieron ser detectados o advertidos cuando se realizaron las inspecciones de obra. Prueba se encuentra respaldada por la idéntica conclusión a la que han arribado los peritos intervinientes en las causas que han llegado a este Tribunal —cuanto menos— por idénticas causales y en iguales circunstancias.

En la causa n° 27.642/33.769 caratulada "Arredondo, Julio César c/Sind. Obrero Industria de la Madera y ots. p/ d y p” la Dra. Teresa Varela de Roura —en calidad de preopinante— destacó que “.... La existencia de ruina en las viviendas del Barrio de la Madera surge claramente de las pruebas rendidas en autos, que no se limitan a las invocadas por la recurrente —recuérdese que en aquel caso se acogió la demanda en primera instancia—, sino de la apreciación conjunta de todos los elementos probatorios incorporados, tales informes, declaraciones, pericias, sus aclaraciones, consideradas adecuadamente por el a-quo y que analizaré al considerar el agravio subsidiario....”.

Agregó que “...en definitiva, frente al reconocimiento de los restantes demandados, que han cumplido al menos parcialmente la condena de primera instancia, no me cabe duda de la existencia del daño reclamado y admitido, base del reclamo por la responsabilidad que le cabe al Municipio y con el cual debe ser considerado el nexo de causalidad negado en este cuestionamiento en análisis...”.

Y al igual que en este expediente, “...En el caso que nos ocupa no hay duda de la ruina en que se encuentra la vivienda del actor y la necesidad de su reparación que requiere de la de la casa del vecino, en los límites señalados por el perito, y en razón de la implementación de un sistema de construcción que vincula estructuralmente a las viviendas, sistema aprobado y controlado en su correcta realización —o que debió controlar— la ahora apelante....”.

Continuaban los fundamentos de aquel fallo: “...Cabe ahora analizar dónde radica la responsabilidad del Municipio en el caso de autos...”.

Recordaba la Dra. Varela de Roura su análisis efectuado en la sentencia registrada en L.S. 86-466, según el cual “.... el ejercicio del poder de policía edilicio por parte de la Municipalidad en la estructura legal provincial que surge de la ley 1079. Ese fallo, que contemplaba un supuesto diferente en tanto se trataba de una vivienda clandestina regularizada con posterioridad, fue confirmado por nuestra SCJMZA (L.S. 267-497). En dicho fallo el análisis de la Sra. Ministro Preopinante del Tribunal Superior, señaló en orden al ejercicio del poder de policía edilicio: “Se pregunta Spota si la responsabilidad por ruina parcial o total de la obra alcanza a las municipalidades que tienen a su cargo el ejercicio del poder de policía sobre las construcciones y contesta: El control que ejercen sobre la edificación se traduce en verificar el cumplimiento de las normas administrativas sobre la materia y se ejerce no sólo en la aprobación o desaprobación de los proyectos de obras, sino también en la vigilancia de la obra a los efectos de que la misma se realice con arreglo a las prescripciones administrativa sobre la materia; la vigilancia tiene una única finalidad: acreditar si los trabajos se ejecutan o no conforme aquellas prescripciones dictadas en salvaguardia de la solidez, seguridad, higiene, moralidad y urbanismo; ...Sería posible la responsabilidad extracontractual, exclusiva o concurrente, fundada en la mala organización del servicio o en su mal funcionamiento (Spota, Alberto, Tratado de la locación, Bs. As., Depalma, 1976, tomo I pág. 299ª 303, n° 322)...”.

“....Contando la Municipalidad de Guaymallén con todos los elementos técnicos necesarios para hacer cumplir las normas municipales y provinciales en orden al control edilicio, en el caso de autos no advirtió —culposa o dolosamente— fallas groseras durante la construcción de la vivienda y de la que dan cuenta los informes y pericias....”

Por lo que, como explicó la Dra. Varela de Roura “.... Surge de las obligaciones legales que le corresponden al municipio constatar la adecuación de la obra a los planos aprobados, situación que en el caso de autos ha sido obviada por haberla realizado en forma inadecuada o bien por haber omitido. No puede explicarse en modo alguno no advertir las deficiencias técnicas y no haber ordenado su subsanación y eventualmente, ante el incumplimiento, ordenar la paralización de la obra, como así mismo haber aprobado la obra técnicamente defectuosa....”.

Tampoco es atendible la pretensión de la municipalidad (v. fs.745 vta.) de que las afirmaciones de los inspectores deben ser argüidas de falsedad, pues de la pericia de autos —y de todas las anteriormente analizadas por este Tribunal— emana tal discordancia entre aquellas declaraciones y el estado real de la obra.

En la causa que hoy nos ocupa, como quedó ya visto, el incumplimiento de tales obligaciones legales por parte del municipio emana claramente de la pericia analizada.

También se recordaba en el precedente seguido, que “.... En el fallo de la Corte citado (Norton, María Teresa en J: 87.459/231.168 Norton M.T. c/Municipalidad de Godoy Cruz p/ord. s/inc.” L.S. 267-496) se transcribe un fallo de la C.Nac. Civil Sala F, aplicable al subjudice: “el deber de la Comuna de garantizar la solidez de los edificios no queda cumplido con la mera presentación de planos de estructura firmados por un profesional de la categoría que corresponde a la obra; si así fuera, se dejaría librado en los hechos a la conducta ética o moral de cada profesional de la construcción, materia tan importante como lo es la policía edilicia, por lo que resulta responsable por el derrumbe de un edificio cuyos planos, cálculos matemáticos necesarios y la técnica y las previsiones científicas y de seguridad no fueron controlados antes de iniciarse la construcción ni se efectuaron las inspecciones necesarias obligatorias durante la etapa de ejecución de la obra, oportunidad en la cual bien pudo la comuna haber ejercido adecuadamente un control que le permitiera en tiempo propio tomar las medidas conducentes para evitar el siniestro, así como comprobar si las cimentaciones eran adecuadas, ni tampoco se adoptaron las medidas que se imponían para evitar dicho derrumbe. (ED 91-455)” ... concluyendo en que “.... Es evidente en consecuencia que si el Municipio hubiera actuado adecuadamente verificando de conformidad a la normativa municipal específica que así se lo exigía y los principios generales que surgen del restante plexo jurídico, hubiera evitado el resultado dañoso ocurrido, tal la ruina de la vivienda del actor ....”.

La antijuricidad en que incurrió la Municipalidad de Guaymallén, como la relación causal entre las serias omisiones de la entidad en el control de la obra, se han comportado de tal modo que de no haber mediado las mismas, el resultado dañoso que motiva esta causa no se habría producido.

Así, queda desechada la defensa intentada por el municipio en su contestación de demanda en cuanto a su falta de responsabilidad.

Igual suerte corren las objeciones de la comuna agregadas al contestar agravios. Aún cuando las normas INPRES-CIRSOC no estuviesen vigentes al momento de la construcción de la vivienda —como sostiene el Municipio (fs. 745)—, el informe pericial de fs. 397/432 resulta contundente en el detalle de incumplimientos en relación al Código de Construcciones Antisísmicas de 1970 —de vigencia no controvertida—, y la conclusión en cuanto a que el inmueble no resulta sismorresistente y que no se respetaron las reglas del buen construir resulta categórica y definitoria de la cuestión en litigio.

Por otra parte, aún de ser cierto el novedoso argumento de que la pericia no se realizó conforme los nuevos planos aprobados para el barrio (fs. 735), en todo caso tal circunstancia va en desmedro del apelado, atento que resulta evidente —por los resulta-dos- que si la obra se ajustó a los referidos nuevos planos, los mismos no debieron ser aprobados.

Tampoco puede variar el resultado la ampliación de obra que habría realizado el actor con posterioridad, mas si alguna duda albergaba la accionada al respecto, debió —oportunamente- solicitar tal aclaración al perito.

b) El daño.

b.1) Reparación de la vivienda.

Considera el experto que para algunos elementos que componen la vivienda del señor Zamaro es técnicamente posible su reparación, como por ejemplo los revoques de muros, el alero, porque son elementos de fácil acceso e importancia nula desde el punto de vista estructural. Otros elementos presentan mayor complejidad, como es el caso de las columnas de arriostramiento de los muros sismorresistentes, o la estructura del tanque de agua. Refiere que desde el punto de vista técnico hay que destacar que si bien con los nuevos materiales disponibles en la actualidad como son las resinas epoxi se pueden hacer las reparaciones pegando hormigón nuevo con hormigón viejo, no se tendrá una estructura monolítica como la original, es decir, un hormigón como fue preparado originalmente. Concluye que “la calidad de la vivienda reparada será diferente a la que reglamentariamente se debería haber construido...” y que “... desde el punto de vista reglamentario se debe analizar la vivienda vecina colindante oeste puesto que la vivienda del señor Zamaro forma parte de una estructura conocida como viviendas apareadas. Esto consiste en un único sistema estructural, que es compartido por dos viviendas. Por tal motivo al analizar el comportamiento de la estructura, se deben observar todos los elementos que componen las dos viviendas mencionadas. Entonces si se va a reparar o reforzar la vivienda del señor Zamaro para dejarla en condiciones reglamentarias, también se deberá pensar en los posibles arreglos o reparaciones a realizar en la vivienda vecina, de modo tal que toda la estructura quede en forma reglamentaria” (fs. 418/420). Del mismo modo, al contestar un pedido de aclaraciones, reiteró el perito que “... no es posible garantizar la antisismicidad de la casa de la actora si no se repara la vivienda vecina...” (fs. 518 vta.).

Sostuvo el Dr. Gianella como ministro preopinante en el expediente n° 27.633/32.995 “R.H. c/S.O.I.M.M. y ots. p/ordinario” (19/08/08, L.S. 119-146) —en el que no se cuestionaba la responsabilidad del Municipio, sino sólo los montos indemnizatorios— que “... ni siquiera ha atinado la comuna a afirmar que la obra fue hecha, en parte, fuera de la reglamentación que debía controlar se respetara, y en otra parte, dentro de las reglas técnicas. Menos aún en un sistema como el descrito por el perito, vale decir que ... ambas viviendas forman una sola “unidad estructural”; esto es que el comportamiento de ambas está íntimamente relacionado; por lo tanto si se deseara reparar la estructura completa de la vivienda, se deberán tener en cuenta todos los elementos estructurales de ambas si se desean llevarlos a su estado reglamentario.”, la parte de estructura del muro de la vivienda del actor haya sido hecho de un modo y el de la casa vecina de otro. De qué manera operaría entonces esta “unidad estructural” a la que alude el experto y que está en los planos que tuvo en cuenta?. ... Obviamente a esta altura de las comprobaciones acaecidas en autos, nadie, no sólo la apelante, podría efectuar semejantes afirmaciones, máxime que ello implicaría admitir, por añadidura, que la estructura así ensamblada presentada técnicamente no se respectó —sumando por propia confesión elementos fundantes de la responsabilidad de todos los sujetos dañadores— o peor que ello que la “unidad estructural” se levantó mitad de una forma y el resto de otra ... Además de lo expuesto, no cabe colegir que pueda haberse construido una vivienda de buena calidad en parte, y en parte no; una casa por el sistema de unidades estructurales, y otra vecina por un método ajeno a tal sistema, o, más impensable por ilógico, que un muro estructurado como unidad con el vecino y éste no (¿)... El daño hipotético es aquel conjetural, el que nace de especulaciones según las cuales el daño “podría” llegar a existir, y se distingue de aquél cuya certeza es absoluta, por haberse producido antes de la sentencia que lo reconoce y acreditado en su acaecimiento y extensión o que, se trate de perjuicios que razonablemente ocurrirán (v. Calvo Costa, Carlos, Daño resarcible, Bs. As., Depalma, 2005, p. 234)....

...En el caso no hay duda de la ruina en que se encuentra la vivienda de la actora, al menos en la hipótesis de costos que estamos tratando, y que su reparación requiere de la de la casa del vecino, en los límites señalados por el perito, y en razón de la implementación de un sistema de construcción que vincula estructuralmente a las viviendas, sistema aprobado por —o que debió aprobar— y controlado en su correcta realización —o que debió controlar— la ahora apelante...”.

Tales circunstancias hacen al daño cierto y debe por tanto cuantificarse.

En orden a ello, el perito ingeniero arriba a la suma de $ 13.161 contemplando sólo los elementos analizados en la pericia (y su zona de influencia), a la suma de $ 41.375 para la hipótesis de llevar la estructura a su condición reglamentaria, y finalmente a la suma de $ 81.661 en caso de tener que reparar todos los elementos de la vivienda de la actora más la vivienda vecina colindante con la que comparte el sistema estructural, a fin de llevarlos a condición reglamentaria (fs. 420/424).

En el precedente recientemente citado (expte. 27633/32995, R.H. c/SOIMM y ots. p/d y p, L.S. 119-146), en el que interviniera como perito —al igual que en el sublite— el ingeniero F., este Tribunal confirmó la resolución de primera instancia que había otorgado en concepto de indemnización por daño material la última opción señalada por el experto, esto es, la que incluye la reparación de ambas viviendas apareadas, decisión que a su vez fue confirmada por el Superior Tribunal Provincial en sentencia de fecha 24/02/09 (L.S. 397-193).

Con idéntico criterio, se fija el rubro indemnizatorio en análisis en la suma de $ 81.661.

Agrego, por último, en cuanto a la posibilidad de resultados diferenciados en los distintos expedientes iniciados por los vecinos del Barrio Sindicato Obrero de la Madera, la realidad insoslayable advertida por la Dra. Kemelmajer de Carlucci en sus votos confirmatorios de las sentencias de este Tribunal recaídas en la causa n° 27633/32995 “R.H. c/S.O.I.M.M. y otros p/d. y p.” (24/02/09, L.S. 397-193) y n° 27642/33769 “Arredondo, Julio c/SOIM y otros p/d y p” (29/09/09, L.S. 405-29), en el sentido que “...la numerosa cantidad de litigios relativos a reclamos de los adjudicatarios de un barrio por los defectos presentados en la vivienda mencionados por la quejosa obedece a que se da en el caso un supuesto de derechos individuales homogéneos, en tanto nacen de un hecho único. Lamentablemente, la cuestión no ha sido abordada como acción colectiva.... y, consecuentemente, la multiplicidad de expedientes crea el peligro de decisiones contradictorias...”.

Idénticos conceptos fueron reiterados por la Dra. Kemelmajer al confirmar —con fecha 12/04/2010— las resoluciones recaídas en las causas “Bacchini de Muñiz” (L.S. 123-91) y “Molina” (L.S. 123-104), a lo que agregó, a modo de advertencia inicial, que “... los defectos de construcción del Barrio “Sindicato de la Madera” ubicado en el departamento de Guaymallén han dado lugar a numerosos procesos individuales iniciados por decenas de personas que resultaron adjudicatarias de las casas allí existentes. La complejidad de la cuestión es grave en tanto: (1) esos procesos se han iniciado ante diversos juzgados de primera instancia de la Ciudad de Mendoza; (2) distintos profesionales han intervenido por la parte actora; (3) los demandados no han actuado en igual carácter en todos los expedientes; (4) los montos reclamados por unos y otros son distintos; (5) las defensas opuestas al contestar la demanda y los agravios al recurrir no son siempre coincidentes; (7) las sentencias de primera instancia y de las Cámaras de Apelaciones tampoco son iguales y difieren en sus motivaciones aún cuando, en muchos casos, coinciden en la solución. ... La diversidad señalada obliga a analizar cuidadosamente las constancias de cada expediente, especialmente para evitar el vicio de incongruencia que viola la garantía de defensa en juicio, pero entiendo que es de buena política judicial que el tribunal intente generar el menor número posible de desigualdades sustanciales, más allá de las particularidades procesales...”.

b.2.) Desvalorización venal del inmueble.

En este rubro, igualmente cabe acudir a los fundamentos de los precedentes seguidos (L.S. 119-146, L.S. 123-91, L.S. 123-104), en los que fuera preopinante el Dr. Gianella.

“...Lo que se ha acreditado en autos es la ruina del inmueble que dio lugar a la demanda. En segundo término, para llevar la vivienda a ser “reglamentaria” y habilitada por la Municipalidad demandada, se requieren ingentes trabajos, siempre y cuando el vecino cuya vivienda está unida estructuralmente a la del actor preste su conformidad para que ello suceda.

De tal manera, si se ha concedido una suma de dinero suficiente para efectuar el arreglo de la vivienda, y este tiene lugar, la desvalorización del inmueble disminuye sustancialmente porque estaríamos frente a una hipótesis que implica las habilitaciones municipales correspondientes y la confección de la reestructuración de la casa conforme al reglamento y finalidad de la misma.

Sin embargo, a mi juicio, queda un remanente, que no es menor, de desvalorización, que proviene de la circunstancia de que ha sido reconocido en juicio que la vivienda estuvo afectada por una construcción deficiente, que significó el tránsito hacia un estado de ruina, que la hizo peligrosa e inútil, conforme a su finalidad, por lo que no me cabe duda alguna de que, no obstante que se concretara la reestructuración de la vivienda, ésta sufrirá, aún en ese supuesto, un detrimento en su valor venal, puesto que no es lo mismo una vivienda que nació “ruinosa”, posteriormente arreglada, que aquélla que fue construida inicialmente conforme al arte del buen construir.

Si se piensa, honestamente, en la hipótesis de cualquier persona que deba elegir entre una casa con una u otra característica, no cabe hesitar sobre cuál caerá la elección. Y ello implica, claramente, un detrimento del valor de venta del inmueble. Aunque aparezca como un “intangible” negativo que pesará sobre la casa, no me cabe duda alguna de la realidad de tal aspecto... ...”.

El monto a conceder, teniendo en consideración lo otorgado en concepto de daño material, debe establecerse en el 10% del valor de la vivienda —$ 8.500—, conforme tasación agregada a fs. 523 elaborada por el Martillero Público L. A. B., considerando que la vivienda se encuentre en perfectas condiciones de uso y conservación, sin los vicios de obra o desperfectos provocados por ellos (art. 90 inc. 7 del CPC).

En la misma línea se resolvieron los antecedentes registrados en L.S. 123-91, L.S. 123-104, L.S. 123-198, L.S. 123-224, L.S. 123-236, L.S. 123-275, L.S. 124-192, L.S. 124-205, L.S. 124-262, L.S. 126-24 y L.S. 126-97.

b.3) Privación de uso y daño moral.

El perito Ingeniero informa que el tiempo necesario para las reparaciones sería —estimativamente— de seis a ocho meses (fs. 424).

El hecho de que el actor haya estimado el monto en $1.500, por un lapso de 90 días, no empece a la nueva determinación, pero ya con base en la prueba desplegada en autos, la que aporta elementos de ponderación que el propio accionante no tenía al demandar, por lo que sometió la cuestión de los montos a lo pedido y estimado, sin perjuicio de lo que se probara en autos y/o determinara el o los jueces conforme a su prudente criterio.

Luego, la prueba ya analizada, en combinación con los aportes del Perito Martillero (fs. 524), permiten concluir en la suma de $ 4.600 como razonable para el rubro en análisis, merituando el costo de alquiler, comisión para alquilar, alquiler, mudanza y rescisión anticipada (art. 90 inc. 7mo. del CPC).

b.4) Daño moral.

Cabe también en este punto hacer referencia a los votos del Dr. Gianella en relación a la procedencia del daño moral (L.S. 119-146, L.S. 123-91, L.S. 123-104, L.S. 123-275, L.S. 124-192, L.S. 124-205), a los que adherí.

“...En cuanto al daño moral, como ya he opinado en la anterior causa citada, aún teniendo en cuenta que el actor ha ocupado la vivienda ininterrumpidamente y la falta de repercusión estructural de los sismos sucedidos en Mendoza, no es ese el meollo del daño moral en el caso bajo análisis. El problema es, precisamente, estar ocupando la vivienda, en el conocimiento de que la misma no es segura y que, ante la presencia de un sismo puede ceder en su estructura, llevando como consecuencias posibles, desde dejar sin techo al actor y su familia, hasta sepultarlos bajo los escombros. Luego, cabe preguntar si ocupar la vivienda en esas condiciones —ininterrumpidamente— excluye, o por el contrario, es una de las causas o fundamentos que abren las puertas a la indemnización por daño moral en este caso. No me cabe duda alguna de que la respuesta es la segunda posibilidad.

Tampoco incide la circunstancia que —por ejemplo— los sismos sucedidos en Mendoza no hayan tenido repercusión sobre la estructura de la casa. Ello así, por cuanto la demanda se inicia por fisuras en la vivienda y los informes de las personas a quienes contrató la actora para saber, inicialmente, qué sucedía en ella —como en muchas otras— mostraron a la demandante la situación “ruinosa” de la casa que había adquirido para que fuera su hogar.

Era esperable entonces que no sintiera temor, angustia, incertidumbre, ante la posibilidad —mera posibilidad— de que las estructuras cedieran ante un movimiento telúrico? No envuelven a muchos algunas o todas aquellas sensaciones ante un mínimo sismo en una vivienda en perfectas condiciones antisísmicas? La experiencia generalizada de ello da la respuesta.

...Por lo demás, la incertidumbre, la angustia, la frustración de saber que la “casa propia” es una ruina, tener que demandar para ser resarcido por la absoluta falta de reconocimiento de todos los sujetos responsables de tal circunstancia, y esperar los largos tiempos propios de la justicia, en especial en casos como el presente, implican de por sí, sin necesidad de prueba alguna, y por la sola actitud de colocarse empáticamente un instante en el lugar de esta familia, tener por acreditado que existió daño moral, mínimamente, en la extensión representada por el monto pedido, lo que corresponde, a mi juicio y por estas razones, conceder los $ 15.000 impetrados por esta razón a la fecha de esta sentencia.

Este Tribunal ha dicho que “Evaluar el daño moral implica medir el sufrimiento humano, lo que no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativos exactos sino que es una apreciación insusceptible de ser fijada en conceptos de validez general o explicada racionalmente. El "quantum" que se puede establecer deriva de juicios de valor, antes que de cálculos matemáticos y en cuya graduación, al no encontrarse subordinada ésta a cánones objetivos, cobra singular relevancia la prudente ponderación del Juzgador; ante la imposibilidad de mensurar en dinero el sufrimiento físico o moral del damnificado, lo cual hace que lleve ínsito un pronunciado e inevitable subjetivismo” (L.S. 94-379; L.S. 100-50)

También se señaló que: “Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación del daño moral; la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación del daño es la que sugiere caso por caso, su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno (Conf. Corte Sup. Catamarca, 18 4 88, J.A. 1989 III 118)” (L.S. 81 147; L.S. 82-390; L.S. 84-063; L.S. 84-453; L.S. 87-358).

Asimismo hemos resaltado que ......Si bien es cierto que la jurisprudencia ha entendido que el sólo obrar antijurídico puede hacer surgir de los hechos mismos la demostración del daño moral, no lo es menos que se alude a hechos con virtualidad suficiente para producir lesión en las afecciones legítimas de la víctima, ello en virtud de que el derecho, como ciencia que toma como cartabón al hombre medio, no puede atender reclamos que denoten una susceptibilidad excesiva y eminentemente individual, desde que uno de los requisitos de la resarcibilidad del daño, es que sea jurídicamente significativo (Voto del Dr. Alterini, E.D. Rep. 11 292, Nro. 5).

Y bien, vivir durante años bajo las antes apuntadas circunstancias, por demás jurídicamente significativas, me persuaden de que la suma de dinero concedida es adecuada a la circunstancia de que estamos en presencia de un importante agravio de las afecciones legítimas de la accionante, tanto por las características del mismo como por su prolongación en el tiempo...”.

En el sublite, lo expuesto guarda congruencia con los resultados del informe de la Licenciada L. S. K. (fs. 534/542).

El monto, al igual que en análogos precedentes (L.S. 119-146, L.S. 123-91, L.S. 123-104, L.S. 123-198, L.S. 123-275, L.S. 124-192, L.S. 124-205, L.S. 126-97), se fija en la suma de $ 15.000.

b.5) Intereses.

….

Por lo tanto, si mi voto es compartido por mis distinguidos colegas, corresponde a este Tribunal revocar la sentencia apelada y disponer en su lugar el acogimiento de la pretensión por la suma de $ 109.761 más los intereses indicados.

Así voto.

Los doctores Gianella y Viotti dijeron que adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión.— La doctora Marsala dijo:

Atento la solución acordada precedentemente, corresponde imponer las costas de ambas instancias a la demandada que resulta vencida. (art. 36, I. del CPC).

Así voto.

Los doctores Gianella y Viotti dijeron que adhieren al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: I- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia que luce a fs. 658/678 la que se revoca en todas sus partes, disponiéndose en su lugar: “1. Acoger la pretensión contenida en la demanda articulada por Eduardo Jorge Zamaro en contra de la Municipalidad de Guaymallén y, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar, dentro de los diez días de ejecutoriada la presente sentencia, la suma de pesos ciento nueve mil setecientos sesenta y uno ($ 109.761), menos la deducción correspondiente en virtud de los pagos recibidos por el actor de los restantes codemandados originales, deudores concurrentes con la condenada, con más los intereses establecidos en los considerandos.”. “2. Imponer las costas a la demandada vencida.”. “3. Regular los honorarios profesionales de los Dres. A. G., E. D. A. y G. F. en las sumas respectivas de pesos seis mil quinientos ochenta y cinco ($ 6.585), cuatro mil trescientos noventa ($ 4.390) y pesos seis mil quinientos ochenta y cinco ($ 6.585), respectivamente, sin perjuicio de los complementos que correspondan al momento del pago (arts. 2, 13, 31 y cc L.A.)”. “4. Regular …Notifíquese y bajen.— Horacio Gianella.— Ana M. Viotti.— Gladys D. Marsala.

# Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I • 12/04/2010 • Municipalidad de Guaymallén En J. 111.017/33.829 Molina, Carlos Narciso c. SOIMM y otros •

LLGran Cuyo 2010 (agosto) , 650 • AR/JUR/15635/2010

Debe desestimarse el recurso extraordinario de inconstitucionalidad deducido contra el decisorio que condenó a la municipalidad demandada como responsable respecto de los daños y perjuicios sufridos por el propietario de un inmueble que presenta graves defectos estructurales de construcción, pues, la denuncia de presuntos errores que provienen, precisamente de la falta de compulsa de expedientes administrativos que han estado bajo el exclusivo control del municipio, resulta insuficiente para fundar el grave vicio de arbitrariedad alegado.

Mendoza, abril 12 de 2010.

Antecedentes: A fs. 49/90, el abogado C. B., por la Municipalidad de Guaymallén, deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad en contra de la sentencia dictada por la Segunda Cámara Civil de Apelaciones a fs. 772/780 de los autos n° 111.017/33.829, caratulados: “Molina, Carlos Narciso c. SOIMM y otros p/Daños y perjuicios”.

A fs. 101 se admite formalmente el de inconstitucionalidad y se ordena correr traslado a la parte contraria quien, a fs. 105/123 vta. contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 128/130 dictamina el Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja rechazar el recurso deducido.

A fs. 134 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 135 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

1ª ¿Es procedente el recurso interpuesto? 2ª En su caso, ¿qué solución corresponde? 3ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora Kemelmajer d e Carlucci dijo:

I. Plataforma fáctica.

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 13/11/1996, por ante el Octavo Juzgado Civil, el Sr. Carlos Narciso Molina inició demanda por daños y perjuicios contra Construcciones Danilo de Pellegrin SA, el Sindicato Obrero Industria de la madera y la Municipalidad de Guaymallén “por la suma de $ 46.500 y, en subsidio, para el supuesto que la reparación no sea posible, por la suma de pesos $ 71.600 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse”. Relató ser propietaria de un inmueble ubicado en el barrio Sindicato de la Madera en el que habita conjuntamente con su madre; que el barrio se construyó con el apoyo financiero del Banco Hipotecario Nacional por la empresa Construcciones Danilo de Pellegrin SA; que la vivienda nunca mostró defectos visibles o aparentes hasta el año 1995, momento en el que aparecieron en su casa, y en la de su vecino, gravísimos vicios; que ante la grave circunstancia que presentaban muchas casas, medio centenar de vecinos (sobre un total de 188) mandaron a realizar pericias técnicas y luego emplazaron extrajudicialmente a los demandados, que negaron los daños y su responsabilidad. Dijo que conforme esos dictámenes, la casa es inepta para su uso y destino (vivienda familiar antisísmica). Fundó la demanda contra la Comuna por la falta de control, desde que sin la necesaria participación de los funcionarios municipales no hubiese sido posible la consolidación del daño. Acompañó un informe técnico. Reclamó en concepto de daño material, la suma de $ 31.500 y/o lo que en más o en menos resulte necesarios para reparar la casa; dijo que ese valor no incluye la reparación de la vivienda vecina, que resulta imprescindible en una hipótesis de refuerzo según el informe técnico que acompañó; integró esa suma del siguiente modo: $ 15.000 en concepto de reparación del inmueble, si fuese posible: $ 15.000, por desvalorización del inmueble en su valor de reventa y $ 1.500 por la privación del uso, desde que necesitará tres meses para ser reparada. Para el supuesto que la reparación no fuese posible, reclamó el valor del inmueble de $ 43.400. En concepto de daño moral reclamó $ 15.000 para el caso que la reparación fuese posible y $ 25.000 para el segundo supuesto. Ofreció prueba.

2. La Municipalidad de Guaymallén opuso la excepción de prescripción del art. 4037 como de previo y especial pronunciamiento (fs. 132/134). Fiscalía de Estado adhirió al planteo. A fs. 174/175 vta. el juez rechazó la excepción de incompetencia; el municipio apeló y la Cámara confirmó el decisorio; el recurso extraordinario fue rechazado formalmente por esta Sala por auto del 17/10/2000.

3. A fs. 251/255 el municipio contestó la demanda y negó todo tipo de responsabilidad atribuible a sus funcionarios. Dio su propia versión de los hechos, negó legitimación al actor (a la época de los hechos el propietario era el sindicato, no el demandante), e impugnó la documentación. En apoyo de su posición compareció la Fiscalía de Estado (257 y vta.).

Con posterioridad, la actora desistió de la acción contra la constructora Danilo de Pellegrín SA quien sin embargo permaneció en el juicio como tercero coadyuvante simple a petición de la Fiscalía de Estado.

El sindicato demandado se hizo parte, opuso las defensas de falta de acción y prescripción y en subsidio contestó la demanda; negó los hechos y los montos.

4. Por diferentes razones (conexidad, recusaciones, conflictos de competencia, etc.) y después de numerosas incidencias procesales (nulidades, etc.), el expediente quedó radicado ante el Décimo Segundo Juzgado Civil; en Mayo de 2004, después de haber transcurrido más de siete años desde que la demanda fue interpuesta, se ordenó la producción de la prueba ofrecida.

5. Se rindió, entre otra, la siguiente prueba:

5.1. Confesional de la actora (afirma que la casa no está en ruinas, pero tiene muchos defectos; el esposo hizo un alero para cubrir la ventana y se vino abajo con pared; el tanque se partió; hay un boquete en la esquina de la pieza; realizó un techo en la cochera).

5.2. Documental:

Exptes. administrativos municipales n° 122864 y 094052-S-83; Informe técnico realizado por el ingeniero Silvio Gustavo Giornelli fechado el 6/11/1996 y reconocido por éste; plano de cálculo de estructura; convenio de financiación con garantía hipotecaria entre el sindicato y el Bco. Hipotecario Nacional; cartas documentos entrecruzadas entre las partes del proceso; escritura de venta del inmueble entre el sindicato obrero de la industria y Carlos Narciso Molina e hipoteca a favor del Bco. Hipotecario Nacional; certificación del martillero Víctor H. Favre; convenio de reserva de unidad de vivienda; acta de tenencia precaria; acta de entrega de posesión.

5.3. Pericial:

\* de la Contadora María del Carmen Gómez.

\*del Ingeniero Carlos G. Debandi.

\*de la Licenciada en Psicología Raquel Mercedes Miranda.

\* de la Martillera Ana María Salguero.

Todas fueron impugnadas por la demandada.

5.4. Informativa:

- del Banco Hipotecario;

- del Defensor del Pueblo de la Nación.

6. En marzo de 2005 se denunció la muerte del actor, compareciendo al proceso el administrador de la sucesión, autorizado especialmente por el juez interviniente.

7. El 27/3/2008, el juez de primera instancia rechazó la demanda.

6. Apeló la actora; aclaró que su interés se limitaba al rechazo de la demanda contra la Municipalidad dado que había recibido una indemnización (aunque no completa) de los otros demandados. La contestación del Municipio fue desglosada por haber sido presentada fuera de término. La Cámara acogió el recurso, revocó la decisión de primera instancia y condenó a la Municipalidad de Guaymallén a pagar la suma de $ 64.157, menos la deducción correspondiente en virtud de los pagos recibidos por la actora de los restantes codemandados originales, deudores concurrentes con la condenada, con más los intereses con más los intereses desde el ilícito a la fecha de la sentencia a la tasa de la Ley 4087 y a partir de esa fecha a la tasa de la Ley 7198, cuya aplicación no ha sido discutida, no obstante el plenario reciente de la Corte provincial (“Aguirre”). Razonó del siguiente modo:

(a) El tribunal se ha pronunciado en otros casos nacidas de los mismos hechos y deficiencias sufridas por las viviendas de los vecinos del actor.

(b) El juez de primera instancia negó incumplimientos en el municipio en su obligación de control; sin embargo, las irregularidades denunciadas por el actor tienen su correlativo en los vicios fijados por la pericial rendida, que pudieron y debieron ser constatadas o advertidos cuando las inspecciones de obra se realizaron, de lo cual extrae que las aseveraciones contenidas respecto a las inspecciones que dicen haber realizado son mendaces respecto de las que efectivamente hicieron y, de haberlas hecho, de responder a la regular realización de las obras; si tales irregularidades pudieron ser constatadas por los peritos, no se concibe que no lo fueran por las inspecciones.

Por lo demás, las irregularidades fueron reconocidas por el resto de los demandados. Conforme la jurisprudencia de la Corte Provincial, contando la Municipalidad de Guaymallén con todos los elementos técnicos necesarios para hacer cumplir las normas municipales y provinciales, surge evidente que no advirtió, culposa o dolosamente, fallas groseras durante la construcción de la vivienda.

Tampoco cabe la pretensión de la Municipalidad de que las afirmaciones de los inspectores deben ser argüidas de falsedad pues de la pericia de autos, y de todas las anteriormente analizadas por este tribunal, emana tal discordancia entre aquellas declaraciones y el estado real de la obra.

(c) El daño debe ser analizado en cada uno de los rubros reclamados:

\* Reparación de la vivienda: el perito aporta algunos elementos para que la reparación de la vivienda sea técnicamente posible; no obstante, señaló que la cuestión es compleja, dada por los trabajos a realizar y por la incertidumbre de ciertos aspectos que impiden dar una respuesta certera del costo de la reparación; o sea, hay certidumbre en cuanto a la necesidad de reparar la vivienda para llevarla a condiciones reglamentarias, pero media incertidumbre respecto a la extensión de la reparación pues depende de extremos a comprobar.

En un expediente anterior venido a este tribunal (causa 27.633/32.995) en el que actuó el mismo perito fue resuelto por el tribunal, la causa fue resuelta sobre la base de esa pericia respecto de las llamadas “viviendas apareadas” aceptándose el costo allí fijado de $ 36.427, del que tampoco cabe apartarse en esta oportunidad.

\* Desvalorización venal del inmueble: También en este rubro cabe remitirse a lo expuesto en aquel expediente, que se transcribe, fijándose en $ 7.900 conforme el informe del perito martillero.

\* Privación del uso: al igual que en el anterior se fija $ 4.830 (se transcriben los fundamentos).

\* Daño moral: también se ratifican los montos del juicio anterior; la circunstancia de haber ocupado la vivienda no es el meollo de la cuestión; el problema es, precisamente, estar ocupando la vivienda conociendo que no es segura, y que un sismo puede hacer ceder su estructura, llevando como consecuencias posibles dejar al actor y su familia sin techo. Por lo tanto, cabe conceder como indemnización justa la suma de $ 15.000 fijados a la fecha de la sentencia.

II. Los motivos del recurso de inconstitucionalidad deducido.

El Municipio de Guaymallén sostiene que la sentencia es arbitraria. Argumenta del siguiente modo:

1. Rechazo arbitrario de la excepción de caducidad.

El a quo resuelve arbitrariamente que el plazo de caducidad se computa desde que la obra fue recibida por el actor y no cuando se hizo la tradición al sindicato, hecho ocurrido el 3/5/1985; desecha arbitrariamente la prueba instrumental (acta de recepción de la obra) de la que surge la real fecha de recepción de la obra y consecuentemente el comienzo del plazo de garantía. Ésa es la fecha que cabe tener en consideración sea el actor propietario, tenedor o poseedor.

2. Inexistencia de obra ruinosa.

Las sentencias de grado han dado por acreditada la ruina, exclusivamente, sobre la base de las conclusiones del perito ingeniero civil designado, pero han omitido merituar toda la prueba que la contradice. Ninguna prueba tiene entidad necesaria para tornar ruinosa una vivienda que está habitada hace casi veintitrés años a la fecha y ha soportado innumerables movimientos sísmicos de la más variada envergadura e intensidad sin que la casa y/o sus habitantes hayan sufrido daño alguno, lo que demuestra acabadamente: (i) que la vivienda del actor es sismo-resistente y que durante 23 años ha sido y sigue siendo apta para su destino de vivienda unifamiliar; (ii) La pericia carece de toda seriedad en tanto el profesional ni siquiera ha compulsado el expediente administrativo municipal n° 094052/S/83 en el que se plasmaron todos los trámites administrativos y técnicos referidos a la obra en cuestión. Este expediente es importantísimo y muestra los errores del perito; allí aparece el plano actualizado de toda la obra que el municipio aprobó; el que se secuestró estaba desactualizado debiendo agregarse todas las que se incorporaron en un plano único para todo el barrio, por razones económicas. El plano individual que se secuestró no muestra cómo se construyó. Por un error, al confeccionarse las carpetas individuales de cada una de las viviendas, después de terminada la obra, se sacaron copias del plano de estructura original o viejo, es decir, el no actualizado. Así lo aclaró el arquitecto Casetti. En razón de no haber compulsado el expediente y no haber detectado este error, el perito dice que las construcciones no se ajustan a plano. Más aún, muchas de sus afirmaciones en ese sentido, resultaron falsas desde que se cambió todo el sistema de techos, vigas y aleros de la totalidad de las viviendas.

Por otro lado, el perito no inspeccionó la casa objeto de la litis en su totalidad, sino solo una parte; tampoco visitó la casa vecina, que se encuentra apareada. Sólo vio 3 vigas de un total de 12. Se imputa al Municipio el incumplimiento de las normas del INPRES CIRSOC 103 y 201 siendo que por entonces no estaban vigentes al momento en que el municipio aprobó los planos; la primera versión de estas normas es de noviembre de 1983 y los planos se aprobaron el 29/9/1983. Esa pericia no puede ser considerada por el tribunal por tratarse de informes tendenciosos y no reconocidos.

El expediente administrativo omitido prueba que los vicios que pudieran haber quedado eventualmente acreditados no constituyen ruina en tanto ni desnaturalizan el fin de la obra ni impiden su aprovechamiento adecuado. Las constancias del expediente no muestran que haya deterioros que hagan peligrar la solidez y duración de la obra; no hay inminencia de ruina ni prueba de que la casa sea inviable.

La carencia de ruina surge clara en tanto se advierta que el actor sigue viviendo en el inmueble y la casa sigue siendo útil para su destino. No cualquier defecto de la obra causa ruina; sólo puede ser calificada de tal la que desnaturaliza el fin de la obra o impide su aprovechamiento adecuado, todas circunstancias fácticas inexistentes en el caso. El perito ingeniero afirma que la casa es reparable a un costo de $ 18.213, evaluados al 13/6/2005. Por lo demás, la propia actora afirma que su casa no está en ruina.

El tribunal funda su sentencia en pericias realizadas en otros expedientes, todo lo cual resulta arbitrario y contrario al principio de defensa en juicio.

4. Inexistencia de responsabilidad municipal.

Los jueces de grado atribuyen culpa al municipio al haber aprobado una obra con graves defectos; dicen que los vicios pudieron ser evitados con una inspección correcta. Todas estas afirmaciones son arbitrarias en tanto no tienen prueba que la respalden ni normas que lo apoyen.

Por el contrario, surge del expediente administrativo, no tenido en consideración ni por el perito ni por el tribunal, que el municipio no omitió las obligaciones a su cargo; por el contrario, tramitó la aprobación de la obra cumpliendo todas las normas y reglamentaciones a su cargo; así, el inspector a cargo controló la obra; él no puede ejercer un control completo de todo el desarrollo; esto resulta materialmente imposible. La Municipalidad no es co-constructora de la obra, por lo que no se la puede hacer responsable de las presuntas fallas en su ejecución. Si el inspector realizó el control a requerimiento de la Dirección Técnica de la Obra el día y hora que aparece en el acta, ese instrumento hace plena fe hasta que no se pruebe lo contrario, por ser un instrumento público (art. 979 inc. 2 CC). Nadie ha pretendido nulificar la inspección, ni la ha redargüido de falsedad; por lo tanto, la justicia no puede cuestionar la validez de esa acta de inspección; todo ello no implica que luego de la actuación del inspector, el constructor o un tercero por quien la Municipalidad no debe responder haya cometido un error constructivo. Otro tanto puede decirse de los planos aprobados; el actor debía acreditar cuál ha sido la irregularidad concreta, con incidencia técnica causal que produjo la ruina que invoca; también debió demostrar qué norma debía cumplir la comuna y no cumplió; tampoco ha acreditado cuál fue el acto irregular del agente. La mera falta de solidez de la obra no compromete la responsabilidad del Estado; los vicios que la obra pueda tener son responsabilidad del sindicato y del contratista de la obra, no del Estado municipal. Por haberse realizado estas obras con subsidios del Banco Hipotecario es esta entidad la autorizada a realizar inspecciones; ninguna responsabilidad le incumbe en este sentido al municipio.

La doctrina coincide que no se puede extender irrazonablemente la responsabilidad del Estado por la presunta omisión en el deber de policía de la construcción. En el caso, la Municipalidad hizo los controles de rigor; mas no se le puede reclamar estar todo el tiempo en el lugar.

5. Arbitrariedad en la determinación de los montos.

Para el hipotético caso que no fueran acogidas los agravios anteriores, no hay dudas que los montos fijados son también arbitrarios.

Es verdad que el actor dejó librado el monto a la determinación de los daños materiales que surgieran de la prueba pericial a rendir, pero como ya se ha indicado esa pericia es absolutamente defectuosa; los únicos daños que deben ser indemnizados son los probados. Los costos fijados por el perito son meras hipótesis, especialmente porque, como se ha dicho, el perito no ha mirado toda la vivienda; lo único que constató son daños parciales que no tenían entidad suficiente para ser considerados ruina. Conforme jurisprudencia reiterada, el daño debe ser probado por quien lo invoca; al reducirse la indemnización por el daño material deberán también reducirse las cantidades correspondientes a privación del uso y daño moral.

6. Sentencias contradictorias.

Cabe informar al tribunal que la gran mayoría de las demandas incoadas por los adjudicatarios del Barrio de la Madera están radicadas en el Décimo Segundo Juzgado Civil; en muchos de esos expedientes ha recaído sentencia contraria a las pretensiones de los actores. La sentencia que se recurre está en franca contradicción con lo resuelto en aquellas causas.

7. Omisiones de la sentencia de Cámara.

Para el supuesto que no se admita el recurso, debe disponerse se deduzca del monto de la condena las sumas de dinero ya percibidas; además, deben reducirse los intereses ya que el monto de la reparación fue calculado a la fecha de la pericia y no a la fecha de construida la casa.

Por otro lado, se advierte que en caso de confirmarse judicialmente la ruina de la vivienda implicaría, sin más, considerar el edificio objeto de esta demanda en la categoría de “antirreglamentario” o “no viable” debiendo procederse a su inmediata demolición, conforme lo prevé la Ordenanza Municipal n° 3780/94, todo lo cual deberá tenerse presente.

III. Algunas reglas liminares que dominan el recurso extraordinario de inconstitucionalidad.

Conforme el art. 153 del CPC, para la procedibilidad del recurso extraordinario es necesario que “no se haya consentido un pronunciamiento contrario a la garantía invocada”. Con apoyo en ese texto legal, esta Corte tiene reiteradamente dicho que no son audibles ante esta Corte las cuestiones que surgen de la decisión de primera instancia y que quedaron firmes por no existir agravios contra ellas al fundar el recurso de apelación (LS 152-349; LA 105-281; LA 84-195; LA 86- 408; LA 86-79; 148-38; 154-442).

Por otro lado, afirma reiteradamente que la arbitrariedad fáctica es canalizable a través del recurso de inconstitucionalidad, pero en función de la excepcionalidad del remedio extraordinario y lo dispuesto por el art. 145 del CPC de la Provincia, interpreta restrictivamente las causales. Lo contrario significaría, como tiene dicho la Corte Federal desde antiguo (2/12/1909, “Rey Celestino c. Rocha”), que esta Sala se encuentre en la necesidad de rever los fallos de todos los tribunales, en toda clase de juicios, asumiendo una jurisdicción más amplia que la conferida por la Constitución. Por eso, el rechazo del recurso por este tribunal no significa necesariamente que comparta la solución del fallo, sino tan sólo que está impedido de conocerlo, por resultar irrevisable si no se acredita el vicio de manifiesta arbitrariedad (LS 319-092).

En esta línea de pensamiento, ha dicho que, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de apelación ordinario, cuando se denuncia arbitrariedad a través del recurso extraordinario, se requiere se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación” y que “la presencia de cierta ambigüedad en la exposición de las conclusiones o fallas técnicas en la redacción de la sentencia, no configura en principio falencias de entidad tal que impliquen invalidar o descalificar el fallo como acto jurisdiccional”.

Por estas reglas básicas, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad por arbitrariedad no puede prosperar si la sentencia, no obstante algún argumento erróneo, se sostiene en otros razonables que no han sido suficientemente atacados por el recurrente (Ver LA 90-472; LA 120-363; LS 240-215; LS 276-86; LS 276-96; LS 271-239; LS 270-277).

Por otro lado, el carácter revisor del recurso no autoriza a introducir en la instancia extraordinaria quejas que no han sido incorporadas ante los jueces de grado (LA 81-459; 84-83; 151-370; 171-152; 171-157, etc.).

IV. Una advertencia inicial. Los precedentes de esta sala.

Los defectos de construcción del Barrio “Sindicato de la Madera” ubicado en el departamento de Guaymallén han dado lugar a numerosos procesos individuales inicia-dos por decenas de personas que resultaron adjudicatarias de las casas allí existentes. La complejidad de la cuestión es grave en tanto: (1) esos procesos se han iniciado ante diversos juzgados de primera instancia de la Ciudad de Mendoza; (2) distintos profesionales han intervenido por la parte actora; (3) los demandados no han actuado en igual carácter en todos los expedientes; (4) los montos reclamados por unos y otros son distintos; (5) las defensas opuestas al contestar la demanda y los agravios al recurrir no son totalmente iguales; (6) han actuado distintos peritos y sus conclusiones no son siempre coincidentes; (7) las sentencias de primera instancia y de las Cámaras de Apelaciones tampoco son iguales y difieren en sus motivaciones aun cuando, en muchos casos, coinciden en la solución.

Dos de esos casos ya han sido juzgados por esta Sala (sentencias del 24/2/2009, LS 397-193 y 29/9/2009, LS 405-29) y en la fecha se resuelven, además de éste, otros dos.

La diversidad señalada obliga a analizar cuidadosamente las constancias de cada expediente, especialmente para evitar el vicio de incongruencia que viola la garantía de defensa en juicio, pero entiendo que es de buena política judicial que el tribunal intente generar el menor número posible de desigualdades sustanciales, más allá de las particularidades procesales.

V. Caducidad de la acción por haber vencido el plazo de diez años.

El escrito de contestación de demanda (ver fs. 251/255) nada dice sobre la defensa de caducidad de la acción. Hace una simple mención al plazo de diez años, pero no desarrolla la argumentación. Se trata, pues, de una cuestión introducida extemporáneamente ante el tribunal extraordinario que, como tal, no debe ser tratada, según las reglas antes reseñadas en tanto no integró la litis. En realidad, a través de este agravio, la demandada pretende se revea lo dicho por los tribunales de grado sobre la prescripción de la acción, cuestión oportunamente rechazada y pasada en autoridad de cosa juzgada.

VI. Inexistencia de ruina.

El escrito de contestación de demanda (ver fs. 251/255) nada dice sobre la inexistencia de ruina. Contiene una simple negativa general de los hechos mencionados en la demanda (Niego... 6. Que las viviendas sean ineptas para habitarlas) pero no desarrolla ni siquiera mínimamente la argumentación. Se trata, pues, de una cuestión introducida extemporáneamente ante el tribunal extraordinario que, como tal, no debe ser tratada, según las reglas antes reseñadas en tanto no integró la litis.

VIII. Los presupuestos de la responsabilidad municipal por omisión en la policía de la construcción y la relación de causalidad adecuada.

