

SENTENCIA NÚMERO: 48

San Francisco, cinco de julio de dos mil diecinueve.-

Y VISTOS: Estos autos caratulados “**GRANDE, SERGIO ALBERTO Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE SAN FRANCISCO – ORDINARIO – ACCION PREVENTIVA DE DAÑOS – EXPTE. N° 3576221**”, de los que resulta:

D) A fs. 1/4 comparecen los Sres. Sergio Alberto Grande y Claudia Elizabeth Rossi, con el patrocinio letrado del Ab. Alejandro D. Testa, e inician acción preventiva de daños en contra de la Municipalidad de San Francisco, a fin de que se ordene a la accionada como mandato preventivo de daños, que en el plazo de noventa días o el que el tribunal estime razonable, proceda a dar comienzo a las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores, con pisos, tabiques y losas de hormigón, siguiendo la normativa técnica vigente en la materia, revistiendo y cegando su sección completa ya que actualmente se encuentra a cielo abierto, representando una amenaza inminente de sufrir graves daños para los actores en particular, amén de ser una fuente de extremos peligros para los habitantes de la ciudad en general, por el estado de abandono y suma precariedad que el canal presenta.

Explica que son cotitulares dominiales del inmueble inscripto en el Registro General de la Provincia bajo la Matrícula N° 1.463.507 ubicado en calle Los Paraísos N° 1602 de esta ciudad, donde se encuentra emplazada su futura vivienda, que se encuentra en etapa de construcción.

Afirma que la obra se encuentra paralizada, con el consecuente grave perjuicio que ello les irroga, en tanto el inmueble es colindante del denominado Canal Primeros Colonizadores, que se encuentra en total estado de abandono, con sus taludes desmoronados y en condiciones de precariedad e inseguridad, provocando un riesgo serio y directo para la estructura de la obra, como asimismo de ocasionar daños a cualquier ciudadano que transite por allí, habiéndose efectuado reiterados y continuos reclamos a la Municipalidad para lograr su cerramiento.

Que ante la total falta de respuesta por parte del Municipio, con fecha 19/02/2015 presentó una nota en la Secretaría de Infraestructura y Servicios de la Municipalidad de San Francisco, peticionando el cerramiento del canal, lo que dio lugar al Expediente

0259/EXT./2015, con igual resultado, esto es, la total indiferencia de las autoridades municipales.

Agrega que con fecha 29/03/2016 y sobre la base del Informe Técnico efectuado por el Ingeniero Héctor María Gattavara, envió a la Municipalidad la Carta Documento CD 711606064, la que fue recibida el 30/03/2016, y de la cual tampoco recibió respuesta alguna.

Que por otra parte, mediante la Escritura Pública N° 206 de fecha 18/05/2016, labrado por la Escribana Gabriela Beatriz Gianoglio, se dejó constancia del estado general de su inmueble y de sus adyacencias, refiriendo que “en dicho inmueble existe una obra en construcción (vivienda de dos plantas), con un importante estado de avance (paredes y losas completas, sin revoque), sin aberturas, realizada con ladrillos comunes, la que se encuentra parada y en buen estado de limpieza general, posee un cerco perimetral de postes de madera con alambre tejido romboidal, y en sus adyacencias, al norte y oeste linda con otros terrenos privados; al sur con calle Los Paraísos (de tierra); y al este, a corta distancia con el Canal Primeros Colonizadores, que en el lugar se encuentra realizado a cielo abierto, sobre tierra, sólo cubiertos su piso y taludes con pastos naturales, sin ningún tipo de revestimiento, sus bordes son irregulares y sus pendientes pronunciadas, en este momento se puede observar que posee caudal de agua circulando de color blancuzco”, a la que se agregaron fotografías que grafican claramente lo expuesto.

Concluye que frente a este cuadro de situación, el que se agrava día a día atento el tiempo transcurrido, y resultando el Municipio el responsable de las condiciones de seguridad del mencionado canal, sea en forma directa o a través de la contratación de terceros, debiendo garantizar su adecuado mantenimiento, en base a criterios de calidad y eficiencia, con su inacción los deja expuestos a sufrir graves daños, por lo que se encuentran compelidos a iniciar esta acción, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y concordantes del Código Civil y Comercial.

II) Dado el trámite de ley, a fs. 41/42 la Municipalidad de San Francisco, mediante su apoderado Ab. Alfonso J. Cerutti (h), contesta la demanda.