En este punto, al igual que en el precedente del 24/2/2009 (LS 397-193), la Cámara: (a) dijo que la apelante no podía pretender que las inspecciones realizadas fuesen argüidas de falsedad en tanto las irregularidades en la inspección surgían de la pericia; (b) fundó la responsabilidad del Estado por omisión en el control de la construcción en principios generales que emanan de la jurisprudencia de esta Sala y detalló pormenorizadamente cada uno de los incumplimientos; (c) sostuvo que las obras no eran clandestinas; por el contrario, se trata de un barrio, cuya construcción debió ser controlada de modo suficiente, lo que no ocurrió. Por su parte, en la instancia extraordinaria, el recurrente no había impugnado los criterios jurisprudenciales mencionados; se limitó a sostener que el argumento relativo a que los controles no se hicieron como corresponde no tenía prueba que lo respalde y que el expediente administrativo mostraba que el municipio cumplió las obligaciones a su cargo. La Sala entendió que la argumentación era insuficiente para fundar el grave vicio denunciado, en tanto, de las pericias y del resto de la prueba, el tribunal había deducido que si ese control hubiese existido, las casas no hubiesen presentado vicios tan graves, y que ese argumento no se mostraba absurdo ni ilógico con los caracteres reseñados.

Las razones del esforzado recurrente son insuficientes para declarar arbitraria, por las mismas argumentaciones dadas en el precedente; reitero que no resultan audibles para fundar el grave vicio de arbitrariedad presuntos errores que provienen, precisamente, de la falta de compulsa de expedientes administrativos que han estado bajo el exclusivo control del municipio.

IX. Sentencia extrapetita y arbitrariedad de los montos.

Al igual que en los dos casos anteriores decididos por esta Sala (LS 397-193 y LS 405-29), el recurrente sostiene que los montos fijados son arbitrarios.

Reitero en esta oportunidad que la cuestión planteada por ante esta Sala pasa por la verificación de si, efectivamente, la pericia sobre la cual la sentencia se funda carece de toda logicidad. En esta instancia, los agravios referidos a los montos se vinculaban fundamentalmente a la inexistencia de ruina, pero como he señalado, más allá del acierto o error de la sentencia, al momento de la traba de la litis, la cuestión relativa a la existencia de la ruina no fue discutida.

No inciden en la cuestión que la actora haya dicho en la confesional que su casa “no está en ruinas”, no sólo porque el concepto jurídico no se identifica con el vulgar, sino porque como he relatado, también ha declarado sobre otros hechos que sí la tipifican desde la perspectiva jurídica.

X. La existencia de sentencias contradictorias.

La numerosa cantidad de litigios relativos a reclamos de los adjudicatarios de un barrio por los defectos presentados en la vivienda mencionados por la quejosa obedece a que se da en el caso un supuesto de derechos individuales homogéneos, en tanto nacen de un hecho único.

Lamentablemente, la cuestión no ha sido abordada como acción colectiva (para esta noción y la de derechos individuales homogéneos ver, fundamentalmente sentencia de la CSN del 24/2/2009 recaída en “Halabi, Ernesto c. P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, LA LEY, 2009-B, 461 y JA 2009-II-609) y, consecuentemente, la multiplicidad de expedientes crea el peligro de decisiones contradictorias, tal como lo señala toda la doctrina que comenta el leading case mencionado (Azar, María J., “Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN”, LA LEY, 2009-D, 1029; Badeni, Gregorio, “El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos”, en LA LEY, 2009-B, 255; Boico, Roberto, “La nueva etapa del amparo colectivo. El caso ‘Halabi’ y el actual escenario del art. 43 de la CN”, LA LEY, 2009-B, 208; Cassagne, Juan C., “Derechos de incidencia colectiva. Los efectos erga omnes de la sentencia. Problema del reconocimiento de la acción colectiva”, en LA LEY, 2009-B, 646; Catalano, Mariana y González Rodríguez, Lorena, “Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema”, LA LEY, 2009-B, 599; Dalla Vía, Alberto, “El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad”, JA 2009-II-636; De la Rúa, Fernando y Saravia Frías, Bernardo, “Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal”, LA LEY, 2009-C, 247; García Pulles, Fernando, “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”, en LA LEY, 2009-B, 187; Gelli, María A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, LA LEY, 2009-B, 533; Gómez, Claudio y Salomón, Marcelo, “La Constitución Nacional y las acciones colectivas: reflexiones en torno al caso ‘Halabi’”, LA LEY, 2009-C, 338; Sabsay, Daniel A, “El derecho a la intimidad y la acción de clase”, LA LEY, 2009-B, 401; Maurino, G., y Sigal, M., “‘Halabi’: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, en JA 2009-II-641; Palazzo, Eugenio, “Hoy como ayer, la Corte Suprema instaura nuevas vías procesales. Luces y sombras de ‘Halabi’ a 100 años de ‘Rey c. Rocha’”, ED boletín del 25/3/2009, Constitucional, Serie especial (no aparece en tomo); Rodríguez, Carlos, “Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CSJN”, Doc. Jud. 2009-725; Rosales Cuello, RT. y Guiridlian Larosa, J., “Nuevas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’”, LA LEY, 2009-D, 424; Sagüés, Néstor, “La creación judicial del ‘amparo-acción de clase-como proceso constitucional’”, JA 2009-II-627; Sola, Juan Vicente, “El caso ‘Halabi’ y la creación de las acciones colectivas”, LA LEY, 2009-B, 154; Sprovieri, Luis, “Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo ‘Halabi’”, en JA 2009-II-655; Toricelli, Maximiliano, “Un importante avance en materia de legitimación activa”, LA LEY, 2009-B, 202; Ventura, A., y Pisacco, M., “La Corte creó la acción colectiva”, en Rev. de Derecho público, 2009-1, pág. 547).

A esta circunstancia cabe agregar las limitaciones a las que he hecho referencia al comenzar el análisis de los agravios referidas a las diferencias existentes entre los expedientes que llegan a esta Sala.

Consecuentemente, y lamentablemente, no está en manos de esta Corte, resolver todos los problemas que derivan de decisiones contradictorias.

XI. El pago recibido de los codemandados y las otras cuestiones que se peticiona se aclaren.

La sentencia recurrida aclara que, de la suma fijada, deben descontarse las recibidas de los otros codemandados. No hay, pues, nada que aclarar respecto a esta cuestión.

La tasa de interés ha sido correctamente fijada por el tribunal, conforme la jurisprudencia de esta Sala; es decir, se aplica la tasa de la 4087 hasta el momento de la de-terminación del daño; respecto del momento ulterior, señalo que la sentencia de grado, sin impugnación de la actora, ha dejado las cosas del modo más beneficioso para el municipio desde que manda pagar la tasa pasiva, en razón de que la actora no peticionó la inconstitucionalidad de la Ley 7198.

La cuestión relativa a la posible demolición del inmueble por encontrarse en estado de ruina deberá ser planteada por el municipio a la parte actora al momento del pago; se trata de una cuestión ulterior, que por su eventualidad no puede ser resuelta en esta etapa posterior por esta Sala.

XII. Conclusiones.

Por todo lo expuesto, corresponde, como en el precedente, rechazar el recurso deducido, en tanto, más allá de su acierto o error, la sentencia sigue manteniéndose como acto jurisdiccional válido.

Así voto.

El doctor Romano, adhiere al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora Aída Kemelmajer d e Carlucci dijo:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

El doctor Romano, adhiere al voto que antecede.

3ª cuestión. — La doctora Aída Kemelmajer d e Carlucci dijo:

Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la parte recurrente que resulta vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Así voto.

El doctor Romano, adhiere al voto que antecede.

Y Vistos: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, Resuelve: I. Rechazar el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad interpuesto a fs. 49/90 de autos. II. Imponer las costas a la parte recurrente vencida. III. Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dres.: M. B. M., en la suma de pesos tres mil ochenta ($ 3.080); G. F., en la suma de pesos novecientos veinticuatro ($ 924) (arts. 15 y 31 de la Ley 3641). La presente resolución no es suscripta por Dr. Pedro Jorge Llorente, por encontrarse en uso de licencia (art. 88 ap. III del C.P.C.). — Fernando Romano. — Aída Kemelmajer d e Carlucci.

Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza • 30/06/2009 • Abraham, José c. Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots.

• LLGran Cuyo 2009 (octubre) , 879 RCyS 2009-X , 185 • AR/JUR/22204/2009La Municipalidad demandada resulta responsable por los daños y perjuicios sufridos por el propietario de un inmueble que presenta graves defectos estructurales de construcción, ya que, los probados vicios constructivos, las violaciones a normativas e inadecuaciones de la obra ejecutada con el plano aprobado, hubieran sido constatados o advertidos si el municipio hubiera realizado correctamente las inspecciones reglamentarias a su cargo.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 18/11/1997 • Ravinovich, Héctor c. Municipalidad de Vicente López • LLBA 1998 , 184 • AR/JUR/37/1997El principio que rige toda indemnización es el de la integridad y ésta se traduce en el derecho a una reparación que no tan sólo se haga cargo del daño emergente, sino que atienda también a la privación que el acto ocasiona en las ventajas económicas esperadas, de acuerdo a posibilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas.

Sumarios:

1. El principio que rige toda indemnización es el de la integridad y ésta se traduce en el derecho a una reparación que no tan sólo se haga cargo del daño emergente, sino que atienda también a la privación que el acto ocasiona en las ventajas económicas esperadas, de acuerdo a posibilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas.

2. Si bien la procedencia de la indemnización por lucro cesante se supedita a que se privare al acreedor de ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas, en materia de responsabilidad del Estado, los jueces deben actuar con suma prudencia verificando si efectivamente se han producido los daños alegados, a fin de evitar que la solución a la que arriben no resulte manifiestamente irrazonable.

3. Los actos revocatorios de la autoridad municipal, legítimamente adoptados en ejercicio de sus poderes, no excluye la posibilidad que el particular damnificado por la ordenanza pueda reclamar y obtener una congruente indemnización conforme los principios de derecho público que rigen la responsabilidad del estado por sus actos válidos.

4. Cabe hacer lugar al perjuicio sufrido por la pérdida del valor del terreno si el mismo tenía un valor al momento de edificarse según las normas vigentes cuando fue aprobado el respectivo permiso y otro vigentes las posteriores, que no permiten el emplazamiento autorizado, pues el titular del inmueble pudo haber utilizado el terreno para varios usos diferentes, uno de los cuales consistió en la edificación elegida y es en ese sentido que adquirió un derecho que luego la accionada restringió, por lo cual la depreciación sufrida merece ser reparada.

5. La pretensión encaminada a obtener el cobro de una indemnización en concepto de daño emergente y lucro cesante ocasionado con motivo de la revocación y limitación del permiso otorgado por la Municipalidad para construir una obra debe analizarse a la luz de los principios que informan un supuesto especial de responsabilidad objetiva del Estado, motivada en el ejercicio de una actividad lícita, esto es, la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

6. Corresponde indemnizar el reclamo concerniente al costo de demolición de lo construido y la restitución del predio a las condiciones fijadas por el Código de edificación vigente si la nueva reglamentación estableció pautas distintas e imprevisibles para el demandante quien tuvo que demoler lo construido en contravención, dicha solución resulta acertada toda vez que al momento de proyectarse la obra y hasta un avanzado estado de la construcción, el accionante obró con sujeción a las normas que posibilitaban originariamente la edificación.

7. Si bien es cierto que la asistencia letrada en sede administrativa no resulta obligatoria, las especiales características del caso concerniente a la responsabilidad de la municipalidad y la garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional), justifican plenamente la intervención de profesionales del derecho.

Texto Completo:

     La Plata, noviembre 18 de 1997.

     1ª ¿Es fundada la demanda respecto de la reparación del daño emergente y del lucro cesante? En caso afirmativo: 2ª ¿qué indemnización corresponde fijar?

     1ª cuestión.- El doctor Laborde dijo:

     I. El actor pretende la reparación patrimonial derivada de los efectos atribuidos al acto que dispuso la revocación del permiso de edificación otorgado para la realización de una obra en el inmueble de la calle Darwin 210 de la localidad de La Lucila, Partido de Vicente López.

     Cabe aclarar que ambas partes admiten el alcance de la sentencia dictada por el tribunal en la causa B. 47.881 (13/8/80), en la cual se debatió la legitimidad de la decisión revocatoria municipal que afectó la obra autorizada en dicho inmueble rechazándose la demanda por la inexistencia de vicios, aunque se destacó la posibilidad de que la actora solicitase una indemnización conforme a los principios que rigen la responsabilidad del Estado por sus actos válidos.

     II. El actor reclamó administrativamente los daños y perjuicios atribuidos a la resolución revocatoria (expte. adm. 4119-13156/81, fs. 1/32).

     La Municipalidad demandada resolvió la reclamación administrativa mediante el decreto del intendente 2112, limitando su responsabilidad al eventual daño emergente que se acreditase en el procedimiento y -consecuentemente excluyó el lucro cesante pretendido (expte. adm. cit., fs. 233/234).

     También decidió la apertura a prueba del trámite para determinar los rubros y los montos correspondientes.

     Por último, dispuso el llamado a concurso de títulos y méritos para la contratación de los servicios de un profesional, que posteriormente fue designado para la realización de los dictámenes pertinentes, pero no se registraron mayores impulsos en la tramitación del expediente.

     Los peticionarios formularon el requerimiento de pronto despacho invocando la habilitación de esta instancia contencioso administrativa por la retardación atribuida a la comuna en la resolución del reclamo (art. 7, Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo).

     III. De los antecedentes expuestos se desprende que el actor, por un lado, impugna los actos que rechazaron su pretensión de reconocimiento del lucro cesante (dec. 2112, expte. adm. fs. 233/234), materia habilitada por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fs. 224; fotocopias causa B. 50.622 agregadas por cuerda, resolución de fs. 200/203), y por otro en virtud de la retardación imputada en resolver la tramitación de la prueba del daño emergente (B. 50.622).

     El derecho a la indemnización pretendida aparece, pues, reconocido indeterminadamente por la propia municipalidad de Vicente López en el referido dec. 2112/83.

     La accionada al contestar las demandas controvierte exclusivamente los alcances de la indemnización por daño emergente desconociendo la procedencia del lucro cesante.

     IV. De tal modo, el pronunciamiento del tribunal debe definir exclusivamente la extensión del reconocimiento de los perjuicios reclamados por el actor.

     Se configura, así, un caso de actividad lícita de la Administración que torna indemnizable el daño provocado a los particulares -como lo ha resuelto esta Corte siempre que el mismo sea efectivo, individualizado, evaluable económicamente y se ajuste al concepto de "sacrificio especial" en el sentido que incida sobre ciertos individuos y supere los pequeños daños derivados de la convivencia (B. 47.871, "Yabra", 18/V/82; B. 49.312, "Promenade", 20/III/90; B. 50.682, "Carstone", 20/XII/94).

     En este aspecto debo recordar que he adherido al criterio mayoritario del tribunal que reconoce la reparación patrimonial exclusivamente del daño emergente establecido en la causa B. 47.871, "Yabra", 22/X/85 (v. A. y S., 1985-III-248; v. mi voto en la causa B. 49.312, "Promenade", 20/III/90, A. y S., 1990-I-523; v. asimismo "Carstone", 20/XII/94).

     En tales precedentes se destacó -entre otras consideraciones que el fundamento del derecho del administrado a ser indemnizado se asienta en la garantía de inviolabilidad de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional). Por ello lo que la Constitución Nacional establece respecto a la indemnización en materia de expropiación, constituye un principio general de derecho, aplicable a hipótesis en que un derecho patrimonial cede por razones de interés público (Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", 2ª ed., t. II, p. 629; LA LEY, 1980-B, 817; ED, Nº 6280, 22/VII/85, p. 1).

     La reparación patrimonial pretendida se vincula con la afectación de un derecho subjetivo de naturaleza administrativa, situación reglada por las previsiones del Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo y por las normas de responsabilidad vigentes en el ámbito del derecho público (expropiación). En ello, la cuestión se diferencia sustancialmente de los casos en que se reclama la indemnización de los daños y perjuicios reconocidos por el derecho civil ante el menoscabo patrimonial producido por la actividad del Estado (arts. 1068, 1069, 1112 y concs., Cód. Civil) en los cuales el tribunal estableció pautas de reparación integral (Ac. 57.166, "Roig de Orge", 20/II/96; Ac. 45.556,"García", 11/VIII/92 -LA LEY, 1993-B,125).

     Juzgo entonces que corresponde aplicar -en lo referente a la fijación de la indemnizaciónlas normas análogas establecidas para el juicio de expropiación (art. 16, Cód. Civil). Y ellas desde siempre han excluido el lucro cesante como rubro indemnizable (art. 8, ley 5708).

     Sobre la base de tal criterio rector corresponde analizar los rubros pretendidos, acudiendo a la prueba pericial producida en autos (arts. 474, Cód. Procesal, y 25, Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo).

     V. Las partes han coincidido en someter a la determinación pericial los siguientes rubros: 1. pérdida del mayor valor del terreno; 2. valor de lo invertido en la obra; 3. costo de la demolición de la obra; 4. valor "plus" de lo invertido en la obra; 5. valor de lo invertido en la obra después de la paralización; 6. valor residual del terreno; 7. valor de la pérdida de la venta de la obra terminada; y 8. honorarios por proyecto, dirección y construcción.

     Fuera de tal coincidencia la actora sometió a dictamen del experto los rubros: 1. Valor de la obra a la fecha de la pericia y 2. Valor actual de la casa demolida, los cuales no han sido cuestionados por la demandada. Por su parte, la Municipalidad solicitó al perito se expidiese sobre el costo de la rescisión de diversos contratos.

     Abordaré el tratamiento de cada rubro según la metodología adoptada por los expertos.

     1. Entiendo que debe hacerse lugar al perjuicio sufrido por la pérdida del valor del terreno, ya que el mismo tenía un valor al momento de edificarse según las normas vigentes cuando fue aprobado el respectivo permiso y otro vigentes las posteriores que no permiten el emplazamiento autorizado. En aquella oportunidad el titular del inmueble pudo haber utilizado el terreno para varios usos diferentes, uno de los cuales consistió en la edificación elegida y en ese sentido adquirió un derecho que luego la accionada restringió. El valor en menos que tiene en la actualidad el terreno debe ser reparado (conclusión Nº 1 del dictamen pericial fs. 495, B. 50.622; conf. causa B. 50.682, "Carstone S.A.").

     2. También corresponde hacer lugar al reconocimiento del valor de lo invertido hasta el momento de la paralización de la obra. Los rubros motivo de los gastos ocasionados hasta aquella oportunidad, surgen identificados por los peritos a fs. 495 vta./496.

     3. Por el contrario no puede hacerse lugar al requerimiento del valor de la casa existente en el predio y que fuera demolida en ocasión del emprendimiento paralizado, con exclusión del terreno. Ello por cuanto el destino asignado al inmueble (que motiva el reconocimiento expresado en el ap. 1), es comprensivo de la inversión necesaria para afrontar el objetivo propuesto. La demolición de la casa fue presupuesto necesario para la nueva edificación, y ello en punto a la valoración del actor en pos de una operación más ventajosa. Tal diferencia ha sido recompensada con la reparación establecida como mayor valor del terreno (conf. causa B. 50.682 citada).

     4. Con relación al costo de la demolición de lo construido y la restitución del predio a las condicione fijadas por el Código de edificación vigente, considero debe hacerse lugar a lo reclamado. Al momento de proyectarse la obra y hasta la construcción del piso Nº 7, el actor obró con sujeción a las normas que posibilitaban la edificación. La nueva reglamentación estableció pautas distintas e imprevisibles para el actor quien debió demoler lo construido contraviniéndolas. Los peritos actuantes destacan que debió demolerse todo lo construido y no una parte, lo que es decisivo para reconocer este ítem. Por otra parte no es ocioso destacar que la Municipalidad intimó a la actora a que efectuara la demolición bajo apercibimiento de realizarla por sí y a cuenta del constructor.

     5. Debo rechazar la pretendida pérdida del plus de rentabilidad posible por lo invertido, fundada en que el conjunto incorporado a la obra tiene un valor mayor a la simple suma de los elementos componentes, toda vez que habiéndose reconocido el valor real de lo invertido en la construcción queda -a mi juicio recompuesto íntegramente el concepto de reparación del daño emergente por dicho evento.

     6. En cuanto a la suma que debió invertirse en la obra con posterioridad a su paralización deben reconocerse los ítems indispensables para el mantenimiento y ordenamiento del predio de acuerdo a las nuevas previsiones normativas. A tal fin fueron necesarios: el alambrado perimetral y su conservación, limpieza general de la vereda, su reparación y compactación, pagos a Segba por consumo de la obra y rehabilitación de servicio, y los gastos ocasionados por la multa de orden contravencional.

     7. Corresponde rechazar la pérdida de la rentabilidad posible del valor del terreno motivada en la supuesta inmovilización ocasionada durante un largo lapso. Tal pretensión traduce una expectativa que no alcanza a trascender el marco de lo probable. Por ello carece de certeza y no constituye un dato efectivo, concreto y probado (conf. B. 50.682, "Carstone", 20/XII/94, publicada en A. y S., 1994-IV-523). En rigor, se trata de un requerimiento de lucro cesante encubierto y como tal improcedente.

     8. Los honorarios de los profesionales intervinientes, es decir arquitectos, proyectistas y director de obra, constituyen un gasto necesario que debe imputarse al costo de inversión que devenga el mayor valor del terreno como consecuencia del destino orientado a la ejecución de la obra según lo señalara al considerar el primero de los rubros (v. punto 1). Debe desestimarse la indemnización reclamada por este concepto.

     9. Por el contrario, los gastos en concepto de honorarios profesionales de abogados y escribanos devengados en los distintos reclamos administrativos -erróneamente incluido en el resarcimiento del lucro cesante configuran un daño cierto que pudo ser evitado por el Municipio. Ello excluye los gastos de defensa judicial incluidos, obviamente, en la reclamación administrativa que es el objeto de la presente.

     En ese sentido tengo en cuenta que el actor accede a la instancia contencioso administrativa -por via de retardación luego de un largo trámite que exigió se realizara una pericia sobre los daños.

     Si bien es cierto que la asistencia letrada en sede administrativa no resulta obligatoria, las especiales características del caso y la garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional), justifican plenamente la intervención de profesionales del derecho. El presente reconocimiento será determinado a tenor de las acreditaciones que se produzcan por las partes en la etapa de ejecución de sentencia.

     VI. Por los motivos antes expuestos reitero que debe rechazarse el lucro cesante.

     VII. Con los alcances señalados, corresponde hacer lugar a las demandas entabladas en la presente causa y su acumulada B. 50.622, dejando sin efecto los actos administrativos impugnados, reconociendo el derecho de los actores al reconocimiento del daño emergente pretendido -en los términos señalados, y condenando a la demandada a pagar a la actora la suma que resulte de la liquidación que teniendo como base las pautas indicadas se practique. Los rubros han sido determinados con actualización monetaria al 31/III/91 e intereses al 6% anual hasta dicha fecha, de acuerdo al criterio del tribunal en la materia.

     A partir del 1/IV/91 el interés será liquidado exclusivamente sobre el capital reajustado (art. 623, Cód. Civil) de acuerdo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación hasta el pago efectivo (arts. 8º, ley 23.698; 622, 623, Cód. Civil, B. 49.245, "Edificadora Maral", res. 5/V/92).

     Las costas por su orden por no configurarse el caso que para imponerlas prevé el art. 17 del Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo.

     La liquidación que ajustada a tales pautas se practique deberá cancelarse en un plazo de sesenta días (arts. 163 y 215, Constitución provincial).

     Con los alcances parciales señalados, voto por la afirmativa.

     El doctor Negri dijo:

     Adhiero a lo expuesto por el doctor Laborde en cuanto al reconocimiento de los perjuicios determinados en materia de daño emergente.

     No comparto su criterio en tanto limita los alcances de la reparación patrimonial exclusivamente al daño emergente.

     Asumida la responsabilidad por la propia Municipalidad demandada, la reparación de los perjuicios que fueron ocasionados a los actores con la revocación del permiso de construcción corresponde sea plena (v. mi voto en B. 49.312, "Promenade", 20/III/90 y disidencia en B. 50.682, "Carstone", sent. 20/XII/94).

     El principio que rige toda indemnización es el de la integridad y ésta se traduce en el derecho a una reparación que no tan sólo se haga cargo del daño emergente, sino que atienda también la privación que el acto ocasiona en las ventajas económicas esperadas, de acuerdo a posibilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas (C.S.N. Fallos: t. 297, p. 280; t. 307, p. 933; t.149 XXXI, "Tecniyes SA", sent. 14/III/89, voto del doctor Petracchi en causa "Motor Once", sent. 9/V/89 -LA LEY, 1989-D, 25).

     La circunstancia de tratarse de una "chance" no quita certeza al daño (conf. "Código Comentado", Belluscio-Zannoni, t. 2, p. 715 y siguientes) en tanto constituye una posibilidad de ganancia que resulta frustrada.

     En consecuencia debe reconocerse, además de los rubros indicados por el doctor Laborde, en concepto de daño emergente, el lucro cesante.

     Costas por su orden (art. 17, Cod. de Proced. en lo Contencioso Administrativo). Voto por la afirmativa.

     Los doctores San Martín, Salas y Ghione, por los fundamentos dados por el doctor Laborde, votaran la primera cuestión también por la afirmativa.

     El doctor Hitters dijo:

     Adhiero al voto del doctor Negri en cuanto a la amplitud del reconocimiento patrimonial, y a mayor abundamiento, señalo que:

     Liminarmente destaco que el objeto de la pretensión actoral está direccionado a obtener el cobro de la indemnización en concepto de daño emergente y lucro cesante ocasionado con motivo de la revocación y limitación del permiso otorgado oportunamente por la Municipalidad de Vicente López para construir una obra en la localidad de La Lucila.

     Es dable señalar además, que este tribunal en la causa B. 47.881, sentencia del 13/VIII/80, se pronunció declarando que los actos revocatorios de la citada Municipalidad, habían sido legítimamente adoptados en ejercicio de sus poderes, señalando que "...ello no excluye la posibilidad de que el particular damnificado por la ordenanza pueda reclamar y obtener una congrua indemnización conforme a los principios de derecho público que rigen la responsabilidad del Estado por sus actos válidos...".

     Es decir, que el caso "sub examine" debe analizarse a la luz de los principios que informan un supuesto especial de responsabilidad objetiva del Estado, motivada en el ejercicio de una actividad lícita, esta es, la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

     Esta prerrogativa estatal se funda en principios básicos del Derecho Administrativo, es decir, en la potencialidad que se le reconoce a la Administración Pública de cumplir con los intereses públicos, valorados en cada momento, y por ende, cuando lo estime conveniente ejercitar la facultad extintiva de sus decisiones anteriores.

     Pero si los actos revocados han generado derechos subjetivos para el administrado, y el cambio de decisión de la Administración supone una lesión a los mismos, se origina la responsabilidad estatal y el consecuente deber de reparación.

     Así lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia a partir del pronunciamiento dictado el 22/XII/75, "in re" "Los Pinos S.A. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (Fallos: 293:617 -LA LEY, 1976-B, 300), admitiendo desde entonces la responsabilidad del Estado por su obrar lícito.

     Reconocida, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, la obligación del Estado de responder por las consecuencias dañosas de su actividad "lícita" -con fundamento en los postulados del estado de derecho, la cuestión controvertida en autos se centra en determinar el "quantum" indemnizatorio, es decir, si la reparación debe ser integral, comprensiva tanto del daño emergente, como del lucro cesante.

     Sobre el particular, el análisis de la jurisprudencia del máximo tribunal de la Nación exhibe, en un principio, una postura negatoria respecto a la admisión del lucro cesante, con fundamento en que "la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16, Cód. Civil), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado por el ámbito en que se desenvuelve. De ahí que sus normas resulten viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del derecho común relativas a la responsabilidad civil" ("in re", "Cantón, Mario E. c. Gobierno nacional s. ordinario" fallada el 15 de mayo de 1979, entre otras -LA LEY, 1979-C, 219).

     Este criterio se mantuvo invariable hasta que en la causa "Sánchez Granel, obras de Ingeniería S.A. c. Dirección nacional de Vialidad", fallada el 20 de setiembre de 1984 -LA LEY, 1985-A, 88, la Corte marcó un nuevo rumbo en punto a la extensión del resarcimiento que debe acordarse a un contratista del Estado, decidiendo que "es principio recibido por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, nacionales y extranjeras, el de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos, que originan perjuicios a particulares. Este principio se traduce en el derecho a una indemnización plena por parte del damnificado, que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas ni constituye enriquecimiento sin causa para acceder o una sanción para el responsable". Aclarado que "frente a una rescisión contractual unilateral, por parte del Estado, no caben ser aplicadas analógicamente las normas y principios de la expropiación en punto a la no procedencia del reclamo por lucro cesante, ya que la expropiación supone una restricción mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a expropiación (Fallos: 306: 1409 -LA LEY, 1985-A, 88; doctrina ratificada "in re" "Cadesa S.A. c. Estado Nacional (A.N.A.) s/ por daños y perjuicios", C.44 XXII, sentencia del 21 de marzo de 1989, consid. 6º).

     Si bien en la causa "Motor Once S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires", fallada el 9 de mayo de 1989, se observa que ese cuerpo jurisdiccional vuelve a su postura clásica (con disidencia del doctor Petracchi), en pronunciamientos posteriores, reconoce nuevamente el lucro cesante con motivo del daño ocasionado por el Estado en la ejecución de obras públicas requeridas para el cumplimiento de funciones estatales.

     Así, en la causa "Jucalán Forestal, Agropecuaria S.A. c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", (del 23/XI/89), sostuvo que "los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por los particulares que se hubiesen derivado de aquéllos, por lo que no puede limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas. Tal principio se traduce en el derecho a una fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular".

     Añadiendo que "tratándose de la responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que causan perjuicios a particulares, no cabe omitir la reparación del lucro cesante mediante la pretendida aplicación analógica de la ley de expropiaciones".

     Esta doctrina se reitera en posteriores pronunciamientos ("Cachau, Oscar José c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", "Discam S.A. c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" y "Don Santiago S.C.A." c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", fallados el 16 de junio de 1993, "Seoane Remigio y otra c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" y "Bernardo Ciddio, Aquiles y otra c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", ambos de fecha 2 de julio de 1993; "Fernández Badie, Julio Alberto c. provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" del 28 de julio de 1994, entre otros).

     De la reseña jurisprudencial efectuada, se observa que en materia de responsabilidad del Estado derivada de sus "actos lícitos", la Corte Suprema nacional se orienta hacia la admisión del lucro cesante, con fundamento en el principio jurídico de la integridad de la indemnización, apartándose de la clásica hermenéutica que receptaba la aplicación analógica de la solución expropiatoria; si bien -y esto me parece importante destacarlo la procedencia de dicho rubro la supedita a la circunstancia de que "se privare al acreedor de ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas, debida y estrictamente comprobadas" (Fallos: 297:280 -LA LEY, 1977-C, 500; 307:933; 306:1409 -LA LEY, 1985-A, 88; t. 149, XXI "Tecniyes S.A. c. Balcón S.A.", sentencia del 14 de marzo de 1989), máxime cuando en la materia, los jueces deben actuar con suma prudencia verificando si efectivamente se han producido los daños alegados, a fin de evitar que la solución a la que arriben no resulte manifiestamente irrazonable" (Fallos: 308:1049 y 2612).

     A la luz de los precedentes citados entiendo que la temática abordada debe resolverse siguiendo el principio de la reparación integral, suscribiendo la tesis según la cual el reconocimiento del lucro cesante no debe ser negado "ab initio".

     Ello, pues si bien es cierto que "la responsabilidad por actividad lícita del Estado tiene carácter complejo por ausencia de normas específicas que regulen la materia y por inaplicabilidad de las normas sobre la "responsabilidad civil" que tiene como presupuesto normal la antijuridicidad (SC Buenos Aires causa B. 49.350, sent. del 3/X/87, "Delta Plata S.A."), no puede desconocerse que el derecho es uno, el edificio jurídico es único y coronado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales que revisten su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna); estas normas supremas son el elemento aglutinante y la base sobre la cual reposa todo el ordenamiento legal.

     Tal como señaló Morello "La procedencia del deber de resarcir en esta vertiente del derecho público, muestra la disociación de un obrar lícito del Estado, que entra en colisión, sin embargo, con sus fines, porque su primera misión es garantizar el patrimonio de sus habitantes. Desde esta perspectiva la garantía constitucional que trasciende del art. 17 de la Constitución Nacional, no sólo se hace efectiva a través del régimen expropiatorio, sino, además, mediante la cobertura de los daños que se causan al particular y que éste, obviamente, no está en la obligación de absorber y soportar. La hipótesis se asienta, pues, en el marco comprensivo de la "responsabilidad" por acto lícita en donde, en la búsqueda de una causa atributiva del deber de compensar, se encuentra el mejor fundamento en la garantía que constitucionalmente acuerda protección patrimonial a las situaciones en que sobrevive un deterioro económico particularizado, un verdadero sacrificio que no tiene por qué ser asumido y menos de un modo exclusivo, por los afectados (Morello, Augusto Mario, "Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito", ED, 120-887).

     Por tanto, interpreto que en el marco que brinda ese ordenamiento superior debemos hallar la solución de la cuestión controvertida. Así los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional garantizan la inviolabilidad de la propiedad y concordantemente el art. 21 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirma tal postulada esencial al expresar que "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa...".

     En tal orden de ideas es pertinente recordar que el Máximo Tribunal Federal desde antiguo se ha pronunciado acerca del alcance del patrimonio cuya inviolabilidad garantiza la Constitución, expresando que "El término propiedad, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos) a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad" (Fallos: 145:307; 184:137 -LA LEY, 141-109; 195:66; 294:152; 300:143 -LA LEY, 1979-C, 618, JA, Grup. caso 3701; 305:1045, entre otros).

     La amplitud con la cual la Corte nacional ha conceptualizado a la propiedad y la garantía de indemnización justa que acuerda el Pacto de San José de Costa Rica a toda persona que es privada de sus bienes, constituyen el fundamento básico que legitima el principio de reparación integral, que incluye al "daño emergente" y "al lucro cesante", entendido este rubro, en su exacta acepción como la probabilidad objetiva, debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas, conforme a las circunstancias del caso.

     Es decir "la reparación del lucro cesante no se apoya, pues, en una simple posibilidad de ganancia ni constituye un enriquecimiento sin causa para el acreedor o una pena para el que debe abonarla, y menos 'un beneficio para el particular por causa de utilidad pública', ya que reemplaza en el patrimonio del afectado aquello que legítimamente se le había incorporado por la actividad desplegada y los elementos de trabajo y capital armonizados en el empeño. En la concepción estricta tampoco cabe aceptar que la indemnización del lucro cesante signifique un beneficio sin necesidad de trabajar ni que se genere un pago sin causa, conceptos sólo validos para las ganancias conjeturales y no para el referido lucro cesante en su concepción correcta" (Guastavino, Elías p. "Indemnizaciones por la actividad lícita lesiva del Estado", ED, 118-190).

     Finalmente, reitero que si desde la vertiente constitucional se impone el principio de la reparación integral, no cabe aplicar a la cuestión abordada, por vía de interpretación analógica, el criterio restrictivo del lucro cesante prevista en las leyes expropiatorias, toda vez que una de las limitaciones que siempre se han reconocido a la aplicación de la analogía, es su empleo cuando el término de comparación que tiene solución legal es excepcional (Linares, Juan Francisco, "El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación", LA LEY, 24-178).

     La reparación debe integrarse con el daño emergente y el lucro cesante. Voto por la afirmativa.

     Costas por su orden (art. 17. Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo).

     El doctor Pettigiani, por los fundamentos expuestos por los doctores Negri e Hitters, adhirió a la indemnización plena, votando la primera cuestión por la afirmativa.

     El doctor de Lázzari dijo:

     I. En lo concerniente al daño emergente, adhiero al voto del doctor Laborde, compartiendo la reparación de los rubros por él señalados.

     II. En relación al lucro cesante adhiero al voto del doctor Negri en cuanto concierne a la procedencia de la indemnización. Suscribo asimismo los fundamentos que en la misma dirección agrega el doctor Hitter. Voto por la afirmativa.

     Costas por su orden (art. 17, Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo).

     El doctor de la Cruz dijo:

     Adhiero al voto del doctor Hitters y doy el mío también por la afirmativa.

     2ª cuestión.- El doctor Laborde dijo:

     En virtud del resultado que arroja la votación a la primera cuestión planteada, que por mayoría se reconoce tanto el daño emergente como el lucro cesante, dejando a salvo mi opinión contraria a tal solución, debo valorar los alcances de las pruebas rendidas en autos.

     En efecto, tomando como base lo expresado precedentemente y teniendo en cuenta que la determinación de la ganancia que se realiza en el punto 10 del dictamen pericial obrante en autos carece, apreciada de conformidad con lo que preceptúan los arts. 384 y 474 del Cód. Procesal Civil y Comercial, de fundamentación objetiva e indubitable -advierto que, en definitiva, los montos allí fijados provienen, por una parte, de una insuficientemente explicada duplicación del valor del metro cuadrado de construcción estimado por publicación especializada (ver punto 1 del dictamen) y, por otra, del examen realizado en las actuaciones administrativas por expertos de la hoy actora, estimo que en el caso debe condenarse a la demandada a abonar a la accionante, en concepto de lucro cesante, el 10% del importe fijado como daño emergente (arts. 25, Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo; 165 y 384, Cód. Procesal).

     Ello, sin perjuicio de las adecuaciones que, en virtud de lo dispuesto en la ley 24.283, de acuerdo a lo manifestado por la demandada al contestar el traslado que del aludido dictamen pericial se le confiriera, corresponda efectuar en la etapa de ejecución de la sentencia. Así lo voto.

     El doctor Negri dijo:

     I. Disiento con la valoración de la prueba substanciada en autos y que hace al monto del lucro cesante que para el caso consiste en la diferencia existente entre el precio que hubiera costado terminar la obra y el de la venta del inmueble (punto 10 del dictamen; fs. 496 vta.).

     Ello aparece documentado por los peritos a fs. 495/496 vta. El cálculo aparece establecido en dicho dictamen.

     La suma debe ajustarse con el método propuesto y los intereses indicados en la primera cuestión respeto del daño emergente.

     II. Tampoco encuentro razones en punto al porqué de reducir en forma tan significativa el porcentaje fijado en materia de reconocimiento de lucro cesante, el que estimo debe prosperar en un 50%. Así lo voto.

     Los doctores San Martín, Salas y Ghione, con la salvedad efectuada por el doctor Laborde, adhirieron al voto de éste y votaron la segunda cuestión en igual sentido.

     El doctor Hitters dijo:

     En mérito a las valoraciones realizadas por el doctor Laborde respecto de la prueba pericial producida en autos, las cuales comparto, adhiero al porcentaje fijado y voto por el 10% del importe señalado por el juez del primer voto. Así lo voto.

     El doctor Pettigiani, por los fundamentos dados por los jueces Laborde e Hitters, votó la segunda cuestión en igual sentido.

     El doctor de Lázzari dijo:

     I. Adhiero a la cuantificación propuesta por el doctor Laborde.

     II. En este sentido la prueba pericial rendida en autos no proporciona una base racional suficiente para la determinación del "quantum" indemnizatorio, de allí que corresponde apartarse de la misma fijando el monto propuesto por el doctor Laborde al que me sumo (art. 165, Cód. Procesal). Así lo voto.

     El doctor de la Cruz, por los fundamentos dados por los doctores Laborde e Hitters, votó la segunda cuestión en igual sentido.

     Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que antecede, por mayoría, se dejan sin efecto los actos administrativos impugnados, reconociendo el derecho de los actores al pago de los daños comprobados en materia de daño emergente y en concepto de lucro cesante al 10% del importe fijado por el primero, con más la actualización monetaria e intereses fijados precedentemente.

     Los valores serán actualizados por el promedio de los índices de precios al Consumidor Nivel General y Costo de la Construcción, publicados por el I.N.D.E.C. hasta el 31/III/91 (art. 80, ley 23.928).

     A tal importe deberá adicionarse el correspondiente interés calculado a la tasa del 6% anual por el mismo período. A partir del 1/IV/91 el interés será liquidado exclusivamente sobre el capital reajustado (art. 623, Cód. Civil) de acuerdo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación hasta el pago efectivo (arts. 8º ley 23.698; 622, 623, Cód. Civil; B. 49.245, "Edificadora Maral", res. 5/V/92).

     Las costas por su orden por no configurarse el caso que para imponerlas prevé el art. 17 del Cód. de Proced. en lo Contencioso Administrativo.

     La liquidación que ajustada a tales pautas se practique deberá cancelarse en un plazo de sesenta días (arts. 163 y 215, Constitución provincial).- Elías H. Laborde.- Héctor Negri.- Guillermo D. San Martín.- Juan M. Salas.- Ernesto Ghione.- Juan C. Hitters.- Eduardo J. Pettigiani.- Eduardo N. de Lázzari.- Eduardo M. de la Cruz.

# Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E • 11/03/1981 • Morales, Restituto c. Club Atlético Vélez Sársfield y otros LA LEY 1981-B

, 523 con nota de Jorge Joaquín Llambías ED 93 , 690 • AR/JUR/1600/1981La seguridad colectiva no tiene sentido sino en función de la seguridad personal. Por cierto que la mayoría de los decretos y ordenanzas que reglamentan actividades humanas en el ámbito municipal tienden a la consecución de un bien común, pero por esa misma razón surge la responsabilidad de la Comuna cuando, en un caso singular, no ha puesto en práctica las atribuciones conferidas por las normas.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F • 07/07/1980 • Almirón de Barba, Estela y otros c. Glusberg, Santiago y otros • LA LEY 1981-A , 198 ED 91 , 455 • AR/JUR/5815/1980Lo atinente a la función de policía edilicia se encuentra regulado por una ley -1260 (Adla, 1881-1888, 96), vigente a la época del derrumbe de autos- dictada por el Congreso Nacional actuando como legislatura local (art. 67, inc. 27, Constitución Nacional), la que obviamente tenía prelación sobre normas municipales posteriores. De ahí que la Municipalidad, en ejercicio de su poder de policía, no haya podido dictar normas que eximan o limiten el cumplimiento de su función policial en materia edilicia impuesta por la ley citada, ya que en todo caso tales normas debían dictarse para asegurar su recto cumplimiento.

19 • Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 7a Nominación de Córdoba • 16/10/1996 • Nigro, Juan y otro c. Municipalidad de Río Ceballos. • LLC 1997 , 599 • AR/JUR/4568/1996Limitarse a negar, sin más argumentos, presenta serios riesgos para quien es reclamado por algún derecho. Ello, toda vez que demostrada, aunque parcialmente, la veracidad de lo negado, puede tomarse como cierta la relación de hechos denunciada por los accionantes. El mentir sobre un hecho permite inferir que hubo engaño sobre el resto. De este modo el abuso de la negación se vuelve contra el demandado.

4 - Responsabilidad del Estado por establecimiento o modificación de las líneas municipal y de edificación • Simeonoff, Jorge Gustavo • LA LEY 1992-D , 1245 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV , 1517 • AR/DOC/21958/2001

8 • Conjuntos inmobiliarios. Régimen vigente y regulación proyectada • Culaciati, Martín Miguel • APBA 2013-6-745

I. Introducción.— II. Primera parte. Clubes de campo.— III. Segunda parte. Barrios privados.— IV. Tercera parte. El nuevo derecho real

9 • \*\* Locación de obra: Obligaciones del locador de obra • Spota, Alberto G. (h.) • • AR/DOC/459/2012

# Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I “Bornstein, Alicia M. c. Ciudad de Buenos Aires” • 05/03/2003 Cita Online: AR/JUR/1690/2003

Hechos

La propietaria de un departamento promovió amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires impugnando la orden de paralización y regularización o demolición de obras de carácter constructivo realizadas en el bien. La inspección había labrado un acta en la hizo constar la existencia de aberturas antirreglamentarias en la medianera y una construcción en la terraza del frente, sin que se exhibiera documentación y cartel reglamentario. La amparista afirmó la mendacidad del acta de inspección porque no ejecutó obra alguna y el inspector no ingresó a su propiedad, pero reconoció que había existido una ampliación de la superficie del departamento anterior a la adquisición por ella. El amparo fue rechazado. Apeló la actora. La cámara confirma lo resuelto.Sumarios1 - Es improcedente la acción de amparo por la cual el propietario de un inmueble impugna la orden de paralización y regularización o demolición de obras de carácter constructivo realizadas sin el permiso correspondiente (art. 2.2.5.1., Cód. de la Edificación), emitida por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, ya que la existencia de la construcción no es un hecho controvertido ni tampoco lo es su clandestinidad, toda vez que no alegó que él o sus antecesores en el dominio hubieran solicitado y obtenido el correspondiente permiso de obra.2 - No es arbitrario a los fines de la acción de amparo, el acto por el cual el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ordenó al propietario de un inmueble la paralización y regularización o demolición de obras de carácter constructivo realizadas sin el permiso correspondiente, toda vez que se encuentra comprobada la existencia y clandestinidad de la construcción, por lo que aquél se manifiesta como el ejercicio de las atribuciones que competen a la administración en cumplimiento de su función de policía inmobiliaria catastral y de la edificación.