Manifiesta que frente a los términos de la demanda instaurada, la accionada ha procedido a verificar el estado y condiciones en que se encuentra el canal de desagües pluviales emplazado en la Av. Primera Colonizadores, en el sector adyacente donde se

radica la obra en construcción de propiedad de los actores, informando las áreas técnicas del municipio, que "... existe una construcción que podría estar comprometida, desde el punto de vista de la seguridad, en su costado lateral Este, adyacente al canal mencionado, producto de sucesivos desmoronamientos de los taludes existentes con motivo de la erosión hidráulica que socava progresivamente las paredes de aquél, lo que produciría en el futuro una situación de riesgo para la obra en construcción, no observándose en la actualidad daños causados en la misma con motivo del estado y condiciones de la canalización, la que se encuentra separada aún por una distancia que no llega a complicar en la actualidad su estructura". Acompaña además relevamiento fotográfico.

Señala que la Secretaría de Infraestructura y Servicios del Municipio, tiene previsto ejecutar en un plazo aproximado no menor a noventa días, el revestimiento de la solera y tabiques (muros) de la canalización con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no continúe la erosión, y restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el ante-proyecto ejecutivo de la obra a realizarse que acompaña.

Afirma que efectivamente, con arreglo a la pretensión deducida por los actores, cuya situación encuadra en el deber de adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1710 del CCC, la demandada se compromete y obliga, sin necesidad de que se dicte medida cautelar alguna, a realizar la obra mencionada, de modo de dar una respuesta a lo peticionado, dentro del plazo razonable de noventa días, en mérito a la necesidad de respetar las instancias que dispone el régimen de contrataciones administrativas dispuesto por la ordenanza respectiva.

III) Abierta la causa a prueba, se diligencia la ofrecida e instada en término.

Vencido el plazo probatorio, se corren los traslados para alegar, obrando a fs. 157/159 el presentado por la parte actora, y a fs. 160/163 el presentado por la parte demandada.

IV) Firme el decreto de autos, queda la causa en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

D) Los Sres. Sergio Alberto Grande y Claudia Elizabeth Rossi inician acción preventiva de daños en contra de la Municipalidad de San Francisco, a fin de que se ordene a la

accionada como mandato preventivo de daños, que en el plazo de noventa días o el que el tribunal estime razonable, proceda a dar comienzo a las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores, con pisos, tabiques y losas de hormigón, siguiendo la normativa técnica vigente en la materia, revistiendo y cegando su sección completa ya que actualmente se encuentra a cielo abierto, representando una amenaza inminente de sufrir graves daños para los actores en particular, amén de ser una fuente de extremos peligros para los habitantes de la ciudad en general, por el estado de abandono y suma precariedad que el canal presenta, conforme los argumentos reseñados precedentemente en el exordio.

Al turno de contestar la demanda, la Municipalidad de San Francisco reconoce los hechos invocados en la demanda y se compromete y obliga a realizar la obra mencionada, de modo de dar una respuesta a lo peticionado, dentro del plazo razonable de noventa días, en mérito a la necesidad de respetar las instancias que dispone el régimen de contrataciones administrativas dispuesto por la ordenanza respectiva. Señala que la Secretaría de Infraestructura y Servicios del Municipio, tiene previsto ejecutar en un plazo aproximado no menor a noventa días, el revestimiento de la solera y tabiques (muros) de la canalización con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no continúe la erosión, y restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el ante-proyecto ejecutivo de la obra a realizarse que acompaña.

Luego, al presentar sus alegatos, solicita el rechazo de la demanda, manifestando que no existe ningún elemento de prueba de donde surja la probabilidad de un perjuicio de suficiente envergadura que justifique la acción preventiva articulada.

II) La función preventiva de la responsabilidad civil. Su aplicación al Estado Municipal. Marco normativo.

Preliminarmente, y a los fines de establecer correctamente la premisa mayor que guiará el presente razonamiento forense, debemos determinar en forma adecuada el marco normativo aplicable al caso de autos.

II.a) Breve síntesis del régimen actual de la responsabilidad del Estado.

La parte actora fundó su pretensión preventiva en lo dispuesto en los arts. 1710 y ss. del Código Civil y Comercial, que regulan en forma sistemática y orgánica la función preventiva de la responsabilidad civil o, mejor dicho, del derecho de daños.