TEXTO COMPLETO:2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 5 de 2003.Vistos: Estos autos, para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte actora -a fs. 74/7, memorial cuyo traslado no fue contestado- contra la sentencia obrante a fs. 71/3.La Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 87/9, propiciando que se confirme el pronunciamiento apelado.I. La actora promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires-Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro, impugnando la orden de paralización y regularización o demolición de obras de carácter constructivo, con relación al inmueble de su propiedad sito en la calle ...Según los términos del acta de inspección obrante en copia a fs. 18, el día 4/4/02 se constató la existencia de obras de carácter constructivo en el inmueble mencionado -aberturas antirreglamentarias en la medianera, construcción en la terraza (balcón) del frente (ampliación de dormitorio y baño nuevo)-, sin exhibirse documentación y cartel reglamentario a fin de acreditar el permiso correspondiente. Por ello se intimó a la inmediata paralización de la obra y su justificación dentro del plazo de 48 hs., o bien la paralización bajo apercibimiento de disponer su clausura, sin perjuicio de la aplicación de multas periódicas. A su vez, en la cédula de notificación fechada el día 5/4/02, se intimó al propietario para que paralice la obra en forma inmediata y, en el plazo de cinco días, proceda a su demolición o regularización, según corresponda, haciendo saber que la falta de cumplimiento de la intimación dará lugar a la aplicación de una sanción al propietario y al profesional o empresa actuante y la clausura de la obra (fs. 19).La parte actora sostuvo que adquirió el inmueble el día 13 de diciembre de 2000, que desde esa fecha no ha ejecutado ninguna obra en su propiedad, que el inspector no ingresó a su departamento y que, por lo tanto, el acta de infracción es mendaz. Argumentó que, en consecuencia, el acto impugnado lesiona en forma manifiestamente ilegítima y arbitraria sus derechos constitucionales.Sin embargo reconoció, por un lado, que en el año 1991 se amplió la superficie construida de la unidad -circunstancia que fue detectada por el Gobierno y dio lugar a la adecuación del empadronamiento del bien- y, por el otro, que en el año 1993 el propietario de un departamento ubicado en el séptimo piso del edificio manifestó durante una asamblea del consorcio que la construcción de un baño en el balcón terraza del octavo piso producía filtraciones en su propiedad.Solicitó que, con carácter cautelar, se disponga la prohibición de innovar a fin de mantener la situación existente en su propiedad.II. A fs. 26/8 el señor magistrado de primer grado desestimó la medida cautelar, decisión que se encuentra firme en virtud de lo resuelto por esta Alzada en el incidente de apelación.III. Al producir el informe previsto por el art. 8° de la ley 16.986, la parte demandada cuestionó la procedencia de la acción, por razones formales y materiales (fs. 55/63).IV. Al dictar sentencia el señor juez a quo no hizo lugar a la demanda (fs. 71/3). Este pronunciamiento fue apelado por la parte actora -a tenor de los fundamentos vertidos en su memorial- circunstancia que motiva la intervención del Tribunal.V. Tal como surge de la reseña efectuada en el apartado I, la existencia de la construcción en el inmueble de la actora no es un hecho controvertido. En efecto, la apelante sólo cuestionó la afirmación -vertida a fs. 18- según la cual las obras habrían estado en ejecución al practicarse la inspección.Ello sentado, corresponde concluir que el presunto vicio del acto, consistente en que -según afirma la recurrente- la verificación no se realizó, es inconsistente. En primer lugar, por cuanto el resultado de la constatación -esto es, la existencia de la construcción- no ha sido desconocida. Antes bien, de los términos de la demanda se infiere el reconocimiento expreso de la ampliación del inmueble, aunque con anterioridad a su adquisición por parte de la actora. En segundo lugar, del informe efectuado por el Director General de Fiscalización de Obras y Catastro se desprende que se detectó la realización de trabajos constructivos en el piso 8°, dpto. "A", del edificio sito en la calle... y que de lo actuado por el inspector surge que la constatación se realizó desde la terraza del departamento "A" del piso 9°, pues en la unidad funcional en cuestión no respondieron a los insistentes llamados por el portero eléctrico y, por ello, el encargado del edificio acompañó al inspector y facilitó la verificación desde el piso superior (fs. 54).Cabe poner de relieve que ese informe -y el croquis adjunto, en el que se detalla la construcción (fs. 52)- no han sido objetados por la apelante.VI. Tampoco es motivo de controversia la clandestinidad de los trabajos, toda vez que la parte actora no alegó que -ya sea ella o sus antecesores en el dominio- hayan solicitado y obtenido el correspondiente permiso de obra (arts. 2.1.1.1 y 59, Código de la Edificación).A todo evento, del citado informe agregado a fs. 54 surge que la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro consultó a Sección Estadística y Contable acerca de la presentación de declaración jurada de las obras, a los efectos de la liquidación de los derechos de delineación y construcción, informándose que no se presentó ninguna documentación. Asimismo, la consulta al Sistema Unico de Mesa de Entradas confirmó que no se inició un expediente para obtener el permiso de obra.Es oportuno resaltar que la recurrente no ha rebatido el argumento del primer sentenciante, conforme el cual, el solo transcurso del tiempo no otorga legitimidad a las obras construidas al margen de la reglamentación en materia de edificación (pronunciamiento apelado, consid. V). A ello cabe agregar que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba y, recíprocamente, nadie puede adquirir un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquél de quien lo adquiere (art. 3270, C.C.).Luego, la ilegitimidad de la obra ejecutada sin permiso -que no resulta subsanada por el transcurso del tiempo- al constituir un aspecto de la condición jurídica del bien se transmite con su enajenación, a los ulteriores propietarios. Elle permite apreciar que -contrariamente a lo que aparenta entender la actora- el hecho de que la construcción haya sido ejecutada por ella o por los anteriores propietarios del inmueble resulta irrelevante.Por lo tanto, si bien el acta de inspección contiene una manifestación imprecisa -al expresar que "Se llevan a cabo obras de carácter constructivo..."-, esta circunstancia resulta insustancial toda vez que, según lo dicho, no modifica la decisión del caso.VII. Parece ocioso señalar que el cobro de una diferencia de la contribución de alumbrado, barrido y limpieza, territorial, de pavimentos y aceras y ley 23.415, en concepto de adecuación de empadronamiento del inmueble (fs. 17) -invocada por la actora como supuesto consentimiento de la construcción clandestina, por parte del Gobierno de la Ciudad- es ineficaz para sustituir el permiso. En efecto, la percepción de aquélla -manifestación de la potestad tributaria del Estado- es una cuestión enteramente distinta y, por lo tanto, no permite inferir la conformidad alegada, para lo cual la legislación aplicable exige el permiso de obra otorgado por el órgano competente.VIII. Conforme el art. 2.2.5.1 del Código de la Edificación, la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro debe suspender toda obra que se ejecute sin permiso o que, teniéndolo, no se realice de acuerdo a las disposiciones vigentes. Por su parte, el art. 2.2.5.2 establece que el órgano debe intimar al profesional o al propietario responsable para que dentro de plazos adecuados a los trabajos a realizar- proceda a demoler y/o regularizar la obra.Así las cosas, comprobada la existencia y clandestinidad de la construcción -a tenor de lo expuesto en los considerandos precedentes- corresponde concluir que el acto cuestionado no resulta manifiestamente ilegítimo y arbitrario. Por el contrario, se manifiesta como el ejercicio de las atribuciones que competen a la administración en cumplimiento de su función de policía inmobiliaria catastral y de la edificación (esta sala, "in re": "Namger S.A. c. G.C.B.A.-D.G.R. s/Amparo", expte. n° 1713; art. 104 -inc. 11- CCABA).IX. Finalmente, no se advierte que la intimación lesione, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías constitucionales de la actora -en los términos de los arts. 43 C.N., 14 CCABA y 1 de la ley 16.986- pues, según los términos del acto -y tal como se mencionó al resolver sobre la medida cautelar- se encuentra al alcance de la actora efectuar las diligencias tendientes a regularizar la obra y, de tal manera, evitar cualquiera de las consecuencias detalladas en la intimación -imposición de una multa al propietario, sanción al profesional o empresa interviniente, clausura de la obra, obligación de demoler-.Por los argumentos expuestos, corresponde desestimar los agravios y confirmar la sentencia apelada.En mérito a las consideraciones vertidas, normas y jurisprudencia citadas, y de conformidad con lo dictaminado por la Fiscal de Cámara; el Tribunal resuelve: Confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto ha sido motivo de apelación y agravio. Sin costas (art. 14, CCABA). - Inés M. Weinberg de Roca. - Carlos F. Balbín. - Horacio G. A. Corti.

# Novo, Enrique F “La legitimación de los administrados para la protección de sus derechos respecto de edificaciones y construcciones colindantes” Cita Online: AP/DOC/1862/2013

I. INTRODUCCIÓNNos sentimos instados a escribir al respecto luego de analizar un caso concreto sucedido en la ciudad de Río Cuarto, en el que un matrimonio, al conocer que se habían vendido dos lotes cuyos contrafrentes daban contra su propiedad, solicitó participación en el expediente administrativo en el que los nuevos propietarios habían presentado planos para su visación, requirió copia de aquél y reclamó a la Municipalidad que hiciera respetar las nuevas ordenanzas que se habían dictado meses atrás (más precisamente había sido sancionado el nuevo Código de Planeamiento Urbano (1) que establecía 3 m de contrafrente en los edificios que se construyeran en la zona, siempre que superaran los tres pisos de altura).La preocupación del matrimonio no era menor, ya que si no se respetaba la nueva ordenanza y la edificación a construirse fuera de gran altura, durante varios años deberían soportar los andamios, las herramientas y el trabajo de los albañiles dentro de su patio, con el consecuente riesgo que ello insumiría, principalmente, en perjuicio de las hijas menores de ambos (que en dicho momento tenían dos años).La Municipalidad contestó que autorizaba que se fotocopiara el expediente pero rechazó el pedido de participación aduciendo que los solicitantes "no han acreditado derecho subjetivo o interés legítimo alguno... Los posibles peligros en la salud de los comparecientes por caída de material de construcción u otros no bastan para ser tenidos como parte en el procedimiento administrativo (...) repárese en el absurdo en que se caería si se permitiera la participación en el procedimiento administrativo a todos los linderos de las construcciones de la ciudad (...) los retiros establecidos en las ordenanzas municipales no son puestos en miras del interés individual de los vecinos, sino del interés público del Municipio" (2). En síntesis, les negó la legitimación procedimental sobre la base de lo expuesto y citando textualmente el art. 13, ord. 282/1985 (3).La pareja, a su vez y antes de recibir la respuesta en la que se hacía referencia al dictamen cuyos puntos destacados se transcribieron en el párrafo anterior, había acudido ante el Poder Judicial mediante la vía del amparo, ante el silencio de la Administración. Es importante precisar que cuando los actores obtuvieron la documentación (copia del expediente administrativo) advirtieron que su preocupación no había sido exagerada: al lado de su casa se construiría un edificio de más de once pisos de altura, 20 m de frente y 40 de fondo —fondo que se procuraba construir directamente contra su medianera (que daba a la cocina y, principalmente, al patio de su casa donde diariamente salían sus hijas menores)—.El tribunal actuante rechazó la admisibilidad de la acción, en virtud de que consideró que los actores carecían de legitimación procesal. Casi al unísono con la respuesta administrativa, el juez actuante también se basó en el mencionado art. 13, ord. 282/1985 (Código de Procedimiento Municipal), pero no en el párrafo en el que se aludía a la necesidad de contar con derechos subjetivos o intereses legítimos para actuar, sino en el que expresamente dice "El que instare un procedimiento relacionado con obras o servicios públicos, o con el objeto de lograr una decisión comprendida en las facultades potestativas de la Municipalidad, no será tenido por parte en el procedimiento".El juez estimó que ejecutar y hacer cumplir una ordenanza dictada en pos del interés público constituía una "facultad potestativa" de la Municipalidad y por ello, los vecinos que reclamasen su respeto no podrían accionar en la faz judicial.Los demandantes impugnaron esta decisión y convencieron al tribunal de que "abriera" el amparo.La Municipalidad, en la presentación del informe del art. 8, Ley de Amparo, manifestó que la Administración local carecía de legitimación pasiva para estar en el juicio y citó el fallo "Aguirre, José G. v. Municipalidad de Córdoba s/amparo" (4).En el mismo escrito precisó que quienes podrían ser demandados, de producirse un daño como consecuencia de la construcción nueva, eran los empresarios que habían comprado los lotes y construirían el edificio. Asimismo, pidió que se citara a los empresarios en calidad de terceros en el juicio del amparo y requirió al juez que fijara una audiencia de conciliación.Los actores rechazaron el pedido de intervención de tercero, no sólo porque dicha figura no estaba prevista en la ley 4915 sino porque adujeron que quien no estaba haciendo cumplir la norma —que ella misma había sancionado— era la Municipalidad y que los empresarios avanzarían mientras la Administración les permitiese. Sí prestaron conformidad a que los empresarios pudieran participar de la audiencia de conciliación pedida por la accionada.Finalmente, en la audiencia de conciliación, los empresarios se avinieron a respetar la nueva ordenanza (en especial, al retiro de contrafrente impuesto), la Municipalidad se comprometió a darle urgencia en el tratamiento de visación de los nuevos planos y en otorgarle el permiso de demolición para no demorar más la obra y los actores cedieron en la fijación de costas por el orden causado (5).Debido a esto último, no hubo una expresión judicial definitiva respecto de la legitimación de los actores (en sede administrativa y en sede judicial) ni tampoco respecto de cuál norma es la que rige en casos de modificaciones legislativas mientras tramita un expediente administrativo de las características señaladas.Ello nos motivó investigar al respecto y dejar algunas palabras para que cuando un caso concreto similar aparezca en el futuro, las partes y el magistrado se encuentren con estas ideas.No desconocemos que las normas que regulan el procedimiento administrativo, el urbanismo y la edificación resultan de la competencia municipal y que no todas ellas coinciden con las de Río Cuarto, pero sí sabemos que los conflictos que se han generado como consecuencia del notorio avance de la construcción de edificios de gran altura constituyen una problemática reiterada en todas las principales ciudades de este extenso país.II. ¿TIENEN O NO LEGITIMACIÓN PROCEDIMENTAL Y PROCESAL PARA CONTROLAR OBRAS PRIVADAS SUS VECINOS?Estimamos que esta incógnita ha surgido tanto en los despachos de abogados como de jueces, donde el meollo de la incertidumbre ha radicado en las consecuencias de los fines públicos que ostentan los códigos urbanísticos y de edificación municipales, entre otras normas de igual carácter.Siendo que estas normas han sido dictadas por Concejos Deliberantes en resguardo de bienes jurídicos públicos como los de seguridad, tranquilidad, convivencia, organicidad, etc., ¿podría entonces un vecino de un terreno, en el cual el titular ha presentado planos de edificación para su visación, un permiso de demolición o uno de obra, solicitar participación en el expediente administrativo de referencia a los fines de comprobar el respeto por dichas reglas jurídicas?Resulta importante advertir que la ordenanza que rige el procedimiento administrativo en la Municipalidad de Río Cuarto constituye una irregular mezcla (o copia textual de artículos) de la ley nacional 19549 (6) con la ley provincial 6658 (7).Y si bien el art. 13 de aquélla realmente prescribe que "El que instare un procedimiento (...) con el objeto de lograr una decisión comprendida en las facultades potestativas de la Municipalidad, no será tenido por parte en el procedimiento", el análisis de la cuestión obliga a interpretar la norma en forma sistémica.Al respecto vale destacar la necesidad de leer los arts. 1, 7, 8, 13, 14, 15 y 23, ord. 282/1985.Conforme a su art. 1, la ord. 282/1985 rige no sólo en forma directa a los procedimientos administrativos generales u ordinarios, sino también en forma supletoria para los trámites administrativos que tengan establecidos regímenes especiales.El art. 8 garantiza "a los interesados" el derecho al debido proceso adjetivo, es decir, los derechos a ser oído, a ofrecer prueba y a una decisión fundada.La primera parte del art. 13 expresamente asegura que la actuación administrativa puede iniciarse a petición de quien tenga "derecho o interés legítimo" sin perjuicio de la participación que puedan requerir quienes puedan ver afectados sus derechos subjetivos o intereses legítimos.El art. 14 garantiza el derecho al acceso al expediente, durante todo su trámite, de la "parte interesada".Por último, el art. 15 avala la presentación espontánea de terceros, precisando que ella "no retrotraerá el curso del procedimiento".De todos los artículos vistos, se desprende que el tercero que considere que en el marco o como consecuencia de un procedimiento administrativo pueden afectarse sus derechos subjetivos o intereses legítimos, puede presentarse espontáneamente en un procedimiento administrativo y requerir el respeto de las normas a los fines de su protección y de evitar que un acto u omisión de la Administración Pública derive en su perjuicio.A partir de lo expresado, la duda que surge son las objeciones planteadas tanto por la Municipalidad de Río Cuarto como por el tribunal actuante en el caso anteriormente comentado:¿Tiene un vecino de un terreno donde se construirá un edificio de gran altura el derecho subjetivo o el interés legítimo a que la Municipalidad haga cumplir una norma dictada en resguardo del interés público?¿Es una facultad potestativa de la Administración hacer cumplir una norma dictada en resguardo del interés público?Según Domingo Sesin (8) el "debido procedimiento previo a todo acto administrativo" es más abarcativo que el derecho de defensa en juicio ya que incluye no sólo el derecho a ser oído sino también a la publicidad del procedimiento, a poder ofrecer y controlar prueba y a una decisión fundada.Asimismo, el referido jurista explica que los principios de igualdad e imparcialidad "en la praxis se aplica, esencialmente, frente a intereses contrapuestos de los interesados en el marco de un procedimiento administrativo determinado (...) Éste adquiere el carácter de contradictorio y la Administración está obligada a dar participación imparcial a los interesados..." (9). El destacado nos pertenece.Por otro lado, tiene dicho la doctrina que el respeto al debido proceso adjetivo adquiere mayor relevancia en materia de procedimientos administrativos, ya que en cierto modo puede afirmarse que la garantía que él comporta funciona tanto en defensa del interés privado del recurrente, como del interés público o bien común, en tanto el administrado persigue indirectamente la satisfacción de este último (10).A la par, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en: "Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores v. Panamá)", reconoció que constituye un derecho humano la obtención de todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la Administración excluida de cumplir con este deber. "Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (...) En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la Administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la Administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. P. ej., no puede la Administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso".En ese marco, se sostiene que la existencia de un procedimiento administrativo regido por principios derivados del sistema del Pacto de San José de Costa Rica, forma parte de la garantía denominada "tutela administrativa efectiva".El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su preámbulo reconoce la obligación de los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos. En el art. 2, n. 3, garantiza que: i) toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales (letra a); ii) la autoridad competente administrativa, o cualquier otra competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso (letra b). Por su parte, el art. 14, n. 1 asegura el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (entendido como opuesto a penal).La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8, n. 1, consagra el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.Asimismo, el art. 25, n. 1, de la mencionada Convención reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la ampare contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. El n. 2, letra a, garantiza que las autoridades competentes decidirán sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.Por su parte, la Corte Sup., en el conocido fallo "Astorga Brancht" (11) sostuvo que la garantía de tutela administrativa y judicial efectiva "requiere, que por sobre todas las cosas, no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia o decisión fundada...".Como bien señala Armando Canosa (12), del fallo dictado en la causa "Astorga Bracht" "pueden extraerse tres premisas fundamentales, a saber: a) la consolidación del denominado derecho a la tutela administrativa efectiva; b) la reiteración de la vigencia en nuestro derecho del denominado derecho a la tutela judicial efectiva; c) el reconocimiento de la posibilidad de interponer recursos administrativos pero sólo como un derecho; d) la obligación de resolver que carga sobre la Administración, y el consecuente derecho del particular a solicitar tal actitud".En definitiva y como bien señala Gastón Oberda, "la intervención de terceros no es sino una aplicación más del respeto en el deber de buena fe que debe incardinar el obrar de la Administración y de la garantía del debido proceso en sede administrativa (...) Por último, se ha sostenido que la intervención de terceros es una forma de garantizar la transparencia en el procedimiento administrativo" (13).Es claro que quien pretende que se le otorgue la condición de "parte" procura fiscalizar el cumplimiento —por parte de quienes pretenden construir en los fundos linderos—, de las normas que fueron sancionadas justamente para darles seguridad física y para proteger sus bienes, tales como las normas locales que aseguran la indemnidad de los desagües, la submuraciones, la realización de las constataciones en los inmuebles linderos, la contratación de seguro de responsabilidad civil, la factibilidad de las empresas de servicios públicos, la presentación del Informe Técnico de Seguridad de viviendas linderas (informe de las obras de protección y submuración, etc.) previstos en las ords. 555/1993, 47/1996, 40/2008, 1745/2008, 1082/2011 y 992/2011, entre otras y los decs. 1105/1993, 47/1996 y 1011/2009, entre otros, así como también las normas argentinas para construcciones sismorresistentes.De lo consignado entendemos que existen en estos casos derechos subjetivos públicos cuyo respeto puede reclamarse, tanto como el derecho a la protección de la salud, a la seguridad física personal y de los demás integrantes de la familia y el derecho a la indemnidad de los bienes inmuebles y muebles que pudieran ser afectados.Estimamos que la excusa puesta por la Municipalidad en el caso concreto ut supra aludido, no es más que la máscara con que se pretende evitar la participación de un número mayor de administrados en los expedientes donde tramitan los pedidos y autorizaciones de edificación. Expresar, como lo hizo la Administración consultiva, que "los peligros en la salud de los comparecientes por caída de materiales de construcción u otros, no bastan como para ser tenidos como parte" (14) se acerca más a un exabrupto jurídico que a un argumento razonable.Tampoco compartimos, por lo antes detallado y por las consideraciones que agregaremos seguidamente, la inicial postura judicial (luego modificada) que propugnó que el hecho de reclamar al Estado local que haga respetar el Código de Planeamiento Urbano, en resguardo de los derechos subjetivos antes detallados, constituyera una intromisión en facultades postestativas, atento a que si bien es cierto que dicha norma fue sancionada en resguardo del interés público municipal, no por ello el administrado perjudicado por su incumplimiento se encuentra amordazado jurídicamente.Es, al decir de Juan Carlos Cassagne, "lo que se ha denominado el efecto reflejo del derecho objetivo" (15).Bien vale transcribir la explicación efectuada por Juan Carlos Cassagne: "En una reseña de las concepciones de mayor arraigo en la doctrina comparada no puede dejar de mencionarse la tesis, ya clásica del derecho italiano, sostenida por Ranelletti y autores de la talla de Zanobini, que partiendo de la idea de exclusividad del interés afirman que no todo interés aparece garantizado por el derecho bajo la forma de derecho subjetivo. En esta corriente, el derecho subjetivo sólo surge cuando en el sujeto es reconocida una potestad de querer, mientras que una norma garantiza intereses individuales o colectivos, sin atribuir esa potestad de querer, hay interés legítimo y no derecho subjetivo. Aunque las normas de este tipo han sido dictadas únicamente en interés general y no tienen como fin garantizar directamente derechos subjetivos, puede acontecer que a través del respeto del interés general, resulten en forma ocasional protegidos los intereses de una persona. Es lo que se ha denominado el efecto reflejo del derecho objetivo". El destacado nos pertenece.Susana Parés, al explicar los alcances del término "afectado" en el art. 43, CN, señala que los llamados derechos reflejos o intereses legítimos se refieren a los bienes o intereses jurídicos custodiados por normas establecidas en beneficio de una zona, sector o grupo y que sus beneficios de satisfacción se realicen en forma coincidente, concurrente y simultánea (...) Mas a la hora de realizar un reclamo judicial respecto de ellos se requiere que exista un interés individual y directo en la cuestión (16).No nos parece que en el caso "Aguirre, José G." se haya profundizado sobre este tema lo suficiente y necesario como para darle a dicho fallo el carácter de precedente válido para dilucidar esta cuestión. Ello, atento a que justamente en ese caso el actor objetaba la constitucionalidad de una ordenanza en defensa de su derecho a la intimidad sin invocar su incompatibilidad con el Código Civil. En cambio en el caso concreto que originó este análisis, los actores habían solicitado, administrativa y judicialmente, algo muy distinto: la aplicación y respeto de la ordenanza que la misma accionada dictó y promulgó.A continuación transcribimos la parte del fallo citado que acreditaría que los hechos que dieron lugar a dicho precedente resultan muy diferentes al caso en cuestión:"...Debo destacar en primer término que, pese a los cuestionamientos del apelante, la sentencia recurrida resulta acertada cuando descarta que exista en el caso una lesión a su derecho de propiedad (invocado como 'derecho al disfrute de su propiedad') o a su derecho a la intimidad. En efecto, no cabe en el caso ni siquiera analizar la razonabilidad de la ordenanza en cuestión desde el punto de vista del derecho de propiedad del actor, porque ésta no lo restringe para nada. Por el contrario, lo que él pretende es que la ordenanza establezca una restricción aún más severa que la vigente, sobre el derecho similar que su colindante ejerce sobre la propiedad vecina."Es que las limitaciones que el amparista dice que habrá de sufrir en el uso y goce de su propiedad y en su intimidad, si las hubiere, no serán consecuencia de una restricción impuesta por el poder público, sino del uso y goce que el propietario del fundo vecino pueda hacer del mismo. Lo que se pretende entonces no es ampararse frente a un avance indebido de la autoridad sobre el derecho del amparista, sino que aquélla avance en la restricción del derecho de su vecino más de lo que lo ha hecho, para impedir que desde las terrazas que se habrían proyectado en ese edificio haya contacto visual con su jardín...".Como bien puede apreciarse, en el caso de referencia el actor procuraba que una ordenanza que permitía la realización de una obra fuera declarada inconstitucional por irrazonable, hechos hartamente disímiles al caso que analizamos donde los interesados le reclamaron al Municipio que hiciera respetar la ordenanza por él dictada.Y si bien, reiteramos, coincidimos en que los retiros impuestos por la nueva normativa revisten una finalidad de bien público (la seguridad de los bienes y de las personas de todos los colindantes de edificios a construirse), ello no obsta para que un particular pueda exigir su respeto a la misma Municipalidad que dictó la norma, si su violación lo afecta directamente.Diversos fallos han ampliado el esquema clásico de la legitimación por intereses legítimos reconociéndola en supuestos en los que el accionante que no había sido parte en el procedimiento administrativo resultaba afectado por la resolución recaída en tal sede, por determinadas condiciones objetivas que así lo puntualizaban.Resulta indispensable ver el caso fallado por la Sup. Corte Bs. As., en los autos "Rusconi, Oscar v. Municipalidad de la Plata", LL 1996-C-22, que cambió la jurisprudencia en materia de legitimación para actuar de los vecinos de una obra frente a permisos de una Municipalidad: se trató de una acción judicial interpuesta por un vecino de una estación de servicio que se pretendía ampliar. Rusconi accionó en contra de la Municipalidad, en contra de los actos administrativos que posibilitaron la obra, solicitando que se declare su nulidad absoluta y el resarcimiento de los daños patrimoniales y morales sufridos. En esta causa, también el actor le objetó al municipio haber posibilitado una obra en franca violación a la normativa vigente. La Municipalidad interpuso excepción de incompetencia porque adujo falta de legitimación del actor y la Suprema Corte de Buenos Aires, en este excelente fallo comentado en La Ley por el administrativista Carlos Botassi, rechazó la excepción y declaró procedente la acción.Es de utilidad revisar también otros fallos en que particulares, ante la inminencia de un acto lesivo ocasionado por normas dictadas en procura del interés público, acudieron a la justicia con resultados favorables, los que hoy son leading case en la materia respecto de legitimaciones sustanciales y procesales: entre estos se destacan los interesantísimos fallos dictados en las causas "Vaggione, Rafael v. Provincia de Córdoba-Amparo" (C. Civ. Córdoba 5ª, del 12/8/1994) y "Halabi, Ernetso v. Poder Ejecutivo Nacional - Amparo" (Corte Sup., del 24/2/1009).En el primero de ellos, un vecino de la ciudad de Córdoba (exdecano de la Facultad de Derecho de la UNC) interpuso una acción de amparo a los fines de resguardar la fachada de un edificio provincial, ante la omisión de la provincia en incluir esa protección en los pliegos de un concurso de iniciativa privada. Es dable destacar que los pliegos constituyen normas reglamentarias que procuran el interés público.En el segundo caso, que a nivel nacional desde 2009 modificó la visión jurisprudencial de la legitimación para actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva, el actor objetó una serie de normas dictadas en procura del bien común y del interés público: la ley 25873 y el dec. regl. 1563/2004. El actor consideró violentado el derecho laboral y de privacidad y la sentencia tuvo efectos erga omnes.También es trascendente lo que explica Cassagne, citando a Guicciardi, al distinguir interés legítimo y derecho subjetivo, precisando que ello surge de la diferenciación entre normas de acción y normas de relación, y que las primeras están orientadas hacia el plano interno de la Administración reglamentando la actividad administrativa dese la óptica del interés público. Este autor admite la configuración del interés legítimo, entre otros casos, cuando "el administrado se encuentra en una posición de hecho que lo hace más sensible que otros respecto de un acto administrativo (v.gr., la Administración que cierra un camino afecta más directamente a los propietarios de inmuebles con frente a dicha calle)" (17).El mismo jurista, además agrega que "el interés legítimo, con ser una categoría capaz de satisfacer de un modo mediato los intereses individuales o sociales de carácter sustancial, no deja de ser un verdadero poder jurídico de impugnación o reacción, tanto en sede administrativa como en la judicial" (18). La bastardilla nos pertenece.En virtud de todo lo expresado —en especial el trascendente caso "Rusconi" antes mencionado—, consideramos que un vecino de una edificación en construcción ostenta legitimación procedimental y procesal para la defensa de los derechos subjetivos o intereses legítimos que se le pudieran afectar.Y el reclamo o acción judicial deben materializarse en contra de la Administración ya que resulta ser quien es susceptible de concretar el acto lesivo que se pretende evitar (visación de planos y otorgamiento de permisos de demolición y de edificación sin respetar una ordenanza vigente).En caso contrario ¿qué se le podría objetar a la empresa o al vecino que pretende construir, en relación a la violación de la ordenanza vigente, si llegara la Municipalidad a otorgarle los permisos en cuestión, así como también la aprobación del "final de obra"? Tal vez daños y perjuicios cuando éstos ocurrieran y si derivan de un accionar antijurídico (cuestión que los actores del caso que dio origen a este análisis trataron de evitar, ya que no les interesaba para nada tener que esperar que a sus hijas menores les sucediera algo trágico para actuar con el daño consumado).De esta forma, procedimiento administrativo o proceso judicial mediante, pueden llegar a evitarse esas futuras situaciones de peligro.III. DESDE EL PUNTO DE VISTA TEMPORAL: ¿A QUÉ NORMA URBANÍSTICA Y DE EDIFICACIÓN DEBE ATENERSE EL RESPONSABLE DE UNA OBRA PRIVADA?Es dable resaltar, para ilustración de los lectores, que la ordenanza 1082/2011 (nuevo Código de Planeamiento Urbano de Río Cuarto) fue sancionada el día 20/5/2011 y fue promulgada por dec. 2974/2011 de fecha 23/6/2011, publicado oportunamente por el Boletín Oficial.También resulta trascendente destacar que, conforme lo señala el punto 1.2.2 "Vigencia temporal" del Anexo aprobado por la ord. 1082/2011, el nuevo Plan Urbano Municipal comenzó a regir el 1/7/2011.Dicha nueva norma se venía analizando hacía más de un año, lo que muestra a las claras que los profesionales y los empresarios vinculados con la construcción conocían desde el año 2010 la "voluntad de los legisladores" que fue plasmada en la ord. 1082/2011 en cuanto a los nuevos retiros.Los empresarios en cuestión presentaron planos para su visación, luego de que la nueva ordenanza fuera publicada, pero cinco días antes de su entrada en vigencia (también así lo hicieron cerca de 80 empresarios más). En un primer momento la autoridad del área municipal manifestó que esas presentaciones apuradas carecían de sentido porque el procedimiento de aprobación culminaría cuando el nuevo Código estuviera vigente, pero luego, criterio "político" mediante, visaron los planos tal como fueron presentados.La Municipalidad, en el caso judicial citado, sólo explicó que se trataba de un "criterio" seguido por la oficina competente, sin dar más fundamentos que ése.A su vez, el Código de Edificación local, vigente a esa fecha (ord. 555/1993 y modificatorias), en su punto 4.2.1. refería a los "permisos" de obra y a los "avisos" de obra, precisando en el punto 4.2.1.1. inc. 1, que la construcción de nuevos edificios es uno de los trabajos que requieren "permiso" de obra.En el punto 4.2.1.2. el referido Código de Edificación precisa aquellos trabajos que requieren solamente permiso de obra.Con ello aclaramos la diferencia, en el caso del aviso de obra (refaccionar veredas, cerrar el frente, desmontar, rellenar terrenos), el administrado debe únicamente comunicar a la Administración, mientras que los trabajos que requieran "permiso" de obra tienen prohibida su ejecución mientras no obtengan dicho "permiso".En consonancia con lo expuesto fue dictado el dec. regl. 1011/2009, donde en el art. 2 claramente se establece "la obligatoriedad del permiso de obra, expedido por el Departamento de Fiscalización de Obras Privadas dependiente de la Dirección de Planeamiento Urbano, para la realización de los trabajos detallados en el apart. 4.2.1.1., Código de Edificación, ord. 555/93".De allí que consideramos que mientras el "permiso" no es otorgado, la actividad de edificación se encuentra prohibida para el vecino que pretenda construir. Por ello la expresión permiso, que bien aclara su alcance Juan Carlos Cassagne, al distinguirla de las "autorizaciones": "La idea común sobre la cual reposan ambos conceptos es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada. La distinción viene dada, en cambio, por la circunstancia de que mientras en la autorización la respectiva actividad no está prohibida (habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente, cuyo ejercicio se halla subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos), en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva. En este último caso, la Administración Pública tiene el deber de comprobar que el ejercicio de la actividad prohibida no afecte el interés público o bien común conforme a criterios objetivos que surgen del ordenamiento jurídico" (19).Se infiere lógicamente de ello que la posibilidad de edificación de los empresarios o vecinos se encuentra siempre prohibida hasta que se otorgue el "permiso" de obra en cuestión.El maestro conocido por todos los cordobeses, Julio Altamira Gigena, nos enseña diciendo que "el ejercicio del derecho de propiedad o el de comerciar y ejercer cualquier industria lícita, también se encuentra limitado por normas que protegen el patrimonio cultural, el histórico, el paisajístico, el estético, y por otras que procuran el crecimiento armónico de la ciudad. Vinculado con estas limitaciones se está desarrollando una nueva rama del derecho que recibe el nombre de derecho urbanístico, el cual está constituido por los principios y normas que tienen por finalidad establecer patrones de habitabilidad y ocupación del suelo. Esas normas se refieren también a las alturas de los edificios, a retiros de frente, de fondo y laterales, patios, centros de manzana, posibilidad de volumen edificado, establecimiento de superficies mínimas para viviendas colectivas, etc. En otras palabras: regulan la ocupación del suelo urbano, estableciendo qué es lo que está prohibido y qué es lo que está permitido, según las distintas zonas en que se dividen las ciudades, como por ejemplo: residencial, comercial, fabril, etcétera" (20).De allí que, para nosotros, no cabe otra conclusión: la norma aplicable para "edificar" es aquélla vigente al momento del otorgamiento del referido "permiso", ya que hasta dicho momento temporal esa actividad se encuentra prohibida. Pero, como veremos más adelante (21), luego de estudiar este tema, advertimos que las facultades estatales van más allá.Es dable recordar en este sentido que ningún ciudadano posee un derecho a que se le mantenga vigente una regulación normativa. Al respecto la Corte Sup., ha dicho in re "Rinaldi, Francisco A. y otro v. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra", Fallos 330:855, de fecha 15/3/2007: "32) Que no existe, pues, afectación de derechos adquiridos cuando la aplicación de la nueva norma sólo comprende los efectos en curso de una relación jurídica, aun cuando haya nacido bajo el imperio de la ley antigua. La disposición derogada sólo rige respecto de los hechos o actos ocurridos durante ese tiempo y hasta la fecha en que entra en vigor la nueva ley (Fallos 306:1799; 319:1915), lo que lleva a desestimar el planteo de inconstitucionalidad de las disposiciones de emergencia basado en que mediaría una suerte de retroactividad respecto a prestaciones ya cumplidas o a situaciones que han surtido plenos efectos, pues las comprendidas aquí son las que están en curso de ejecución y quedaron pendientes de pago en plena crisis económica".Otro importante argumento que abonaba la posición de los actores es la pública actitud proveniente de la misma Administración, a través de su página web (22) en la que expresamente rezaba que "El plano de previa no genera antecedentes, ni constituye un registro de obra, por lo tanto No es un permiso para iniciar la obra".En cuanto a la doctrina, encontramos las siguientes sabias palabras de los más encumbrados juristas, las que permiten iluminar estos senderos grises del derecho cotidiano actual.Creemos conveniente iniciar esta sección con las excelentes y aclaratorias palabras del máximo exponente del derecho administrativo europeo de la actualidad, Eduardo García de Enterría, quien explica que "el ius aedificando urbano ha dejado de ser una facultad libre del propietario para convertirse en una determinación pública realizada precisamente por el plan urbanístico; el propietario no tiene otras posibilidades edificatorias sobre su suelo que las que el plan le otorga —puede no otorgarlas— y en la medida precisa en que lo hace, con todas las determinaciones relevantes, salvo las del simple diseño arquitectónico —que también puede excluirse— (...) No se trata de un fenómeno de restricción o comprensión de un determinado contenido previo de los derechos privados, o de una libertad de principio, sino de algo en esencia diverso (...), de un verdadero supuesto de delimitación o definición del contenido normal y ordinario de tales derechos, realizada libremente por la Administración desde la estimación por ella del modelo urbano que el plan realiza por razones de puro interés colectivo (...) La delimitación de un derecho es, en efecto, fijar su contenido normal, señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada; por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre ese contenido normal, para restringir sus posibilidades de ejercicio" (23)."El ejercicio del poder de policía es de la esencia de la administración comunal y por lo tanto un atributo inseparable del régimen municipal. Tal poder es, en el sistema de nuestra Constitución, de carácter legal y comprende lo atinente a higiene y tranquilidad pública, moralidad, costumbres y seguridad en las construcciones, estando reglado —en líneas generales— por ordenanzas, que, aun dentro de la facultad discrecional del órgano ejecutivo en punto a la eficacia (oportunidad y medios), establecen una efectiva protección del administrado. Los actos resultantes de ese contralor de policía no responden, pues, al capricho de los funcionarios públicos —ya que no se trata de poderes ilimitados que en manera alguna ampara la Constitución— sino que existe siempre un mínimo de garantía de fondo, forma y procedimiento (conf. Bielsa, Rafael, 'Principios de régimen Municipal', 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, 1962, ps. 223 y ss.; Canasi, José, "Derecho administrativo", vol. II, Parte Especial, p. 369)."El ejercicio del poder de policía en materia de urbanismo, específicamente referido a "la facultad de dividir una ciudad en zonas a los efectos de clasificar servicios, cobrar impuestos o tasas, reglamentar la edificación, etc." ha sido reconocido por la Corte Nacional, en el caso 'Dituri' (Fallos 195:108). Y el Superior Tribunal de los Estados Unidos ha tenido oportunidad de pronunciarse en favor de la segregación de los edificios de departamentos en las zonas residenciales habiendo puesto de relieve el juez Sutherland que 'el desarrollo de los sectores residenciales separados resulta grandemente retardado por la construcción de casas de departamentos (...) que interfieren por su altura y volumen la libre circulación del aire y monopolizan los rayos del sol que de otro modo llegarían a las casas más pequeñas y aportando, como acompañantes necesarios, los ruidos molestos incidentales al tráfico y comercio incrementados, y la ocupación por los automóviles en movimiento y estacionados, de porciones mayores de las calles, reduciendo así su seguridad y privando a los niños del privilegio de espacios tranquilos y abiertos para sus juegos, que son disfrutados por áquellos que viven en localidades más favorecidas...' (del caso 'Euclid v. Ambler Realty Co.' —1926— citado por Pritchett, Herman, 'La Constitución americana', Ed. Tea, Buenos Aires, 1965, ps. 763/764)" (24).Miriam Ivanega (25), siguiendo a Bianchi y a Canda, considera que el denominado poder de policía es un poder estatal genérico y ordenador que tiene por objeto que los derechos constitucionales se ejerzan en forma armónica y compatible con los derechos de los otros. De allí, precisa la autora, que el poder de policía no sólo es el ejercicio de una atribución de limitación de derechos sino también de tutela de éstos y del interés general.Andrés Gil Dominguez (26) considera que el poder de policía es la columna principal de toda gestión eficiente de gobierno, ya que "resume la totalidad del poder gubernamental, la legitimidad de un gobierno y garantiza la seguridad, la vida privada y social y el uso beneficioso de la propiedad. Para este jurista el poder de policía se divide en poder de policía habilitador, poder de policía controlador y poder de policía sancionador".Según Eduardo Tinant (27), el poder de policía es la facultad de regular y de limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad, y se puede ejercer en la forma y por los siguientes medios: "a) reglamentaciones, prohibiciones, órdenes; b) concesión de permisos o autorizaciones; c) coersión, aplicación de penas y uso de la fuerza pública".Linares, al analizar la razonabilidad, nos explica que los motivos y fines del legislador integran una misma estructura psíquico volitiva y sólo teniendo en cuenta ambos momentos se puede comprenderlos:"...los fines se erigen en tales porque se los considera buenos, es decir, valiosos, útiles para algo, convenientes, adecuados, atractivos para el pueblo o ciertas clases sociales o para lograr otros fines mediatos, etc. (...) Se da, pues, una doble valoración: la de los fines, como tales, según valores de cosas y la de toda la conducta con sus motivos, medios y fines, según valores bilaterales de persona, como son los valores jurídicos" (28).Quiroga Lavié distingue la razonabilidad interna (adecuación y proporción de los medios utilizados por el legislador con respecto a los fines que él dice conseguir) de la razonabilidad externa (coherencia con el plexo de valores que tiene el ordenamiento jurídico: orden, seguridad, paz, poder, solidaridad, cooperación) (29)."La reforma de la ley 17711, con vigencia a partir del 1/7/1968, implicó atenuar las facultades del propietario, eliminando su posibilidad de desnaturalizar, degradar o destruir la cosa arbitrariamente, en tanto limita su uso y goce 'conforme a un ejercicio regular' (art. 2513, en concepto que reitera en el nuevo art. 2618). Como surge del art. 2514, ejercicio o uso regular es principalmente aquél que no fuere abusivo, aunque es definido con especificidad por el art. 1071, en tanto 'La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos' (...)" (30)."De tal modo el derecho urbanístico moderno no se limita a establecer restricciones en materia parcelaria, cesión de espacios públicos y previsión de exigencias edilicias. Desde la clasificación del suelo hasta las posibilidades de uso o exigencias del obrar activo del propietario, rebasando incluso el mero ámbito municipal, todo el contenido operativo del derecho de propiedad queda alcanzado por la ordenación urbanística. En la actualidad, la creación y ampliación del suelo urbano no puede quedar al solo interés o conveniencia de los propietarios, pues en esas acciones está en juego la vida de la ciudad y condiciona la vida entera de sus habitantes" (31)."Limitar la incidencia de las restricciones administrativas en el carácter absoluto del dominio es hoy un concepto obsoleto. Las restricciones han variado de manera cuantitativa pero más aún en su incidencia cualitativa; su naturaleza y efectos son notablemente diferentes respecto a la propiedad urbana y por tanto el derecho urbanístico asume características propias" (32).No menos interesante ha resultado la jurisprudencia emanada de los diferentes tribunales ordinarios y federales.En el caso "Saladeristas Podestá y otros v. Provincia de Buenos Aires", la Corte Sup., se expresó diciendo:"Que la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos (...) Que la objeción que hoy se opone a la ley y decreto citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad (...) No tienen fundamento alguno legal, porque según la Constitución, esos derechos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer las primeras al derecho administrativo solamente (art. 2611, CCiv.)" (33).En el caso citado no se habla de "permiso" sino de "autorización" (se refería a comerciantes a los que se les imponían nuevas restricciones para continuar con su actividad industrial). De allí que sus palabras caben más aún cuando se trata de una actividad originariamente "prohibida" hasta que se obtenga el "permiso" para desarrollarla. En síntesis, frente a la ley nueva, los trámites iniciados y no concluidos no generan derechos adquiridos frente a la Administración, en cuanto la nueva norma fue dictada en procura de satisfacer el interés público de "todos" y los emprendedores de la construcción defienden exclusivamente sus intereses particulares.En el caso "Rodríguez, Jéssica v. Casanova, Tomás y otros" la Cámara de Comodoro Rivadavia, dijo que:"El Estado —en el caso el municipio en el ámbito de la seguridad edilicia— si bien ejerce el poder de policía como una actividad lícita, debe asumirla como un deber. De lo que se sigue que incumpliendo tal deber, omitiendo la ejecución mínima exigible para evitar daños a los administrados, torna en ilícita la abstención..." (34).En el caso "Nigro, Juan y otro v. Municipalidad de Río Ceballos" la Cámara en lo Civil y Comercial de 7ª Nominación de Córdoba dijo que:"El poder de policía urbanístico es un poder municipal, y en ejercicio de este poder, la Constitución limita la libertad individual para mantener el orden público o para preservar la seguridad de las personas y de los bienes, así como también la integridad física y moral de todos los habitantes" (35).En el caso "Juillerat, Milton v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", la Corte Suprema se expresó diciendo que:"La municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires tiene la facultad de dictar normas de policía sobre urbanismo y planeamiento, tendientes a la mejor distribución de la ciudad, de manera de satisfacer el interés general que a ella le incumbe proteger. El ejercicio de estas facultades no vulnera las garantías consagradas en la Constitución Nacional, puesto que el de propiedad no reviste carácter de absoluto y es susceptible de razonable reglamentación" (36).En el caso "Ponzano, Carlos v. Ganper Construcciones S.A s/sumario" la C. Nac. Civ., sala L, estableció que:"A diferencia de lo que ocurre con las restricciones del derecho civil, aquellas fundadas en el interés público, que colocan al particular frente a la Administración, son numerosísimas y dentro de ellas encontramos las que surgen de los reglamentos y ordenanzas que determinan la altura, alineación, requisitos de construcción y estilo de los edificios que, en los últimos tiempos, han dado lugar a la conformación de un conjunto normativo que regula la vida urbana al que se identifica con una disciplina que presenta una problemática diferente y soluciones propias: el urbanismo (...) Tratándose de normas o disposiciones genéricas sobre el uso del suelo u ordenamiento territorial, nos encontramos con que ellas no están destinadas a regir de manera directa la conducta de los particulares, sino que se dirigen a los órganos municipales para orientar o enmarcar sus facultades decisorias al sancionar los planes respectivos" (37).Como corolario, analizaremos los dos casos que nos parecen más trascendentes al respecto, los que ampliaron la visión que teníamos antes de ingresar a analizar el último punto.a) Caso "Delta Plata S.A v. Municipalidad de Vicente López" (Sup. Corte de Bs. As., fallo del 5/6/1979)"Debo señalar que en todo Estado organizado, la libertad y la propiedad individual están limitadas en beneficio del bien común. El fundamento de las mismas se halla plasmado en nuestro ordenamiento constitucional en el art. 14, Carta Fundamental, el que, al enumerar los derechos de que gozan todos los habitantes de la Nación, agrega 'conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio'..."Dicha limitación se concreta a través del llamado 'poder de policía', que es en resumen una facultad de reglamentar y por consiguiente, de limitar el ejercicio de los derechos individuales en beneficio de la comunidad."Así concebido, como función normativa, reglamentaria, este poder es ejercido dentro de sus respectivas atribuciones por el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y también por las Municipalidades, mediante la sanción de leyes, decretos y ordenanzas respectivamente."Estas últimas —ordenanzas municipales— constituyen la fuente más importante y genuina de restricciones impuestas a los derechos individuales relativos a la propiedad privada por razones de interés público local, pues es sabido que en materia de policía de edificación el permiso o autorización para construir está a cargo exclusivo de las autoridades municipales, que pueden establecer dichas restricciones no solamente en razón de la seguridad del edificio y de las exigencias de salubridad para los moradores o vecinos, sino también por motivos de orden estético (altura, arquitectura o líneas de estilo, etc.), según lo enseña Bielsa ('Derecho administrativo', t. IV, Ed. La Ley)."En estos supuestos la Municipalidad obra en ejercicio del indicado poder de policía e impone al derecho privado restricciones racionales y compatibles con el interés público (art. 2611, CCiv.), sin que proceda invocar un derecho irrevocablemente adquirido frente al orden público. Además, por su esencia, la autorización para edificar constituye una actividad de la comuna en uso de las facultades que se indicaren y que le son propias, sin que ello constituya decisión administrativa, susceptible, por el hecho de acordarla y cobrar los derechos pertinentes, de que su beneficiario pueda invocar cosa juzgada que convierta en inmutables tales actuaciones municipales."El retiro del acto administrativo municipal que vulnera el interés público constituye a la luz de lo hasta aquí expresado, una carga y potestad del poder municipal, que se traduce, como ya lo dijera, en una serie de limitaciones expresas o virtuales a los derechos de los habitantes, efectuadas por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, tendiendo a satisfacer las exigencias generales, procede siempre respecto a cualquier tipo de acto administrativo, sea éste reglado o discrecional (Marienhoff, "Tratado de derecho administrativo", t. II)..."También debo recordar que las indicadas facultades municipales en materia de urbanismo y especialmente en lo relativo a reglamentar la edificación, fueron reconocidas por la Corte Nacional, en el caso 'Bituri' (`Fallos', 195, p. 103), tal como lo mencionara el procurador general en su dictamen..."Juzgo que la ordenanza 4167 aludida pudo dejar sin efecto los permisos referidos, conferidos de acuerdo con la reglamentación anterior, y aun cuando se hallasen en ejecución los edificios afectados, siempre que no contasen con el final de obra. La ley —en sentido material— puede autorizar a la administración a proceder en tal forma, sin perjuicio de que los afectados reclamen la indemnización que entiendan les corresponde, si es el caso, con lo cual se advierte que no se infringe el derecho constitucional de propiedad (ver las citas contenidas en el dictamen mencionado y especialmente, Corte Sup., in re 'Pustelnik', allí citada). En la especie, desde luego, no está en tela de juicio, ni podría estarlo, la procedencia del resarcimiento, lo que debe ser discutido, si cabe, por las vías pertinentes".Como bien puede apreciarse si se lee el fallo entero, en este caso los demandantes iniciaron una acción judicial porque ya tenían el permiso de obra otorgado y el Municipio de Vicente López dictó la ord. 4167 que se aplicó incluso a los edificios en ejecución, paralizando la obra de los accionantes (un edificio en La Lucila, Buenos Aires). La sentencia favoreció al poder de policía municipal y declaró constitucional la aplicación de la nueva norma en tanto no existían derechos adquiridos ni siquiera con el permiso de obra.b) Caso "Orlando, Luis H. v. Municipalidad de Córdoba - Plena Jurisdicción — Recurso de Casación" (sent. 74 del 13/11/2011 dictada por la sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Córdoba)"Conforme a lo preceptuado por la citada ordenanza, es necesario solicitar un permiso de edificación para construir edificios nuevos o efectuar mejoras y para ampliar, refaccionar, reconstruir, transformar o reformar lo ya construido cuando ello implique modificaciones a planos aprobados o a construcciones existentes (art. 1.3.2.1, texto según ord. 10281) y su obtención permite al vecino dar comienzo a las obras (art. 1.3.2.2. ib.)..."Téngase presente que el otorgamiento del permiso de edificación genera a favor del permisionario un derecho subjetivo condicionado al cumplimiento de los requisitos establecidos legal y reglamentariamente y que, en todo momento, la Administración Municipal conserva la facultad de fiscalizar si quien lo ha obtenido ajusta su accionar al marco normativo aplicable..."En tales condiciones, la medida preventiva adoptada por la demandada frente a numerosas notas presentadas por los vecinos de la zona, quienes advertían que la altura de la edificación sobrepasaba largamente los límites máximos permitidos, que en los terrenos en cuestión se había producido la excavación y remoción de la tierra y que se había nivelado el terreno hasta el fondo con anterioridad al inicio de los trabajos de construcción (cfr. fols. 1, 5, 11, 13 y 18/19 del expte. 74677/2006), aparece como el ejercicio de una facultad atinente al poder de policía de urbanismo y planeamiento, expresamente acordada a la Administración Municipal para controlar el cumplimiento de las normas legales en la materia con el fin de resguardar el interés general en mantener el orden urbanístico que tiene el deber de proteger. Se trata en definitiva de una medida de protección de la legalidad urbanística..."El ordenamiento jurídico aplicable al sub lite prevé medidas preventivas frente a la realización de obras que puedan contrariar las normas urbanísticas al tiempo de su ejecución, dotando a la Administración Pública de una serie de potestades que tienen como objeto primordial impedir cualquier forma de trasgresión de la legalidad jurídico-urbanística y, en caso de producirse ésta, reparar sus consecuencias materiales o jurídicas dañosas mediante el restablecimiento de la ordenación infringida..."La finalidad tenida en cuenta por la normativa urbanística al conferir a la Administración la potestad de suspender una obra en ejecución, se justifica en la razonabilidad que implica llevar a cabo la ejecución de una obra hasta su conclusión, para revertir luego el estado de cosas a las exigencias de la legalidad urbanística, a la vez que confiere al administrado la posibilidad de justificar objetivamente que la obra se realiza y se ejecuta en el terreno, en concordancia con la normativa urbanística..."La adopción de una medida cautelar o provisional de naturaleza urbanística como la que es objeto de enjuiciamiento en esta causa, implica la constatación de que aun mediando una visación o permiso de edificación, su ejecución pueda importar una contravención a las normas del ordenamiento urbanístico. De allí que se le dé participación al administrado para justificar la legalidad de la construcción misma...".Del fallo en cuestión puede concluirse claramente que la visación previa de un plano no genera derechos subjetivos plenos a quien lo presentó. Ello es así, ya que el tribunal es contundente cuando manifiesta que quien obtiene un permiso de edificación sólo adquiere un derecho "condicionado".Ergo, nunca entonces la mera visación de un plano o proyecto podría generar un derecho mejor que el mismísimo permiso de obra, ya que este último es procedimentalmente posterior a la visación y para obtenérselo deben acreditarse mayores recaudos, requisitos y condiciones que el simple visto bueno que da la Administración ante la primera presentación que se hace respecto de una futura obra privada que se procura construir (38).IV. CONCLUSIONESEleonora Rodríguez Campos es una de las juristas que se ha expresado respecto a la moderna visión que se tiene del poder de policía cuando dice que "...desde su finalidad, podemos decir que se presenta como una actividad estatal, que tiene en miras la protección de la vigencia de los derechos individuales y de ciertos bienes jurídicos protegidos, mediante la limitación del ejercicio de otros, en aras del bien común y la justa convivencia social" (39).Esta apreciación, coherente con las problemáticas contemporáneas y con la explicación dada por Cassagne al tratar el "efecto reflejo del derecho objetivo" (40), disipan cualquier duda que se tenga respecto de la factibilidad procedimental y procesal que existe para que un vecino pueda ser parte en un expediente administrativo donde se ha requerido la visación de un plano de obra o un permiso de edificación en un lote colindante al de su vivienda.De allí que, cuando la Administración local omite hacer respetar una norma urbanística o de edificación, y de su incumplimiento pueda derivarse una situación perjudicial para un vecino, éste puede instar a los órganos estatales competentes —primero extrajudicialmente y luego judicialmente— para que exijan el restablecimiento del orden jurídico alterado.Y, en el horizonte precisado, entendemos también que pueden requerir la aplicación de las nuevas normas que sean dictadas en resguardo del interés general, pero cuyo resorte o reflejo los beneficien y aun cuando ellas hubieren entrado en vigencia en forma posterior a la visación de los planos de obra inicialmente presentados por los respectivos interesados.(1) Ordenanza 1082/2011.(2) Dictamen n. 7843/2012.(3) La ord. 282/1985 regula el procedimiento administrativo municipal:Capítulo VI. De la participación en las actuacionesInteresados y sus representantesArt. 13.— La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de quien tenga derecho o interés legítimo, sin perjuicio de la comparecencia espontánea o por citación de aquéllos a quienes el acto a dictarse pudiera afectar sus derechos subjetivos o intereses legítimos. Los menores adultos podrán actuar por sí o por apoderado. El que instare un procedimiento relacionado con obras o servicios públicos, o con el objeto de lograr una decisión comprendida en las facultades potestativas de la Municipalidad, no será tenido por parte en el procedimiento.(4) C. Civ. y Com. de 3ª Nominación de Córdoba, sent. del 13/11/2007.(5) Aclaramos que no citamos el caso administrativo —sólo el dictamen antes referido— ni judicial porque no existió pronunciamiento definitivo ni tampoco interlocutorio en sede administrativa ni en sede judicial.(6) Rige el procedimiento administrativo nacional.(7) Rige el procedimiento administrativo provincial.(8) Sesin, Domingo, "El derecho administrativo en reflexión", Ed. RAP, Buenos Aires, 2011, ps. 22 y 23.(9) Sesin, Domingo, "El derecho administrativo...", cit., p. 25.(10) Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., t. 2, p. 36.(11) Corte Sup., fallo dictado el 14/10/2004 en autos "Astorga Bratch, Sergio y otros v. COMFER-Amparo".(12) Canosa, Armando N., "El procedimiento administrativo según la actual Corte Suprema - Contencioso administrativo: Presupuestos - Denegación - Admisibilidad de la acción...", publicado en www.abeledoperrot.com.(13) En "Procedimiento administrativo", Tawil, Guido S. (dir.), Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 226.(14) Dictamen 7843/2012.(15) Cassagne, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 505.(16) Parés, Susana, "El afectado como legitimado activo. El art. 43, párr. 2, CN, en una interpretación jurisprudencial", El Foro de Córdoba, Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional n. 9, ps. 31 y 32.(17) Cassagne, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", cit., p. 505.(18) Ibídem, p. 506.(19) Cassagne, Juan Carlos, "Curso de derecho administrativo", t. II, cit., p. 146.(20) Altamira Gigena, Julio I., "Lecciones de derecho administrativo", Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, ps. 420 y 421.(21) Cuando citemos y comentemos el fallo dictado por el Trib. Sup. Just. Córdoba, en la causa "Orlando".(22) www.riocuarto.gov.ar/UserFiles/File/pdf/obras\_privadas/requisitos\_1/1-C.pdf (última consulta 9/8/2013).(23) García de Enterría, Eduardo, "Curso de derecho administrativo", t. II, Ed. Civitas, Madrid, 2000, ps. 155 y 156.(24) Munilla Aguilar, Oscar, procurador general de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, dictamen previo al fallo dictado en la causa "Delta S.A v. Municipalidad de Vicente López".(25) Ivanega, Miriam M., LL 2007-B-344. Ello según cita en "Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho administrativo", Hutchinson, Tomás (dir.), t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 588.(26) Gil Domínguez, Andrés, La Ley, 2008 (octubre), 163. Ello según cita en "Tratado jurisprudencial...", Hutchinson, Tomás (dir.), cit., ps. 707 y 708.(27) Tinant, Eduardo L., LLBA, 1999, 761. Ello según cita en "Tratado jurisprudencial...", Hutchinson, Tomás (dir.), cit., p. 738.(28) Linares, Juan F., ob. cit., p. 147.(29) Quiroga Lavié, Humberto, "Constitución de la Nación Argentina comentada", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 163.(30) Scotti, Edgardo, "Planeamiento y derecho de propiedad", Revista de Derecho Público 2005-1 Derecho Municipal, p. 174.(31) Scotti, Edgardo, "Planeamiento...", cit., p. 185.(32) Scotti, Edgardo, "Planeamiento...", cit., p. 187.(33) Corte Sup., Fallo del 14/5/1987.(34) Cámara de Comodoro Rivadavia, sala Civil, fallo del 13/6/2000.(35) Fallo del 16/10/1996.(36) Fallos 277:313.(37) Fallo del 15/12/2000.(38) Visación de plano.(39) Rodríguez Campos, Eleonora, "El poder de policía: una perspectiva diferente", publicado en la Revista de Derecho Administrativo de AbeledoPerrot, año 23, 2011, ps. 714 y 715.(40) Tratado y analizado en el punto 1.

# Simeonoff, Jorge Gustavo “Responsabilidad del Estado por establecimiento o modificación de las líneas municipal y de edificación” LA LEY 1992-D , 1245 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV , 1517

Cita Online: AR/DOC/21958/20011. AlineaciónSe denomina alineación al procedimiento a través del cual se fija el límite entre las propiedades privadas de los particulares y del Estado, y los espacios afectados al dominio público. Constituye un procedimiento unilateral de la administración quien puede modificar los límites de los bienes públicos y de las propiedades privadas, apropiándose de las fracciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines, mediante el procedimiento legal que corresponda (compra, expropiación, etcétera).

La finalidad de las normas relativas a la alineación está dada por la necesidad de mantener el trazado y uniformidad de las vías públicas y se lleva a cabo a través del establecimiento de la línea municipal y la línea de edificación.2. Línea municipal

La línea municipal es aquella que separa el dominio público (calles, caminos, vías públicas, etc.) del dominio privado, ya sea este del Estado o de los particulares. Esta línea que generalmente existe a ambos lados de las denominadas "vías de comunicación" determina material y legalmente el ancho correspondiente a la franja de terreno afectada al dominio público que denominamos "calle", la que en zonas urbanizadas estará compuesta por dos aceras y una calzada, comenzando las primeras desde la línea municipal hasta los cordones, siendo éstos los que determinan el ancho de la calzada.

La línea municipal al efectuar la separación entre el bien público y el privado determina la exacta ubicación y deslinde de la calle con el lote o parcela y coincide generalmente con el título de propiedad del mismo y con el trazado actual de la calle.3. Línea de edificación

La línea de edificación es aquella fijada por la administración en virtud de su poder de policía edilicio y determina el distanciamiento que debe existir entre las construcciones que se levantan con frente a la vía pública y ésta.

La línea de edificación puede coincidir con la línea municipal o no, pero no puede avanzar sobre esta ocupando la vía pública. Si ambas líneas coinciden se considerará a los efectos legales y reglamentarios que forma una sola. Lo que puede suceder es que la línea de edificación se separe de la línea municipal desplazándose hacia el interior del predio, quedando entre ambas líneas una franja de terreno en la cual generalmente existe la prohibición de edificar.

Ese retiro puede ser determinado por razones de estética o embellecimiento urbano dados por una zonificación determinada o a veces como previsión de futuros ensanches o rectificaciones de las vías públicas (ej. el listado de calles incluido en el punto 6.1.2. del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires, en las cuales las construcciones futuras deben realizarse a cierta distancia de la línea municipal).

La fijación de la línea de edificación corresponde en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires a la autoridad municipal, en virtud de las prescripciones establecidas en la ordenanza 33.387 que sancionó el Código de Planeamiento Urbano. En la Provincia de Buenos Aires la ley orgánica de las municipalidades (dec.-ley 6769/68 y modificatorios) estableció que la fijación de la línea de edificación corresponde a los municipios.

Como consecuencia del establecimiento de la línea de edificación toda construcción que se levante con frente a la vía pública debe hacerse hasta el límite fijado por la autoridad municipal, a tal efecto el propietario del lote a construir deberá antes de iniciar las obras solicitar a la Municipalidad le sea fijada la línea de edificación, posteriormente la autoridad municipal verificará el cumplimiento pudiendo mandar a destruir lo edificado en violación a los límites fijados por la reglamentación alineatoria. En igual sentido se manifiestan nuestra doctrina y jurisprudencia al establecer que: "...ninguna construcción puede ser edificada sin haber obtenido de autoridad competente la alineación" (Villegas Basabilbaso, "Derecho Administrativo", t. IV, ps. 381/382), y "habiéndose realizado las obras sin autorización y en violación de los límites determinados por el municipio... podrán ser destruidas en la parte que resulten violatorias... sin que en principio el propietario afectado tenga derecho a indemnización" (Guglielmo c. Etienott; JA, 74, 308).4. Modificación de la línea municipal

Además de la potestad administrativa de fijar las líneas municipal y de edificación, tiene el Estado la facultad de modificar el trazado de dicha línea en cumplimiento de sus fines urbanísticos. Tanto el establecimiento como la modificación de la alineación constituyen limitaciones al derecho de propiedad cuya cuantía deberá establecerse para cada caso en particular. Pero es indudable que la modificación de la línea municipal constituye un ataque a la propiedad, ya que la modificación del trazado afecta los límites dominiales traspasando parte del dominio privado al dominio público.

Al avanzar la línea municipal sobre el lote o parcela del particular la administración deberá adquirir la fracción de terreno comprendida entra la antigua línea y la nueva demarcación, o todo el lote o parcela cuando la modificación importe una disminución tal que desnaturalice sus fines.

No puede entenderse en este caso que exista una restricción administrativa al dominio ya que el corrimiento de los límites entre el dominio privado y el público a favor de este último, trae como consecuencia la adquisición por parte de la autoridad administrativa de la fracción, ya sea mediante compra, expropiación o expropiación irregular, argumento que surge de la interpretación "a contrario sensu" de la pacífica jurisprudencia sentada en el caso "Comisión de Aguas Corrientes c. Pérez".

El supuesto más común de modificación de la línea municipal ocurre como consecuencia del ensanche, apertura o rectificación del trazado de la calle y resulta, en consecuencia, que el título de propiedad se vea invadido por la vía pública, y por lo tanto el municipio deberá proceder de la forma descripta en el párrafo anterior. En este caso resulta claro que la propiedad sufre un detrimento realizado en aras del interés público y por lo tanto debe ser indemnizado, toda vez que el texto del art. 17 de la Constitución Nacional no sólo rige los actos de expropiación sino para todos aquellos supuestos en que el derecho particular debe ceder por razones de interés público (cf. CNCiv., sala G, Valloni c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; LA LEY, 1987-A, 659, fallo 37.518-S).En consecuencia la modificación de la línea municipal trae siempre como consecuencia la mutación de los límites de la propiedad privada en beneficio de la comunidad, por lo que corresponde la indemnización o el resarcimiento en su caso.5. Modificación de la línea de edificación

Ya se ha descripto la línea de edificación y se ha mencionado también cual es la autoridad competente para su fijación tanto en el ámbito de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como en la provincia de Buenos Aires, corresponde detenerse entonces en el estudio de su modificación y la consiguiente responsabilidad del Estado por esta actividad.

La línea de edificación podría ser coincidente con la municipal pero como se ha dicho, nunca avanzar sobre esta última ocupando la vía pública, salvo para el caso de las excepciones que establecen los Códigos de Construcciones en lo que respecta a los balcones y voladizos. A veces cuestiones de estética o embellecimiento urbano hacen que la línea de edificación se vea desplazada hacia el interior del predio, quedando entre ambas líneas una franja de terreno, de ancho variable, como restricción al dominio, otras veces esas restricciones lo son en previsión de futuras aperturas, ensanches o rectificaciones de las vías públicas, evitando de tal modo encarecer la futura expropiación que afectaría la edificación de que se trate.

No existe unanimidad en la doctrina nacional respecto si la modificación de la línea de edificación constituye una restricción administrativa al dominio o una limitación a la propiedad.

Tomemos como ejemplo el caso del punto 6.1.2. del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires. Allí se mencionan diversas calles en las cuales se procederá al retiro de su eje y por lo tanto las nuevas construcciones no podrán erigirse sino a tantos metros de ese eje de la calle, cualquiera sea la línea municipal actual.

Aquí debemos distinguir si se trata de "nuevas construcciones" o de modificaciones que afecten a construcciones existentes y que consisten en algo más que una obligación de no hacer, dejar hacer o soportar algo.

Para el primer caso, o sea el retiro de la línea de edificación para las nuevas construcciones a levantarse, sostengo que se trata de una restricción administrativa derivada del poder de policía edilicia que ostenta el municipio. Para el caso la jurisprudencia de nuestros tribunales ha entendido que: "las restricciones establecidas por la autoridad administrativa, relativas a la línea de edificación, que no afecten la actual sino que se refieran a lo futuro, son las naturales y lógicas consecuencias que derivan del pertinente poder de policía edilicio que corresponde a la autoridad municipal y se regulan por el derecho administrativo" (CNCiv., sala D, octubre 6-983, Firo S. A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; ED, 108-576).

En cambio cuando se impone al propietario una obligación de hacer, para el caso la demolición de construcciones que queden fuera de la nueva línea demarcatoria, procede el resarcimiento de los daños causados. Así lo estableció la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Municipalidad de Mercedes" al establecer que: "El art. 3° de la ley 4739 (Adla, XX-B, 1861) en cuanto obliga a dejar sin edificar una franja de terreno de 5 metros de frente a determinadas propiedades no constituye una servidumbre administrativa sino una razonable restricción, que no da derecho a indemnización mientras sólo comporte la obligación de no hacer, pero procede el resarcimiento del propietario si se lo constriñe a demoler lo edificado o a no proseguir las ampliaciones iniciadas".

Hemos visto hasta aquí algunos supuestos de cómo responde el Estado ante la modificación y establecimiento de las líneas de edificación y municipal. Veamos ahora como se estructura esa responsabilidad directa del Estado.

Cuando la actividad del Estado en cumplimiento de su poder de policía lesiona el derecho de propiedad de un particular, ya sea por desapoderamiento de una fracción de terreno ubicado entre la nueva línea y la anterior o por disminución del derecho de edificación al cambiar el establecimiento de las líneas y esa actividad es ilegal en su origen y así es declarada en sede judicial, debe devolverse el bien en su integridad al perjudicado e indemnizar los daños causados por el desapoderamiento ilegal (Reiriz, María Graciela, "Responsabilidad del Estado").

Cuando la actividad del Estado que produjo un daño al particular al establecer una nueva línea de edificación o municipal es legal en su origen no corresponde la restitución de las fracciones de terreno, ni la cesación del daño o restricción, pero corresponde indemnizar por el daño producido debido a la reducción del valor venal del bien (Reiriz, María G., op. cit.).

Asimismo la actividad de policía edilicia puede resultar legal en su origen y que en su realización se desvíe de sus fines. Entonces evidentemente el Estado será responsable por la actividad ilegal realizada.Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).(A) realizado como investigación del curso de post-grado sobre "Responsabilidad del Estado en el derecho urbanístico"; en la Facultad de Derecho-UNBA, a cargo del doctor Edgardo Scotti.

# Ritto, Graciela B. “El Poder de Policía Ambiental y la importancia de la participación ciudadana en el Planeamiento de la Infraestructura Urbana”

Sup. Act. 22/05/2007 , 1 Sumario: SUMARIO: I. El decreto 220/07 y la participación ciudadana en la policía ambiental en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires— II. El Poder de Policía Ambiental y la participación ciudadana.Cita Online: AR/DOC/1742/2007Un vecino del barrio de Caballito había interpuesto una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (1), solicitando el dictado de una medida cautelar para que se suspendiesen todas las obras autorizadas o en trámite que se estaban ejecutando en la zona delimitada por las calles Paysandú, Arengreen, Martín de Gainza y Gaona y se prohibiese la emisión de nuevos permisos de obra hasta tanto se resolviese el fondo de la cuestión, debido a que la cantidad de modificaciones edilicias en la zona modificaban el ambiente urbano violando normativa local y nacional referida a la obligación de realizar la evaluación de impacto ambiental y de convocar a audiencia pública.El juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la medida y ordenó a la demandada que se abstuviera de otorgar nuevos permisos de obra en el área referida. Asimismo por dec. 1929/2006 del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se suspendió el trámite de permisos de obras que superen los 13,5 metros sobre la rasante por un plazo de 90 días.El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires apeló la resolución, poniendo de resalto la Procuración que la sentencia y el dec. 1929/06 no coinciden, dado que mientras que la norma suspendió la tramitación de permisos por un plazo de 90 días, la sentencia dispuso dicha suspensión sin plazo, mientras se resuelve el proceso en forma definitiva.La Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, sala II dejó sin efecto la sentencia apelada, ante el nuevo marco normativo aplicable a las obras de envergadura en la Ciudad (dec. N° 220 de fecha 16 de febrero de 2007) (2).Nos parece interesante destacar el análisis realizado por la Cámara para fundamentar el levantamiento de la cautelar requerida ante el dictado de los decs. 1929/06 y 220/07. En este sentido, el Tribunal manifiesta que: "...también es posible interpretar que mediante el dictado de las normas mencionadas, la cautelar requerida ha perdido actualidad, en tanto se ha establecido un procedimiento que en principio contempla y parece satisfacer sus reclamos de manera razonable. Por lo, demás, mantener una prohibición sin matices en la zona determinada en la sentencia podría afectar gravemente derechos de terceras personas, impidiendo cualquier obra, hasta las de menor envergadura... Es claro que la protección que se pretende otorgar con éstas no puede exceder el límite de la necesidad ni interferir derechos de terceros, por lo cual debe adecuárselas a las circunstancias del caso (ver, CACAyT, sala II, "Ramírez, Tito Magdalena c. GCBA s/amparo, expt. 1760/1, del 08/11/05 y Montenegro, Patricia c. GCBA, sobre otros procesos incidentales del 07/10/05"). Por lo demás, la provisionalidad es una de las características más señaladas, y sobre ella insisten, uniformemente, los procesalistas. La Corte Suprema, mediante remisión al dictamen de la Procuración General, ha señalado que "las medidas cautelares son provisionales y la legislación procesal permite dejarlas sin efecto en cualquier momento, o incluso sustituirlas, a pedido del deudor, por otra que resulte menos perjudicial" (Fallos: 327:5068)... Entonces ante el nuevo marco normativo aplicable a obras de envergadura en la Ciudad es posible prima facie concluir que los planteos del actor parecen haber merecido una favorable recepción por las autoridades mediante un sistema que pretende conjugar los diferentes intereses en pugna...".Nos habíamos referido anteriormente, a la procedencia de la medida cautelar requerida por el señor Mario Oybyn, en Primera Instancia y habíamos resaltado la prudencia del Juez de grado al otorgarla parcialmente, teniendo en cuenta lo normado por los artículos 43 de la CN, 14 de la Carta Magna local y 5° de la ley 123 (Adla, LIX-A, 901), particularmente considerando que del relevamiento efectuado a esa fecha (06/11/06) se desprendía que ya existían en la zona problemas de presión de agua y saturación y colapso de cloacas (3).La misma prudencia y criterio observadas ahora por la Cámara, atento lo normado especialmente por el dec. 220/07.I. El decreto 220/07 y la participación ciudadana en la policía ambiental en el ámbito de la Ciudad de Buenos AiresEl art. 1° del decreto deroga el dec. 1.929/06 que había establecido la suspensión de los trámites de permisos de obra que superen los 13,5 metros sobre la rasante por un plazo de 90 días.El decreto establece en su art. 2° que en los trámites de permisos de obra que se encontraban suspendidos por aplicación del dec. 1929/06, así como en los nuevos trámites para obtener un permiso de obra nueva o ampliación de obra que incorpore superficie habitable con destino a vivienda multifamiliar o colectiva, cuando su altura supere la correspondiente a un distrito de baja densidad (13,5 metros sobre la rasante) en los Distritos R2a, C3 y E3 del Código de Planeamiento Urbano ubicados dentro de los barrios de Caballito, Coghlan, Palermo, Villa Pueyrredón y Villa Urquiza se deberá presentar: el Certificado de Uso Conforme exigido por el artículo 2.11. "Finalidad del Código de Planeamiento Urbano" especificando la factibilidad del suministro de agua potable y desagües domiciliarios, avalado por el Certificado de Factibilidad Técnica e Hídrica expedido por la empresa AySA.Cabe destacar que los estudios técnicos realizados como consecuencia inmediata de la participación ciudadana en la policía ambiental, detectaron que sectores determinados de la malla hídrica de la Ciudad se hallan en un estado de crítico tal, que podrían afectar en un futuro su normal desarrollo urbanístico. El grado de criticidad, en cuanto a provisión de agua potable y desagües cloacales, es significativo en diversos sectores de los barrios enumerados en el artículo 2° del Decreto (no alcanza a tener un grado crítico en el barrio de Núñez).Como consecuencia de ello, el 7 de febrero de 2007 se suscribió entre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la empresa AySA un convenio para la recuperación de la infraestructura hídrica de la Ciudad.Por el mencionado convenio, se garantiza el otorgamiento del Certificado de Factibilidad Técnica e Hídrica que menciona el art. 1° del decreto que nos ocupa, siempre que el mismo fuese procedente a los fines de asegurar la provisión del servicio.El art. 3° del dec. 220/07 regula que con carácter previo al otorgamiento de los permisos de obra que en lo sucesivo se presenten, para los emprendimientos alcanzados por lo establecido en el art. 2° y cuya superficie total supere los 5000 metros cuadrados, se deberá realizar la Evaluación Técnica de Impacto Ambiental prevista en la ley 123 y sus normas modificatorias y reglamentarias.Es oportuno recordar que la resolución 1/99 dispuso en su artículo 23 que todas las obras con una superficie cubierta mayor a los 10.000 metros cuadrados, cualquiera sea su destino, deberían presentar un plan de mitigación de obras.La solución adoptada para los barrios con situación de criticidad comprobada tiene un acertado espíritu tuitivoEspíritu tuitivo que trasunta la normativa en análisis, reflejando como principal objetivo el desarrollo pujante con carácter armónico y sustentable.En el mismo orden de ideas, por el art. 4° se conforma la Comisión Interfuncional de Habilitación Ambiental creada por la ley 123 y por el art. 5° se crea el Comité de Coordinación y Planeamiento de Infraestructura.Creemos que es relevante resaltar la convocatoria a la participación ciudadana en los Talleres del Foro Participativo Permanente con el objetivo de preparar y consensuar proyectos de reforma del Código de Planeamiento Urbano, en el marco conceptual del Plan Urbano Ambiental y de los futuros Planes Urbanos de Comunas, realizada por el art. 6° de la norma.II. El Poder de Policía Ambiental y la participación ciudadanaEl art. 41 de la Constitución Nacional consagra el derecho humano a un ambiente sano y equilibrado.El art. 26 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su parte, establece que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, el 27 las políticas públicas a seguir por la Ciudad y el 29 regula que la Ciudad define un Plan Urbano Ambiental, elaborado con participación interdisciplinaria de las entidades académicas, profesionales y comunitarias.La Ley Nacional 25.675 (Adla, LXIII-A, 4) establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente.Ya hemos manifestado anteriormente, que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (1996) marcó un hito fundamental en la protección del ambiente, al establecer en su art. 30 la obligatoriedad de la evaluación previa del impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado, susceptible de relevante efecto y su discusión en audiencia pública (3).Por otra parte, la ley 123 que reglamenta el art. 30 de la CCABA, establece —de conformidad con el referido artículo de la Constitución local— el procedimiento técnico-administrativo de evaluación de impacto ambiental (EIA) y en su art. 5° regula que: "... Las actividades, proyectos, programas o emprendimientos de construcción, modificación y/o ampliación, demolición, instalación, o realización de actividades, susceptibles de producir impacto ambiental de relevante efecto, deben someterse a una evaluación de impacto ambiental (EIA), como requisito previo a su desarrollo, y cuando correspondiera, previo a su certificado de uso, conforme, habilitación, o autorización...".La ley define en qué consiste la Evaluación del Impacto Ambiental (EIA) en su art. 2°: "... Entiéndese por Evaluación del Impacto Ambiental (EIA) al procedimiento técnico - administrativo destinado a identificar e interpretar, así como a prevenir los efectos de corto, mediano y largo plazo que actividades, proyectos, programas o emprendimientos públicos o privados, pueden causar al ambiente...".La Evaluación de Impacto Ambiental es la herramienta esencial para identificar los problemas y proponer las soluciones que aseguren el desarrollo sustentable en todos los aspectos de la problemática ambiental.La EIA es una herramienta de gestión ambiental preventiva, la cual supone un proceso metodológico y de análisis enderezado a predecir e identificar datos relevantes en torno al impacto de determinadas acciones que afectan o pueden afectar al medio ambiente (4).La EIA acredita unos cuarenta años de existencia, siendo los Estados Unidos el primer país que la introduce con carácter de procedimiento administrativo previo a la toma de decisiones de las acciones federales que pueden alterar el medio ambiente, estableciendo así la responsabilidad política y jurídica de las autoridades de las consecuencias ambientales y sociales de sus propias decisiones políticas.Otro aspecto fundamental en la protección del medio ambiente es la información pública. Por esta razón la CCABA exige que esta evaluación sea puesta a disposición de las autoridades y/o organismos responsables en materia ambiental y de las personas interesadas, brindándoles la posibilidad real de expresar su opinión sobre el proyecto y sobre el informe medio ambiental.En definitiva, de la normativa vigente, surge la existencia de una obligación estatal positiva e indelegable. El Estado es el garante en materia de gestión ambiental y ese poder de policía es un atributo irrenunciable que la autoridad pública tiene el deber de ejercer, para preservar el bien común y el desarrollo sustentable.Pero por otra parte, la participación en el control de legalidad de los actos del Estado es inherente a nuestra función como ciudadanos, ya que somos esencialmente colaboradores del Estado que integramos.Y esa participación colaborativa no sólo subsanó la omisión antijurídica, si la hubo, por la falta de realización del EIA, en el caso, sino que además generó todas las medidas preventivas y paliativas que lo caracterizan a través del dictado del dec. 220/2007.Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)(1) Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 12 de la Ciudad, "Oybin, Mario J. c Ciudad de Buenos Aires", LA LEY, 2006-F, 504.(2) "Oybin Mario", Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, sala II, 23 de febrero de 2007.(3) RITTO, Graciela, Permisos de construcción en la Ciudad de Buenos Aires, ¿Responsabilidad del Estado por omisión?, La Ley Actualidad, 2006/12/14.(4) ADLER, Elena y otros v GCBA, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

# Barraza, Javier Indalecio “Las omisiones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” LA LEY 02/02/2005 , 1 • LA LEY 2005-A

Cita Online: AR/DOC/102/2005"Hablando de la muerte salvamos algo de nosotros mismos" (Cioran, Emile, Sur les cimes du désespoir, Éditions de l´Herne, 1990)Los hechos luctuosos del 30 de diciembre de 2004 en un local bailable del Barrio de Once me mueven a formular algunas reflexiones.

Tengo la certeza que dichos acontecimientos son la conjunción de diversos factores, pero fundamentalmente sobresalen la omisión en el control de las autoridades gubernamentales locales y el nivel de corrupción que nos aqueja. Mientras se anuncian reformas para reforzar los controles, por otro lado, el gobierno local intenta eximirse de responsabilidad endilgando tal tipo de accionar a las autoridades federales, en el caso la Policía Federal Argentina y su cuerpo de bomberos. Resulta paradójico que por un lado se aduce no tener ningún tipo de responsabilidad, por otro se intentan ahora enérgicamente reformas para fortalecer los controles. Detrás de esa impostura, se advierte un gobierno signado por la corrupción y la ineficiencia. Veamos las consecuencias jurídicas que tales omisiones nos traerán aparejadas a los ciudadanos.

El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, resulta responsable por la omisión en que ha incurrido en el control de los locales bailables. Este es un caso típico de responsabilidad del Estado por omisión. La omisión se encuentra regulada en el art. 1074 del Cód. Civil.Por otra parte, debe recordarse que la mayoría de los servicios que presta el gobierno de la Ciudad se encuentran en una situación de irregularidad. Así por ejemplo, basta tener presente que el Sector de Histopatología del Hospital Alvarez cubre con muy pocos técnicos la realización de ciertos exámenes médicos. Lo que debiera hacerse es regularizar el organismo, proveyendo a dichos cargos mediante concurso de antecedentes y oposición, porque está en juego la vida, pero sin embargo, el Gobierno y sus organismos jurídicos -la Procuración General de la Ciudad- consideraron que no se debía regularizar esa situación ni mucho menos convocar a un concurso para cubrir esa área, en donde los ciudadanos día a día se debaten entre la vida y la muerte. Y lo que es más grave aun, esta postura fue confirmada por la Justicia (1).

Por otra parte, el nuevo titular del área de Seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha considerado que los hechos del 30 de diciembre de 2004 se debieron a la corrupción y a la omisión en el control (2). Con estas palabras que servirán de prueba para iniciar las demandas por responsabilidad del Estado por omisión, fácil es advertir que todos los ciudadanos con nuestros emolumentos habremos de responder por estos hechos lamentables.

Por último, debo decir que si bien todos habremos de cargar económicamente con las omisiones en que ha incurrido el Gobierno de la Ciudad, esto es, al momento en que se deban abonar las indemnizaciones correspondientes, por otro lado, no comparto la tesis que todos somos responsables, puesto que esto constituye una falacia, al adjudicar a todos igual responsabilidad para que nadie sea inculpado. A mi juicio, el grado de responsabilidad es proporcional al poder y a la capacidad de decisión. La culpabilidad, en última instancia, es subjetiva e individual, porque no existe conciencia colectiva. Desde esta perspectiva, resultan responsables los funcionarios políticos y, juntamente con ellos, los funcionarios administrativos que sin la pericia técnica, sin concurso de antecedentes y oposición accedieron a cargos para los que no estaban capacitados.(1) Véase el fallo de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires- Sala 2ª, del 22 de agosto de 2002. "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".(2) V. Diario Clarín del día 8 de enero de 2005.

Voces: COMPETENCIA ~ CONTRATO DE OBRA ~ COSTAS ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DERRUMBE DE LA COSA ~ DIRECCION DE LA OBRA ~ EDIFICACION ~ MUNICIPALIDAD ~ PERSONA JURIDICA ~ PODER DE POLICIA ~ PODER DE POLICIA EDILICIO ~ POSESION ~ PRINCIPIO DE LA DERROTA ~ PROPIETARIO ~ RELACION DE VECINDAD ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ~ RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

# CNCiv.SalaF, 07/07/1980 ”Almirón de Barba, Estela y otros c. Glusberg, Santiago y otros” 07/07/1980

Publicado en: LA LEY1981-A, 198 -

Cita Online: AR/JUR/5815/1980

Sumarios:

1. Lo atinente a la función de policía edilicia se encuentra regulado por una ley -1260 (Adla, 1881-1888, 96), vigente a la época del derrumbe de autos- dictada por el Congreso Nacional actuando como legislatura local (art. 67, inc. 27, Constitución Nacional), la que obviamente tenía prelación sobre normas municipales posteriores. De ahí que la Municipalidad, en ejercicio de su poder de policía, no haya podido dictar normas que eximan o limiten el cumplimiento de su función policial en materia edilicia impuesta por la ley citada, ya que en todo caso tales normas debían dictarse para asegurar su recto cumplimiento.

2. En nuestro sistema procesal impera como regla general el hecho objetivo de la derrota como base para la imposición de la condena en costas, como consecuencia de que quien promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación del proceso, y que encuentra su fundamento en que se debe impedir que la necesidad de servirse del proceso para la defensa del derecho, se convierta en daño de quien se ve constreñido a accionar o defender en juicio para pedir justicia.

3. Son hechos que permiten atribuir responsabilidad a la Municipalidad por los daños derivados del derrumbe de un edificio: que no fueran repasados los cálculos matemáticos de la obra, ni controladas la técnica y las previsiones científicas y de seguridad: que comprobadas las deficiencias del edificio, los encargados del mismo fueran autorizados a vivir en él bajo su responsabilidad: que no se dispusiera la interrupción del suministro de energía eléctrica a la finca: que no se procediera a clausurar definitivamente el edifico: que al momento del derrumbe continuaran viviendo en la finca otras personas: que no se tomaran las medidas precautorias necesarias desde el momento en que se dispuso el apuntalamiento del edificio -sólo con maderos y no como aconsejaban los dictámenes técnicos- hasta que se produjo el derrumbe, a pesar de su necesidad: la evidencia de que las cimentaciones para el edificio eran inadecuadas, así como que tanto material como las técnicas constructivas empleadas en la técnica de hormigón armado no eran adecuadas para soportar el mismo, con las dimensiones del proyecto: que no se procediera a calcular el arrastramiento contra el viento, sobre todo por ser un edificio "en torre", que pese a haberse intimado a los propietarios del edificio y al consejo de administración para dar comienzo de inmediato a los trabajos tendientes a regularizar la situación de la finca, ejecutando las obras de consolidación necesarias para establecer definitivamente la estabilidad y seguridad de la misma, se dejara transcurrir un lapso prolongado sin ejecutar las tareas necesarias, no obstante haber tomado la Municipalidad los trabajos a su cargo. Todas estas circunstancias evidencian el conocimiento que tenía la Comuna de la extrema gravedad del asunto, sin que se adoptaran los recaudos que la situación límite imponía.

4. La construcción y conservación de los edificios que utilizan los habitantes de la ciudad deben estar bajo el contralor permanente de la autoridad edilicia como función propia de su policía de obras a fin de obtener seguridad en las construcciones. La policía ejerce en esto una función tutelar, preventiva, pues su acción existe en razón directa de la situación en que se encuentran las personas expuestas a los derrumbes, y cuya actitud es pasiva, en el sentido de que ellas no sólo no conocen el peligro, sino que aun conociéndolo no tienen, en general, otros medios de evitarlos o hacerlo cesar, que la intervención de la autoridad administrativa.

5. La circunstancia de que nunca se efectuaran -respecto del edificio derrumbado- las inspecciones de los funcionarios comunales establecidas por el decreto municipal 10.493/51 -modificatorio del Código de la Edificación-, demuestra un claro incumplimiento por parte de la Municipalidad de los deberes impuestos por la función policial edilicia, que se configura en la etapa liminar de la construcción, cuando era el momento indicado para verificar si la misma se ajustaba a los planos aprobados por la autoridad de aplicación.

6. La comuna capitalina no podía delegar sus funciones de policía municipalidad edilicia, que en forma expresa la atribuyera a la ley 1260 (Adla, 1881-1888, 96), vigente al momento de ocurrir el derrumbe de autos, aun cuando podía -y de hecho lo hizo- prorrogar su competencia dentro de su ámbito, es inadmisible su alegación de que habría realizado una suerte de delegación de dicha función a los constructores y empresarios.

7. La ley 1260 (Adla, 1881-1888, 96), que estableció la organización de la Municipalidad de la Capital -vigente al momento de producirse el derrumbe que originan estos autos- en su art. 47, incs. 2° y 3°, disponía que entre sus atribuciones y deberes le correspondía, en lo relativo la seguridad: "...2°), intervenir igualmente en la construcción y refacción de los edificios particulares, al solo efecto de garantir su solidez, y ordenar la compostura o demolición de aquellos que por su estado ruinoso ofrezcan un peligro inminente: 3°), adoptar las medidas y precauciones tendientes a evitar las inundaciones, incendios y derrumbes". Del claro texto transcripto, resulta que la Comuna tiene el deber de intervenir y adoptar las medidas aludidas, para la protección de los particulares.

8. La función pública es indelegable por obra de la misma autoridad a la que ha sido impuesta. La delegación importa un desprendimiento de un deber funcional: si este deber -en el caso, policía municipal edilicia- ha sido impuesto por una ley formal -la 1260 (Adla, 1881-1888, 96), aplicable en autos- es necesario por el principio del paralelismo de las normas que para permitir la delegación de competencia lo sea a través de otra ley en sentido foral. En cambio, es admisible la "delegación", aun sin norma que la autorice, cuando se trate de una mera prórroga de competencia de carácter preparatorio, que no excluya el examen ulterior del asunto por el órgano superior (en el caso se trata de la responsabilidad de la municipalidad por el derrumbe de un edificio).

9. Debatiéndose en autos la responsabilidad de la Municipalidad por el derrumbe de un edificio, la Comuna no puede sostener que no es función del juez indicar a un ente público cuál es la forma de cumplir con la "facultad" que la ley le acuerda para ejercer su poder de policía edilicia. Ello por cuanto no se trata de una facultad acordada por la ley, sino del cumplimiento obligatorio de la función de policía ; y es precisamente sobre esta cuestión que el órgano jurisdiccional es quien debe dilucidar el diferendo.

10. No es atendible en base el argumento que la Municipalidad de la Capital, pretende eximirse de la responsabilidad por un derrumbe, que la ley 1260 (Adla, 1881-1888, 96), otorgará a ésta sólo atribuciones en materia de policía edilicia, toda vez que dicha ley le impuso fundamentalmente deberes, sin perjuicio de reconocerle atribuciones para facilitar su cumplimiento y la finalidad tenida en consideración.

11. Las normas de los arts. 1646 y 1647 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), se refieren al contrato de locación de obra y son inaplicables para excusar la responsabilidad extracontractual de la Municipalidad por el derrumbe de un edificio, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 43 y 33, inc. 1° del mismo Código, en orden al incumplimiento de sus deberes de policía edilicia.

12. El deber de la Municipalidad de garantizar la solidez de los edificios a que se refiere el art. 47 de la ley 1260 (Adla, 1881-1888, 96), -vigente al momento de producirse el derrumbe que origina la causa- no queda cumplida con la mera presentación de planos de estructura firmados por un profesional de la categoría que corresponde a la obra.

13. Las titulares dominiales del terreno no pueden ser consideradas como "dueños" o "guardianes" -en los términos del art. 1113 del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799), - del edificio allí construido por quien, como adquiriente mediante contrato privado celebrado con el causante de aquéllas, tenía la posesión del terreno. De ahí que no sean responsables por los daños causados a las fincas vecinas por los escombros del edificio desmoronado.

14. La calidad de director de obra del edificio desmoronado, revestida por el codemandado, resulta acreditada con las constancias obrantes en el juicio criminal, así como también con el expediente de obra y la nota de la Dirección General de Fiscalización de Obras de Terceros, actuaciones administrativas éstas en las que consta que la solicitud de permiso para construir y los planos iniciales de arquitectura fueron presentados por el coaccionado en aquella calidad. Tal conclusión no se desvirtúa por la posterior presentación de planos de estructura firmados por otro profesional -que también invoca la calidad de director de obra- si la actuación de éste se circunscribió a la dirección técnica de la estructura de hormigón armado, sin sustituir al codemandado, que continuaba revistiendo como director de obra, con las obligaciones y responsabilidades consiguientes.

15. No puede admitirse el argumento consistente en que el profesional director de obra del edificio desmoronado cesó en tal calidad al asumir otro colega la dirección técnica exclusivamente referida a la estructura de hormigón armado, ya que por vía de consecuencia debería admitirse a su vez que, una vez terminada la ejecución de dicha estructura, la obra habría continuado sin tener director alguno al frente, conclusión que no resiste el análisis por absurda y ser violatoria de claras disposiciones del Código de la Edificación.

Texto Completo:

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 7 de 1980.

¿Es nula la sentencia apelada? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde?

El doctor Yáñez dijo:

I - Objeto de la impugnación. 1) Demandaron Estela Almirón de Barba, Roberto Asch y Daniela Baycar de Asch, Gerardo Ardisana y Manuela Parrado de Ardisana, Pedro León Barrau y Magdalena Faramo de Barrau, Francisco Boeme e Ibeta de Angelis de Boeme, Nelly Martha Sidelnik de Berrud, Ana Pettrona Parebeu de Capurro, Lucía Cassia, Domingo J. Cei y Elida S. Zernik de Cei, Santiago F. Coluce e Irma E. Japase de Collice, Norberto Del Valle y María M. Fandino de Del Valle, Miguel Igna Echezuri, María Z. Fernández Blanco de Erratchu, David Freue y Teresa Said de Freue, Constancio Carlos Ferraro y Susana E. Cipollone de Ferraro, Isaac Freue y Alegría Serur de Freue, Ethel E. Giuliano, Alberto R. Giambelluca y Elsa E. Manzano de Giambelluca, Leonardo Glusberg y Lucía Portney de Glusberg, Roberto Gelena, Salin Imach, Carmelo Masello y Carmen C. Ramundo de Masello, Juan C. Marcon y Gladis E. Maidan de Marcon Pedro H. Massuh y Carmen M. Russomano de Massuh, Ricardo A. Mazalan y Elena Cassia de Mazalan, José Menbrive y Remedios Alonso de Menbrive, Helvesia B. Natal, Arnaldo Olmo y Beatriz T. Caballero de Olmo, Horacio A. Otero y Beatriz L. Agosti de Otero, Julio Pazos y Silvia Almiron de Pazos, Rubén N. Ruiz y María V. Torres de Ruiz, Héctor A. Richichi y Emilia A. Herdia de Richichi, Norberto O. Rossetti y Beatriz S. Gargiulo de Rossetti, Antonio J. Ramundo, Alberto A. Ratti y Nely Salietti de Ratti, Héctor O. Rumaldi y María A. Lamanuzzi de Rumaldi, José Salmun y Kara Meta de Salum, Miguel A. Barcos y María C. Veniani de Barcos, Rosa Lopilato de Vaamonde, Alda A. Vaamonde, Carlos A. Vaamonde, Oscar V. Iserte y Nélida C. E. Lobato de Iserte y Luís A. Rossetti a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, el concurso civil de Santiago Glusberg, el ingeniero León Pesch y el arquitecto Juan A. Dompé por indemnización de daños y perjuicios por la reparación de los daños emergentes del derrumbe del edificio que se levantaba en la calle Montes de Oca Nº 680 de esta Capital, ocurrido el día 16 de junio de 1970. Después de detallar las alternativas que precedieron a tal lamentable suceso y de señalar que por expedientes separados demandarán los daños sufridos por cada uno de ellos, peticionan que se haga lugar a la demanda, limitando el tema de la presente acción al valor de los respectivos departamentos de la finca derrumbada adquiridos por ellos. 2) A fs. 296/298 León Pelisch contesta la demanda solicitando su rechazo, con costas. Niega la responsabilidad que se le imputa, afirmando no tener ninguna vinculación contractual con el propietario del inmueble o con el arquitecto Dompé. Reconoce que se limitó a confrontar los cálculos de hormigón armado y encontrándolos correctos, los suscribió; siendo confeccionados dichos cálculos por Angel Magdalena, perteneciente a la firma Magdalena. S. A., quedando posteriormente totalmente desvinculado de todo lo relativo a la construcción. 3) A fs. 300/315 la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires contesta la acción pidiendo su rechazo, con costas. Opone la excepción de prescripción anual prevista por el art. 1646 del Cód. Civil y subsidiariamente afirma que no ha existido en ningún caso culpa o negligencia del personal Municipal en todo lo relativo al derrumbe del caso. 4) A fs. 329/336 Juan A, Dompé contesta el traslado de la demanda, solicitando su rechazo, con costas. Opone la prescripción anual del art. 1646 del Cód. Civil, afirmando que se limitó a confeccionar los planos de arquitectura, no así los de estructura resistente que fueron firmados por el codemandado Pelisch quien tuvo además a su cargo la dirección de la obra. 5) A fs. 341/343 contesta la demanda la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires, en el carácter de tercero obligado peticionado por la demandada, sin que al respecto se hubiera emitido por el juzgado decisión alguna. Agrega que no existe relación causal alguna entre el dictamen que emitiera oportunamente dicha casa de estudios con el derrumbe del caso. 6) A fs. 346/348 el síndico del concurso civil de Santiago Glusberg peticiona el rechazo de la demanda. Afirma que el concurso carece de responsabilidad por no haber sido ni dueño ni guardián de la cosa causante del evento dañoso. 7) A fs. 364/366 la parte actora contesta las excepciones de prescripción opuestas peticionando su rechazo. 8) También demandaron: Dante Checenelli y Eulogia López de Checenelli; Rosa Checenelli por sí y en representación de sus hijos menores Alicia E. Morales y Checenelli y Luis R. Morales y Checenelli y Reynaldo A. Checenelli a Santiago Glusberg, Catalina Piccaluga de Parma, María C. Parma de Scarpatti, Beatriz C. Parma y Piccaluga y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se los condene solidariamente a indemnizar todos los daños y perjuicios irrogados con motivo del derrumbe del edificio de la Avda. Montes de Oca 680/96. 9) La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda haciendo una breve síntesis de lo expuesto en los autos "Almirón de Barba c. Glusberg" y solicitando su rechazo, con costas. 10) María C. Parma de Scarpati contesta la demanda pidiendo su rechazo, con costas. 11) El síndico del concurso de Santiago Glusberg contesta la acción solicitando su rechazo, con costas. Opone la excepción de defecto legal, la que fue desestimada por el juzgado. 12) Beatriz C. Parma contesta la demanda en iguales términos que su hermana Parma de Scarpati. 13) En autos se denuncia el fallecimiento de Catalina Piccaluga de Parma, tramitándose su sucesión en el juzgado en lo Civil Nº 12, Secretaría Nº 24. 14) El a quo en su sentencia única de fs. 1294/1303 declaró civilmente responsable por las consecuencias de los daños derivados del derrumbe de la finca de la calle Montes de Oca 680 de esta Capital, a León Pelisch, a Santiago Glusberg y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires quienes deberán responder "in solidum" por los perjuicios ocasionados por tal hecho de conformidad con lo que se establezca en el presente juicio y en los demás procesos acumulados al mismo, una vez consentido o ejecutoriado que sea este pronunciamiento. Con costas. Rechazó las demandas promovidas contra Juan A. Dompé y la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Buenos Aires, con costas por su orden; 15) De dicho pronunciamiento apelaron: a fs. 1304 la parte actora; a fs. 1304 vta. el síndico del concurso Glusberg; a fs. 1311 el codemandado Juan A. Dompé; a fs. 1312 la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; a fs. 1313 los actores en los juicios acumulados y a fs. 1317 la Universidad de Buenos Aires. A fs. 1330 vta. el juzgado concedió el recurso de apelación interpuesto a fs. 262 de los autos "Cardalda, Enrique c. Glusberg, Santiago". A fs. 1360 el juzgado dejó sin efecto el recurso concedido a fs. 1358 al codemandado Pelisch, manteniéndoselo, conforme a lo dispuesto por esta sala a fs. 1338, únicamente con respecto a los juicios "Cardalda, E. J. c. Glusberg"; "Bambara, J. y otros c. Glusberg" y "Geraci, Rosario c. Municipalidad de Bs. As". Asimismo apelaron: Dante Checenelli y Eulogia López de Checenelli; Reynaldo A. Checenelli y Rosa Checenelli de Morales; la Municipalidad de Buenos Aires y el síndico del concurso Glusberg por sus respectivas acciones.