Ahora bien, el mismo Código Civil y Comercial, en sus arts. 1764 y 1765, declara inaplicable de manera directa o subsidiaria las disposiciones del Capítulo 1 del Título V del Libro III -esto es, todas las normas de la responsabilidad civil-, a la responsabilidad del Estado. Expresamente establece que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

El temperamento adoptado por el legislador, que ha merecido opiniones críticas y favorables, ha emplazado la temática de la responsabilidad del Estado en el campo propio del derecho público y concretamente del derecho administrativo nacional o local, según corresponda, y veda la aplicación directa o subsidiaria del Código Civil y Comercial en esta materia.

Por su parte, en julio de 2014 el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.944 (B.O. 07/08/2014), que regula la responsabilidad del Estado Nacional por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La referida ley, en su art. 1, reafirma que “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Y en su art. 11 invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de la ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.

Como puede observarse, y en función del emplazamiento que ha efectuado el parlamento nacional del tema de la responsabilidad del estado en el derecho público, la Nación, las provincias y los municipios deben regular la materia en cuestión, conforme al sistema federal argentino.

En ese panorama, algunas provincias (por ejemplo, Mendoza, Entre Ríos) dictaron sus leyes de responsabilidad estatal provincial. Pero nuestra provincia todavía no ha dictado su propia ley ni adherido a la ley nacional, y tampoco lo ha hecho el Municipio de esta ciudad.

En ese contexto, la responsabilidad del estado local en este caso concreto debe regirse por las normas de la Constitución Nacional, de la Constitución Provincial, del Régimen de Municipios y Comunas (Lp 8102), las demás normas de derecho público pertinentes y, en aquellas cuestiones en las cuales existe un vacío normativo, por las normas del

Código Civil y Comercial, ya sea por analogía o en forma complementaria para integrar el marco normativo.

En este sentido, incluso autores que postulan un estatuto de responsabilidad del Estado basado en normas de derecho público, manifiestan que frente a un vacío normativo, la cuestión debe resolverse, por vía de integración, a la luz de principios generales del derecho público, que emergen de la Constitución nacional y solamente de modo supletorio o subsidiario, por analogía, mediante las normas y principios del Código Civil y Comercial, en la medida en que sean compatibles con aquellos (ver SOLARI, Paola, *¿Cómo juega el Código Civil en la responsabilidad del Estado?*, LL 2008-F-65), y que "... la aplicación del Código Civil a la responsabilidad del Estado sólo puede ser explicada en función de la falta de desarrollo del Derecho Público al momento de tener que resolver judicialmente un planteo específico, pero nunca apelando a razones conceptuales" (ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 351).

Asimismo, autores críticos del sistema instaurado, señalan que la prohibición de aplicar de manera directa o subsidiaria las normas del Código Civil y Comercial no obsta a que puedan ser aplicadas por analogía, especialmente cuando la propia ley administrativa no regule directamente los hechos materia del caso (ver PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 689).

De todas maneras, consideramos junto con PIZARRO (*Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 157 y ss.) que no existe una radical oposición entre el derecho privado y el derecho público en el campo de la responsabilidad del Estado, ni menos un dualismo de perspectivas. Es preciso, de tal modo, una búsqueda de reglas normativas y de principios comunes para la teoría general de la responsabilidad del Estado, que se haga eco de que el derecho no se divide en compartimentos estancos, menos aún en el derecho de daños, en donde actualmente se reconoce su basamento constitucional y termina siendo el principal argumento para superar diferencias; y que recepte las particularidades que resultan de la aplicación de los principios del derecho público, administrativo y constitucional, cuya ponderación resulta insoslayable. Así, en materia de responsabilidad del Estado, el marco normativo existe y se compone por las normas y principios del derecho público común y, en todo

lo que no esté expresamente reglado por él, por las normas del Código Civil y Comercial.

En definitiva, la responsabilidad del Estado se sustenta de modo mediato en los principios constitucionales del Estado de derecho. Se rige, como regla, por disposiciones del derecho público común y de modo complementario por las normas que consagra el Código Civil y Comercial y demás legislación de fondo, cuya aplicación deviene insoslayable en esta materia y no puede ser dejada de lado, salvo cuando una norma de derecho público común consagre una solución diferente (PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 168).