II - Nulidad de la sentencia

1º) ....

2º)

.

III - Fundabilidad de los agravios.

A. - agravios de los Sres. Checenelli.

1º)

Según resulta de las copias de las sentencias glosadas al expte. núm. 115.707-3-58, glosadas a fs. 95/98, las nombradas demandaron tiempo atrás a Glusberg, resolviéndose de acuerdo con lo pedido por las actoras que escrituraran en el plazo de treinta días a favor de Glusberg el inmueble de calle Aristóbulo del Valle 1677 y Avda. Montes de Oca 668/80/82 y 692 de esta Capital y condenó al nombrado Glusberg, una vez obtenida dicha escrituración a terminar la construcción y entregar la posesión a las actoras de las doce unidades del edificio a construir que formaban el precio del terreno. La sentencia de 1ª instancia del 21/12/1967 y la de la sala F -con otra integración- confirmatoria en lo principal del 3/10/1968 (se encuentra ésta publicada en Rev. LA LEY, t. 134, p. 563).

Es un hecho comprobado que Glusberg fue quien dispuso por su cuenta la construcción del edificio, contratando a la empresa y a los arquitectos Dompé y Pelisch, firmando los planos respectivos, a la vez que procedió a la venta de los departamentos, suscribiendo los boletos y entregando la posesión a los adquirentes. Los apelantes no han controvertido esta conclusión del a quo, que se ajusta a las constancias de la causa.

Las herederas de Pedro Parma eran solamente acreedoras de los derechos y acciones resultantes de la venta del terreno que efectuara el causante a Glusberg (con notas de permuta, como se entendiera en la sentencia de Cámara), y de los que les fueron reconocidos por ese pronunciamiento para obtener el cumplimiento del contrato celebrado con su antecesor.

La afirmación de que las Sras. Parma tenían la tenencia de 10 departamentos del edificio según resultaría del mandamiento de fs. 27 de los autos "Piccaluga de Parma. Catalina c. Glusberg, Santiago s/daños y perjuicios s/incidente medidas precautorias" (expte. núm. 43.015, que tengo a la vista), no tiene el alcance que se pretende dar, pues se trataba simplemente de una medida cautelar obtenida con la promoción del pleito, consistente en la mera tenencia con prohibición de efectuar acto de transferencia de la misma y luego se dispuso la clausura de las unidades, cumplida con dicho mandamiento.

De más está decir que fue el edificio construido por Glusberg el que se desmoronó y cuyos escombros fueron los que produjeron los daños a los aquí accionantes, por lo que resultan ajenos a toda responsabilidad los titulares dominiales del terreno.

De ahí entonces que no puedan ser considerados las Sras. Parma ni dueños ni guardianes de la cosa ruinosa causante del daño, en los términos del art. 1113 del Cód. Civil (texto según ley 17.711).

Con el criterio de considerar como "guardianes" de la cosa a estas codemandadas, o al menos, de parte de ella, siguiendo el mismo argumento de los recurrentes forzoso sería considerar también en la misma calidad jurídica a todos los poseedores ocupantes de los departamentos que existían en el edificio y, por tanto, asimismo responsables hacia los actores por los daños, lo que en ninguna momento han pretendido invocar.

Contrariamente a lo que dicen los quejosos la situación de Glusberg era la de un verdadero poseedor "animus domini", pues tenía la posesión legítima del terreno (conf. art. 2355, 2º párr. del Cód. Civil, texto según ley 17.711) que le otorgara el causante de las accionadas Pedro Parma según el contrato celebrado el 20/11/1958 y tanto es así que actuó ostensiblemente en tal carácter como queda dicho.

Por último, señalo que el deber de "garantía" a que se alude en el memorial, es uno de los argumentos que se dan para sostener la responsabilidad que le corresponde al dueño o al guardián de la cosa, y que autores como Borda la fundan "en el riesgo creado con la cosa" (conf. Obligaciones", t. II, ps. 257 y sigts., núms. 1341 y 1342, 4ª ed., ver más adelante referida a la ruina de edificios: ps. 364/366, núms. 1495/1498), y en nada puede cambiar la solución a que arribo.

5º) En lo que hace a las costas causídicas de esta demanda que se rechaza, considero que deben serlo en el orden causado en, ambas instancias en atención a las especiales particularidades que el caso ofrece, según se ha visto en lo que no es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, por lo que pudieron razonablemente creer tener derecho los actores para accionar (art. 68, 2ª parte. Cód. Procesal).

B. Agravios de los actores de este juicio.

1º) Los actores de este proceso y los demás conexos representados por los doctores Gatti, Acuña y Weisstaub en su escrito de fs. 1366/1377, se agravian de la sentencia, en cuanto: 1) rechaza la demanda contra Juan A. Dompé a quien solicitan se declare también responsable civilmente por las consecuencias de los daños derivados del derrumbe de la calle Montes de Oca 680 de esta Capital, quien deberá responder "in solidum" juntamente con los demás codemandados León Pelisch, Santiago Glusberg y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, por los perjuicios ocasionados por tal hecho, con costas. 2º) Asimismo solicitan se modifique la sentencia en los siguientes aspectos: a) en cuanto rechaza la demanda contra la Facultad de ingeniería, demanda que su parte no ha promovido, declarando que ningún pronunciamiento cabe dictar con respecto a su pedido de que se citase a dicha casa de estudios como tercero interesado; b) rechazando expresamente la excepción de prescripción opuesta por el codemandado Dompé, con costas.

Además, dicen que no obstante que la sentencia declara la responsabilidad civil de la Municipalidad por las consecuencias de los daños derivados del derrumbe de la calle Montes de Oca 680 la misma es pasible de crítica de su parte, en estos aspectos: a) en cuanto pasa completamente por alto la alegación de su parte, sobre la responsabilidad de la Municipalidad, aún por alto lícito o legítimo, exista o no culpa; b) hace ciertas apreciaciones peyorativas con respecto al comportamiento de las víctimas del derrumbe que motiva estas actuaciones: c) no considera justo el cuestionamiento de la actuación de los funcionarios municipales después de aparecidos los primeros síntomas de la catástrofe.

Piden en definitiva se dicte sentencia en la forma pedida "ut supra" y se tenga presente la reserva formulada con respecto al planteamiento del caso federal.

2º) La municipalidad de la Capital contesta el traslado conferido en escrito obrante a fs. 1420/1422 y pide se revoque la sentencia que la condena, con costas.

3º) El codemandado Dompé evacua el traslado de la expresión de agravios a fs. 1427/1428 solicitando se confirme la sentencia apelada.

Por razones de método se analizará en conjunto la situación de cada codemandado, a la luz de los respectivos agravios y contestaciones.

C. Agravios del concurso de Santiago Glusberg.

1º) El escrito de fs. 1384 por medio del cual el síndico del concurso civil de Santiago Glusberg pretende fundar su apelación no puede ser considerado como una verdadera expresión de agravios en los términos que establece el art. 265 del Cód. Procesal, habida cuenta de que el recurrente se limita a disentir con el juzgador formulando meras apreciaciones personales …

Corresponde, pues, disponer la deserción del recurso que ocupa.

D. Situación del arquitecto Juan A. Dompé.

1º) El a quo, luego de rechazar la excepción de prescripción liberatoria opuesta por el arquitecto Dompé, desestima la demanda contra el nombrado por entender que en ningún momento había investido el carácter de "director de obra" con las obligaciones y responsabilidades inherentes a dicho cargo, ya que se había limitado a suscribir los planos de arquitectura, ajenos por completo al derrumbe derivado de vicios observados en los planos y posterior ejecución de la estructura de hormigón armado, cuya dirección técnica asumid el ingeniero León Pelisch, quien condena.

2º) Considero que en autos obran elementos de convicción suficientes como para arribar a una solución distinta a la tomada por el sentenciante.

…

Si se tiene en consideración que el Ing. Pelisch asumió la función de director técnico, exclusivamente con relación a la estructura de hormigón armado, de admitirse la desvinculación de la dirección aducida por Dompé, se llegaría por vía de consecuencia a tener que admitir que una vez terminada la ejecución de dicha estructura, la obra habría continuado sin tener director alguno a frente, conclusión que no resiste el análisis por absurda y ser violatoria de claras disposiciones del Cód. de la Edificación.

3º) Considero que las circunstancias fácticas antes expuestas, desvirtúan lo que se sostiene en el cap. IV de la expresión de agravios de Dompé (pidiendo la revocatoria de la sentencia en cuanto decreta a su respecto las costas por su orden, fs. 1410), en el sentido de que la actora tuvo conocimiento de su ausencia de responsabilidad.

Por el contrario, dichas circunstancias permiten concluir que el nombrado codemandado también resulta responsable del derrumbe del edificio de Avda. Montes de Oca 680, por imperio de lo dispuesto en los arts. 1646 y 1647 del Cód. Civil, razón por la cual no resulta aplicable la doctrina que cita el sentenciante al final del considerando IV, b).

...

4º) De conformidad con el resultado a que arribo en mi voto, estimo que el Arq. Dompé debe cargar con las costas causídicas en ambas instancias, ….

5º) Es materia de agravios por parte de los actores representados por los doctores Gatti, Acuña y Weisstaub, la omisión incurrida en la parte decisoria de la sentencia en la que no figura el rechazo de la prescripción liberatoria opuesta por el comandado Dompé, no obstante así resultar del apart. b) del considerando IV.

No obstante de que dicha parte no haya pedido aclaratoria del fallo en 1ª instancia (a fs. 1304 se limitaron a apelar), ello no impide peticionar que el tribunal subsane la omisión del caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 278 del Cód. Procesal, por lo que corresponde dictar un pronunciamiento expreso sobre el punto.

Como corolario de lo expuesto, entiendo que se le deben imponer las costas por el rechazo de dicha excepción al arq. Dompé, dado su condición de vencido a su respecto, a lo que debe agregarse que la defensa intentada era a todas luces improcedente como bien lo ha resuelto el juzgador con fundamentos que resultaría sobreabundante reiterar.

F. Situación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

1º) ….

G. - Situación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

1º) La Municipalidad de esta Capital, en su escrito de fs. 1387/1400 se alza contra la sentencia que la condena "in solidum" pidiendo se la revoque declarando a su parte libre de responsabilidad por los daños reclamados, con costas.

2º) Los actores representados por los Doctores Gatti, Acuña y Weisstaub evacuan el traslado conferido a fs. 1437/1442, solicitando se confirme el fallo, con costas.

3º) Los accionantes de los autos "Bambara, Juan y otros c. Glusberg, Santiago y otros s/ordinario", representados por el doctor Zambrano, contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 1447/1468, piden se confirme la sentencia que condena a la Municipalidad, con costas.

4º) Los actores del juicio "Checenelli de Morales, Rosa y otros c. Glusberg, Santiago s/concurso s/daños y perjuicios", "Checeneli, Reynaldo A." y "Checenelli, Dante y otra", representados por el doctor Salerno, contestan a fs. 722/727 el traslado de la expresión de agravios de la Municipalidad de esta Capital obrante a fs. 706/719, que es una fotocopia de la corriente a fs. 1387/1400 del proceso "Almirón de Barba, Estela y otra c. Glusberg...", pidiendo se confirme la sentencia que la declara responsable de los hechos que dieron lugar al deceso de Luis R. Morales, con costas.

5º) El asesor de Menores de Cámara en su dictamen de fs. 1469/1472, aconseja que se confirme el fallo respecto de la condena a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

6º) Rechazo de la excepción de prescripción.

La Municipalidad, dice "...vengo a expresar agravios que afecta a mi parte la sentencia de 1ª instancia en cuanto declara civilmente responsable a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, por las consecuencias del derrumbe que tratan estos autos y por la imposición de las costas".

De este párrafo y de la lectura de todo el escrito en examen, resulta que la apelante omite toda consideración al rechazo por el a quo de la excepción de prescripción anual opuesta por dicha parte, razón por la cual corresponde tener por firme esta parte del pronunciamiento de grado (arts. 265 y 266, Cód. Procesal).

7º) Declaración de responsabilidad.

Comienza su exposición, manifestando que el "a quo" "...en su narrativa centraliza toda la responsabilidad municipal en apreciaciones personales ajenas al juicio sobre la supuesta conducta de técnicos y empleados de la misma, como asimismo en hecho de ninguna significación en relación con el siniestro..." (sic).

Fuera de la impropiedad de tildar de "narrativa" al considerando respectivo, no se alcanza a comprender de que manera pueden ser ajenas al proceso las apreciaciones que vierte el juzgador respecto de la conducta de los agentes de la Comuna, máxime si se tiene en cuenta que la apelante en el apart. II admite que "los entes del Estado son responsables por las consecuencias dañosas del comportamiento de sus funcionarios y empleados". A la vez, se trata de afirmaciones meramente personales y genéricas, sin apoyo alguno en las circunstancias comprobadas de la causa, lo que mucho dista de cumplir con la carga de la fundamentación que exige el art. 265 del Cód. Procesal.

Igual conclusión merece su frase de que el juez "intenta transformarse en legislador de cómo debe la Municipalidad ejercer su poder de policía edilicia". Ellos habrían consistido "a algunos datos estadísticos que si bien pueden ser ciertos, no responden a la realidad en la practica en el ejercicio de dicho poder de policía edilicia" (sic). Agrega que "...descarta hechos, testimonios, dictámenes profesionales y se aparta de toda concepción jurídica..." y concluye "se diría que... la sentencia recurrida es más sentimental que jurídica buscándose inculpar al único solvente para hacerlo pagar por un siniestro en el cual no tuvo la culpa".

Corresponde -a mi juicio- formular algunas consideraciones previas respecto de los alcances de la ley 1260 que estableció la organización de la Municipalidad de la Capital.

En su art. 47, incs. 2º y 3º, disponía que entre sus atribuciones y deberes (ver el encabezamiento del Cap. II), le correspondía, en lo relativo a la seguridad: "... 2º) Intervenir igualmente en la construcción y refacción de los edificios particulares, al solo efecto de garantir su solidez, y ordenar la compostura o demolición de aquellos que por su estado ruinoso ofrezcan un peligro inminente; 3º) Adoptar las medidas y precauciones tendientes a evitar las inundaciones, incendios y derrumbes" (el subrayado es mío).

Del claro texto antes transcripto, resulta que la Comuna tiene el deber de intervenir y adoptar las medidas aludidas para la protección de los particulares.

La actividad de "Policía" y "poder de policía" "son conceptos distintos aunque dependientes, desde que la función de Policía se realiza con el material que crea el Poder de Policía, La una es una función ejecutiva -preventiva o presiva-, la otra, en cambio, es una función legislativa (conf.: Pedro Guillermo Altamira, "Policía y Poder de Policía", ps. 27 y sigts., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963).

Para Rafael Bielsa, en el dominio más restringido del derecho administrativo, el concepto de policía "designa el conjunto de servicios organizados por la Administración Pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física, y aun moral, de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad individual y colectiva de ellas" (conf.: "Derecho Administrativo", t. IV, p. 1, núm. 681, 6ª ed., Ed. LA LEY).

Ramón F. Vázquez, dice que es un "poder que se manifiesta en normas tendientes a asegurar y promover el orden social, el bienestar colectivo y la prosperidad y felicidad de todos mediante restricciones y compulsiones" ("Poder de Policía", p. 28, 2ª ed., Buenos Aires, 1957).

Bartolomé A. Fiorini, entiende que el Poder de policía comprende la función que tiene el Estado, en aras de la convivencia, de respeto de los derechos humanos y la satisfacción de bienes comunes, por medio de leyes que aseguren su cometido ("Derecho Administrativo", t. II, p. 52, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., 1976).

Benjamín Villegas Basavilbaso define el poder de policía como "potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general, regulando a este fin los derechos individuales, expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental" ("Derecho Administrativo", t. V, p. 103, núm., 562, Ed. TEA, Buenos Aires. 1954).

"La policía administrativa es una actividad de la Administración pública sujeta a la ley; su objeto: asegurar el orden público, la seguridad, moralidad, salubridad e higiene pública. El Poder de Policía es una manifestación de voluntad de los órganos legislativos, es un instrumento inherente a la soberanía, una función abstracta. La policía es una función administrativa, La policía es administración, no legislación; es una función concreta" (conf.: Altamira, op. cit., p. 63).

De ahí, que en ejercicio de ese poder de policía, la Municipalidad puede darse su legislación dictando ordenanzas, decretos y reglamentos en los que se establezcan las normas y procedimientos pertinentes, que resultan así obligatorios tanto para sus funcionarios como para los administrados.

Sin embargo, es del caso destacar que en lo atinente a la función de policía edilicia, se encuentra regulado por una ley del Congreso Nacional, actuando como legislatura local (Constitución Nacional, art. 67, inc. 27, ley 1260, vigente a la fecha del evento dañoso), la que obviamente tiene prelación sobre normas municipales posteriores.

El argumento de la Comuna de que la ley citada le otorgara solo atribuciones no resulta atendible, toda vez que dicha ley le impuso fundamentalmente deberes, sin perjuicio de reconocerle atribuciones para facilitar su cumplimiento y la finalidad tenida en consideración.

Consecuentemente, resulta injustificada la queja de la Municipalidad en tanto sostiene que no es función del a quo indicar a un ente público cuál es la forma de cumplir con la facultad que la ley le acuerda, para ejercer su poder de policía. El error de la apelante radica en confundir las premisas en que basa su conclusión, pues no se trata de una facultad acordada por la ley, sino de un deber impuesto por ella; dicho en otras palabras: no constituye el ejercicio facultativo del poder de policía, antes si se trata del cumplimiento obligatorio de la función de policía. Y es precisamente sobre esta cuestión que el órgano jurisdiccional es quien debe dilucidar el diferendo.

En suma, la Municipalidad de esta Capital, en ejercicio de su poder de policía no puede dictar normas que eximan o limiten el cumplimiento de su función policial en materia edilicia impuesta por la ley 1260, ya que en todo caso, tales normas deben dictarse para asegurar su recto cumplimiento.

8º) En ejercicio de sus atribuciones constitucionales, el Congreso de la Nación dictó la ley orgánica municipal 1260.

El Estado y todas las personas jurídicas públicas estatales, de que él se vale para el cumplimiento de sus fines, al hallarse estructurados orgánicamente, expresan su voluntad a través de personas físicas que los integran. Estas personas físicas constituyen los llamados "órganos personas" u "órganos individuos". La voluntad expresada por dichas personas físicas es imputable a la persona jurídica de que forman parte (conf.: Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, p. 8, núm. 830, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977).

La doctrina dominante estima que el concepto de "órgano" debe comprender las dos nociones mencionadas, o sea que no sólo debe entenderse por tal a las personas físicas adscriptas a la función, sino también a las reparticiones estatales que impliquen esferas de competencias (conf.: Marienhoff, op. cit., t. I, p. 519, núm. 170).

Este autor -siguiendo a Giannini- sostiene que si predomina el aspecto de soberanía la actividad ha de calificarse como "función pública", de lo contrario como "servicio público" (conf. op. cit., t. II, ps. 48/49, núm. 301).

La función pública es indelegable por obra de la misma autoridad a la que ha sido impuesta. La delegación importa un desprendimiento de un deber funcional. Si éste deber (en el caso, policía municipal edilicia) ha sido impuesto por una ley formal (como la citada 1260), es necesario por el principio del paralelismo de las normas que para permitir la delegación de competencia lo sea a través de otra ley en sentido formal.

En cambio, se admite en doctrina de que la "delegación" procede, aun sin norma que la autorice, cuando se trate de una mera prórroga de competencia de carácter preparatorio, que no excluya el examen ulterior del asunto por el órgano superior (conf.: Marienhoff, op. cit., t. I, p. 580, núm. 190).

Por ello, se ha entendido que la construcción y conservación de los edificios que utilizan los habitantes de la ciudad deben estar bajo el contralor permanente de la autoridad edilicia como función propia de su Policía de Obras, a fin de obtener seguridad en las construcciones (conf.: Altamira, op. cit., p. 242).

En este orden de ideas, señalaba Bielsa que "recientemente ha habido varios derrumbamientos de edificios nuevos en la Capital Federal, lo que denota desidia o corrupción de la autoridad municipal que inspecciona obras y materiales o ineptitud en la aprobación de planos, con respecto a lugares, cálculos, sobre estabilidad" (conf.: op. cit., t. IV, p. 256, núm. 794, nota 360). Agrega, que "la policía ejerce en esto una función tutelar, preventiva, pues su acción existe en razón directa de la situación en que se encuentran las personas expuestas a los peligros señalados, y cuya actitud es pasiva, en el sentido de que ellas no sólo no conocen el peligro, sino que aun conociéndolo no tienen, en general, otros medios de evitarlo, hacerlo cesar, que la intervención de la autoridad administrativa" (op. cit., p. 257).

Volviendo al tema de la competencia, resulta claro que la Comuna Capitalina no podía delegar su función de policía municipal edilicia, que en forma expresa le atribuyera la ley 1260.

Aun cuando podía hacerlo y de hecho lo hizo, prorrogar su competencia dentro de su ámbito -circunstancia que expresamente reconoció la Municipalidad (ver informe de fs. 685 vta., de estos autos: "Almirón de Barba, Estela y otros c. Glusberg, Santiago s. concurso y otros") de lo que hizo mérito el juez, sin perjuicio claro está de conservar toda su responsabilidad al respecto.

Por principio, la "delegación" de funciones es improcedente. Por excepción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta la validez de la delegación, cuando las facultades o atribuciones normativas otorgadas al órgano Ejecutivo lo sean dentro de un ámbito cierto y determinado expresamente. En consecuencia, si bien el órgano Legislativo no puede "delegar" "traspasar") el ejercicio de la función en el órgano Ejecutivo o en un órgano administrativo menor, v. gr. una municipalidad, descargando su respectiva atribución en éstos sí puede asignarle al Ejecutivo o a una municipalidad, p. ej., la atribución de estatuir sobre determinadas materias, dentro de ciertos límites preestablecidos en la ley que efectúa esa imputación de funciones o que atribuye esa competencia (conf.: Marienhoff, op. cit., t. IV, p. 525, núm. 1524).

9º) Al margen de lo antes visto respecto de las limitaciones de la Municipalidad para ejercer su poder de policía, corresponde puntualizar que las normas comunales que invoca no la exceptuaban del deber de realizar inspecciones periódicas necesarias para el correcto cumplimiento de su función policial en materia edilicia.

A la luz de los considerandos del decreto municipal 10.493/51 (publicado en Boletín Municipal 9147), resulta que al reemplazarse el sistema de inspecciones fijas por otro de inspecciones parciales sin previo aviso y en cualquier estado del proceso de la construcción, el objetivo era asegurar que las obras en curso de ejecución se harían con estricta sujeción a las reglamentaciones en vigor, estableciendo un método de contralor más efectivo.

En lo que hace a la modificación al art. 2.4.3.1 del Cód. de la Edificación, eximiendo a los constructores o empresas de primera y segunda categoría de solicitar determinadas inspecciones, ello no significó en ningún momento excluir la obligación de realizarlas por el órgano municipal, quedando aquéllos "sujetos a inspecciones parciales sin previo aviso", tal como transcribe en parte la propia apelante en su queja, vale decir, que el nuevo sistema implicaba por parte de la Municipalidad una mayor diligencia.

Esta circunstancia se encuentra expresamente reconocida por la Comuna en el informe glosado a fs. 685 de estos autos. Allí se dijo: "La eliminación del carácter obligatorio de determinadas inspecciones en ningún modo exime a la Municipalidad de ejercer el Poder de policía de la construcción (ley 19.987), que lo cumple asegurando la presencia de un profesional de una categoría acorde con la obra y realizando inspecciones de muestreo o contralor, que todos los inspectores están obligados a efectuar y efectúan de acuerdo a lo establecido en el art. 2.2.3.2. "Inspecciones parciales de las obras del Código de la Edificación" (punto h). Agregó que "el cambio del sistema de fiscalización de obras se efectuó con el objeto de separar el cuerpo de inspectores que realizaba las inspecciones parciales y el que efectuaba inspecciones finales. Al mismo tiempo se persiguió hacer de las primeras un medio eficaz de enmienda de errores u omisiones, adoptando el principio de alternar la intervención de distintos inspectores a lo largo del desarrollo de una misma obra" (punto d).

Ahora bien, no obstante lo expuesto, de las constancias del responde de estos obrados, como del expte. penal núm. 13.349, resulta que nunca se efectuaron las inspecciones antes aludidas.

Ello demuestra un claro incumplimiento de los deberes impuestos por la función policial edilicia, que se configura en la etapa liminar de la construcción, cuando era el momento necesario para verificar si la misma se ajustaba a los planos aprobados por la autoridad de aplicación.

El argumento que se vierte tanto en la contestación de demanda cuanto al expresar agravios, en el sentido de que tal función se cumple con solo asegurar que al frente de cada obra se encuentre un profesional matriculado de categoría acorde con la misma, no resiste el menor análisis, pues ello significaría dejar librado en los hechos a la conducta ética o moral de cada profesional de la construcción materia tan importante como lo es la policía edilicia.

Tampoco es feliz pretender limitar su responsabilidad la Comuna a aquellos casos en los cuales las obras se ejecuten sin su permiso, cuando en realidad ocurriría lo contrario, al no haber tenido la oportunidad de ejercer la función policial que la ley le impone. En cambio, debe cargar con la responsabilidad condigna cuando conoce que se realizará una obra y otorga el permiso pertinente, sin realizar las inspecciones y demás diligencias propias de tal función.

De aceptarse la tesis de la recurrente se llegaría a desligarla de toda responsabilidad, tanto en el supuesto de no otorgar el permiso, como para el caso de concederlo.

La principal defensa de la Comuna en el sentido de que habría realizado una suerte de delegación de sus funciones de policía municipal edilicia a los constructores y empresarios, no es atendible, pues según se ha visto en el considerando anterior tal delegación es inadmisible. Aun forzando el argumento, de que hubiera constituido a aquellos en mandatarios suyos (lo que tampoco hizo) para que cumplieran con los deberes de su incumbencia impuestos por la tantas veces citada ley 1260, frente al incumplimiento de ese supuesto mandato se derivarían las siguientes consecuencias: a) los mandatarios serían responsables por sus omisiones ante el órgano mandante por los daños y perjuicios que le ocasionara (art. 1904, Cód. Civil); b) la responsabilidad frente a terceros perjudicados seguiría siendo de la Municipalidad en su calidad de mandante (arts. 1946 y 1947).

Pero aún para el hipotético caso de que se estimara viable tal delegación, lo cierto es que la Comuna seguiría siendo responsable, toda vez que se trataría de hechos referentes a una prórroga de competencia fuera de su propio ámbito, lo que es inadmisible según queda visto ut supra.

En cuanto a la referencia a la Comisión formada con los funcionarios designados en la resolución 4266 del Ministerio de Bienestar Social, entiendo que carece de total relevancia para la decisión del presente proceso, habida cuenta de que se trata de un hecho ajeno a la litis, ocurrido con posterioridad al momento de su traba y que la Municipalidad ni siquiera lo ha invocado como hecho nuevo, lo que excluye su conocimiento por la alzada (arts. 34, inc. 4º, 163, inc. 6º, 271 y 277, Cód. Procesal).

10) Sostiene la apelante que "no se discute que los planos aprobados eran correctos", pasando por alto que existían "diferencias acusables a simple vista entre la estructura y los planos municipales" (ver informe de la Facultad de Ingeniería, de fs. 1186).

La opinión que transcribe del doctor Bartolomé Fiorini lejos está de darle la razón. Si bien es cierto que en materia de funciones preventivas el ente respectivo tiene, comunmente, una amplia discrecionalidad, no lo es menos, que una cosa es eso y otra muy distinta la "arbitrariedad", confusión en la que no ha caído ni la doctrina ni la jurisprudencia.

En este orden de ideas, una de las pautas para calificar de arbitrario el ejercicio de la función que solamente pudo ser discrecional, consiste en la "irrazonabilidad", y lo irrazonable de la actuación de la Comuna en el sub lite, ha quedado debidamente acreditado con abundantes elementos de convicción, en grado mayor que los analizados por el sentenciante.

11) El juzgado designó de oficio a tres peritos ingenieros civiles. Luego de sucesivas renuncias y nuevas designaciones por el juez, los ingenieros Enrique Espina, Juan B. Montesano y Ernesto A. Aguirre presentaron su dictamen a fs. 822/837 (19/12/1975) del que se corrió vista a las partes, sin que mereciera observación alguna por ninguno de los demandados. Recién, al contestar los expertos un pedido de explicaciones formulado por los co-actores a fs. 885/907, del que se dio vista a las partes (1/6/1976), se presenta la Municipalidad a fs. 911/926 (11/6/1976) impugnando la pericia originaria, no obstante lo cual el juzgado proveyó "téngase presente la impugnación deducida y hágase saber" (14/6/1976), sin que se corriera traslado a los peritos de la referida impugnación. La actora pidió se tuviera a los peritos de la referida impugnación. La actora pidió se tuviera por no presentado dicho escrito por extemporáneo (1/7/1976), el que fue desestimado por el a quo a fs. 953 vta. por entender que había sido formulado fuera de tiempo, resolución que -con independencia de su acierto o error- ha quedado firme.

La impugnación se basa en que la pericia no ha sido hecha con rigor científico y en sus apreciaciones no se ha ajustado a la verdad de los hechos; que contiene obvservaciones que no corresponde a una pericia imparcial y se inmiscuye en cuestiones ajenas a su incumbencia (temas no consultados o en reglamentaciones que corresponden a los consejos profesionales proponer) y finalmente, pretender hacer recaer sobre la Municipalidad la culpa sobre la falla en la construcción del edificio y por no haber evitado su posterior derrumbe (sic). De la lectura del dictamen de marras y de sus aclaraciones de fs. 885/907 y de fs. 931/950 bis, no surgen a mi juicio los motivos en que se basa la impugnante, pues los expertos han dado suficientes fundamentos científicos y técnicos sobre los distintos puntos de pericia como lo exige el art. 474 del Cód. Procesal; y en modo alguno se han apartado del ámbito de su misión pericial. Menos aún, puede tildarse a su actuación de parcial, que no sea como una forma elíptica de exteriorizar la Comuna su desagrado por las conclusiones arribadas, las que obviamente la perjudican por su notoria negligencia en el cumplimiento de su deber de policía edilicia.

Sentado lo expuesto, considero que corresponde estar a las conclusiones periciales, dictamen que valoro conforme las pautas que brinda el art. 476 de dicho código.

A ello cabe agregar, que no obstante haber aceptado también el a quo tales conclusiones, la apelante en ningún pasaje de su expresión de agravios trae la menor referencia a esta fundamental prueba, todo lo cual, reafirma lo que vengo diciendo sobre el particular.

12) Con independencia de la omisión incurrida por la Municipalidad de esta Capital al no efectuar las inspecciones necesarias durante la etapa de construcción del edificio de Avda. Montes de Oca 680 (como lo ha reconocido en el responde, fs. 306), han mediado otras inexcusables omisiones de su parte. Ellas consistieron en las siguientes:

1) El deber de la Comuna de garantizar la solidez de los edificios a que se refiere el art. 47 de la ley 1260, no queda cumplida con la mera presentación de planos de estructura firmados por un profesional de la categoría que corresponde a la obra, como lo ha pretendido sostener en el informe de fs. 1305/1306 de la causa penal (de la Dirección General de Fiscalización de Obras de Terceros) y a lo largo de todo este proceso. Allí reconoció que con relación a dicha obra no repasó los cálculos matemáticos, ni controló la técnica y las previsiones científicas y de seguridad, tareas que dice se efectúan únicamente en expedientes aislados en forma de control.

2) Los encargados del edificio de marras fueron autorizados a vivir en el mismo, bajo su responsabilidad. En tal sentido, se acredita con la fotocopia de fs. 132 y las declaraciones testimoniales de los funcionarios municipales ing. Tombazzi; maestro mayor de obras Bayón; ing. Salt; ing. Avila y testigo Parra (ayudante de portería), fs. 354 del exp. penal que corre por cuerda separada.

3) La Municipalidad no dispuso la interrupción del suministro de energía eléctrica a la finca. Lo prueba el informe producido por Segba y los testimonios de Domenech (encargado de la portería); su esposa Bimbo de Domenech; Rolón, quienes agregan que funcionaban los ascensores del edificio. Según la testigo Pelliza de Fisichella se había instalado un equipo de aire acondicionado en el departamento de la familia Pazos.

4) No se procedió a clausurar efectivamente el edificio del comisario Tebus).

5) Al momento del derrumbe continuaban viviendo en la finca otras personas (conf.: testigos Czinner, autos: "Almirón de Barba, Estela c. Glusberg, Santiago s. concurso y otros", L. nº 252.819; Donati, del presente juicio).

Considero que no corresponde la calificación de "bajos arbitrios" a dos hechos circunstanciales a que se refiere el a quo. Que en una ocasión uno de los tantos ocupantes del edificio haya tomado un whisky con el policía de consigna y otro un café con un inspector municipal.

Con relación al testigo Donati, debe tomarse su declaración en forma integral y en sus justos términos, pues textualmente al responder a la 5ª pregunta dice: "que los comentarios del barrio eran que vivían de contrabando", y al contestar a la primera ampliación para que de la razón de su dicho a esa respuesta, manifiesta: "que entraban por una puerta lateral de servicio porque la principal estaba cerrada porque no se podía abrir ni cerrar, que entraban a cualquier hora del día, como Pancho por su casa". Asimismo, "considera que la Municipalidad sabía que la gente vivía". De ahí que no pueda afirmarse que los ocupantes de los departamentos lo hicieran "de contrabando".

Otros testigos que deponen en la causa penal, dan cuenta de que varias familias se habían vuelto a instalar en el edificio, lo que era de conocimiento general (Román de Mertel; Otero y Barrau, fs. 577).

6) No obstante que originariamente se había suspendido el servicio de agua el 1º de marzo de 1970 y nunca fue rehabilitado, se seguía suministrando agua a la finca (conf.: testigos: Domenech, Bimbo de Domenech; Rolón y Tormakh).

7) No se tomaron las medidas precautorias necesarias desde el momento en que se dispuso el apuntalamiento del edificio (sólo con maderos y no como se aconsejaba), hasta el momento en que se produjo el derrumbe, a pesar de su necesidad (conf.: informe de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Buenos Aires; testimonio de los ingenieros Fliess, Bava y Kogan).

8) Las cimentaciones eran inadecuadas para el edificio; en tanto que el material y las técnicas constructivas empleadas en la ejecución de la estructura resistente de hormigón armado no eran adecuadas para soportar el mismo, con las dimensiones del proyecto (ver pericia de ingenieros civiles, punto 2º, e informe pericial de la Dirección General de Fiscalización de Obras de Terceros del exp. penal).

9) No se procedió a calcular el arriostramiento contra el viento, sobre todo por ser un edificio "en torre" (conf.: oficio de dicha Facultad, punto 3º y declaraciones de los testigos ingenieros Fliess y Fernández Long).

10) No se adoptaron las medidas de seguridad que imponían las especiales circunstancias del caso. En tal sentido, los peritos ingenieros civiles expresaron que: "la dilación en la presentación del dictamen definitivo por parte la Facultad de Ingeniería, a juicio de los suscriptos, no es motivo para que no se hayan tomado inmediatas medidas de seguridad por parte de la Municipalidad".

Para descalificar la actuación que le cupo en la emergencia a la Municipalidad y a sus funcionarios, bastaría tener en consideración que a pesar de haber intimado a los propietarios del edificio y al consejo de administración con fecha 13 de marzo de 1970 para que en el plazo de 24 horas den comienzo a los trabajos tendientes a regularizar la situación de la finca de marras, ejecutando las obras de consolidación necesarias para establecer en forma definitiva la estabilidad y seguridad de la misma (ver resolución, fs. 100 y cédulas fs. 101 y sigts., del exp. municipal núm. 115.707-3-58) dejan transcurrir un lapso prolongado, sin ejecutar las tareas necesarias, no obstante haber tomado los trabajos a su cargo (ver antecedentes, de la D. G. F. O. T. de la Municipalidad, fs. 962/965 glosado a la causa penal).

El informe de la Facultad de Ingeniería de la U. N. B. A., al referirse a las medidas que se deben adoptar, dice que "en el caso de las columnas, contrariamente al de lozas y vigas la rotura se presenta súbitamente sin aviso ni agrietamiento previo, razón por la que el coeficiente de seguridad no puede reducirse más allá de ciertos límites".

Por su lado, el Ing. Bava -quien presidió la comisión designada por dicha facultad- preguntado para que diga "de adoptarse rápidamente las medidas aconsejadas por la Facultad de Ingeniería el edificio era rescatable", dijo "que eso queda supeditado a los estudios y a la solución propuesta por la comisión de la Facultad. Y considera que los trabajos debían realizarse rápidamente, mas bien hoy". Interrogado acerca de: "que las columnas cuando estallan lo hacen súbitamente, sin aviso ni agrietamiento previo", contestó: "que.10 gritan, rompen de golpe".

Dicha facultad indica "la necesidad de reforzar columnas y arriostrar contra la acción del viento a que se llega en las conclusiones del informe producido por la Facultad de Ingeniería, implicaba que dicho trabajo debería ser realizado de inmediato, debido a los escasos márgenes de seguridad obtenidos en la verificación de las columnas del subsuelo y de la planta baja" (ver oficio de fs. 595, punto 3º).

El entonces director de Obras Particulares de la Dirección General de Fiscalización de Obras de Terceros, Ing. Quintana (se desempeñaba también como prof. adjunto interino de la Cátedra de Construcciones, de la que era profesor titular el ing. Bava), al ser preguntado si "tuvo conocimiento, a medida que se iban produciendo las diversas conclusiones de los distintos especialistas designados por la facultad, del tenor de las mismas", respondió "que el dicente solo tenía conocimiento del proceso de trabajo". El ing. Acuña -quien era a la sazón Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad- al ser interrogado sobre "que previo a la presentación por parte de la Facultad del informe el testigo estaba interiorizado de la marcha de los estudios que se realizaban", contestó: "que es cierto por la preocupación que tenían con el Intendente para dar solución a los habitantes del edificio que habían sido desalojados".

Ello significa que los funcionarios de más alta jerarquía de la municipalidad que tenían a su cargo tomar las medidas conducentes para evitar el siniestro de marras, a pesar de estar en conocimiento de los resultados a que se iban arribando por la comisión de la Facultad de Ingeniería, nada hicieron en concreto para tratar de evitarlo o, al menos, paliar sus consecuencias dañosas.

11) Al aparecer los primeros síntomas de derrumbe del edificio, la Comuna encargó a una comisión del Centro Argentino de Ingenieros para que se expida específicamente sobre el punto.

Su secretario, Ing. Mauricio Kogan, hizo llegar al Secretario de Obras Públicas de la Municipalidad ing. Acuña el informe del estudio efectuado con colaboración del Instituto del Cemento Portland Argentino (con la colaboración del ing. Fliess), pieza que se registrara bajo exp. 707.860/70, fs. 3 y sigts. (glosado al exp. penal).

Dichos ingenieros concurrieron al edificio y en atención al estado que a simple vista se encontraba, recurrieron a la utilización de un escalmetro con el que efectuaron 190 pruebas, en base a las cuales aconsejaron medidas urgentes que eran imprescindibles e impostergables para evitar el derrumbe.

En su declaración testimonial, el ing. Fliess expresa que el coeficiente de seguridad de las columnas afectadas era muy cercano a la unidad, de lo que es de todo punto de vista inadmisible. Aclarando el coeficiente uno a que se ha hecho referencia, significa que la carga con que se verificó la columna era prácticamente la de rotura o la de colapso, le indica el Ing. Kogan la necesidad de proceder a un refuerzo inmediato de la estructura pues sino podía pasar cualquier cosa, señalando que una posible solución era construir pórticos metálicos o tabiques de hormigón por debajo de las vigas a los efectos de mejorar la seguridad.

Dicha conclusión reviste suma gravedad, si se repara que "a simple vista pudo observar que una columna del frente estaba rota, en términos estructurales, que otras mostraban indicios de encontrarse en precario estado de estabilidad".

Por su parte, el ing. Kogan puso en conocimiento de tal situación al Secretario de Obras Públicas, entregando el informe producido al secretario privado del ing. Acuña el 8 de marzo de 1970.

A fs. 5 de dicho informe -entre otras comprobaciones- se hacían constar que "las columnas núms. 2, 4, 5, 6 y 7, del sótano muestran señales evidentes de rotura, en especial la núm. 2 que fuera la primera donde se observaron daños. En dicha columna, en la zona de unión con la viga principal que apoya sobre la misma, muestra saltado el recubrimiento, estribas roto y ausencia de los mismos en la zona en que forma cuerpo con la viga. En dicha zona el hormigón se encuentra en estado de colapso con planos de fractura característicos de la rotura por compresión y pandeo de las barras de armadura. Igual situación fue dado observar en otras de las columnas afectadas".

Al prestar testimonio el ex rector de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Ing. Fernández Long, manifestó que "la seguridad de un edificio se mide por su parte más débil, como el caso de una cadena que tiene la resistencia de su eslabón más débil".

A su turno, el ing. Kogan al ser preguntado si el colapso era previsible, dijo "que así lo considera y que era previsible a simple vista y no comprende como la Facultad de Ingeniería se tomó 60 días para realizar el informe en un caso de tanta gravedad. Aclara que la Facultad se podía haber tomado ese tiempo para realizar un informe en tanto y en cuanto la Municipalidad tomara las medidas concurrentes a evitar el colapso".

Agrega el testigo que aparte de haber entregado el referido informe al ing. Acuña, y con relación a que el colapso era previsible, contestó "que es cierto y se lo dijo personalmente y le manifestó que no tenía los 2 o 3 millones de pesos para realizar el arreglo aconsejado por el dicente y el ingeniero Fliess y le manifestó que inclusive no sabía quien lo podía pagar...".

En el reportaje efectuado al Ing. Acuña por la periodista Ménica Mihanovich antes del derrumbe, dicho Secretario manifiesta que "en el caso de Montes de Oca, figura el responsable de la obra el ing. León Pelisch, que ha sido emplazado por veinticuatro horas a hacer el ensunchado de las columnas que en esa forma permitan sustituir las columnas que han sido aplastadas, vencidas en su capacidad de resistencia" (ver fs. 747/49, debidamente reconocido por el testigo a fs. 745 y certificado por el secretario).

En otro reportaje periodístico, a cargo de Leo Gleizer después del siniestro (también reconocido y certificado), el Ing. Acuña al ser interrogado por dicho periodista "si al ser Secretario de Obras Públicas de esta Municipalidad no se considera en parte responsable, ya que hace cuatro meses se sabía que esto se venía abajo", contestó que "esa es una opinión particular que quizá yo también podría haberla tenido en mi fuero íntimo, pero era necesario hacer los estudios", más adelante, y preguntado si en su fuero íntimo se siente responsable, dijo: "No: no me siento responsable. Digo que pudiera haberla tenido en mi fuero íntimo por una inspección ocular frente a los síntomas que presentaba el edificio, pero que dada la intervención de colegas, que con la ayuda del Centro de Ingenieros, los expertos que tiene la Municipalidad y en base al apuntalamiento que se había hecho en el edificio, permitieron suponer que el edificio podía salvarse".

De conformidad con lo antes expuesto, surge que la Municipalidad tenía conocimiento de la extrema gravedad del asunto, a partir de los primeros días del mes de marzo de 1970, sin que se adoptaran los recaudos que la situación límite imponía. Tanto es así que el informe del Ing. Kogan y del Instituto Argentino de Cemento Portland, que obra en el exp. nº 707.860/70, luego de recibido, no se observa ninguna actuación.

Cabe señalar por su relevante importancia para descalificar la actuación de la Municipalidad y de sus funcionarios y agentes que en el período posterior a la guardia de auxilio, luego del amague de derrumbe del 28 de febrero de 1970, que no obstante haber intimado a los propietarios del edificio el 13 de marzo para que en el plazo de 24 horas den comienzo a los trabajos tendientes a regularizar la situación del edificio (ejecutando las obras de consolidación necesarias para establecer en forma definitiva la estabilidad y seguridad del edificio, ver cédula de fs. 101 del expte. Nº 115.733-58), dejan las autoridades transcurrir más de tres meses sin hacer nada, no obstante haber tomado los trabajos a su cargo.

De ahí la injusta afirmación de la quejosa: "Todo lo expuesto descalifica lo expresado por el a quo en el sentido que las inspecciones municipales de haberse efectuado, hubiesen advertido a tiempo las falencias de la construcción que tornaron a la obra inevitablemente destinada al derrumbe", a poco que se tenga en cuenta que la sola constatación de diferencias acusables a simple vista entre los planos municipales y lo construido, debió haber obligado a la Municipalidad -de haber obrado razonablemente- a una inspección exhaustiva de la finca, situación no cumplida en la especie.

También resulta gratuita la expresión que "por la estructura de la sentencia parecería que el juzgador primero dispuso fallar en contra de la Municipalidad y luego construyó el andamiaje narrativo, no jurídico, para fundar su decisión", pues la condena se sustenta en claros principios jurídicos.

La manifestación de la accionada de que "parecería, que según el sentenciante, la posibilidad de que algún agente de policía o municipal haya tomado café o whisky fueron también factores que contribuyeron a la producción del siniestro", no viene al caso si se advierte que sólo constituye un mero argumento colateral del a quo.

Aun llega a hacerle decir al juez lo contrario de lo que éste expresa, al sostener "reconoce el a quo que el edificio fue clausurado", cuando en el fallo dice textualmente: "es cierto que en rigor de verdad el edificio nunca fue clausurado".

13) El peritaje de ingeniería a cargo de los ings. Enrique Espina, Juan B. Montesano y Ernesto A. Aguirre para establecer las causas técnicas que provocaron el derrumbe de la finca de Avda. Montes de Oca 680, da cuenta que: 1º) no se acompañaron planos de estructura resistentes de hormigón armado, ni tampoco cálculos de dicha estructura resistente, como tipo y calidad de materiales a utilizar en su ejecución. Ello agrava la responsabilidad municipal, ya que al no controlar o exigir su presentación, tampoco se puede comprobar la diferencia entre lo propuesto y lo efectivamente realizado, en el supuesto de colapso. 2º) La presentación posterior de los planos de estructura de hormigón armado por parte de León Pelisch no cumplía con la información técnica requerida respecto del cálculo que la acción del viento produciría sobre el edificio como lo exige el art. 8.1.5. del Cód. de la Edificación, ni tampoco con el cálculo de resistencia de la platea de fundación que debía servir de soporte a las bases de las columnas identificadas con los núms. 7 a 11 inclusive como lo exige el art. 8.1.7.3. del Cód. de Edificación. 3º) Los planos mencionados, adolecían de las siguientes deficiencias de orden técnico: haber sobrepasado las presiones admisibles propias del terreno en la zona de contacto con las bases aisladas motivadas al reducir las superficies de las mismas y sometiendo así al terreno a presiones excesivamente mayores a 2kg./cm2 circunstancia ésta agravada al no contemplarse la acción del viento sobre el edificio, además de haberse hecho una reducción de bases sobre las cuales apoyaban columnas excéntricamente construidas así como también arbitrariamente ejecutadas, todo ello contraviniendo expresas disposiciones contenidas en el Cód. de la Edificación vigente arts. 8.1.5; 8.1.7.0 y afines 8.1.8.0 y afines; 8.2.5.0, 8.2.6.1. y afines (es decir, múltiples y graves violaciones a dicho código).

Agregan los expertos que de las constancias de autos no surge que se haya presentado cálculo alguno de la platea de fundación que recibe el apoyo de las columnas, pero analizadas en el supuesto que actuaran como bases aisladas, transmitían al terreno de apoyo presiones comprendidas entre 5,9 kg./cm2 y 8,10 kg./cm2, valores que resultan excesivamente altos a los admitidos por el Cód. de Edificación que no superan los 2,5 kg./cm2 (art. 8.2.4.), por razones de seguridad. En el plano presentado a la aprobación municipal se indican presiones de 8 kg./cm2, que trasmiten las bases de las columnas sobre la platea de fundación.

Con relación a las columnas del subsuelo y de la planta baja y por medio del análisis de laboratorio realizado por la Facultad de Ingeniería, se llega a la conclusión de que habiendo estado las columnas en peligrosas condiciones de estabilidad se aconsejaba reforzar todas aquellas que incidieran en planta subsuelo, además de las ubicadas en planta baja. Además se comprobó la deficiente calidad del hormigón en la zona del frente, sótano y planta baja. También quedó demostrado que las columnas 1 a 14 se encontraban con coeficientes de seguridad muy bajos, siendo en algunos casos ligeramente inferiores a uno, lo que queda demostrado con la rotura experimentada por las columnas 2 y 6, expresando que la 16 poseía un coeficiente de seguridad riesgoso.

Continúan los técnicos que el 22 de mayo de 1970, la Facultad de Ingeniería en un pre-informe hizo notar que no era conveniente autorizar la ocupación del inmueble hasta tanto no se realizaran los trabajos de consolidación definitivos. Más adelante (4 de junio), dicha facultad elevó a la Municipalidad las conclusiones, aconsejando no innovar desde el primer piso a la azotea, con excepción de la columna 16, que era necesario reforzar todas las columnas en planta baja y planta sótano y necesario arriostrar toda la estructura contra la acción del viento, desde losa sobre planta baja hacia abajo, en dirección paralela a la Avda. Montes de Oca.

En la causa penal, la comisión técnica designada integrada por los ings. civiles Gorostiaga Burgos, Faigón, Hernández Long, De Lavallaz, Trevisán y Vila, entendió que las causas del derrumbe fueron las siguientes: cimentaciones inadecuadas, al igual que el material y las técnicas constructivas empleadas y que no existía posibilidad de evitar el derrumbe salvo su inmediata demolición.

Los peritos nombrados se encontraron con sorpresa que existían grandes discrepancias con relación a las dimensiones y ubicaciones previstas en el proyecto que figura en el expediente municipal, que afectaban gravemente la estabilidad del edificio como consecuencia de las grandes presiones que transmitían al suelo (ver anexo I) y que no pueden ser atribuidas por su magnitud y repetición sistemática a errores o inadvertencias del constructor.

En el anexo II los expertos llegan a la conclusión que las columnas estaban en condiciones apenas de soportar las cargas calculadas, cuando es norma obligatoria, por razones de seguridad, construir columnas capaces de soportar el doble. Añaden que en una cimentación correctamente proyectada, los asentamientos de todas las bases son aproximadamente del mismo orden, lo cual no provoca distorsión en la estructura; en cambio, cuando los asentamientos son diferentes, se producen distorsiones con las consiguientes alteraciones del comportamiento estructural. En este caso, se agregan las deficiencias en las dimensiones y la incorrecta disposición de las bases, lo que permite afirmar que los asentamientos han sido considerables y muy diferentes entre sí. El efecto nocivo que estos asentamientos han tenido sobre la estructura, que se ha ido incrementando con el tiempo, ha encontrado un material muy cerca del límite de su capacidad de resistir y en un momento dado, se ha producido el colapso.

En síntesis, manifiestan que los índices de seguridad en la estructura no fueron los correctos de acuerdo al plano presentado, con el agravante de que durante el proceso de construcción del edificio se vieron afectados debido a que se disminuyeron las dimensiones de las bases, a la par que se construyeron columnas excéntricas con respecto a dichas bases, violando el aludido plano municipal.

Es lapidario para la Comuna lo que expresan los peritos civiles en el sentido de que las deficiencias apuntadas en ningún momento fueron detectadas por la Municipalidad durante todo el lapso en que se ejecutó la estructura resistente de hormigón armado del edificio tipo torre a que se refieren las presentes actuaciones.

13) También ha faltado el debido cálculo sobre el arriostramiento del viento.

Los peritos ingenieros civiles manifiestan que no existía cálculo de la tensión horizontal y vertical debidas a la acción del viento como también la inexistencia de un estudio del suelo, lo que justifica que se opinase que el edificio debía demolerse para evitar el colapso.

Señalan los expertos que por eso en el dictamen de la Facultad de Ingeniería se puntualiza que "es necesario arriostrar contra acción del viento, todo el edificio desde la losa sobre planta baja hacia abajo, en dirección paralela a la Avda. Montes de Oca. Por ello se aconseja la necesidad de hacerlo de inmediato dado los escasos márgenes de seguridad".

Luego expresan: "se concluye que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ha tenido un descuido injustificado o una fiscalización negligente al no exigir en oportunidad de la aprobación de los pianos presentados al profesional responsable de que tomara medidas de seguridad mínimas en el cálculo de la estructura resistente de hormigón armado del edificio derrumbado, tal como sucede comúnmente, por ejemplo, en el cálculo de chimeneas en usinas o fábricas de importancia". Es indudable que, de haberse adoptado medidas precaucionales de seguridad en el proyecto, como de haberse observado una adecuada fiscalización de la ejecución de la cuestionada estructura, se hubiera evitado la catástrofe ocurrida como la muerte de seres humanos inocentes y ajenos a las causas que desencadenaron el colapso.

Continúan diciendo los peritos que "la total falta de arriostramiento en la estructura resistente de hormigón armado, que debía haberse contemplado en su cálculo y dimencionamiento a efectos de contrarrestar la acción del viento, indudablemente ha sido una de las causas que causaron una difícil situación en el amago de derrumbe producido el 28 de febrero de 1970". Quedó así el edificio con serias averías principalmente en los sectores de planta sótano y planta baja; sectores éstos peligrosos para ejecutar los trabajos de reconstrucción y de consolidación mínimos requeridos para asegurar su estabilidad peligrosamente amenazada, en razón de los siguientes factores: por su misma ubicación dentro del edificio; por el intenso tránsito de vehículos pesados por la Avda. Montes de Oca; por la acción propia del viento; por la entrada y salida casi permanente de los propietarios de los departamentos en virtud de no haber constancia firme de que la Municipalidad hubiera procedido a la clausura total del edificio afectado.

Dicha falta de arriostramiento, además de empeorar seriamente la situación de resistencia de la estructura portante de hormigón armado afectó peligrosamente el grado mínimo de estabilidad del edificio, aumentando a su vez, apreciablemente dicha peligrosidad como consecuencia de la acción del viento incidente sobre los frentes del edificio de lisits.

Añaden los expertos que "en el proyecto de edificios de gran altura" como con los denominados "edificios torre"... reviste capital importancia el estudio referente al cálculo de la estructura resistente y que bajo ningún concepto puede prescindirse de dimensionar el arriostramiento necesario a fin de contrarrestar la acción del viento, ya que no debe olvidarse que en épocas de temporales pueden producirse vientos que provoquen sobre muros planos presiones hasta de 120 kg./m.2 o más, lo cual pone evidentemente en peligro a cualquier tipo de construcción y en especial a los de elevada altura como son los "edificios torres".

Finalizando este tema, reiteran que atento la importancia del edificio de marras "la Municipalidad de Buenos Aires -desde el punto de vista técnico- debió exigir juntamente con los planos de estructura resistente una memoria especial en la que explicara detalladamente los recaudos adoptados por el proyectista a fin de contrarrestar la acción del viento, con más los detalles constructivos a prever en la ejecución de dicha estructura resistente, tal como se había operado en casos similares producidos con anterioridad.

Lo expuesto en este punto demuestra acabadamente la grave negligencia de la Municipalidad demandada.

14) También ha mediado deficiente e inoportuno apuntalamiento del edificio derrumbado.

Expresan los peritos que "es indudable que si se hubiera apuntalado el edificio afectado, inmediatamente de producido el primer amago de derrumbe habido el 28 de febrero 1970, p. ej., con columnas de acero "Grey" en lugar de madera utilizada, dicho edifico habría quedado con un mayor grado de estabilidad como de seguridad, circunstancias éstas que hubieran permitido trabajar en mejores condiciones para la consolidación y posiblemente a su rescate definitivo". Que "el apuntalamiento hecho por la Municipalidad, frente a la peligrosa situación en que había quedado la estructura resistente luego del mencionado amago de derrumbe, lógicamente resultó insuficiente para contrarrestar la acción del viento como de soportar el exceso de carga". "Que el trágico colapso del 16 de junio de 1970, muestran con toda claridad que las previsiones dispuestas inmediatamente de producido el primer amago de derrumbe resultaron insuficientes ya que se logró con ellas reducir las cargas que debía soportar la estructura resistente a límites razonables de estabilidad".

En suma, "se concluye que el apuntalamiento practicado por la Municipalidad resultó insuficiente para descargar las excesivas tensiones a que estaba sometido el hormigón en las columnas de la estructura de autos".

Añaden los expertos que el 8 de marzo de 1970 -pocos días después de producido el amago de derrumbe- el ing. civil Kogan formula una denuncia concreta a la Municipalidad en relación a la gravedad de la situación por el estado ruinoso en que había quedado el edificio y que correspondía tomar urgentes medidas de seguridad y con la colaboración de dos ingenieros de la Municipalidad y del Instituto Argentino de Cemento Portland practicaron un detenido estudio de la situación, llegando a la conclusión de que el edificio estaba en serio peligro de un próximo derrumbe tal como aconteció posteriormente. Todo esto coincidentemente con el estudio practicado por el Centro Argentino de Ingenieros agregado a la causa penal, en cuya conclusión segunda se dice: "no existían posibilidades de evitar el derrumbe, salvo la inmediata demolición".

Ello significa que a juicio de los peritos civiles "la dilación en la presentación del dictamen definitivo por la Facultad de Ingeniería" no es motivo para que no se hayan tomado inmediatas medidas de seguridad por parte de la Municipalidad.

15) Estado de precariedad de las columnas.

Dicen los peritos que si bien admitieron que en el informe de la Facultad de Ingeniería la estructura -mampostería- había alcanzado una favorable situación de equilibrio, los hechos ocurridos demostraron todo lo contrario. Agregan que dicho informe dice que todas las columnas debían ser reforzadas y en particular la 16 en todas las plantas del edificio, además de proceder a su descarga, adicionándole una columna.

16) Como ya lo he señalado anteriormente los peritos que dictaminan luego del derrumbe en el proceso penal sostienen que "no existían posibilidades de evitar el derrumbe salvo la inmediata demolición", añadiendo que "las columnas estaban en condiciones apenas de soportar las cargas calculadas en el proyecto, cuando es norma obligatoria por razones de seguridad, construir columnas capaces de soportar el doble o más de dicha carga, en virtud de los coeficientes de seguridad que se adoptan".

Por su parte los peritos que dictaminan en la causa civil expresan que "evidentemente aquí conforme a constancias de autos, la Municipalidad tampoco ejerció debido control de la ejecución de la obra en cuestión".

Para ellos, "luego del amago de derrumbe del 28/12/70 exigía se tomaran medidas urgentes de seguridad, a fin de evitar males mayores. Ello queda avalado con las comprobaciones hechas antes del derrumbe, en especial en las columnas y vigas en correspondencia al sótano y a planta baja que demostraban haberse producido serias deficiencias en la ejecución de la estructura resistente de hormigón armado del edificio derrumbado. Que por otra parte, el colapso del 16 de junio de 1970 no deja dudas al respecto".

En el punto de pericia nº 14, en el sentido de si era razonable que dejaran transcurrir el plazo que va desde el 28 de febrero hasta el 16 de junio de 1970, sin tomar otras medidas de precaución que el apuntalamiento, contestaron por unanimidad que "resultó ineficaz aún con las descargas practicadas, debido a la importancia de las cargas transmitidas a las columnas como a sus bases inadecuadamente construidas ambas".

Al responder los peritos al segundo pedido de aclaraciones corroboraron sus anteriores conclusiones, al decir: a) El Reglamento Técnico para Estructuras Metálicas y de Hormigón Armado vigente al año 1935 en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (art. 155 del Reglamento General de Construcciones) en el capítulo Libro I ("De las cargas permanentes y accidentales - Tensiones admisibles de trabajo") en sus arts. 6º y 7, se especifican las exigencias respecto a los esfuerzos del viento sobre las superficies en que éste actúa ya sean superficies verticales, horizontales y/o inclinadas. b) Posteriormente, en la ordenanza 25.957 (publ. en B. M. núm. 14.132 del 15/9/71) se introdujeron diversas modificaciones referentes al cálculo de estructura y en especial, las que estuvieran expuestas a la acción del viento. c) Vale decir que en todo momento la Municipalidad ha considerado que la acción del viento es una fuerza muy preponderante que no puede descuidarse en aquellos edificios de gran altura y de poca base de sustanciación, los cuales pueden asimilarse a manera de pantallas que están expuestos al efecto del viento. En tal sentido, los "edificios en torre", y en particular muy especialmente los ubicados en zonas cercanas al río, plazas, avenidas de muy apreciable ancho, como en sectores de edificación poco compacta y poca altura que debe aplicarse al de autos, y en consecuencia no debieron descuidarse las precauciones previstas reglamentariamente y exigirse todos los cálculos inherentes a la seguridad contra la acción del viento.

En este orden de ideas, el ing. Fernández Long, refiere que "en los edificios entre medianeras es posible que algunos de los efectos que actúan sobre el edificio se transfieran a edificios linderos. La medianera también actúa como arriostramiento contra el viento. Como en los edificios en torre no existen tales paredes de mamposterías exteriores, el efecto nocivo producido por el viento debe ser estudiado con gran cuidado". Agrega que la presión del viento sobre una pared es proporcional a las ráfagas en la zona en que se ha de levantar la construcción. Que esta presión puede ser estimada aproximadamente para la ciudad de Buenos Aires en 150 kilos por metro cuadrado.

14) El argumento ensayado por la Comuna en su queja, de que las falencias en las cimentaciones de las bases y columnas produjeron el derrumbe y que su causa no pudo conocerse o comprobarse sino luego de producido el siniestro se encuentra desvirtuado por los abundantes elementos de convicción antes mencionados, en especial por una prueba idónea como lo es sin lugar a dudas la pericial.

En síntesis: 1) Debieron haberse controlado los planos de la finca, todos los cálculos matemáticos necesarios y la técnica y las previsiones científicas y de seguridad antes de iniciarse la construcción, lo que no se hizo, evitando así tales falencias; 2) tampoco se efectuaron las inspecciones necesarias y obligatorias durante toda la etapa de la ejecución de la obra, oportunidad en la cual bien pudo la Municipalidad haber ejercido adecuadamente un contralor que le permitiera adoptar en tiempo propio las medidas conducentes para evitar el siniestro, como así también constatar si las cimentaciones eran adecuadas; 3) si no obstante ese cúmulo de omisiones la Comuna hubiese adoptado en forma oportuna y correcta todas las medidas urgentes que se imponían perentoriamente para evitar el derrumbe, quizás éste no se habría producido o, al menos, con consecuencias menos dañosas.

Tampoco es exacto que el colapso se debe solamente a las faltas en las cimentaciones de las bases y las columnas del edificio, pues como queda dicho tales fallas se produjeron como consecuencia de otras circunstancias.

Consecuentemente, llama la atención como puede el Municipio invocar su propia torpeza alegando que a la inspección le resultaba imposible determinar las fallas de la construcción "una vez tapadas éstas", cuando tal determinación hubiera sido posible hacerlo de no haber actuado los funcionarios estatales con tamaña negligencia.

En su afán de esquivar su responsabilidad, llega a decir de la imposibilidad material de prever el derrumbe sin demolición previa, que resultaría de los dictámenes de los organismos competentes, cuando ya se ha visto que ello no ha sido así.

En cuanto a la excusa referente a la imposibilidad práctica de su parte de cumplir con la función policial impuesta por la ley 1260, basta destacar que la quejosa no agrega ningún fundamento eficiente para desvirtuar el correcto razonamiento que hizo el sentenciante y que en base al informe de la propia Comuna de fs. 685 concluir en que tal contralor era factible, a la vez que en esta materia no puede pretender la recurrente reducir aquella necesaria función a meras gestiones de ínfima importancia.

El último argumento, de que en el hipotético caso de que se confirmara la sentencia "...tendrá la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que ordenar la suspensión de todas las obras en construcción hasta designar en cada una de ellas un técnico que durante todo el horario de trabajo de dicha obra fiscalice la puesta de cada cucharada de material, de cada hierro, de cada elemento en la obra", es más efectista que real y no debe perderse de vista que según las normas de policía edilicia se encuentra obligada a realizar inspecciones de previo aviso, pero es preciso reiterar que en el "sub examine" jamás realizó inspección alguna.

15) La Municipalidad pretende en su último agravio excusar su responsabilidad diciendo que la de los constructores a la que se refieren los arts. 1646 y 1647 del Cód. Civil excluye la del municipio.

Pero es del caso señalar que esas normas se refieren al contrato de locación de obra y en el aquí debatido se trata de hacer jugar la responsabilidad extracontractual del Estado local (Comuna Metropolitana), de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 43 y 33, inc. 1º del Cód. Civil, de allí que no sea aplicable la jurisprudencia mencionada sobre aquel tipo contractual.

Además, cabe hacer notar que a pesar de que el juez le desestimó la excepción de prescripción anual legislada en el art. 1646, 2º párr., por entender que no se trataba de una locación de obra, sino de responsabilidad extracontractual, ninguna queja ha traído sobre el particular.

16) La responsabilidad del Estado y de los órganos y agentes que los constituyen o integran, por su actuación arbitraria, dolosa o culposa ya había sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia anterior a la reforma del art. 43 del Cód. Civil, por conducto de la ley 17.711. Por conocido, no viene al caso recordar la evolución que paulatinamente se fue operando sobre el particular (a partir del caso "Tomás Devoto y Cía. c. Gobierno nacional", 22/9/1933, CSJN, Fallos, t. 169, p. 111), hasta plasmarse legislativamente en el texto ahora vigente de dicho art. 43, que la establece en términos amplios: "Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

Ver, en tal sentido, como doctrina: Altamira Gigena, Julio I., "Responsabilidad del Estado", ps. 124 y 144/145. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973; Berçaitz, Miguel A., "Problemas jurídicos del Urbanismo", ps. 101/103, núm. 67, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972; Borda, Guillermo A., "Parte General", t. I, ps. 633 y sigts., núms. 701 y sigts., 6ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976; Bielsa, Rafael, "Derecho Administrativo", t. V, ps. 90 y sigts., núm. 1004, 6ª ed., Ed. LA LEY, Buenos Aires, 1965; Fiorini, Bartolomé A., "Derecho Administrativo", t. II, ps. 728 y sigts., núms. 4/5, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976; Diez, Manuel M., "Derecho Administrativo", t. IV, ps. 42 y sigts., Buenos Aires, 1966; Llambías, Jorge J., "Parte General", t. II, ps. 73 y sigts., núms. 1148 y sigts., 7ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978; Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV, ps. 725 y sigts., núms. 1650 y sigts., 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1977, Mosset Iturraspe. Jorge, "Responsabilidad por daños", t. II-B, p. 318; y la jurisprudencia: CSJN, 4/11/1976, E. D., t. 72, p. 395; ídem, 2/3/1978, E. D., t. 77, p. 222; ídem, 13/6/1978, E. D, t. 80, p. 422; y Rev. LA LEY, t. 1978-D, p. 77; ídem, Fallos, t. 270, p. 78; t. 273, p. 75; t. 278, p. 224; t. 288, p. 363; t. 290, p. 71; CNCiv., sala A, 7/6/1976, E. D., t. 68, p. 215; ídem, sala C, 23/12/1975, E. D., t. 68, p. 299; ídem, íd., 19/7/1978, E. D., t. 27, p. 323; ídem, sala D, 7/8/1973, E. D. t. 54, p. 408; ídem, sala E, 26/5/1972, E. D., t. 43, p. 301 y J. A., t. 15-1972, p. 411; CNFed., sala civil y comercial. 25/7/1968. E. D., t. 36, p. 320, etcétera).

Por su marcada analogía con el "sub-lite", cabe señalar especialmente la doctrina del fallo de la CNCiv., sala E del 26/5/1972 (E. D., t. 43, p. 301 y J. A., t. 15-1972, p. 411) autos: "Oneto de Gianolli, Nélida R. c. Club Atlético River Plate", incoado con motivo del luctuoso suceso acaecido el día 23 de junio de 1968 en una de las tribunas del estadio de dicho club de fútbol en ocasión del partido disputado entre el equipo local y el Club Atlético Boca Juniors, condenó solidariamente al Club River Plate y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, el pago de los daños y perjuicios, con más sus intereses y las costas del juicio. Entendió el preopinante doctor Villar en su meduloso voto que "mediando prueba decisiva que muestra a la Municipalidad, tolerando o convalidando, por negligencia o malicia de sus agentes, deficiencias comprobadas en el estadio del club deportivo que obraron como "condictio sine qua non" del accidente que produjo los daños por los que se demanda, aquélla no puede eludir su responsabilidad". "Reconocido por la Municipalidad en la contestación de demanda que a ella le corresponde la habilitación del estadio de fútbol en el que se produjo el hecho dañoso y que también le concierne inspeccionar el buen funcionamiento de sus instalaciones, resulta claro que el cumplimiento de esos deberes no podía entenderlo agotado con la sola inspección y comprobación de deficiencias en el mismo, por lo que cabe concluir que medió por parte de sus agentes una actuación pasiva complaciente, configurativa de una verdadera culpa, más grave aún por aplicación del art. 902 del Cód. Civil ya que no cabría desconocer que la tranquilidad de quienes concurren a espectáculos públicos descansa, en buena medida, en el cabal cumplimiento por parte de esos agentes de tales obligaciones". "Si el agente de la Municipalidad no efectuó la recorrida de inspección de las instalaciones del estadio en que se produjo el accidente, a que estaba obligado o si la efectuó negligentemente, pues no advirtió algo fácilmente perceptible o si habiendo advertido la deficiencia no juzgó necesario corregirla, cualquiera de estos supuestos configura una culpa funcional en virtud del hecho dañoso de ellos derivados, que revierte sobre la Municipalidad codemandada". "Cuando la realidad se impone demostrando que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables no han dado resultado positivo, claramente queda acreditada la negligencia e imperfección que precedieron a la adopción de aquéllas y la procedencia del resarcimiento de los perjuicios ocasionados".

Tal tesitura muestra hasta donde había llegado la jurisprudencia enjuiciando la responsabilidad del Estado, con anterioridad a la reforma del art. 43 del Cód. Civil por medio de la ley 17.711.

No creo honestamente que hagan falta más consideraciones para concluir en la sinrazón de los agravios de la Comuna Metropolitana, lo que impone la confirmatoria del fallo que declara su responsabilidad civil por las consecuencias de los daños derivados del derrumbe de la finca de calle Montes de Oca 680 de esta Capital "in solidum" con otros responsables, por los perjuicios ocasionados por tal hecho de conformidad con lo que se establezca en el presente juicio y en los demás procesos acumulados al mismo (sic).

17) En lo referente a las costas causídicas, no obstante que al principio del escrito en estudio también se las menciona, es del caso destacar que a lo largo del memorial no se observa la más mínima referencia a este agravio, por lo que cuadra tener por desierto este capítulo del recurso y firme, en consecuencia, la decisión de primer grado que se las impone a la Municipalidad en su carácter de vencida en juicio (conf.: arts. 265 y 266, Cód. Procesal).

IV - Resultado final de la impugnación

En atención a los fundamentos vertidos precedentemente, voto para que en definitiva: 1º) se desestime el recurso de nulidad interpuesto por los actores de los juicios acumulados representados por el doctor Salerno, Dante Checenelli, Eulogia López de Checenelli, Reinaldo A. Checenelli y Rosa Checenelli de Morales por sí y en representación de sus hijos menores Alicia E. Morales y Checenelli y Luis R. Morales y Checenelli y se rechace la demanda por responsabilidad civil entablada por los nombrados contra Catalina Piccaluga de Parma, María C. Parma de Scarpati y Beatriz C. Parma y Piccaluga, con costas de ambas instancias en el orden causado. Se aclara la sentencia, en el sentido de que también se hace lugar a la demanda incoada por dichos actores contra Santiago Glusberg y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por responsabilidad civil, condenando a estos demandados "in solidum" en la misma forma como se resuelve en la sentencia, con costas a los accionados en ambas instancias.

2º) Revocar la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra el arq. Juan A. Dompé y decreta las costas en el orden causado y aclarar el fallo, resolviendo expresamente que se desestima la excepción de prescripción anual opuesta por dicho codemandado, y se hace lugar a la demanda por responsabilidad en su contra promovida por los actores representados por los doctores Gatti, Acuña y Weisstaub que han expresado agravios sobre el particular, condenando a Juan A. Dompé "in solidum", juntamente con los otros codemandados Santiago Glusberg, León Pelisch y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en la forma expuesta en la sentencia, con costas de ambas instancias a dicho co-demandado.

3º) Decretar la deserción del recurso de apelación interpuesto por el síndico del concurso civil de Santiago Glusberg por falta de fundamentos, con costas a su cargo.

4º) Aclarar la sentencia en el sentido de que se desestima la citación forzosa de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Buenos Aires en los términos del art. 94 del Cód. Procesal, con costas de ambas instancias a los actores que solicitaron su citación.

Por iguales razones a las aducidas por el vocal preopinante, los doctores Speroni y Beltrán votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede: 1º) se desestima el recurso de nulidad interpuesto por los actores de los juicios acumulados representados por el doctor Marcelo U. Salerno, Dante Checenelli, Eulogia López de Checenelli, Reinaldo A. Checenelli y Rosa Checenelli de Morales por sí y en representación de sus hijos menores Alicia E. Morales y Checenelli y Luis R. Morales y Checenelli y se rechaza la demanda por responsabilidad civil entablada por los nombrados contra Catalina Piccaluga de Parma, María C. Parma de Scarpati y Beatriz C. Parma y Piccaluga, con costas de ambas instancias en el orden causado. Se aclara la sentencia, en el sentido de que también se hace lugar a la demanda incoada por dichos actores contra Santiago Glusberg y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por responsabilidad civil, condenando a estos demandados "in solidum" en la misma forma como se resuelve en la sentencia, con costas a los accionados en ambas instancias: 2º) se revoca la sentencia en cuanto rechaza la demanda contra el arquitecto Juan A. Dompé y decreta las costas en el orden causado y se aclara el fallo, resolviendo expresamente que se desestima la excepción de prescripción anual opuesta por dicho codemandado, y se hace lugar a la demanda por responsabilidad en su contra promovida por los actores Estela Almirón de Barba, Rodolfo Asch y Daniela Bavcar de Asch. Gerardo Ardisana y Manuela Parrado de Ardisana, Pedro León Barrau y Magdalena Faramo de Barrau, Francisco Boeme e Ibeta De Angelis de Boeme, Nelly M. Sidelnik de Berrud, Ana P. Parabeu de Capurro, Lucía Cassia, Domingo J. Cei y Elida S. Zernik de Cei, Santiago F. Collice e Irma E. Japase de Collice, Norberto Del Valle y María M. Fandino de Del Valle, Miguel I. Echezuri, María Z. Fernández Blanco de Erratchu, David Freue y Teresa Said de Freue, Constancio C. Ferraro y Susana E. Cipollone de Ferraro, Isaac Freue y Alegría Serur de Freue, Ethel E. Giuliano, Alberto R. Giambelluca y Elsa E. Manzano de Giambelluca, Leonardo Glusberg y Lucía Porteney de Glusberg, Roberto Gelena, Selin Imach, Carmelo Masello y Carmen C. Ramundo de Masello, Juan C. Marcon y Gladis E. Maidan de Marcon, Pedro H. Massuh y Carmen M. Russomano de Massuh, Ricardo A. Mazalan y Elena Cassia de Masalan, José Menbrive y Remedios Alonso de Menbrive, Helvesia B. Natel, Arnaldo Olmo y Beatriz T. Caballero de Olmo, Horacio A. Otero y Beatriz L. Agosti de Otero, Julio Pazos y Silvia Almirón de Pazos. Rubén N. Ruiz y María V. Torres de Ruiz, Héctor A. Richichi y Emilia A. Heredia de Richichi, Norberto O. Rossetti y Beatriz S. Gargiulo de Rossetti, Antonio J. Ramundo, Alberto A. Ratti y Nely Salietti de Ratti, Héctor O. Rumaldi y María A. Lamanuzzi de Rumaldi, José Salmun y Sara Meta de Salmun, Miguel A. Barcos y María C. Veniani de Barcos, Rosa Lopilato de Vaamonde, Alda A. Vaamonde, Carlos A. Vaamonde, Oscar V. Iserte y Nélida C. Enriqueta Lobato de Iserte y Luis A. Rossetti representados por los doctores Edmundo Gatti, Pedro S. Acuña y Pedro Weisstaub que han expresado agravios sobre el particular, condenando a Juan A. Dompé "in solidum", juntamente con los otros codemandados Santiago Glusberg, León Pelisch y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, en la forma expuesta en la sentencia, con costas de ambas instancias a dicho codemandado; 3º) se decreta la deserción del recurso de apelación interpuesto por el síndico del concurso civil de Santiago Glusberg por falta de fundamentos, con costas a su cargo; 4º) se aclara la sentencia en el sentido de que se desestima la citación forzosa de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Buenos Aires en los términos del art. 94 del Cód. Procesal, con costas de ambas instancias a los actores que solicitaron su citación.- César D. Yáñez. - Pedro R. Speroni. - Jorge E. Beltrán. (Sec.: Susana M. R. Lima).

Voces: CLAUSULA DE EXENCION DE RESPONSABILIDAD ~ CONTRATO DE OBRA ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ EMPRESA DE SERVICIO PUBLICO ~ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD ~ RIESGO CREADO ~ VEREDA ~ VICTIMA

# CNCiv.Sala F, 02/10/2003 “Valdés, Concepción c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” DJ2004-1, 351 AR/JUR/3700/2003

Hechos:

Una persona que circulaba la vía pública sufrió una caída como consecuencia del mal estado de la vereda resultante de una obra realizada a fin de reparar un escape de gas y demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la empresa propietaria de la obra y a los frentistas. El juez de primera instancia rechazó la demanda. La Cámara revocó parcialmente el fallo apelado en tanto condenó a la Comuna y a la empresa dueña de la obra a pagar $ 30.800 en concepto de daños y perjuicios.

Sumarios:

1. Cabe atribuir responsabilidad al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por los daños sufridos por un peatón al caer en la vía pública tras tropezar con los escombros de una obra, pues si bien la Comuna ha delegado en los frentistas, por medio de la ordenanza 33.721 de la Municipalidad de Buenos Aires (Adla, XXXVIII-B, 1711), la responsabilidad por la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas, conserva para sí el deber de evitar que una deficiente conservación se transforme en fuente de daños para terceros.

Jurisprudencia Relacionada(\*)

Ver Tambien

CNCiv., sala M, "R. de P., S. c. Línea de Transporte de pasajeros 68 y otros", 2002/05/07, La Ley, 2003/01/27, 2 ; sala D, "Deveikis, Sandra N. c. Municipalidad de Buenos Aires", 1999/10/12, La Ley, 2000-C, 946, J. Agrup., caso 15.059 .

(\*) Información a la época del fallo

2. La empresa de servicios públicos que encomendó a un tercero la realización de una obra en la vía pública -en el caso, reparación de un escape de gas- es responsable por la caída sufrida por un peatón debido al mal estado de la vereda resultante de las tareas de reparación desplegadas, toda vez que por ser la dueña de la obra y quien obtiene el provecho económico debe soportar los riesgos creados para terceros.

Jurisprudencia Relacionada(\*)

Ver Tambien

CNCiv., sala M, "R. de P., S. c. Línea de Transporte de pasajeros 68 y otros", 2002/05/07, La Ley, 2003/01/27, 2 ; sala D, "Deveikis, Sandra N. c. Municipalidad de Buenos Aires", 1999/10/12, La Ley, 2000-C, 946, J. Agrup., caso 15.059 .

(\*) Información a la época del fallo

3. Resulta inoponible a la víctima la cláusula de un contrato de locación de obra suscripto entre una empresa de servicios públicos y un contratista, por la cual éste último asume la responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar a terceros durante la ejecución de la obra, ya que dicha estipulación solo obliga a las partes contratantes pero no libera al beneficiario de la obra de responsabilidad frente a los terceros damnificados.

Texto Completo:

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 2 de 2003.

El doctor Posse Saguier dijo:

I. La actora promueve la presente acción contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, contra Metrogas S.A., contra Horacio Gadea -como titular del dominio ubicado en Pichincha 1255-57-, contra Nélida Elsa Gómez Guelho y María A. Pires -en su carácter de propietarios del bien sito en Pichincha 1259/1261-, por cobro de la suma de $ 72.480 con más sus intereses, costas y desvalorización monetaria, en concepto de los daños y perjuicios que sufriera a raíz de una caída ocurrida en la calle Pichincha entre los números 1257 y 1261 y que fuera provocada por la existencia de la vereda rota.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda con costas a la actora.

Contra dicho pronunciamiento se alza la accionante, quien expresa agravios a fs. 524/528, los que fueron contestados a fs. 545/551 por Metrogas S.A. y la citada en garantía.

II. La parte actora se agravia por cuanto el sentenciante rechazó la demanda por considerar que la prueba aportada no es suficiente para probar la existencia del hecho.

Desde ya adelanto que le asiste razón a la apelante.

En primer lugar, no se puede pasar por alto que los frentistas co-demandados expresamente reconocieron la existencia del hecho al contestar demanda, donde manifestaron que una persona de sexo femenino, el día 22 de septiembre de 1994, en la calle Pichincha entre los nros. 1257 y 1261, tropezó con un montículo de escombros que estaban sobre la vereda, siendo auxiliada por los vecinos del lugar y luego trasladada por una ambulancia.

Por otro lado, también al contestar demanda, Metrogas manifestó que había contratado a la empresa Colpa S.A. para la reparación de un escape de gas en la calle Pichincha 1258 afectando la acera y el pavimento, para el cual solicitó el permiso municipal n° 59.156 por el período comprendido entre el 9/9/94 y 23/9/94.

Además, considero que la valoración efectuada por el sentenciante respecto a que hay discordancias entre el testimonio de Picardo y el relato inicial de la actora no es acertada. Ello por cuanto, de las constancias de autos no surgen tales contradicciones ya que si se confronta lo atestiguado por Picardo (véase fs. 217) y lo relatado por la actora, no hay duda acerca de la existencia del accidente y de que el mismo ocurrió debido al mal estado de la vereda debido al arreglo.

En efecto, nótese que el juzgador descalificó el testimonio de Picardo por considerar que, además de no aclarar si había presenciado el accidente, manifestó que la accionante había tropezado con un pozo. Con relación al primero de los aspectos cabe aclarar que, contrariamente a lo sostenido por el a quo, frente a la pregunta de si había presenciado un accidente el día 22 de septiembre de 1994 en la calle Pichincha al 1257, Picardo contestó "sí" y además aclaró que había socorrido a una persona mayor de sexo femenino de unos 70 años aproximadamente que se cayó en un pozo (véase fs. 217, preg. n° 2). Respecto a la cuestión de si tropezó con un pozo o con un montículo de escombros, considero que no es de suficiente entidad la denominación como para descalificar el testimonio, toda vez que, como dije, la actora se cayó debido al mal estado de la acera.

Por otro lado, de la historia clínica acompañada por el Sanatorio Quintana S.A. surge que la actora fue revisada el día 22-09-94 -el mismo día del accidente- por presentar una fractura medial de cadera izquierda como consecuencia de una caída en la vía pública (conf. fs. 173 vta.). El día 26-09-94 fue derivada al Hospital de Clínicas (conf. fs. 174). A fs. 232/233 obra fotocopia de la historia clínica remitida por la División Ortopedia y Traumatología del Hospital de Clínicas, de donde se desprende que el 29-09-94 se le realizó a la actora tratamiento quirúrgico por fractura de cadera izquierda, dándosele el alta el 7-10-94.

Establecida la existencia del hecho dañoso, cabe considerar lo atinente a la responsabilidad que les pudiera corresponder a los demandados.

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el sentido de que, si bien es cierto que la Comuna es la propietaria de la acera, siendo éstas de dominio público del estado Municipal (conf. arts. 2339, 2340 inc. 7 y 2344, Cód. Civil) y que las distintas municipalidades tienen la obligación de construirlas y conservarlas en buen estado (ley 11.545), también es cierto que la Comuna ha delegado, por medio de la ordenanza 33.721 de la M.C.B.A., la responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación de las veredas a los propietarios frentistas (conf. esta sala, L. 255.557, del 30-04-01).

Sin embargo, en el caso particular de autos considero que, sin perjuicio de la normativa antes citada, cabe tener en cuenta que tal como se especificará más adelante, la empresa contratada por Metrogas para efectuar los trabajos inició la reparación mecánica el día 12-09-94, concluyendo la misma con fecha 11-10-94. Es decir, que el siniestro de autos ocurrió en plena ejecución de la obra -adviértase que el retiro de escombros se produjo, incluso con posterioridad (20-10-94, véase informe de fs. 44)- por lo que mal puede endilgársele responsabilidad a los frentistas a quienes ninguna negligencia puede atribuírseles; máxime teniendo en cuenta que los frentistas no resultan ser guardianes de los escombros de una obra ajena en los términos del art. 1113 del Cód. Civil.

Por otro lado, no obstante efectuar el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires una delegación al frentista, éste resulta ser propietario de las aceras y guarda para sí el ejercicio del poder de policía, que le impone el deber de asegurar que las veredas tengan una mínima y razonable conformación, para evitar que la deficiente conservación de la cosa, se transforme en fuente de daños para terceros. Por tal razón, en el caso de autos cabe atribuir responsabilidad al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Corresponde analizar la responsabilidad que se le pudiera atribuir a la Metrogas S.A.

Tal como surge de la pericia contable Metrogas S.A. contrató a la empresa Colpa S.A. para realizar una reparación de escape de gas en al calle Pichincha a la altura del 1200, afectando a ambas aceras y el pavimento. De los registros de Metrogas se desprende que el "Aviso de compra" lleva el n° 569. Asimismo, el período en el cual estuvo trabajando en al reparación mecánica esta empresa fue del 12-09-94 hasta el 11-10-94, dándose por concluida la reparación civil en las siguientes fechas: a) en la reparación de vereda, el 10-10-94 (retiro de escombros); b) reparación de pavimento, el 24-10-94 (retiro de escombros). Todo lo cual lleva a la conclusión de que Metrogas era la dueña de la obra, y en tal carácter, por ser quien obtiene el provecho económico, deberá soportar los riesgos creados hacia terceros (conf. CNCiv., sala E, L. 212.724 del 13-03-97; id., sala C, L. 238.372 del 18-06-98).

La defensa esgrimida por Metrogas -al contestar demanda, para exonerarse de responsabilidad- consistente en que habría convenido con Colpa S.A. que esta última se obligaba a mantener indemne a Metrogas por las consecuencias de las tareas a realizar no puede tener favorable acogida. Ello por cuanto, la cláusula del contrato de locación de obra suscripto entre una empresa de servicios públicos y la contratista, mediante la cual esta última se hace cargo de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar a terceros durante la ejecución de la obra, resulta inoponible a la víctima, toda vez que dicha estipulación sólo obliga a las partes contratantes, pero no libera de responsabilidad a la demandada frente a los terceros damnificados, por los daños provocados por la obra que se realiza en su beneficio y como parte integrante de su actividad

específica, aunque haya encomendado la construcción a otro. (conf. fallo antes citado de la sala C).

Respecto a si corresponde hacer extensiva la condena a Colpa S.A. o no, en su carácter de tercero citado, esta sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en el sentido de que, aunque merced a la reforma del art. 96 del Cód. Procesal operada en virtud de la ley 25.488, sea dudosa, para el futuro, la operatividad de la doctrina legal, lo cierto es que la nueva norma no puede ser de aplicación inmediata a los procesos sustanciados con anterioridad a su vigencia por cuanto tal aplicación resultaría sorpresiva y es susceptible de lesionar la garantía constitucional de debido proceso y la defensa en juicio. Es que, esta última no se refiere solamente al accidente o a los hechos, sino muy por el contrario a la posición procesal asumida, ya que quien sabe que no puede ser condenado por la mera citación, se encuentra en un plano jurídico diverso a quien es emplazado como demandado (véase esta sala, L. 343.056 del 1-07-02; R. 321.382 del 28-08-02 y L. 326.188 del 5-09-02, con citas).

Otra de las defensas opuestas por los accionados en punto a la responsabilidad consiste en sostener que el accidente se debió a la culpa exclusiva de la actora, desde que consideran que la actora al advertir el estado de la vereda tendría que haber sorteado el obstáculo, ya sea cruzando la calle o dirigiéndose por otro camino.

El argumento que se formula a fin de desvirtuar la presunción de responsabilidad que pesa sobre la accionada no es acertado.

Digo así, porque en primer término, tal como ya se señalara en los párrafos precedentes, de la pericia contable surge que la reparación encomendada por Metrogas a un tercero afectaba tanto a ambas aceras como el pavimento -aspecto este corroborado mediante la documentación acompañada por Metrogas a contestar demanda (véase fs. 44)- por lo que no es dable sostener que la actora debió cruzar la calle para continuar su recorrido.

Por otro lado, no es posible pretender poner en cabeza de la víctima la obligación de extremar las precauciones cuando se supone que quién camina por una vereda, lo hace por un lugar habilitado a tales efectos y, por ende, en condiciones aptas para ello y, de no ser así, si la persona responsable de una obra quisiera evitar el tránsito por el lugar, no debe dejar el desperfecto descubierto o con una protección insuficiente, a fin de que el peatón infiera que no puede pasar, sino que habrá que recurrir a algún tipo de señalización que sea lo suficientemente clara como para transmitir al transeúnte el mensaje de que debe desviar su recorrido para evitar pasar por el lugar peligroso, utilizando carteles, vallado o encintado (CNCiv., sala H, L. 194.106 del 21-08-96), extremo éste que ni siquiera ha sido mencionado por los demandados.

En tal situación, y no existiendo en autos elementos de convicción que permitan eximir total o parcialmente de responsabilidad a las emplazadas, corresponde revocar la sentencia y hacer lugar a la demanda.

III. Incapacidad sobreviniente: la actora reclama la suma de $40.000 en concepto de daño físico y $12.480 en concepto de daño psíquico, suma que abarca el tratamiento psicológico.

Tal como reiteradamente se ha señalado, la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo, sino también la proyección que aquella tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, la disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital, el empobrecimiento de sus perspectivas futuras, etc. (conf.: esta Sala en causa libre n°49.512 del 18-9-89; Llambías, J.J. "Tratado de Derecho Civil -Obligaciones-" t. IV-A, p. 120, n° 2373; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio - Zannoni, "Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado" t. 5, pág. 219, n°13; Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", t. III, p. 122; Borda, G.A. "Tratado de Derecho Civil Argentino -Obligaciones- ", t. I, pág. 150, n° 149; Mosset Iturraspe, J. "Responsabilidad por daños", t. II-B, p. 191, n° 232; Alterini-Ameal- López Cabana, "Curso de Obligaciones", t. I, p. 292, n° 652).

En suma, el resarcimiento por incapacidad comprende, con excepción del daño moral, todos los supuestos susceptibles de reparación patrimonial, incluso los daños de salud y a la integridad física y psíquica.

Por otro lado, bueno es recordar también -como lo ha destacado el Tribunal (conf.: esta sala en causa libre n° 104.671 del 14-9-92, entre muchas otras)- que el monto que pueda acordarse, de ninguna manera puede surgir como una resultante de un cálculo estricto efectuado en base a la "expectativa de vida" que pudiera tener la víctima, o a los porcentuales rígidos de incapacidad que surgen de los dictámenes periciales pertinentes. Es que las indemnizaciones tabuladas, atendiendo estrictamente los porcentajes de incapacidad, tiene su ámbito de aplicación exclusivamente en los juicios laborales por accidentes de trabajo.

Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales , fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio.

En la especie, del informe del Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 318/242 se desprende que la accionante, al momento de examen, presentó artroplastia de cadera izquierda (reemplazo total de la cadera, acetábulo y cabeza femoral) con fragmentos óseos periarticulares, coxartrosis derecha, ascenso de la cabeza izquierda, osteoporosis generalizada y clínicamente una limitación de los movimientos de la cadera izquierda. De acuerdo a las historias clínicas aportadas la actora sufrió una fractura del cuello del fémur izquierdo, que fue operado. Se constata asimetría de miembros inferiores de aproximadamente 1.8 cm. a favor del lado izquierdo. Concluyen los expertos estimando una incapacidad parcial y permanente del 30% de la t.o. Al respecto cabe aclarar que el Cuerpo Médico Forense al estimar el porcentaje de incapacidad lo hizo también computando la lesión estética solicitada por la accionante toda vez que ponderó las limitaciones que padece la actora para deambular.

Por otra parte, del informe psicológico efectuado también por el Cuerpo Médico Forense, se desprende que la señora Valdés presentaba un cuadro de inmadurez emocional, correspondiente a su personalidad de base y una reacción depresiva neurótica, reactiva a su afección física incapacitante descripta en autos. Estima una incapacidad psíquica de un 8%, relativa a la pérdida de su integridad física, y que ha agravado, posiblemente, los rasgos de su personalidad, porque la actora está en una etapa vital donde se acentúa la importancia de la discapacidad y la muerte. Aconseja un tratamiento psicológico que debería durar de seis meses a un año, con una frecuencia de una vez por semana, quedando la posibilidad de modificación a criterio del profesional actuante.

Ahora bien, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, para establecer el monto indemnizatorio por la incapacidad derivada del accidente, que queda librada al prudente arbitrio judicial, para apreciar la trascendencia de las lesiones sufridas debe analizarse la aptitud para futuros trabajos, como la edad de la víctima, su actividad, condición social, estado civil, trabajos cumplidos, número de hijos, si son capaces o menores de edad, situación económico-social de la unidad familiar, cantidad de personas a cargo del afectado, etc. etc. (conf.: esta sala en causas libres n°s 59.585 del 30-4-90, 103.402 del 20-8-92 y jurisp. allí citada, L. 117.960 del 16-2-93, L. 151.575 del 9-12-94, L. 166.883 del 27-11-95 y L. 172.388 del 2-4-96, entre muchos otros).

En consecuencia, debe considerarse además, que la víctima contaba a la fecha del accidente con 70 años de edad, viuda, sin hijos y que vivía y vive sola en la actualidad. Por tanto, estimo prudente y equitativo fijar en concepto de incapacidad sobreviniente y tratamiento psicológico en conjunto la suma de $ 20.000.

IV. Daño moral: la actora solicitó la cantidad de $ 10.000 por este rubro.

Como es sabido, la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación, sujeto a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante y a los precedentes de la sala.

Ahora bien, resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará a la actora en la misma situación que se encontraba con anterioridad al suceso. De todas formas el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino de tratar de otorgar a los damnificados cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de sus vidas a fin de mitigar sus padecimientos.

En la especie, según surge del informe del Cuerpo Médico Forense, el período de convalecencia de la actora como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que tuvo que ser sometida es de 3 meses aproximadamente, por lo que teniendo en cuenta los padecimientos que debió haber soportado la accionante es que estimo prudente y equitativo otorgar la suma de $10.000 por este concepto.

V. Gastos médicos, de farmacia y movilidad: solicita la actora la suma de $8.000 por este concepto.

Mediante este rubro se trata de resarcir a la víctima respecto de aquellos gastos extras que siempre cabe desembolsar. Cuadra recordar que reiteradamente se ha establecido -con criterio que comparte esta sala- que no se requiere la efectiva prueba de los desembolsos realizados por gastos médicos, de farmacia y de traslados cuando la índole de las lesiones sufridas en el accidente los hacen suponer (conf: causa libre n° 156.186 del 8-3-95, entre otras).

En función de ello, teniendo en cuanta la entidad de las lesiones sufridas por la actora, considero prudente y equitativo fijar la suma de $800.

Conforme a lo expuesto, la indemnización que deberán pagar los demandados asciende a la suma de $ 30.800, más los intereses que deben liquidarse desde la fecha del accidente a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina.Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido propongo se revoque parcialmente la sentencia desestimando la demanda contra Horacio Gadea, Nélida Elsa Gómez Guelho y María A. Pires, y haciéndose lugar a la acción contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Metrogas S.A., los que deberán abonar a la actora, dentro del plazo de treinta días, las sumas de $ 20.000, $ 10.000 y $800 en concepto de "incapacidad sobreviniente y tratamiento psicológico", "daño moral" y "gastos de farmacia, médicos y movilidad", respectivamente, con más los intereses que se fijan a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina desde la fecha del siniestro. Las costas de ambas instancias se imponen a los demandados vencidos, incluso las correspondientes a la acción contra los frentistas que se rechaza.

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los doctores Zannoni y Highton de Nolasco votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede se revoca parcialmente la sentencia desestimando la demanda contra Horacio Gadea, Nélida Elsa Gómez Guelho y María A. Pires, y haciéndose lugar a la acción contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Metrogas S.A., los que deberán abonar a la actora, dentro del plazo de treinta días, las sumas de $ 20.000, $ 10.000 y $ 800 en concepto de "incapacidad sobreviniente y tratamiento psicológico", "daño moral" y "gastos de farmacia, médicos y movilidad", respectivamente, con más los intereses que se fijan a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina desde la fecha del siniestro. Las costas de ambas instancias se imponen a los demandados vencidos, incluso las correspondientes a la acción contra los frentistas que se rechaza. Pasen los autos a estudio por honorarios.- Fernando Posse Saguier.- Eduardo A. Zannoni.- Elena I. Highton de Nolasco.

Voces: ACCION QUANTI MINORIS ~ ACCION REDHIBITORIA ~ ADJUDICACION DE VIVIENDA ~ CONSTRUCCION ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ ESCRITURA TRASLATIVA DE DOMINIO ~ INSTITUTO DE LA VIVIENDA ~ INSTITUTO PROVINCIAL DE DESARROLLO URBANO Y VIVIENDA ~ LEGITIMACION PASIVA ~ PLAN NACIONAL DE VIVIENDA ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD ~ VICIO REDHIBITORIO ~ VIVIENDA

# CcivyComJunin, 09/09/2014 “Di Bello Susana M. y otros c. Municipalidad de Chacabuco y otros s/ vicios redhibitorios” AR/JUR/66405/2014

Publicado en: LLBA2015 (marzo), 216

Cita Online: AR/JUR/66405/2014

Hechos:

Un grupo de personas adjudicatarias de viviendas construidas por orden del municipio de Chacabuco iniciaron acción por incumplimiento contractual –vicios redhibitorios – y daño moral contra aquél, el Instituto de la Vivienda de la provincia de Buenos Aires y la empresa constructora de aquéllas, por defectos y fallas en la construcción. El juez hizo lugar a la demanda y distribuyó las responsabilidades en un 20% para el municipio, 10% en cabeza del Instituto y 70% a la constructora. Actores y demandados apelaron y la Cámara revocó la sentencia en cuanto a la responsabilidad del Instituto de la Vivienda y la procedencia del daño moral.

En este caso, la Municipalidad proveedora y co-contratante de los adjudicatarios, y no actúa como poder público.

Sumarios:

1. El Instituto de la Vivienda de la provincia de Buenos Aires no es responsable por los defectos y fallas en viviendas construidas y adjudicadas por el municipio a un grupo de vecinos, pues sin perjuicio de los términos de la pretensión actoral aquélla refiere a los daños irrogados y habida cuenta de las fechas de los contratos de adjudicación y simultaneas actas de entrega, el resarcimiento debe encuadrarse en las prescripciones de los arts. 21 74 y 2176 C. Civil, por lo cual ninguna obligación de devolver o disminuir el precio estipulado en función del menor valor de la cosa por el vicio le cabe al Instituto de la Vivienda por la relación de auxilio financiero o fomento a la Municipalidad, ni tampoco porque haya entregado la unidad estableciendo el marco regulatorio.

Jurisprudencia Relacionada(\*)

Ver Tambien

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Barletta, Raúl Alberto c. Gijon S.A.” 15/09/2009 , La Ley Online AR/JUR/36228/2009.

(\*) Información a la época del fallo

2. El municipio de Chacabuco es responsable por los vicios redhibitorios existentes en varias  propiedades construidas y adjudicadas bajo el plan viviendas progresivas, pues tenía a su cargo la ejecución y gestión de los planos conforme a obra, la entrega de escrituras y era acreedora hipotecaria de los adjudicatarios.

(\*) Información a la época del fallo

Texto Completo:

2ª Instancia.— Junín, septiembre 9 de 2014.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión.— El doctor Guardiola dijo:

I. Que en el pronunciamiento obrante a fs. 613/25 la Sra. Juez de grado hizo lugar a la demanda que por incumplimiento contractual (vicios redhibitorios), y daño moral entablaran Susana Mabel Bello, Raúl Dardo Lamadrid, Nelly Olinda González, Gladys Zunilda Derosa, Juan Luis Sánchez, Raúl Marcelino Querejeta. María Micaela Mohr, María Cristina Tamburini, Juan Pedro Sánchez, Mónica Susana Benítez, José Luis Guilligan, Lucía Barro, Orosmira González, Ester Beatriz Navarro, Juan Carlos Millan y Adolfo Mario Fadel, y en consecuencia condenó en la medida de sus responsabilidades al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires (10%), a la Municipalidad de Chacabuco (20%), y a la empresa constructora Base S.A. (70%) para que en el plazo de 10 días de notificadas abonen a cada uno de los actores la suma de $8.000 en concepto de indemnización por defectos y fallas en la construcción, , con más la tasa pasiva que paga el Bco. de la Pcia. de Bs. As., desde la fecha de mora que establece en el día de interposición de la demanda 13/06/13 y hasta su efectivo pago. Asimismo condenó en los mismos términos a abonar a los actores la suma de $5.000 en concepto de daño moral, fijados a la fecha del dictado de la sentencia, excluyendo de este rubro a los accionantes Derosa, Mohr, Millan y Fadel a quienes se les rechazara dicho reclamo por no habitar las viviendas afectadas. Ello así, con costas a cargo de los demandados en los mismos porcentajes en que fueran establecidas sus responsabilidades.

Para así resolver comenzó por desestimar la excepción de falta de legitimación opuesta por el Instituto de la Vivienda de la Pcia. de Bs. As. (I. V. B. A), al considerar que conforme a los términos del convenio base celebrado en fecha 7/12/93, entre dicha institución y la municipalidad de Chacabuco para la construcción de 26 viviendas, la primera se habría comprometido no solo a entregar la suma de $342.966 con la que se financiaría la obra, sino también a controlar las etapas de terminación del barrio, y a brindar el asesoramiento técnico para las áreas social, de proyecto y dirección.

A partir de dicha base entendió que el I. V. B. A omitió controlar en cada etapa del proceso de edificación que los fondos con destino a las viviendas estaban siendo bien utilizados, no sólo en la construcción/terminación sino en una correcta tarea, es decir que las casas se estuvieran construyendo conforme a las reglas del buen arte y profesión, razón por la cual dicho instituto se encuentra legitimado pasivamente para ser demandado y responder en el porcentaje de responsabilidad que se le asigna.

En cuanto a la naturaleza del reclamo encuadró la pretensión actoral dentro del ámbito los daños y perjuicios derivados de la defectuosa construcción de las viviendas adquiridas, al considerar que si bien los mismos hablan de vicios redhibitorios, en ningún momento plantearon la restitución del precio ni su reducción.

Prosiguió su análisis señalando que a fin de resolver la cuestión no solo debe valorarse el vínculo existente entre la Municipalidad de Chacabuco y el I.V.B.A. ya analizado sino también, la relación contractual existente entre dicho municipio y la empresa Base S.A., quien fuera elegida en la licitación para la construcción de las viviendas adjudicadas a los accionantes.

En ese contexto la Sra. Juez a quo apreció que los accionantes acreditaron las deficiencias constructivas invocadas en el escrito inicial mediante la pericia arquitectónica efectuada en autos que no fuera impugnado por ninguna de las partes.

En cuanto a la responsabilidad por los perjuicios juzgó que no dándose ninguno de los supuestos de solidaridad, los demandados deben soportar su reparación en forma mancomunada de la siguiente forma: la empresa Base S.A. en un 70% por los defectos en la construcción constatados; mientras que la Municipalidad y el I.V.B.A. lo deben hacer por el insuficiente contralor en las labores desarrolladas, en un 20% la primera y en un 10% la segunda.

Desestimó la procedencia del daño emergente reclamado al considerar que los peticionantes no lograron acreditar la realización de los desembolsos que afirmaron haber efectuado en concepto de reparaciones.

Respecto al rubro de vicios redhibitorios estimó que dada la magnitud de los perjuicios constatados debía acogerse el mismo por la suma total de $8.000 en favor de cada uno de los accionantes.

Asimismo consideró procedente fijar en concepto de daño moral la suma de $5.000 por entender que los daños de la envergadura de los constatados en autos, han producido un padecimiento en el espíritu de los accionantes que debe ser reparado.

Por su parte, rechazó la demanda por incumplimiento contractual contra la Municipalidad de Chacabuco por la falta de entrega de planos y escritura pública, con costas a cargo de los accionantes vencidos. Funda dicha solución en que tales obligaciones carecen de un plazo estipulado para su cumplimiento, no habiendo los accionantes requerido su cumplimiento en forma previa al reclamo, razón por la que no puede concluirse que la Municipalidad haya incumplido tales obligaciones.

Dicha resolución motivó los recursos de apelación interpuestos a fs. 635, 636 y 637.

A fs. 707/13 expresa agravios la representante de la Municipalidad de Chacabuco, quien inicia por señalar lo contradictorio que resulta el pronunciamiento en cuanto por un lado afirma que la pretensión actoral no tiene por objeto el reclamo de los vicios redhibitorios, para luego hacer lugar al rubro "vicios redhibitorios" por la suma total de $8.000 en favor de cada uno de los accionantes. En esta dirección afirma que la resolución al exceder los términos de la demanda actoral resulta incongruente, por lo que debe ser dejada sin efecto.

Prosigue su crítica señalando la arbitrariedad de los montos indemnizatorios fijados sin respaldo probatorio suficiente. Es así como respecto de los vicios redhibitorios recuerda que los mismos requieren para su procedencia que su existencia tornen a la cosa impropia para su destino, extremo que no puede tenerse por configurado en el caso de autos en donde las partes se encuentran habitando o arrendando las viviendas transferidas. Asimismo se disconforma de la recepción integral de dicho rubro siendo que la propia sentenciante tuvo por acreditada la realización de reparaciones por el municipio, las que deberían al menos ser deducidas de los montos reclamados.

En cuanto a los montos fijados en concepto de daño moral solicita que los mismos sean dejados sin efecto, al no haber acreditado los accionantes la certeza de dicho rubro, dejando planteada en subsidio la reducción de su importe al que estima elevado.

Por su parte solicita se deje sin efecto el porcentaje de responsabilidad que se le atribuye por entender que conforme a lo acordado en la cláusula 5º del contrato de adjudicación celebrado por el Municipio con la empresa Base S.A., se dispuso que el contratista será el responsable por los daños y perjuicios producidos a la Municipalidad y/o terceros por sus dependientes con motivo o en ocasión de los trabajos encomendados, por lo que considera que ésta última es la única responsable de los perjuicios ocasionados a los accionantes. Prosigue su análisis señalando que en autos no se ha acreditado la existencia de ningún factor de atribución de responsabilidad por el que el Municipio deba responder.

En subsidio señala la violación del principio de igualdad entre su defendida y el I. V. B. A por cuanto si bien se les achaca a ambas partes faltas en su obligación de contralor de la obra, dicho comportamiento es arbitrariamente valorado con dispar criterio al asignársele al municipio el 20% de responsabilidad; mientras que al I. V. B. A se le asigna tan solo un 10%, sin explicación alguna que justifique tal disparidad.

Por su parte los agravios de la Fiscalía de estado expuestos en la presentación de fs. 714/5 giran en torno a que contrariamente a lo resuelto por la sentenciante de grado, no existen razones que justifiquen su condena en autos. Ello así por cuanto entiende que la obligación asumida por el Instituto de la Vivienda de la Provincia de Bs. As. frente a la Municipalidad de Chacabuco se limitó a financiar el proyecto, y a controlar que los fondos aportados se destinaran a dicha obra y no a otros fines, quedando a cargo exclusivo del municipio el control de los aspectos técnicos de la obra.

A fs. 716/22 obra la fundamentación recursiva de los accionantes quienes comienzan por atacar el decisorio en cuanto rechazó en su totalidad el reclamo del daño emergente. En relación a este punto pone de resalto que la pericia corroboró la existencia de errores de construcción como así también el cambio de vigas de sostén de los techos y de aberturas para poder habitar los inmuebles en condiciones de seguridad, razón por la que se reclamó la suma de $2.000 para cada uno de los actores la que dado el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda deberá ser incrementada. Asimismo hace hincapié en que si bien la Municipalidad reconoció que tuvo que efectuar numerosas reparaciones, nunca acreditó la realización de tales arreglos.

También se disconforman del rechazo del incumplimiento contractual, al considerar que conforme a lo pactado en el artículo 13 del Programa Bonaerense II, Plan Solidaridad 06-620, la Municipalidad asumió la obligación de efectuar los planos necesarios para la subdivisión y ulterior escrituración de las unidades, por lo que habiéndose culminado con el pago de las 180 cuotas que se establecieron como pago de las viviendas en junio del año 2011, es que considera procedente hacer lugar al reclamo y se ordene al Municipio a confeccionar los planos de subdivisión y edificación, y a otorgar el título de propiedad en favor de cada uno de los accionantes, en el plazo que se estime prudente.

Prosigue su crítica afirmando que la sentenciante de grado incorrectamente habría condenado a los demandados estableciendo un porcentaje de responsabilidad siendo que en el caso de autos la totalidad de los demandados resultan solidariamente responsables en virtud del régimen de responsabilidad consagrado por el art. 40 de la ley de defensa del consumidor.

En cuanto al monto indemnizatorio fijado en concepto de vicios redhibitorios solicita su incremento en virtud de la desactualización del monto reclamado en la demanda presentada en junio del año 2003, por lo que deberá elevarse a la suma de $32.000 o la que se estime corresponder.

Análogo planteo se intenta respecto del monto indemnizatorio fijado en concepto de daño moral reputado insuficiente para lograr la reparación del perjuicio. Asimismo solicita se deje sin efecto la exclusión de dicho rubro de los accionantes que no viven actualmente en dichas viviendas quienes se han ido por razones atendibles como haber podido obtener otra vivienda, por razones de salud, o en virtud de separaciones personales.

Que habiéndose corrido traslado de las expresiones de agravios las mismas son resistidas, mediante las réplicas lucientes a fs. 730/2, 733/6, 739, y 740/2, con lo que una vez firme el llamado de autos, la cuestión ha quedado en estado de ser resuelta (art. 263 C.P.C.C.).

II. Conviene inicialmente precisar las acciones viables en caso de vicios o defectos ocultos en la cosa enajenada, lo que servirá con los límites de los agravios a tratar para esclarecer el panorama en cuanto a la procedencia y alcances de la acción deducida y respecto a si la sentencia recurrida se ajustó a ello.

Conforme al texto del art. 2174 C. Civil dos son las acciones que tiene el adquirente: la redhibitoria para dejar sin efecto el contrato y la estimatoria o quanti minoris para la reducción del precio. Jurisprudencial y doctrinariamente existe consenso que ello no implica negar al comprador la posibilidad de exigir el exacto cumplimiento de la obligación asumida u oponer la exceptio non adimpleti contractus (ver CALVO COSTA "Cód. Civil" de BUERES-HIGHTON, To. 4D p. 753; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños To. II El incumplimiento contractual p. 323; LORENZETTI, Tratado de los Contratos To. I p. 287 y nota 304).

Ahora bien, ¿que ocurre con el resarcimiento de daños en estos casos? Corresponde distinguir entre el régimen del Cód. Civil y el del derecho de consumo.

En el primero, según la interpretación mayoritaria en virtud de los términos del art. 2176 C. Civil procede cuando el enajenante es de mala fe, es decir si no ignoraba o no debía ignorar la existencia de esos defectos y sólo juntamente, no en forma independiente o autónoma, con la acción redhibitoria que procura resolver el contrato, no en los caso de la estimatoria (ver Santos Cifuentes en Cód. Civil de BELLUSCIO-ZANNONI To. 9 p. 800 nota 3; WAYAR "Evicción y vicios redhibitorios" Astrea To. 2 p. 181). No es esta la oportunidad para introducirnos en la cuestión de si el hecho de quedarse con la cosa e iniciar una acción de naturaleza resarcitoria del daño intrínseco constituye una renuncia implícita a reclamar otros perjuicios, ya que existe doctrina legal de nuestro Superior en este sentido: SCBA C 99164 "Smietniansky, Sergio y otro c. Sívori, Oscar Juan y otra s/ Acción estimatoria y daños y perjuicios" S 09/06/2010 Juba B33123. En consecuencia el objeto de la condena no puede ir mas allá de la suma representativa del menor valor que a la cosa provocara el vicio redhibitorio que dió su causa a la demanda (CC0103 LP 224271 S 13/02/1997 "Balbín de Ferrer, Lía Elena y otros c. Juan Pablo y otro S.A. s/ Daños y perjuicios" Juez Roncoroni Juba B201316)

Distinto es hoy el tratamiento en las relaciones de consumo, por imperio de las reformas introducidas a la ley 24.240 primero por la ley 24.287 al incorporar el art. 10 bis, luego por la ley 24.999 al restablecer el art. 40 de aquella que había sido vetada a su promulgación y finalmente con la ley 26.361 en lo que hace a la prescripción y la conceptualización del daño (arts. 50, 40bis y 52bis). En este sentido el consumidor podrá ejercer directamente alguna de las opciones que contempla el art. 10 bis sin necesidad de poner en funcionamiento el sistema de garantía legal obligatoria. Lo contrario colisionaría con el art. 3 de la ley en cuanto manda interpretar a favor del consumidor (PICASSO-WAJTRAUB "Las leyes 24.787 y 24.999 consolidando la protección del consumidor" JA 1998-IV-762; Rinessi "Relación de consumo y derechos del consumidor" Astrea p. 200). La última parte del art. 10 bis dispone que sea cual fuere la opción del consumidor siempre tendrá derecho a reclamar por daños y perjuicios; los que abarcan cualquier perjuicio o menoscabo directo (FARINA "Defensa del consumidor y del usuario" p. 244 y 273/275 y comentario al art. 40 bis p. 491; Wayar idem To. 3 N° 432 p. 300/301) y eventualmente hasta un importe a título de sanción (el llamado daño punitivo).

El encuadre en uno u otro sistema debe hacerse al margen de cualquier alegación o invocación de normativa por las partes ya que además del principio iura novit curia rige la condición de orden público de aquel estatuto (ver voto del Dr. Zannoni CNCiv. Sala F 17/11/2010 "Mennah Cristina Liliana c. Fernández Sarcone Claudia Aída DJ 8/6/2011 AR/JUR/75885/2010 y Gregorini Clusellas "Los vicios redhibitorios de inmuebles en relaciones de consumo" AR/DOC/16663/2011 la ley online). Sin embargo en el caso que nos ocupa, habida cuenta las fechas de los contratos de adjudicación y simultaneas actas de entrega de vivienda (ver fs. 23/67), todas el 29/6/1996, la cuestión pierde en gran medida su interés práctico ya que debe aplicarse la normativa de la ley 24.240 vigente a ese momento, es decir sin ninguna de las referidas modificaciones que han venido a ampliar la tutela (art. 3 C. Civil; SCBA "Ottaviano, Domingo y otros v. Marcovecchio, José L. y otro" C 95114 S17/02/2010). Y ella en lo que aquí interesa en su artículo 18 remite al art. 2176 CC, excluyendo sólo la posibilidad de oponer al consumidor el conocimiento a que se refiere el art. 2170 CC. En otras palabras a ese entonces los daños y perjuicios sólo podían ser reclamados en forma accesoria y subsidiaria de la redhibitoria (SCBA Rodríguez Gerónimo c. Sanz Benito 28/11/1950 LL62-4). En la quanti minoris lo único atendible era la reducción del precio.

III. Así las cosas, la amplitud (rayana en la ambigüedad) con que fue explicitado en el libelo de demanda el objeto del proceso, la pretensión deducida (ver fs. 68 vta. punto I) —quizás porque al tiempo de su promoción (año 2003) las opciones como se expresó eran mayores— indudablemente versaba sobre la indemnización de los daños y perjuicios irrogados.

De ese modo (sin observaciones de los demandados arts. 330 inc. 3 y 345 inc. 5 CPCC) lo interpretó la sentenciante, tomándola exclusivamente como una acción resarcitoria por incumplimiento contractual (ver fs. 615 vta/616; y especialmente 618 y vta.) aunque soslayando todo encuadramiento normativo. Ello le permitió, haciendo además un "mix" regulatorio, asignar legitimación pasiva a todos los partícipes a través de contratos conexos en la operatoria (empresa constructora, Instituto de la Vivienda y Municipalidad), receptar un daño denominado redhibitorio como diferente del emergente y establecer mancomunadamente la condena en la proporción que establece de responsabilidad en su causación y no en función de la parte que cada uno le correspondería en la cosa transmitida (doctr. art. 2181 CC; Borda Contratos I n° 250 p. 180/1, Santos Cifuentes idem p. 806)

Ahora bien, tampoco puede prescindirse de que al formular su reclamo los actores lo hicieron por medio de una "acción por incumplimiento contractual (vicios redhibitorios) y daños y perjuicios y daño moral"; "por incumplimiento contractual y vicios redhibitorios" (sic), sin pretender la restitución de lo adquirido. Es decir que encuadrando los hechos alegados fundantes de la pretensión de un modo correcto, sin atenerse a los títulos o nombres dados, bien puede afirmarse que el contenido de la acción también abarcaba la estimatoria (art. 163 inc. 6 CPCC). Corrobora tal entendimiento lo apuntado sobre el rubro vicios redhibitorios y el argumento recursivo de incongruencia de la apoderada de la municipalidad; vicio nulificante que de haber existido posibilita la subsanación en esta instancia (doctr art. 253 CPCC).

IV. Bajo tales premisas es innegable que la dilucidación de la legitimación pasiva del Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires corre por carriles ajenos a la supuesta omisión en el contralor o asistencia técnica de la ejecución de las obras por Base SA.

Las cuestiones vinculadas a la responsabilidad por los defectos solo interesan en las eventuales acciones de regreso que podría intentar el garante frente a los adquirentes, es decir el enajenante que en este caso adelanto era única y exclusivamente la Municipalidad (art. 1414 C. Civil). En este sentido ninguna obligación de devolver o disminuir el precio estipulado en función del menor valor de la cosa por el vicio, le cabe al Instituto de la Vivienda por la relación de auxilio financiero o fomento a la Municipalidad, ni tampoco porque haya entregado la unidad estableciendo el marco regulatorio (obligaciones de los beneficiarios) correspondiente a la Operatoria Plan Viviendas Progresivas.

El inmueble en cuestión era de titularidad de la Municipalidad (ver fs. 141 expte. de medidas preliminares). De acuerdo al Programa Bonaerense II, 09-620, art. 13 el Municipio tenía a su cargo la ejecución y/o gestión de los planos conforme a obra, de subdivisión y todo otro elemento para la posterior escrituración de las unidades (ver fs. 20/23 del mismo proceso). Según los contratos de adjudicación era a la Municipalidad a quien los adjudicatarios debían abonar las 180 cuotas y ella es quien otorgara las escrituras respectivas y eventualmente será acreedora hipotecaria por el saldo (cláusulas tercera y quinta).

Por estas consideraciones debe rechazarse la demanda contra el Instituto, con costas de ambas instancias a los actores. Por la prohibición de reformatio in pejus y la personalidad de los recursos no es posible extender esta solución a Base SA, quedando circunscripta su obligación al 70% establecido en la instancia de origen.

V. Estando suficientemente demostrada la existencia y entidad de los defectos constructivos en las unidades entregadas a través de la pericia arquitectónica de Leticia Basile fs. 518/566 y ampliación de fs. 576/7, que al haber sido detallados en el pronunciamiento doy por reproducidos (arts. 474 y 384 CPCC); que se han introducido modificaciones en numerosas viviendas en lo que hace a aberturas y cielorrasos sin haberse acreditado el estado anterior y quien las realizó y teniendo en consideración el precio total de cada vivienda 16.200 pesos (en paridad dólar estadounidense durante los años de vigencia de la convertibilidad), considero razonable reducir la cantidad establecida en $8.000 por el rubro a la de $6.500 (art. 165 CPCC). Por lo referido ut supra debe dejarse sin efecto la condena a pagar daño moral en todos los casos.

Como corolario de lo expuesto en el punto anterior la condena a la Municipalidad de Chacabuco se extiende por el todo sin limitaciones porcentuales, sin perjuicio del débito concurrente hasta el 70% de Base SA.

VI. Finalmente aún cuando no existió un plazo cierto y determinado respecto de la obligación escrituraria a cargo de la Municipalidad, entiendo que la acción intentada resulta idónea para establecerlo, quedando la misma constituida en mora si no lo hace en la fecha que se establece en 180 días a partir de quede firme la presente (1184 inc. 1, 1187, 509 y conc. CC Kiper Claudio M " Juicio de Escrituración" p. 261)

Así lo voto.

El doctor Castro Durán aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

2ª cuestión.— El doctor Guardiola dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso —artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC—, corresponde: I. Revocar la sentencia en cuanto hace lugar a la demanda entablada y condena al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires. Con costas de ambas instancias a los actores vencidos (arts. 274 y 68 del CPCC).

II. Modificar la sentencia haciendo lugar a la acción quanti minoris por vicios redhibitorios contra la Municipalidad de Chacabuco por la suma de $6.500 e intereses establecidos para cada uno de los actores; manteniendo la condena respecto de Base SA hasta el 70% de dicha suma y con costas de Alzada a la Municipalidad de Chacabuco; y rechazando la acción de daños y perjuicios acumulada, con costas de ambas instancias a los actores vencidos (arts. 274 y 68 CPCC).

III. Condenar a la Municipalidad de Chacabuco a otorgar las escrituras de transferencia de dominio respectivas dentro del plazo de 180 días. Sin costas (art. 68 segunda parte CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Así lo voto.

El doctor Castro Durán aduciendo análogas razones dio su voto en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C. , se resuelve: I. Revocar la sentencia en cuanto hace lugar a la demanda entablada y condena al Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires. Con costas de ambas instancias a los actores vencidos (arts. 274 y 68 del CPCC). II. Modificar la sentencia haciendo lugar a la acción quanti minoris por vicios redhibitorios contra la Municipalidad de Chacabuco por la suma de $6.500 e intereses establecidos para cada uno de los actores; manteniendo la condena respecto de Base SA hasta el 70% de dicha suma y con costas de Alzada a la Municipalidad de Chacabuco; y rechazando la acción de daños y perjuicios acumulada, con costas de ambas instancias a los actores vencidos (arts. 274 y 68 CPCC). III. Condenar a la Municipalidad de Chacabuco a otorgar las escrituras de transferencia de dominio respectivas dentro del plazo de 180 días. Sin costas (art. 68 segunda parte CPCC). Difiérese la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.— Juan J. Guardiola.— Ricardo M. Castro Durán.

# Corte Suprema de Justicia de la Nación,14/05/1987, “Motor Once S.A.C.I. v. Municipalidad de Buenos Aires” JA 1987-IV-532;  SIL 04\_310v1t144

Sumarios:

1. Ref.: Municipalidad de Buenos Aires. Poder de policía. Constitución Nacional. Código de Edificación de la Municipalidad de Buenos Aires. Nafta. Procede el recurso extraordinario, si el apelante tacha de inconstitucionales la prevención C - 9 del art. 4.12.2.0 del Código de Edificación de la Municipalidad de Buenos Aires y el acto que fundado en esa norma determinó la clausura de la venta de nafta en su comercio, por resultar lesivos de las garantías consagradas en los arts. 14 , 16 , 17, 18, 28 , 31 y 33 de la Constitución Nacional, y la resolución ha sido en favor de la validez de las normas locales.

2. Ref.: Poder de policía. Razonabilidad. Nafta. Es razonable que, en salvaguarda de la seguridad e integridad de los habitantes de la comuna, la autoridad municipal haya dispuesto la aplicación de la prevención C - 9, que no permite destinar a vivienda locales situados en los pisos altos de las estaciones de servicio, por el riesgo de deflagración permanente que genera la existencia de grandes cantidades de productos inflamables, además de las consiguientes molestias, pues ello es lo que mejor consulta el interés general, cuya satisfacción es el objetivo primordial de la labor de los gobernantes.

3. Ref.: Reglamentación de los derechos. Municipalidad de Buenos Aires. Poder de policía. Nafta. Libertad de comercio. La prevención C - 9 de la Municipalidad de Buenos Aires, que no permite destinar a viviendas locales situados en los pisos altos de las estaciones de servicio, no viola la garantía consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional, que establece el derecho a ejercer toda industria lícita, porque no existen derechos absolutos y la limitación reglamentaria de estos surge como una necesidad de la convivencia social, encontrando su límite en el art. 28 de la Constitución Nacional .

4. Ref.: Igualdad. Municipalidad de Buenos Aires. Poder de policía. Nafta. La aplicación a una estación de servicio, de la prevención C - 9 de la Municipalidad de Buenos Aires, que no permite destinar a vivienda locales situados en los pisos altos, no vulnera la garantía de la igualdad por el hecho de existir otras estaciones de servicio en funcionamiento, pues si se trata de establecimientos alcanzados por dicha prevención, ello implica que se encuentran en infracción, y la ilegalidad en que se hallan no puede justificar el apartamiento de la norma en el caso del demandante, ya que el agravio se configura si la desigualdad emana del texto mismo de la disposición legal y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir.

5. Ref.: Igualdad. El principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de ellas, aunque su fundamento sea opinable.

6. Ref.: Constitución Nacional. Derecho de propiedad. Actos administrativos. Si la autorización para construir una estación de servicio y la habilitación para explotarla, constituyó una autorización propiamente dicha, es decir, una decisión administrativa que acredita el cumplimiento de determinadas exigencias reglamentarias y posibilita el ejercicio del derecho cuyo goce preexiste, a partir de ese momento el autorizado se convirtió en titular de un derecho subjetivo público que se incorporó a su patrimonio y que no pudo ser suprimido por una norma posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional.

7. Ref.: Constitución Nacional. Derecho de propiedad. Actos administrativos. Municipalidad de Buenos Aires. Autorización administrativa. Nafta. Media un supuesto de responsabilidad por acto lícito del Estado, del cual deriva la obligación de reparar, si la aplicación de la prevención C - 9 de la Municipalidad de Buenos Aires, que no permite destinar a vivienda locales situados en los pisos altos de las estaciones de servicio, privó de un derecho subjetivo público incorporado a su patrimonio a quien se encontraba autorizado para construir una estación de servicio y habilitado para explotarla.

Texto Completo:

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

La actora, Motor Once S.A. inició demanda contra la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por nulidad del acto que había dispuesto el cese de expendio de combustible en el negocio que explotaba, impugnando la norma en que se sustentaba, vale decir, la prevención C-9 contenida en el Código de la Edificación, por la que se prohíbe el funcionamiento de estaciones de servicio, en lo que hace a la venta de combustibles, si están instaladas en inmuebles en cuyos pisos superiores existen unidades de vivienda.

Rechazada la demanda en primera instancia, apeló el pronunciamiento, lo cual dio motivo a la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala D, obrante a fs. 778/779 de los autos principales agregados por cuerda, por la que se confirmó el pronunciamiento del inferior. En lo sustancial, el fundamento de la resolución del a quo reside en que la actora no ha demostrado la imposibilidad de que la empresa adapte las instalaciones a los requisitos solicitados por la Municipalidad, o que éstos fueren tan gravosos que impidan continuar con la explotación del negocio; agregando que de la pericia rendida en autos por el experto en combustibles se desprende que existen riesgos normales debido al expendio de nafta y combustibles, circunstancia que es clave para desechar el planteo de nulidad de lo actuado en sede administrativa, por cuanto dicho riesgo es causa suficiente para motivar la oportunidad y legalidad de la norma que prohíbe la venta de los carburantes en las condiciones reseñadas; dado que el fundamento de la prohibición reside "en la seguridad a la que tienen derecho todos los porteños con prioridad a toda ganancia o rédito del concesionario" (fs. 778 vta.).

Contra este pronunciamiento se alzó la perdidosa entablando recurso extraordinario a fs. 782/793, el que denegado por la segunda instancia, motivó la presente queja.

Sostiene la apelante que el fallo es arbitrario por cuanto, fundamentalmente, las razones de seguridad que aduce la Comuna para fundar la prohibición fueron impugnadas por su parte por irrazonables e ilegítimas, sin que exista prueba que las avalen y, por el contrario, la pericia rendida en autos a fs. 551/553 es lapidaria en cuanto a la demostración de la irrazonabilidad de la prevención C-9, en su aplicación al caso de autos. Añade asimismo la recurrente, que el fallo resulta descalificable por cuanto ha omitido toda consideración sobre la indemnización patrimonial que reclamó originariamente en la demanda y fue motivo de agravios en segunda instancia.

Por otro lado, plantea también en autos la inconstitucionalidad de la norma que establece la citada prevención C-9, con argumentos similares a los ya expuestos, pues basa su pretensión en la inexistencia de las mentadas razones de seguridad y en la irrazonabilidad de la prohibición del expendio de combustibles, habida cuenta que las instalaciones de que dispone la actora no arrojan ningún riesgo para los habitantes de los pisos superiores, en el supuesto que se produzcan explosiones en la estación de servicio.

Pienso que, al contrario de lo que se afirma en la presentación en análisis, la resolución impugnada cuenta al respecto con suficiente sustento en las circunstancias de hecho y prueba de las que hace mérito, lo que la coloca a resguardo de la imputación de arbitrariedad que formula la parte actora. En efecto, reiteradamente se ha establecido que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria ni corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la "sentencia fundada en ley" a que hacen referencia los arts. 17 Ver Texto y 18 de la Constitución Nacional (conf. causa: "Delgado Báez A. c/S.I.P.A. y otro", fallada el 26-3-85, entre muchas otras).

La actora, que planteó la nulidad de la medida de policía que la afectó, basada en la irrazonabilidad de la norma que sirvió de sustento al acto, no sólo por el principio de distribución de las cargas probatorias en materia procesal sino también, básicamente, debido a la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos (Art. 12 Ver Texto de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19549, aplicable en el ámbito municipal según ley 20261 Ver Texto ), estaba obligada a demostrar acabadamente la falta de razonabilidad y, por ende, inconstitucionalidad de la ordenanza que había impugnado. Estimo que tal carga no aparece satisfecha en los autos. Ello así, por cuanto la pericia del ingeniero industrial que obra a fs. 549/552 no pone de resalto irrefragablemente, como era menester, la ausencia de razones de seguridad que llevan a prohibir el expendio de combustible en la estación de servicio que explotaba la demandante. Así, cuando la actora propone al perito que explique las causas por las cuales la deflagración de la onda expansiva se realiza por propagación horizontal y hacia el exterior y no en forma vertical, éste contesta que las ondas expansivas se propagan en todo sentido, siendo éstas influenciadas por el recipiente en el cual se encuentra la mezcla explosiva, no descartando por ende que hubiera una propagación de modo vertical. Del mismo modo, al solicitarle que se expida acerca de las características de construcción de la estación de servicio indicando que en el supuesto de una explosión no existiría riesgo para las personas y objetos que se encontraren en el ámbito donde se expenden naftas y combustibles, respondió que en el caso de una explosión tendría que considerar qué es lo que explota; añadiendo que toda explosión implica un riesgo para las personas que están en las cercanías, sin explicitar si ese concepto debe interpretarse en su dimensión horizontal y no vertical. Asimismo, al expedirse acerca del grado de riesgo que arroja la ubicación en que se encuentran instalados los tanques de combustible, sostuvo que en el caso de autos los tanques están enterrados, desconociendo antecedentes de explosiones de este tipo. No obstante, en el oficio de informes contestado por la Secretaría de Energía del Ministerio de Obras Públicas de la Nación, que obra a fs. 553/554, se hace mención a siniestros ocurridos en estaciones de servicio, los cuales dieron origen a un exhaustivo estudio por parte del órgano, juntamente con otras autoridades nacionales y municipales, con el objeto de implementar medidas de seguridad en estaciones de servicio y demás bocas de expendio de combustibles, trabajos que culminaron con el dictado del decreto 2407/83; del que cabe destacar, a los efectos que vengo sosteniendo, el art. 28.1 de la reglamentación aprobada por el mismo (ver fs. 547) según la cual "queda prohibido la construcción de viviendas u oficinas por encima del entrepiso sobre el nivel de planta baja en estaciones de servicio y demás bocas de expendio". En consecuencia, frente a las probanzas arrimadas a estos autos y desde la perspectiva que arrojan los fallos de este Tribunal referidos a la doctrina de la arbitrariedad, entiendo que el pronunciamiento atacado no es pasible de tal tacha pues, aunque escuetos, sirven para sustentarlo los razonamientos del a quo en torno a las razones de seguridad que ameritan la prevención C-9 relativa a las estaciones de servicio, contenida en Código de la Edificación, y que ha sido materia de ataque de la accionante.

En lo que respecta al planteo de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, no suficientemente desarrollado a mi juicio en el recurso, cabe remitirse a las mismas reflexiones que ya expusiera ut supra, dado que los fundamentos de la apelante por los que considera írrita la regla frente a las prescripciones de la Constitución Nacional, fincan en la ausencia de razones de seguridad que lleven a la prohibición del expendio de combustibles en la estación de servicio.

Por otra parte, tampoco estimo que se encuentre vulnerada la garantía de la igualdad, por el hecho de existir otras estaciones de servicio en funcionamiento, pues si se trata de establecimientos alcanzados por la prevención C-9 ello implica que se encuentran en infracción y la ilegalidad en que éstos se encuentran no puede justificar el apartamiento de la norma en el caso de la demandante, pues el agravio se configura si la desigualdad emana del texto mismo de la norma y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir (Fallos: 297:480 Ver Texto ; 300:65; 302:315).

Por otro lado, si los demás establecimientos que expenden combustibles no encuadran en los supuestos de hecho que prescribe la regla, dado que los pisos superiores se utilizan con un destino distinto al de vivienda, ello no justifica el agravio de la apelante, aunque alegue que se suscitan riesgos similares, puesto que se trata de situaciones disímiles y el principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas -casos que no se observan en autos-, aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 299:146, 181; 300:1049, 1087; 301:1185; 302:192 Ver Texto , 457).

Con lo que llevo expuesto, la ausencia de tratamiento por parte del fallo impugnado de las indemnizaciones requeridas por la actora, carece de trascendencia como para determinar la descalificación del pronunciamiento, toda vez que no acreditada la nulidad de la prohibición de vender combustibles, resulta carente de virtualidad la referencia a toda reparación, puesto que la acción no ha sido entablada en demanda de un resarcimiento por acto lícito de la administración municipal.

Por las razones expuestas, estimo que corresponde desestimar la presente queja. Buenos Aires, 23 de febrero de 1987. Juan Octavio Gauna.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 14 de mayo de 1987.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Motor Once S.A.C. e I. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs. 778 de los autos principales), confirmatoria de la dictada en primera instancia, que rechazó la demanda interpuesta por la actora tendiente a que se declarara la nulidad del acto por el cual se dispuso el cese de expendio de combustible en el negocio que explota, aquélla dedujo el recurso extraordinario (fs. 782) cuya denegación dio origen a la presente queja.

2º) Que el recurso extraordinario resulta procedente toda vez que la apelante tacha de inconstitucionales la prevención C-9 del art. 4.1.2.1.2 y 4.12.2.0 del Código de Edificación de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y el acto que fundado en esa norma determinó la clausura de la venta de nafta en su comercio, por resultar lesivos de las garantías consagradas en los arts. 14 Ver Texto , 16 Ver Texto , 17, 18, 28 Ver Texto , 31 Ver Texto y 33 Ver Texto de la Constitución Nacional y la resolución del a quo ha sido en favor de la validez de las normas locales (Fallos: 287:124; 302:1192 Ver Texto y sentencia del 8 de julio de 1986 in re: "Dana Viajes y Turismo S.R.L. c/M.C.B.A." en expte. D. 330-XIX).

3º) Que antes de resolver las cuestiones planteadas corresponde hacer una breve síntesis de los antecedentes que dieron origen a la presente demanda con el fin de obtener una adecuada comprensión del caso.

El propietario del inmueble sito en la calle Tucumán 3001/21, esquina ex Quirno Costa hoy Jean Jaurés, de esta Capital, solicitó autorización municipal para construir un edificio en torre en propiedad horizontal y estación de servicio en el referido predio, la cual le fue concedida mediante decreto 1231/60 del intendente metropolitano de fecha 25 de enero de 1960 (fs. 13 del expte. Nº 110.969/59 agregado). En virtud de ello, el peticionante constituyó la sociedad actora, a la que transmitió el dominio de aquel bien y la que comenzó a realizar ventas de combustibles a partir del año 1961 mediante los surtidores de nafta allí instalados.

Obtuvo el certificado de inspección final de servicios contra incendio el 5 de febrero de 1971 (fs. 116 del expte. 110.969/59) y el de final de obra el 11 de mayo de 1971 (fs. 173 del expediente citado).

El 15 de febrero de 1973 se dictó la ordenanza nº 27455, con vigencia a partir del 27 de agosto de 1973, que modificó el cuadro correspondiente al art. 4.12.1.2 "Cuadro de las prevenciones contra incendio" del Código de Edificación entonces vigente, incorporando a las prescripciones contra incendio existentes para el rubro "Estaciones de Servicio" la condición C-9 (fs. 97 de los autos principales), que establecía "no se permite destinar a vivienda, locales situados en los pisos altos y solamente puede haber ambientes para oficinas o trabajo como dependencia del piso inferior constituyendo una misma unidad de uso".

Dicha prevención se hizo efectiva a partir de la aparición del Digesto Municipal de la Ciudad de Buenos Aires en el año 1979 (fs. 23 del expte. 003329), lo que determinó que por resolución de la Subsecretaría de Inspección General de la Comuna de fecha 22 de octubre de 1979 recaída en nota nº 305.619-SSIG-979 se intimara a la actora para que en el plazo de tres días procediera al vaciado de los tanques de combustibles y a su posterior llenado con sustancias neutralizantes que anulen la acción de los gases y el retiro de los surtidores para expendio de nafta de la estación de servicio de su propiedad por contravenir la prevención C-9 del art. 4.12.1.2 y 4.12.2.0 del Código de Edificación.

Firme la intimación practicada, se dictó la resolución nº 5264-SSIG-80 que dispuso la clausura de la actividad de expendio de combustible y se intimó nuevamente al vaciado de tanques (fs. 43 del expte. 003329) y por resolución 3375-SSIG-81 se levantó la clausura del local al verificarse el retiro de los surtidores.

4º) Que no discute la recurrente las facultades del órgano municipal para reglamentar dentro del territorio capitalino el ejercicio de los distintos derechos mediante restricciones de policía que reconocen como fuente motivos de salubridad, moralidad y seguridad, sino que lo que sostiene es que la aplicación de la citada prevención a las estaciones de servicio es irrazonable e ilegítima por carecer de fundamento válido.

5º) Que la razón que determinó la exigencia del cumplimiento de la prevención C-9 en actividades como la antes referidas fue el riesgo de deflagración permanente que genera la existencia de grandes cantidades de productos inflamables, además de la consiguiente molestia que causa la emanación de los gases del carburante a los habitantes de la vivienda que existe en la parte superior del local destinado a esa explotación comercial (fs. 23 del expte. 003329). A ello deben sumarse los siniestros ocurridos por esa época en distintas estaciones de servicio ubicadas en diferentes lugares de la capital, con la secuela de daños producidos y la intranquilidad que generaron esos hechos a los vecinos habitantes de edificios como el de autos, de la cual es una muestra la carta enviada por el administrador del consorcio de la calle Tucumán 3021 al señor Intendente Municipal el 2 de noviembre de 1979 (fs. 54 del expte. 003329).

6º) Que los fundamentos vertidos por la Municipalidad al adoptar la citada medida se ven corroborados por las manifestaciones del perito especializado en combustibles, quien en su informe (fs. 551 vta. de los autos principales), al contestar la pregunta formulada por la actora acerca de si los efectos de la deflagración de las ondas expansivas son por propagación horizontal y hacia el exterior y no en forma vertical, respondió que aquéllas se propagan en todo sentido y reciben la influencia del recipiente en el cual se encuentra la mezcla, a lo que agregó el experto que "toda explosión implica un riesgo para las personas que están en las cercanías".

7º) Que sobre esa base es razonable que, en salvaguarda de la seguridad e integridad de los habitantes de la Comuna, la autoridad municipal haya dispuesto la aplicación de la prevención C-9 a las estaciones de servicio, pues ello es lo que mejor consulta el interés general, cuya satisfacción es el objetivo primordial de la labor de los gobernantes.

8º) Que a lo expuesto no obsta la garantía consagrada en el art. 14 Ver Texto de la Constitución Nacional que establece el derecho a ejercer toda industria lícita porque, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, no existen derechos absolutos y la limitación reglamentaria de éstos surge como una necesidad derivada de la convivencia social encontrando su límite en el art. 28 Ver Texto de la Constitución Nacional (Fallos: 136:161; 171:349; 172:21; 254:56 Ver Texto; entre muchos otros).

9º) Que tampoco se vulnera la garantía de igualdad por el hecho de existir otras estaciones de servicio en funcionamiento pues, como lo señala el Procurador General, si se trata de establecimientos alcanzados por la prevención C-9 ello implica que se encuentran en infracción y la ilegalidad en que se hallan no puede justificar el apartamiento de la norma en el caso de la demandante, ya que el agravio se configura si la desigualdad emana del texto mismo de la disposición legal y no de la interpretación que le haya dado la autoridad encargada de hacerla cumplir (Fallos: 297:480 Ver Texto ; 300:65; 302:315).

10) Que, como se señala en el referido dictamen, la existencia de establecimientos que expenden combustibles cuyos pisos superiores se utilizan con un destino distinto al de vivienda, no justifica el agravio de la apelante, aunque alegue que se suscitan riesgos similares, puesto que se trata de situaciones disímiles y el principio de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas aunque su fundamento sea opinable (Fallos: 299:146; 300:1049 y 1087; 301:1185; 302:192 y 457).

11) Que en la medida en que se concluye que es constitucional la aplicación de la prevención C-9 a las estaciones de servicio que expendan combustible, debe admitirse la legitimidad del acto que la hace efectiva, por haberse atacado éste por las mismas razones que aquélla. Pero, frente a las pretensiones del recurrente, cabe examinar si media en el caso un supuesto de responsabilidad por acto lícito del Estado del cual derive la obligación de reparar.

12) Que para admitir la procedencia de tal pedido debe determinarse si asiste a la actora derecho para efectuar ese reclamo, para lo que resulta necesario establecer la situación jurídica en que se encontró después de habérsele concedido la autorización para construir la estación de servicio y la habilitación para explotarla.

13) Que, en el caso, se trata de una autorización propiamente dicha, es decir, de una decisión administrativa que acredita el cumplimiento de determinadas exigencias reglamentarias y posibilita, una vez expedida, el ejercicio del derecho cuyo goce preexiste. A partir de ese momento el autorizado se convierte en titular de un derecho subjetivo público que se incorpora a su patrimonio y que no puede ser suprimido por una norma posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el art. 17 Ver Texto de la Constitución Nacional (confr. doct. Fallos: 296:719 Ver Texto y 723), lo que descarta, en consecuencia, toda idea de precariedad o inestabilidad del título en que se funda la pretensión resarcitoria.

14) Que, en esas condiciones, habiéndose declarado la legitimidad del obrar administrativo, la lesión inferida a la actora en el ejercicio de su derecho de propiedad encuentra su tutela en la indemnización reclamada, en la cual se resuelve la garantía superior del art. 17 Ver Texto de nuestra ley fundamental (Fallos: 293:617; 301:403; entre otros), tal como ha quedado consagrado en el art. 18 Ver Texto de la ley 19549 de aplicación en el ámbito municipal.

15) Que en cuanto a la procedencia y alcance de los distintos rubros incluidos en el reclamo de daños y perjuicios formulado por la actora, al no haber mediado pronunciamiento del a quo sobre tales aspectos corresponde devolver la presente al tribunal de origen para que dicte pronunciamiento sobre el punto.

Por ello, oído el señor Procurador General, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto a fs. 782 y se confirma parcialmente la sentencia dictada a fs. 778 en cuanto no hace lugar al pedido de nulidad impetrado. A los efectos establecidos en el considerando 15 de la presente, vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento.

JOSÉ SEVERO CABALLERO - AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JORGE ANTONIO BACQUÉ.

# Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)

**Por Carlos A. Parellada**

I. Introducción. II. Delimitación del tema. III. La omisión en el ámbito penal. IV. La omisión en el ámbito civil. V. La necesidad de imposición expresa o implícita de la conducta omitida. VI. La relación de causalidad ¿es propia del mundo de la naturaleza o pertenece al ámbito normativo? VII. La extensión de la reparación de los daños causados por la omisión. VIII. Conclusiones

**Introducción:**

Todos los temas de la responsabilidad civil son interesantes. La causalidad es quizá el más inquietante de todos ellos. Para los profesionales del Derecho, acostumbrados a los razonamientos del orden del deber ser, las leyes del ser o de la naturaleza constituyen, a veces, arcanos equívocos. De allí que con frecuencia se comienza a reflexionar sobre estos temas con prevenciones acerca de su dificultad.

La dificultad crece cuando se piensa no ya en la causa activa –un hecho positivo que provoca un efecto-, sino lo que podríamos denominar la condición pasiva, la conducta omisiva, prescindente o inerte ([[1]](#footnote-1)). Es que –en principio- uno se inclina por creer que ‘*de la nada, nada resulta*’ (ex nihilo nihil fit) ([[2]](#footnote-2)) y que, por lo tanto, si el sujeto no ha actuado positivamente no puede sostenerse que ha provocado un efecto. En esta concepción, las doctrinas alemanas y francesas tradicionales ([[3]](#footnote-3)) se han inclinado por sostener que un acto omisivo no podía generar ninguna responsabilidad. La inacción o inactividad no tendría aptitud por sí misma para provocar un resultado que modifique la realidad exterior ([[4]](#footnote-4)) y consecuentemente, no podría sostenerse que quien ha omitido actuar es responsable.

Si así fuera, este estudio no tendría ningún sentido y deberíamos sugerir al lector que deje a un lado la revista u opte por la lectura de otro artículo. Sin embargo, a poco que analicemos la cuestión advertiremos que no resulta tan claro que la omisión nunca responsabilice. La culpa misma se configura –a menudo- como una omisión: la *omisión* de la diligencia debida, la *omisión* de la adopción de los cuidados necesarios de acuerdo a las circunstancias de personas, de tiempo y de lugar. Por tanto, si la culpa es un factor de atribución de la responsabilidad –razón por la que se justifica el responder-, y ella misma, consiste en una omisión, parece apresurado sostener que de la sola circunstancia de que el daño encuentre su causa en una omisión, se concluya la inexistencia de responsabilidad.

No puede dejar de reconocerse que el tema ha sido menos tratado por parte de los cultores del Derecho Civil que por los maestros del Derecho Penal, quienes han dedicado brillantes y polémicas páginas a la cuestión ([[5]](#footnote-5)), por lo que no sorprende que éstos hayan tenido una influencia fundamental sobre el pensamiento civilístico.

Sin embargo, en los últimos años, la conducta prescindente u omisiva ha sido motivo de reflexiones profundas por la doctrina privatista, a lo que ha contribuido –sin duda- el hecho de que estemos atravesando un momento particularmente evolutivo en materia de derecho de daños, no sólo por las nuevas formas a través de las cuales se produce, sino –además- porque se ha adoptado un perfil preventivo ([[6]](#footnote-6)), que hace necesario revisar criterios que fueron más o menos pacíficos en otras épocas, pero que hoy es preciso compatibilizarlos con los nuevos puntos de mira desde los cuales se atisba el fenómeno. No resulta ajeno, asimismo, el desplazamiento que va sufriendo la antijuridicidad de la conducta hacia la injusticia del daño ([[7]](#footnote-7)), y el solidarismo que se impone como legítima defensa frente a las múltiples agresiones que el hombre sufre a través de las concepciones economicistas que se han impuesto mediante el pensamiento único que se entiende contribuye a la instauración de la sociedad globalizada.

**Delimitación del tema**

El tema de nuestro de análisis inicial será, entonces, si la inactividad (la inercia, la conducta pasiva, la prescindencia) puede generar responsabilidad en el agente inactivo (inerte, de conducta pasiva, prescindente). Se trata de un aspecto de la teoría de la acción, el que se ocupa –en primer término- del enlace entre el individuo y la conducta que actúa o –si se quiere- no actúa, y como tal, está referido a la autoría, más cercanamente que a la relación de causalidad, ya que ella hace fundamentalmente al vínculo entre el acto y el mundo exterior ([[8]](#footnote-8)), sin que implique negar que la relación de causa a efecto confirma la existencia de la autoría ([[9]](#footnote-9)), cuando es directa, personal o de la conducta. ([[10]](#footnote-10))

Sin perjuicio de las condiciones que presupuestan la autoría y las diferencias que exhibe la doctrina a su respecto ([[11]](#footnote-11)), lo cierto es que cuando media actividad –y tanto más- si ella es prácticamente unívoca con respecto al resultado no existe dificultad en establecer la relación que existe entre la conducta y el resultado ([[12]](#footnote-12)). Pero en la medida que el movimiento corporal falta, o sea, existe omisión, el establecer la relación causal se dificulta ([[13]](#footnote-13)).

**Tratamiento de las omisiones en el ámbito penal.**

En el campo de la ciencia penal, la doctrina que ha abordado esta temática se ha divido en tres sectores doctrinales:

1. Una primera opinión ha sostenido que en las omisiones no es posible hablar de causalidad material, dado que la omisión no puede ser causa ([[14]](#footnote-14)). Es cierto que materialmente –en el ámbito de lo natural- quien se abstiene no provoca el daño.
2. Otro sector ha entendido que sólo podría hablarse de causa, en un sentido limitado y convencional, prácticamente en un sentido analógico al que se lo hace respecto de la acción, pero no en sentido propio de la palabra causa ([[15]](#footnote-15)). Cabría, entonces, distinguir una causación natural o fáctica –del mundo del ser- y otra causación jurídica, distinta de la del ser pero de similares características que haría posible hablar de causalidad, aunque con un cierto exceso de lenguaje.
3. Un tercer criterio, sostiene directamente la causalidad de la omisión sobre la consideración que tanto la acción como la omisión son aptas para provocar un resultado, la diferencia es que cuando se trata de una omisión, entra en juego la ‘*acción positiva esperada*’, que fue la omitida. De tal manera que es necesario preguntarse si la ‘*acción esperada*’ hubiera impedido el resultado dañoso: en el caso del ciego que camina hacia el precipicio, esa acción esperada es que el paseante o los paseantes le dieran voces de alerta o lo detuvieran.

Los delitos criminales se clasifican en dos clases: los delitos de comisión –susceptibles de ser cometidos por acción o por omisión (omisión impropia)- y los delitos de omisión (omisión propia). Cuando lo prohibido es la obtención de un resultado (matar, herir, apoderarse, etc.), sea que se lo cometa por acción positiva (disparar el arma de fuego, golpear el cuerpo de otro, arrancar la cartera a una mujer), sea que se lo cometa omitiendo (no suministrando los alimentos al bebé, no ingresando a la cuenta el cliente el depósito efectuado), de todos modos se tipifica el delito. En cambio, en los delitos de simple omisión, lo prohibido es abstenerse de actuar (no efectuar la denuncia de un hecho que *prima facie* constituya delito de acción pública si se trata de un funcionario público, omitir el auxilio a una persona en peligro).

Tal clasificación toma en cuenta lo que la norma prohíbe. No se trata, entonces de una clasificación que tome en cuenta ‘*la conducta*’ aisladamente, sino en cuanto ella se relaciona con el operador deóntico de la norma: prohibición del resultado o prohibición de la abstención ([[16]](#footnote-16)). Cuando lo prohibido es la obtención de un resultado, la infracción puede ser cometida activa o pasivamente. Cuando lo prohibido es abstenerse, la infracción se produce por la inactividad.

Enseñaba el maestro Sebastián Soler que “*en los delitos de omisión lo punible es la omisión misma*”, el solo hecho de haberse abstenido de actuar –conducta omitida- encuadra en el tipo, es el *no hacer* lo que tipifica el delito; en cambio, “*en los de comisión por omisión la omisión en sí misma no es punible, sino que lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer*” ([[17]](#footnote-17)).

De modo que, mientras el no hacer ([[18]](#footnote-18)) tipifica el delito de omisión, el delito de comisión puede tipificarse mediante *un hacer* (comisión simple) o un *no hacer* (comisión por omisión), pues en éstos el *no hacer es un medio para lograr el resultado prohibido*; la acción positiva y la acción negativa son igualmente aptas para caer en el tipo.

En los delitos de omisión, lo prohibido es *no hacer*, ya que el derecho prescribe en esos casos la acción positiva, de modo tal que el sujeto que permanece inactivo infringe la norma, pues al *no hacer* hace lo que le está prohibido que es, precisamente, abstenerse de actuar.

**La omisión en el ámbito civil**

En el derecho civil, al haberse abandonado ([[19]](#footnote-19)) el sistema del tipo (faltar la norma tipificante) ([[20]](#footnote-20)), la clasificación no resulta sencillamente trasladable. No obstante, la doctrina civilista acudió a aquella división sistemática ([[21]](#footnote-21)) y así, se ha señalado que el art. 1074 del Código Civil, en cuanto exige que exista una norma que imponga el deber de actuar, se refiere lisa y llanamente a las omisiones simples ([[22]](#footnote-22)), o sea, las abstenciones prohibidas.

La traslación de la clasificación penal no soluciona, en definitiva, el problema interpretativo del ámbito de actuación de la norma. Aún recurriendo a aquélla, es necesario completarla en el ámbito civil para limitar la norma del art. 1074 C.Civ., que sólo abarca a los cuasidelitos ([[23]](#footnote-23)), pues si existe dolo no resultaría relevante que la abstención esté o no prohibida.

La falta de correspondencia entre la clasificación de los delitos penales y del acto dañoso, se pone de manifiesto frente a un caso paradigmático en el cual una joven llegó a un sanatorio privado con una herida de bala, y el médico de guardia se negó a atenderla en virtud de que no podía efectuar el depósito en garantía exigido por el reglamento de la entidad. La joven fue trasladada a un Hospital público en una ambulancia, sin que ningún médico la acompañase, y fue intervenida quirúrgicamente, muriendo once días después a consecuencia de un proceso infeccioso que desembocó en una peritonitis. A pesar de que el autor del disparo fue condenado penalmente por homicidio, y que la conducta del médico, que no acompañó a la víctima en el traslado, fue encuadrada en el abandono de persona, en el ámbito civil ambos fueron condenados a reparar la muerte. Como señaló el Prof. Bustamante Alsina mientras en el ámbito penal el resultado dañoso era indiferente para la configuración del delito por el cual fue condenado el médico, en el ámbito civil el perjuicio es un recaudo requerido para la configuración del ilícito. Respecto de la relación de causalidad se dijo “*ese vínculo no existe solamente en casos supuestos sino también cuando una omisión del médico o no aplicación del tratamiento debido priva al enfermo de una manera cierta de la posibilidad de curación que razonablemente tenía derecho a esperar. Además, por aplicación de las reglas generales de la causalidad, se ha afirmado que una causa mediata -consecuencia previsible resultante de la conexión de un hecho con otro acontecimiento distinto -art. 901, Cód. Civil- puede ser suficiente para responsabilizar al médico si su proceder culposo pudiese prever como posible la consecuencia perjudicial de la cual aquella fue condición necesaria*” ([[24]](#footnote-24)). De tal modo el tribunal ponía de manifiesto que acción y omisión pueden constituir causas (concurrentes) de la muerte y, al mismo tiempo, evidenciaba claramente la diferencia que existe entre los presupuestos del juzgamiento civil y el penal.

Por su parte, Mosset Iturraspe distingue -siguiendo a Altavilla- la omisión de la inercia. Esta última no es causa del resultado, pero ‘*cuando en razón de alguna especial situación social se deriva el deber de adoptar una de esas actitudes dirigidas a interrumpir o a paralizar un proceso causal, la inercia se convierte en omisión*’ y, entonces, la omisión se presume causante.

Desde otro ángulo, y advirtiendo que es ajeno al núcleo de nuestro tema –que es la inactividad frente a un proceso causal desatado por un tercero o por la propia víctima-, la doctrina civil se refiere a las ‘abstenciones en la acción’; en ellas no resultaría aplicable la norma civil restrictiva del art. 1074 del C.Civ., porque son las omisiones que se producen cuando el agente se entrega a una acción determinada y no adopta las medidas necesarias para evitar que su acción sea dañosa para terceros ([[25]](#footnote-25)). El automovilista que conduce su vehículo y omite frenarlo ante la interposición inminente de un peatón, no puede escudarse en que no existe norma que le imponga frenar; lo mismo cabe concluir con respecto del ferrocarril que omite la colocación de barreras en un paso a nivel con visibilidad obstaculizada. En estos casos, estamos en el franco campo de la culpa, que es, precisamente, la omisión de la adopción de las diligencias y cuidados que son propios de la actividad desplegada; como, por ejemplo, quien procede a la quema de malezas y omite verificar que la combustión ha cesado antes de retirarse. En tales supuestos, la omisión de la diligencia debida (culpa) genera que el efecto dañoso de esa conducta omisiva se desplace hacia quien ha incurrido en ella y causado el daño. Obviamente, el fraccionamiento de la conducta juzgada tiene relevancia. Bien advertía Jiménez de Asúa al comenzar el tratamiento del tema, que debía ser una preocupación constante el no romper la unidad del acto, pues un fraccionamiento equivocado lleva a una conclusión equivocada. De modo tal que parece que –en ciertas oportunidades- para establecer si de una omisión se sigue la responsabilidad es necesario relacionarlo con la actividad dentro de la cual se está desplegando la conducta, que puede ser positiva u omisiva, pero que no nos coloca en el ámbito de la inercia, sino de la falta de precaución.

Por tanto, el problema se presenta en el de las simples omisiones (abstenciones puras y simples, en la doctrina civil) en el que la causa desencadenante del peligro –que puede derivar en daño- se encuentra en la conducta de la propia víctima o de un tercero, pero que el agente omitente puede detener interponiéndose. Sin lugar a dudas, estamos en lo que llamamos la prevención del daño, que no tiene que ser únicamente un deber estatal o jurisdiccional, sino que su eficacia radica seguramente en su carácter difuso.

**La necesidad de imposición expresa o implícita de la conducta omitida**

También se ha cuestionado si la obligación de actuar debe estar impuesta por una norma expresa o si ella puede provenir en forma implícita de un abuso en el derecho de abstenerse.

Las voces de la doctrina que trataron la cuestión desde la mira del responsable –destacando la peligrosidad que encierra que el deber se imponga por implicancia-, concluyeron que la acción no podía ser tratada por el derecho del mismo modo que la omisión. Se pensó que si no hay determinación causal por parte del autor omitente, la conducta esperada (y omitida) debía estar prescripta por el ordenamiento en forma expresa para que pudiera cargarse responsabilidad a quien no desató el proceso causal, pues, en definitiva, simplemente se abstuvo de interponerse en dicho proceso para detenerlo o aminorarlo.

Aparece claro que el traslado de los principios del derecho criminal al civil, no resultó ajeno a esa concepción.

Para algunos, la cuestión enanca en la antijuridicidad, pues quien se abstiene sin una norma que le imponga la actuación, obra lícitamente en el ejercicio de su libertad de abstención, garantizada por el art. 19 de la Constitución Nacional. Para otros, el tema tiene alguna relación también con la culpabilidad, ya sea porque el art. 1109 incluiría la prohibición de todo hecho que por culpa cause daño ([[26]](#footnote-26)), ya sea porque el carácter omisivo de la conducta repercute en el juzgamiento de aquélla, cuando aunque no exista norma expresa que imponga actuar, la culpa puede considerarse configurada si omite sin “riesgo personal o patrimonial alguno o sólo con mínimo riesgo” ([[27]](#footnote-27))

En cambio, pensando desde la óptica de la víctima, que inspira al moderno del derecho de daños, ha existido una gradual ampliación de los criterios en la materia, y así, se buscaron nuevas fuentes del deber de actuar. Cabe señalar que la norma en cuestión nunca fue de pacífica interpretación, y prueba de ello es que Llerena –uno de los primeros comentadores del Código Civil- fue quien sostuvo –aun comentando el texto originario del Código, que no consagraba la teoría del abuso del derecho- que la interpretación del art. 1074 en el contexto del cuerpo legal debía concluir que no era imprescindible que fuera el texto expreso de la Ley el que impusiese el mandato de cumplir el hecho omitido, sino que era suficiente que surgiese “*de una manera implícita en la obligación general que se tiene de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas (art. 902 y sus concordantes”* ([[28]](#footnote-28)).

Reformado ya el Código Civil por la Ley 17.711, se señala que la comprensión del art. 1074 no puede ser aislada de la directiva del art. 1071, pues “*cuando la abstención ‘excede los límites impuestos por la buena fe contractual, la moral y las buenas costumbres’…, ya no hay ejercicio regular del derecho de abstenerse y el sujeto está impelido a obrar para evitar el daño que pueda sufrir otra persona como consecuencia de su abstención*” ([[29]](#footnote-29))

Si lo relevante es la injusticia del daño -proveniente de la valoración de los intereses en conflicto ([[30]](#footnote-30)) o de la falta de concurrencia de una causal de justificación ([[31]](#footnote-31))-, y no la antijuridicidad de la conducta, ¿cuál puede ser la importancia de la existencia de una norma expresa que imponga el deber de actuar o de abstenerse?

La tendencia a la asimilación de acciones y omisiones, que se viene expresando en la jurisprudencia de los tribunales ([[32]](#footnote-32)), ya está receptada en los proyectos de 1993 y 1998, que no incluyeron ninguna norma similar al art. 1074 de nuestro Código vigente. Así, el primero de los Proyectos indicados, establece en el numeral 1564 “Las reglas de este capítulo son aplicables a las consecuencias de los hechos y las omisiones”, y en las notas se destaca que de este modo se lleva el problema de las omisiones al de la causalidad adecuada. Asimismo se señala que “el ejercicio regular de la facultad de omitir una conducta no da lugar a indemnización alguna” ([[33]](#footnote-33)).

Más allá va el Proyecto de 1998 no sólo no incluyó norma similar al art. 1074 del Código Civil vigente, sino que, además, el art. 1585 del citado proyecto establece la prevención del daño como un principio y deber genérico, y se dispone que “*Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) de evitar causar un daño no justificado. b) de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca, o disminuir su magnitud*…”. Esta norma proyectada consagra claramente el deber de toda persona de evitar, en cuanto ella dependa, el daño no justificado. La riqueza de esta disposición, superará ampliamente la estéril discusión acerca de si las omisiones necesitan de norma expresa que consagre el deber de actuar o si existe la libertad de abstenerse susceptible de ser abusada. De ser aprobada, se dispondría de una norma que vendría a consagrar el deber de actuar –en la medida que dependa del agente- para evitar cualquier daño no justificado, sea que lo haya causado o que lo haya causado un tercero.

Precisamente, la segunda parte del inc. b de ella, descarta cualquier interpretación limitativa que pretenda que la prescripción supone que sea el mismo agente quien lo haya causado, pues dispone “*Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud del daño,* ***del cual un tercero habría sido responsable****, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme las reglas del enriquecimiento sin causa*”. Ciertamente, el deber de prevención-evitación del daño comprende tanto el caso en que el agente causó el daño, como el supuesto en que éste ha sido causado por un tercero.

Los jueces deberán establecer si la evitación dependía o no del agente omisivo. Una vez más, el juicio razonable y prudente es convocado para establecer el tan temido límite entre la libertad de abstenerse y el deber de evitar el daño a un semejante (), que radica según la prescripción bajo análisis de ‘*en cuanto de ella dependa*’, que es susceptible de ser interpretado ‘normativamente’ (en cuanto le esté impuesto el control jurídico) o ‘fácticamente’ (en cuanto tenga posibilidades de hacerlo).

**La relación de causalidad ¿es propia del mundo de la naturaleza o pertenece al ámbito normativo?**

Una primera cuestión a aclarar es que –en principio- la causación ([[34]](#footnote-34)) se presenta en el mundo natural –lo que acostumbramos denominar, lo fáctico, el mundo de los hechos- y consiste en una conexión particular entre un hecho y un efecto. Bajo la mira del derecho, diríamos que –por un lado- la relación causal se describe como *factum* en el presupuesto fáctico de la norma. Así, cuando decimos que ‘*el que ha causado un daño debe responder*’, el ‘haber causado’ es un hecho al cual se imputa la obligación de responder. Lo que se evoca es la conducta del agente, y ésta, como elemento del mundo natural, puede ser positiva o negativa

Consecuentemente, esa relación causal es una situación fáctica verificable en el mundo de la naturaleza. Para denominar la relación que existe entre la acción u omisión del dañador y el efecto-daño, es preferible hablar de ‘autoría’ o ‘*imputatio factis*’, es decir la conexión ‘material’ que existe entre una conducta y un daño. Lo que se intenta afirmar es que “*si es* *el autor de un daño, debe ser que se siga su responsabilidad*”.

Ahora bien, sabemos que el derecho puede establecer que no solamente el autor sea responsable, sino también que lo sea el principal ([[35]](#footnote-35)), los padres ([[36]](#footnote-36)), etc., o sea, que puede haber quien para el derecho sea responsable sin ser autor material. En tales casos, no existe un vínculo material o natural entre la conducta del ‘tercero responsable’ y el daño, pero existe una atribuibilidad jurídica, enancada en una relación relevante para el derecho. Así, el derecho considera hechos trascendentes para que la responsabilidad se extienda al patrono o a los padres a la dependencia civil del autor del daño o al hecho de estar sujeto a la patria potestad, si se reúnen determinadas condiciones. Desde esta mirada, comenzamos a advertir que la relación causal que toma en cuenta el derecho no es exactamente la natural o material, pues el patrono responde sin que haya sido ‘*autor*’ ni su conducta sea ‘*causa*’, o sea, sin que su conducta haya puesto la causa eficiente del daño sufrido por la víctima.

La causalidad, en el mundo natural, es una serie infinita, mientras que cuando el derecho la capta, lo hace para recortarla ([[37]](#footnote-37)). La causalidad en el orden natural de los hechos es compleja y concurrente, y el derecho viene a simplificarla.

Al respecto, señalan Pizarro y Vallespinos que “*la causalidad jurídica difiere de la causalidad que es propia de las ciencias naturales, pues la primera exige la intervención de una conducta humana y es indagada como presupuesto de la responsabilidad civil o penal*”. ([[38]](#footnote-38))

Es desde esa óptica –la jurídica- que debe analizarse la causalidad de las omisiones. La falta de coincidencia entre causalidad natural y jurídica, así como hace que la serie causal natural o material se interrumpa con el límite de la previsibilidad, hace que una condición pueda tomar mayor relevancia (jurídica) y determine la responsabilidad –en concurrencia con los demás presupuestos de ella-. Es que resulta contrario a la razonabilidad que es patrón de referencia en materia jurídica que alguien pueda sostener que su omisión es inocua, cuando su acción podía impedir el daño ([[39]](#footnote-39)). Con el mismo grado de regularidad y ordinariedad con se juzga la adecuación de una causa o condición activa, puede juzgarse la adecuación de una omisión.

Con razón afirma Bueres ([[40]](#footnote-40)) –siguiendo en este aspecto a su reconocido maestro Bustamante Alsina ([[41]](#footnote-41))- que una de las condiciones adecuadas del hecho que un tren arrolle a un automóvil es la inactividad del individuo que advirtiendo la proximidad del tren y el avance del automotor no da aviso o hace señas al conductor para que se detenga. Es de evidencia manifiesta que no podría decirse que la conducta del omitente es indiferente al resultado ([[42]](#footnote-42)). No puede descartarse que la omisión (con independencia de la acción precedente) tenga aptitud causal para llevar al resultado, y desate una nueva serie causal concurrente o acumulativa con aquella ([[43]](#footnote-43)). Si una persona está herida de muerte y otro la abandona desangrándose, esta segunda conducta omisiva constituye causa acumulativa o concurrente con la que puso quien lo llevó a ese estado.

En el mismo sentido, Goldenberg sostiene que “*no hacer viene a ser condición apta o adecuada para que el desmedro se produzca*” y que prueba de ello “*es que de haberse observado el comportamiento positivo que las circunstancias exigían, se podría haber interrumpido el nexo causal, evitándose el desenlace dañoso*”. Ese criterio ha sido controvertido indicándose que conferirle a esa condición omisiva el carácter de causa, implica adherir a la teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual es desechada por nuestra ley civil, sin lugar dudas después de la Ley 17.711.

La crítica no nos parece decisiva. En primer lugar, existen otros casos en que la responsabilidad se carga sobre la base de la equivalencia de las condiciones, como sucede en la responsabilidad por el hecho de otro en el ámbito extracontractual y la responsabilidad de los padres. La teoría de la causalidad adecuada es la aceptada por nuestra ley civil para establecer el límite de las consecuencias por las que se responde en las normas de los arts. 901, 903, 904 y 906 del C.Civ. vigente, pero en materia de imputación, no hay ninguna teoría en particular receptada ([[44]](#footnote-44)); sin embargo, la dependencia y la patria potestad aparecen como una condición no adecuada para imputación de la responsabilidad por los daños causados por el dependiente civil e hijo al principal y al padre, respectivamente.

En la jurisprudencia se ha sostenido “*en cuanto a la relación de causalidad entre la conducta de R. (agresor) y la suerte de P. (víctima), ninguna duda cabe que, cualquiera fuese el estado de salud física y mental del último, la aludida agresión desencadenó en poco tiempo el deceso de la víctima, por lo que,… debe considerarse causa eficiente o adecuada del resultado. Y la omisión en que incurriera C.,… quien pudiendo interrumpir aquella relación de causalidad no lo hizo faltando a su obligación impuesta por la ley (art. 1074 C.C.), adquiere el carácter de concausa*” ([[45]](#footnote-45)). Se trataba de un caso en que R. y P. eran dos insanos (posiblemente con demencias seniles) que pese a que existían antecedentes de agresión –el mismo día- no fueron separados de sala, ni aislaron ni sedaron al agresor, quien volvió a golpear a P., provocándole una hemorragia nasal que le fue detenida, pero sin someterlo a un más prolijo examen y tratamiento por el médico de guardia Dr. C., lo que determinó que falleciera al poco tiempo.

Como se advierte, el juzgamiento de la relación causal reposa en el mismo orden natural y ordinario de las cosas y la previsibilidad de su posible conexión con otro hecho, juzgada *in abstracto*, que sirve para juzgar las consecuencias de las acciones positivas, el que debe aplicarse para juzgar las consecuencias de las omisiones.

**La extensión de la reparación de los daños causado por omisión.**

La advertencia de presencia de relación causal subyace aún en la doctrina restrictiva de la responsabilidad por las omisiones cuando sostienen –como lo hace Orgaz- que en tales casos lo indemnizable es la chance de que se vio privada la víctima ([[46]](#footnote-46)), pues frustración de la posibilidad del beneficio que no se concretó (haber conservado la vida) por la falta de interposición de la acción del agente omitente sólo es indemnizable si existe relación causal ([[47]](#footnote-47)).

La cuestión de la influencia causal de la omisión y de la causa originaria –en principio ajena al omitente-, debe resolverse del mismo modo que la concurrencia de los hechos en los que aparece culpa, valorando eficacias causales de la conducta omisiva y de la causa originaria y la gravedad de la culpa que descalifica (reprocha) a la omisión.

En este aspecto, es cuando empiezan a jugar las posibilidades de que la interferencia del actuar omitido no fuera riesgosa para el propio omitente (en orden a la cuestión de la culpabilidad y su gravedad) y que fuera apta para evitar el daño (en el plano de las incidencias causales). El abandono de una persona que termina en muerte en el desierto no puede ser juzgado de la misma manera que el abandono en un lugar público y transitado; en la noche, no es igual que en el día; para el médico, no es igual que para el no instruido en la ciencia médica; también habrá que juzgar la aptitud causal de la conducta omisiva y la posibilidad de mayor o menor eficacia de la conducta omitida. A veces, la eficacia de la condición omitida es tan probable que con seguridad hubiera frustrado el daño, y por lo tanto, equivale a haber puesto concausa ([[48]](#footnote-48)); otras veces, hubiera sido tan difícil que pudiera evitarlo que no significa más que la privación de una oportunidad (chance) ([[49]](#footnote-49)).

Por tanto, será el juicio de la prognosis póstuma el que sopesando los hechos (in abstracto) determine cuál ha sido la influencia de la omisión en el resultado dañoso. Podrá ser concausa –cuando la actividad esperada- hubiera podido evitar el resultado dañoso o aminorarlo, o conferido una mayor o menor posibilidad de que no se produjera ([[50]](#footnote-50)). Desde luego, se trata de un juicio probabilístico, pues la falta de la conducta esperada determinó que la condición inicial desplegara toda su potencia causal sin la detención o disminución de su fuerza causal.

La co-autoría culposa y la concurrencia de las culpas (de quien desató la serie causal natural y quien omitió interferirla), puede determinar que ambos sean solidariamente responsables por el hecho en virtud de ser partícipes culposos del hecho dañoso, a tenor del art. 1109, sin perjuicio de las acciones recursorias; y en el caso de que la propia víctima sea quien desencadenó la serie, que el otro no evitó, se computará como hecho de la víctima, disminuyendo la responsabilidad del omitente, según el principio de concurrencia que determina el art. 1111 C.Civ.

**Conclusiones**

Está superado el criterio que sostiene que las omisiones deben ser tratadas en forma diversa que las acciones, y particularmente, el que postula que no hay responsabilidad por las omisiones, pues de ellas no se siguen efectos.

La relación de causalidad entre la omisión y el daño debe ser juzgada en forma análoga a la que se juzga en las acciones activas, teniendo en cuenta el acto esperado o debido, y la regularidad, normalidad o habitualidad entre la omisión y el daño, por medio de juicios de prognosis póstuma al que estamos acostumbrados en derecho.

El deber de prevención de los daños impone una importante revisión de los criterios que se han formulado en el pretérito, y determina que las omisiones adquieran una mayor relevancia de la que se les ha conferido, con clara inspiración en las elaboraciones intelectuales del derecho penal, que atiende –y hace bien, que así sea- a la persona del responsable para reconocerle sus garantías, antes que a la de la víctima.

1. Al respecto, señala JIMÉNEZ DE ASÚA que “el problema de la causalidad en la omisión ha sido uno de los que más ha desesperado a los juristas” (“Tratado de Derecho Penal”, Bs.As., Ed. Losada, 1965, 3ª.Ed., To. III pág. 673, No. 1150) [↑](#footnote-ref-1)
2. GOLDENBERG, Isidoro “La relación de causalidad en la responsabilidad civil”, Bs.As., Astrea, 1984, pág. 200. [↑](#footnote-ref-2)
3. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado…” cit., To. III, pág. 674. TEISSERIE, “Essai d’une théorie générale sur le fondement de la responsabilité”, Aix, 1902, pág. 191. [↑](#footnote-ref-3)
4. ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde “Presupuesto y funciones del derecho de daños” en “Resarcimiento de daños”, Bs.As., Depalma, 1999, To. IV pág. 342, sostiene “*la obligación resarcitoria por ‘omisiones puras’ plantea dificultades, porque está ausente la relación de causalidad con el daño. Quien desconoce una obligación de obrar no causa el perjuicio que se desata frente suyo*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre la cuestión en el Derecho Penal, puede consultarse con indudable provecho por su exhaustividad JIMENEZ DE ASÚA, Luis “Tratado…” cit. en nota 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. En tal sentido, en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, se señala: “*La prevención tiene un sentido produndamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino tamién desde el puro punto de vista macroeconómico … En el Proyecto la presvención tiene un lugar relevante, desde tres puntos de vista: la asignación de virtualidades a las medidas técnicas para la evitación del daño, los mecanismos tendiente a instalarla, y la tutela inhibitoria. Se prevé, por lo pronto, que toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella, de evitar causar un daño no justificado*…”. En la reforma de la Ley 17.711 ya el principio comenzó a ser tímida, pero decididamente, receptado cuando se revierte la veda de la acción de denuncia del daño temido (art. 2499 C.Civ.) y se prevé la cesación de las molestias que se causan a los vecinos (art. 2618 C.Civ.). Sobre la nueva dimensión: FERNANDEZ MADERO, Jaime “Nuevos temas en el derecho de daños”, L.L. To. 2002-A pág. 1103, especialmente cap. XIV. STIGLITZ, G.A. y ECHEVESTI, C.A. en Mosset Iturraspe, J. “Responsabilidad civil” cit., pág. 508, No. 212. [↑](#footnote-ref-6)
7. DE LORENZO, Miguel Federico “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Bs.As., Abeledo-Perrot, 1996. [↑](#footnote-ref-7)
8. GOLDENBERG, Isidoro, ob.cit., pág. 45 y sgtes., No. 14. [↑](#footnote-ref-8)
9. BUERES, Alberto J. “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en “Derecho de daños”, Bs.As., Ed. La Rocca, 1989, pág. 146, en nota No. 11. [↑](#footnote-ref-9)
10. Cuando la responsabilidad es por el hecho de otro o por las cosas la autoría aparece como indirecta o mediata. En tal sentido, se distingue la autoría del daño y la de la conducta. La autoría del daño es más amplia que la de la conducta, pues comprende también los que se producen por un sujeto o cosa que están bajo el control del responsable, a pesar de que no exista acción del agente que haya producido el perjuicio, como sucede con la conducta de los dependientes y las cosas que se tienen en propiedad o bajo la guarda. Ver ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde Presupuesto y funciones del derecho de daños” en “Resarcimiento de daños”, cit. To. IV pág. 250. SAGARNA, Fernando A. “La relación de causalidad: ¿es prescindible como presupuesto de la responsabildad civil? en Ameal, O.J.-Gesualdi, D.M. “Derecho privado” Homenaje al Dr. Alberto J. Bueres, Bs.As., Hammurabi, 2001, pág. 1246, especialmente No. 438. [↑](#footnote-ref-10)
11. Véase BUERES, Alberto J. “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en Trigo Represas, F.A.- Stiglitz, R.S. “Derecho de daños en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe”; MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por daños”, Bs.As., Rubinzal y Culzoni, 1998, To. I pág. 43. [↑](#footnote-ref-11)
12. Así, por ejemplo, si una persona que acciona un arma de fuego contra otra, el disparo impacta el cuerpo de la segunda y fallece; puede afirmarse sin lugar a mayores dudas que la primera ha causado la muerte de la otra. [↑](#footnote-ref-12)
13. Aún en los supuestos de comisión por omisión, el juzgamiento de la relación causal se enturbia y resulta más dificultoso, haciéndose necesario consultar más acabadamente las circunstancias fácticas que rodean la conducta omisiva. En los casos de los delitos de comisión por omisión, el hecho de no amamantar al hijo –ejemplo clásico- no significa que se determine o provoque la muerte, pues muchas madres no amamantan al bebé, sin que muera, la causa de la muerte puede estar en muchas otras circunstancias; por lo demás, no amamantar al niño, no es un acto prohibido. En los delitos de omisión, la cuestión se complica más, pues la causalidad no estará desatada por la conducta del omitente, sin embargo, su conducta habría ofrecido la posibilidad de frustrar la serie causal desatada. [↑](#footnote-ref-13)
14. von LISZT, Franz sostenía “*Debemos convenir en que la relación que se da en nuestra conciencia entre la causa y el efecto, tiene, en la omisión un objeto completamente distinto que en la acción: en ésta el resultado efectivamente producido está en relación con un movimiento corporal efectivamente ejecutado, y, en aquélla, con un movimiento corporal que tan sólo hemos imaginado. Así, pues empleamos una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión*” (cit. por Jimenez de Asúa, L. en “Tratado… ”cit., To. III pág. 675, No. 1151) [↑](#footnote-ref-14)
15. BINDING sostiene, en tal sentido, que cuando se habla de causa de la omisión se está evocando una conducta que impediría el resultado dañoso, y no propiamente, de la conducta que lo provoca. [↑](#footnote-ref-15)
16. Las normas penales normalmente describen el tipo enunciando lo que Kelsen denomina la norma primaria, o sea, la que presupuesta la sanción, pero en forma implícita existe la norma secundaria que contiene la conducta que el derecho prescribe y no resulta sancionada. El art. 79 del C.P. sólo dice “El que matare a otro sufrirá una pena de ocho a venticinco años de prisión o reclusión” (norma primaria), pero implícitamente existe una norma secundaria no enunciada que establece “No debe matarse a otro”. [↑](#footnote-ref-16)
17. SOLER, Sebastián “Derecho penal argentino”, Bs.As., T.E.A., 1951, To. I pág. 337, No. 25.I. KEMELMAJER de CARLUCCI, A.R., en Belluscio, A.C.-Zannoni, E.A. “Código Civil y Leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1983, To. V pág. 93, glosa al art. 1074, No. 1. TRIGO REPRESAS, F.A. en Cazeaux, P.N.-Trigo Represas, F.A. “Derecho de las obligaciones”, La Plata, Lib.Ed. Platense, 1994, To. IV pág. 711, No. 2500. [↑](#footnote-ref-17)
18. No denunciar cuando se está obligado a hacerlo, no dar aviso o no prestar auxilio a un menor perdido o desamparado o a una persona herida. [↑](#footnote-ref-18)
19. GHERSI, Carlos A. en Mosset Iturraspe, J.-Kemelmajer de Carlucci, A.R. “Responsabilidad civil”, Bs.As., Hammurabi, 1992, pág. 39 y sgtes. [↑](#footnote-ref-19)
20. ZABALA de GONZÁLEZ, Matilde “Responsabilidad civil por actos ilícitos de omisión”, J.A. To. 1980-III pág. 796, cap. I. Señala Isidoro GOLDENBERG que “*a diferencia de lo que acaece en el derecho penal, en el orden no es necesario que cada ilícito esté encuadrado dentro de un determinado tipo predelineado por la Ley*” (aut.cit. “La relación de causalidad…” cit., pág. 212) [↑](#footnote-ref-20)
21. KEMELMAJER de CARLUCCI, A.R. en Belluscio, A.C.-Zannoni, E.A. “Código civil y leyes complementarias”, Bs.As., Astrea, 1983, To. V pág. 93, No. 1 de la glosa al art. 1074. La extensión de los principios del derecho penal, se exhiben igualmente en el derecho italiano, y así, Giovanna VISINTINI dice: *“las sentencias que recogen la posición de que hay omisión culposa sólo si se ha violado un deber de actuación, derivan de la necesidas de la preexistencia de una obligación legal específica, más o menos explícitamente, del art. 40, párr. 2º, del Cód. Penal (italiano) que se extiende al ilícito civil y condiciona la relavancia causal de la omisión a la circunstancia de la violación de un deber jurídico de impedir el evento dañoso. De este modo, se sostiene que la simpre inercia ante el peligro, conectada a la posibilidad de prever el evento dañoso y de evitarlo, no de por sí suficiente a los fines de la responsabilidad*” (aut.cit., “Tratado de la responsabilidad civil”, Bs.As., Astrea, 1999, trad. de Aída Kemelmajer de Carlucci, To. I pág. 76); ALTERINI, A.A.-AMEAL, O.J..-LÓPEZ CABANA, R.M. “Derecho de las obligaciones”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1995, págs. 161/162, Nos. 379/381. BOFFI BOGGERO, “Tratado de las obligaciones”, To. II pág. 197, No. 468 y To. V pág. 432, No. 1955. [↑](#footnote-ref-21)
22. ORGAZ, Alfredo “Los actos ilícitos de omisión” L.L. To. 138 pág. 1055. ALTERINI, A.A. y ots., ob.cit., pág. 162, No. 381. En contra: LLAMBÍAS, Jorge J. “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1977, To. III pág. 625, No. 2216. [↑](#footnote-ref-22)
23. LLAMBÍAS, Jorge J. “Tratado…” cit., To. III pág. 619, No. 2211 dice refiriéndose al art. 1074: “este precepto pese a estar ubicado en el capítulo “De los delitos” no se refiere a estos hechos sino a los cuasidelitos”. En sentido concordante, enseña Giovanna VISINTINI que “*el dolo omisivo puede ser fuente de responsabilidad por daños aunque no se conecte a la violación de una obligación de hacer*” (aut. y ob.cit., To. I pág. 79, No. 9) No comparte esta postura Wenceslao TEJERINA, quien sostiene que se aplica tanto a los delitos como a los cuasidelitos (aut.cit., “Culpa por omisión” en “Temas de responsabilidad civil en honor del Dr. Augusto M. Morello”, La Plata, Ed.Platense, 1981, pág. 72. [↑](#footnote-ref-23)
24. C.Civ. y Com.San Martín, sala I, setiembre 28-1979 “S., J. A. y otra c. T., L. M. y otro”, L.L. To. 1980-A pág. 413, con nota de Jorge Bustamante Alsina “Responsabilidad civil del médico por omisión de asistencia” y E.D. To. 87 pág. 335. Se dijo allí: “*La abstención compromete la responsabilidad no solamente cuando una disposición expresa ordena que se obre, sino también en todos aquellos casos en que hay "una obligación jurídica de obrar" ; no resulta necesario que exista un precepto legal expreso que ordene la acción que alguien se haya abstenido de ejecutar*”. Véase, asimismo, el comentario que efectúa GOLDENBERG, Isidoro en su obra “La relación de causalidad en la responsabilidad civil” cit., pág. 216 y sgtes., No. 55. [↑](#footnote-ref-24)
25. TRIGO REPRESAS, F.A. en Cazeaux, P.N.-Trigo Represas, F.A. “Derecho…” cit., To. IV pág. 717, No. 2500; KEMELMAJER de CARLUCCI, A.R. en Belluscio-Zannoni “Código…” cit., To. V pág. 100, No. 7 de la glosa al art. 1074; LLAMBÍAS, J.J. “Tratado…Obligaciones”, To. III pág. 628, No. 2221; MOSSET ITURRASPE, Jorge “Responsabilidad por daños” cit., To. I pág. 68, No. 5. C.Nac.Civ., sala A, diciembre 6-1973, “Soria c/Del Barrio de Tizado”, L.L. To. 154 pág. 290; ídem, sala C, setiembre 30-1982, “Frank, Norberto J. y ot. Galarza Camarena, Abdón S.” L.L. To. 1983-B pág. 318. [↑](#footnote-ref-25)
26. SPOTA, A.G. “Responsabilidad por el hecho ilícito negativo”, J.A. To. 70 pág. 16. [↑](#footnote-ref-26)
27. ACUÑA ANZORENA, Arturo en Salvat, R. “Derecho Civil Argentino-Fuentes de la obligaciones”, Bs.As., T.E.A. 1958, To. IV pág. 43, No. 2711f [↑](#footnote-ref-27)
28. LLERENA, Baldomenro “Concordancia y comentarios del Código Civil Argentino”, Bs.As., La Facultad, 1931, To. IV pág. 143, No. 2. [↑](#footnote-ref-28)
29. LLAMBÍAS, J.J. “Tratado… Obligaciones” cit. To. I pág. 628, No. 2221. Conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A.R. en Belluscio, A.C.-Zannoni, E.A. “Código Civil y …” cit., To. V pág. 100, No. 7 de la glosa al art. 1074; MOSSET ITURRASPE, Jorge “Responsabilidad por daños” cit., To. I págs. 68 y 226, No. 5 y 6, respectivamente. [↑](#footnote-ref-29)
30. DE LORENZO, Miguel Federico “El daño injusto en la responsabilidad civil”, cit., pág. 77 y 81, enuncia el principio general diciendo “*Toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado*” o “*Todo daño es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado*” y señala: “… *deberá evitarse toda correlación o paralelismo automáticos, entre la justificación como criterio de exclusión del resarcimiento y las denominadas causas de justificación que en forma de preceptos permisivos se articulan en el ordenamiento jurídico (v.gr. art. 34 Cód. Penal). De lo contrario el sistema convergiría nuevamente a la elencación estática del daño injusto, aunque esta vez, a través de la disvaliosa inversión, sobre la base de una tipificaición de las justificantes*” [↑](#footnote-ref-30)
31. MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela “Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual” Homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina, Bs.As. Abeledo Perrot, 1990, To. I pág. 63. [↑](#footnote-ref-31)
32. La asimilación entre acción y omisión, aparece con frecuencia en el discurso sentencial de nuestros tribunales. Se dice: “*Para establecer la causa de un daño es necesario formular un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901, Cód. Civil. Vale decir que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal), entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado por aquélla*” (S.C.J.Bs.As., junio 14-1994 “A., G. M. y otro c. A., E. N. y otra” L.L.Bs.As., To. 1994 pág. 652, entre otros muchos) [↑](#footnote-ref-32)
33. Véase al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.R. “La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI (La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993)”, J.A. To. 1993-II pág. 817 y “Responsabilidad extracontractual. Análisis comparativo del problema en el Common Law (Torts) y el Civil Law” en Voces Jurídicas 1-1996 pág. 9, especialmente, cap. III.1. [↑](#footnote-ref-33)
34. BUNGE, Mario “Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna”, Bs.As., Eudeba, 1978, pág. 15/16. El autor señala que se denomina “*causación*, *a la conexión causal en general, así como a todo nexo causal particular (tal como el que existe entre las llamas en general y las quemaduras por ellas producidas en general, o entre una llama particular y una quemadura particular por ella producida*)”. Asimismo, se lo distingue del ‘*principio causal’* -que es el enunciado general de la ley de causación- y del ‘*determinismo causal’* que es una doctrina que sostiene la validez universal del principio causal. Por último, la “*ley de causación”* se utiliza para los enunciados particulares de las conexiones entre distintas causas y efectos. [↑](#footnote-ref-34)
35. El art. 1113 primera parte del Código Civil dispone: “*La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia…*” [↑](#footnote-ref-35)
36. El art. 1114 del C.C. establece: “*El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos*…” [↑](#footnote-ref-36)
37. Véase COSSIO, Carlos “La causa y la comprensión en el derecho”, Bs.As, Ed.Juarez, 1969, pág. 137; GOLDENBERG, Isidoro, ob.cit., pág. 7 y sigtes., No. 4. [↑](#footnote-ref-37)
38. PIZARRO, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo “Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones”, Bs.As., Hammurabi, 1999, To. III pág. 97. TRIGO REPRESAS, F.A. en Cazeaux, P.N.-Trigo Represas, F.A. destaca: “*El concepto filosófico de causa, no puede tampoco ser trasladado simplemente al campo del ‘derecho’. El derecho, como tantas otras disciplinas particulares, comporta simpre puntos de vista parciales, y cuando se trata de la ‘causa’ lo hace escogiendo entre las muchas condiciones necesarias, sólo aquéllas que le interesa destacar especialmente para sus propios fines*” (aut. y ob.cit., To. IV pág. 760, No. 2523) [↑](#footnote-ref-38)
39. Por supuesto que si quien no sabe nadar se cae a una piscina, y nadie presenciara el hecho –como lo decía Orgáz- la relación causal natural determinaría su muerte. Pero, es un dato de la realidad, experiencial y previsible, que mucha gente sin saber nadar cae a la piscina y son salvadas por quienes presencian el hecho y saben nadar. [↑](#footnote-ref-39)
40. Aut.cit., “Derecho de daños”, Bs.As., Hammurabi, 2001, pág. 537, No. 74. [↑](#footnote-ref-40)
41. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil”, Bs.As., Abeledo Perrot, 1980, pág. 94, No. 183. [↑](#footnote-ref-41)
42. Tal es el criterio que lleva a descartar de plano la relación causal y por ello se ha dicho: “*La relación de causalidad debe encontrarse directamente entre la acción u omisión del responsable y el daño, pero tal nexo no se configura cuando comportamientos de este tipo resultan indiferentes para la producción del daño*” (C.N.Civ., sala G, mayo 27-1992 “Rozanski, Ernesto c. Y. C.” L.L. To. 1992-E pág. 324). El hecho que el daño no se hubiera producido si la seña se hubiera hecho, en el ejemplo del texto, es suficientemente demostrativo de que la omisión no es indiferente y que es condicion relevante, aunque no sea exclusiva. [↑](#footnote-ref-42)
43. En materia de acciones eso se evidencia con claridad, en el ejemplo que brinda Trigo Represas: “*si dos fabricantes vierten en un río aguas contaminadas, en cantidad tal que la materia tóxica arrojada por cualquiera de ellos era suficiente para destruir la fauna ictícola. Siendo así, todos los intervinientes son considerados responsables, atento que si bien en ausencia de una participación el daño, igualmente se hubiera producido, no es menos cierto que la alegación de esa misma circunstancia por los demás, conduciría a la irresponsabilidad de todos, lo que sería un absurdo*” (aut.cit., en Cazeaux, P.N.-Trigo Represas, F.A. “Derecho de las obligacioenes” cit., To. IV pág. 2538). [↑](#footnote-ref-43)
44. Recuerda Luis Díez Picazo que Claux Roxin ha destacado que “*la teoría de la adecuación puso de relieve que el propósito que se persigue no es el de una genuina teoría causal, sino una teoría de la imputación. Dicho de otros modo, no se busca establecer si un elemento de un hecho es la causa del resultado, sino que se intenta dar respuesta a la pregunda sobre si un determinados hechos causantes deben ser considerados jurídicamente relevantes y si permiten la imputación objetiva del hecho a una determinada persona. Si el problema se plantea en términos estrictos y genuinos de causa, no es posible salir del cerco de la teoría de la equivalencia de condiciones*” (aut.cit. “Derecho de daños”, Madrid, Civitas, 1999, pág. 341) [↑](#footnote-ref-44)
45. C.Nac.Civ., sala E, setiembre 9-1983, “Pérez, Laura S. v.Clínica Geriátrica Amenábar y ots.”, L.L. To. 1984-B pág. 145, J.A. To. 1984-II pág. 48 y E.D. To. 107 pág. 43. [↑](#footnote-ref-45)
46. ORGAZ, Alfredo “La culpa (actos ilícitos)” pag. 112, No. 43 . Si se omite ayudar al amenazado de muerte y fallece, el omitente no debería –en el criterio del autor citado- indemnizar la muerte, pues no cabría equipararlo a la situación del homicida, sino únicamente la chance. [↑](#footnote-ref-46)
47. BUERES, Alberto J. “Derecho de daños”, Bs.As., Hammurabi, 2001, pág. 538, No. 74 y en Bueres, A.J.-Highton, E.I. “Código Civil y normas complementarias” cit., To. 3-A pág. 63, No. 6 de la glosa al art. 1066. [↑](#footnote-ref-47)
48. Este ha sido el criterio que ha inspirado el caso C.Nac.Civ., sala G, que hemos reseñado en el texto y citado en nota al pie No. 43. [↑](#footnote-ref-48)
49. Destaca la diferencias de tales supuestos: ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde “Resarcimiento de Daños. Presupuesto y funciones…” cit., To. IV pág. 453 y 455, Nos. 102 y 103. [↑](#footnote-ref-49)
50. SOLER, Sebastián, señalaba que “*en la omisión, … se invierte la relación causal, y en vez del acto cometido se juzga el acto esperado*”. [↑](#footnote-ref-50)