Como dice Rosatti (*El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, cit., p. 361), en las cláusulas de la Constitución Nacional podemos encontrar las siguientes disposiciones que operan como fundamento de la responsabilidad estatal en sus distintos niveles: el deber de “afianzar la justicia” en el Preámbulo; la adopción de la forma republicana de gobierno (arts. 1, 29, 33 y conc.), que debe ser asumida igualmente por las provincias (arts. 5 y 6); el principio de “igualdad ante la ley” y su proyección de “igualdad ante las cargas públicas” (art. 16); el “derecho de propiedad” y su carácter inviolable (art. 17); la defensa en juicio (art. 18); la intervención de los magistrados en caso de perjuicio a terceros (art. 19 a contrario sensu); la concepción del derecho positivo como un sistema jerárquico con vértice en la Constitución (arts. 28, 31 y concs.); la “ética pública” como principio rector de la función pública (art. 36); la participación ciudadana en los organismos de control de los servicios públicos (art. 42); la reparación judicial sumaria ante actos u omisiones de autoridades públicas que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidas en la Constitución, un tratado o una ley (art. 43); el principio de justicia social (art. 75 inc. 19); la incorporación de los tratados internacionales que hablan sobre el tema (art. 75 inc. 22); la igualdad real de oportunidades (art. 75 inc. 23); el control de la administración pública (art. 86); la demandabilidad judicial del Estado (art. 116); la judiciabilidad para la protección del principio de legalidad y de los intereses generales de la sociedad (art. 120).

En el ámbito local, a las normas citadas podemos agregar ciertos dispositivos consagrados en la Constitución de la Provincia de Córdoba que también otorgan un

basamento a la responsabilidad del Estado, a saber: el acceso a la justicia en el Preámbulo y en los arts. 19 inc. 9 y 49; la responsabilidad civil por daños del Estado y sus funcionarios (art. 14); el derecho de la persona afectada a pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley, cuando no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, si en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución Provincial o por la Constitución Nacional (art. 48); la demandabilidad judicial del Estado y el control judicial de la su actuación en el ejercicio de la función administrativa (art. 178).

Finalmente, respecto a la responsabilidad de los municipios, además de las normas citadas, debe agregarse lo dispuesto en los arts. 109 y 113 de la Ley Orgánica Municipal 8102, aplicable a la Municipalidad de San Francisco en tanto no ha dictado su Carta Orgánica.

II.b) La función preventiva de daños en el régimen de responsabilidad del Estado. Ausencia de una regulación orgánica.

Teniendo en cuenta el marco normativo referido precedentemente, se advierte que si bien existen normas generales que dan basamento constitucional a la función preventiva de la responsabilidad civil, no existe en el derecho público que rige la responsabilidad del Estado una regulación orgánica y sistemática de la función preventiva en dicho ámbito.

En otras palabras, el derecho público no ha regulado orgánica y sistemáticamente la función preventiva a cargo del Estado, en sus distintos niveles (nacional, provincial, municipal).

En efecto, en el ámbito local –provincial y municipal- no existe una ley que regule esta cuestión. Igualmente, la Ley Nacional 26.944 –que podría aplicarse supletoriamente a los estados locales- tampoco contiene ninguna norma referida a la función preventiva de la responsabilidad civil.

Ante tal situación, y en virtud de lo dispuesto en el art. 116 de la Constitución Nacional, los arts. 19 inc. 9 y 155 de la Constitución Provincial, y el art. 3 del CCC, a los fines de resolver el caso concreto de autos, debe acudir a otras normas de derecho público relativas a la función preventiva de daños, e incluso al Código Civil y Comercial

aplicando sus normas pertinentes por analogía en cuanto puedan articularse al régimen propio de la responsabilidad del Estado, y concretamente en la faz preventiva.

II.c) El fundamento constitucional de la función preventiva del derecho de daños.

Como se dijo anteriormente, existen normas constitucionales que fundamentan la función preventiva del derecho de daños. Así, cabe resaltar en primer término que la función preventiva referida tiene base en la Constitución Nacional.

La prevención del daño es un principio constitucional, que se deriva de un modo genérico del deber del Estado de afianzar la justicia contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional, y de un modo más específico del deber de no dañar a otro (art. 19), y su consagración más concreta se encuentra en el art. 43, al disponerse que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o *amenace*, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.

El principio de *no dañar a otro*, cuya jerarquía constitucional ha sido asignada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con anclaje en el art. 19 de la CN, tiene una clara vocación expansiva, que incluye el deber tanto de prevenir el daño como el de repararlo.

En este sentido, se ha dicho que el principio general de prevención del daño es una especificación del principio constitucional de indemnidad, derivado del art. 19 primera parte de la Constitución Nacional, y se proyecta como norma específica para dar sustento a la función preventiva del derecho de daños. Si el principio de no dañar a otro, de raigambre constitucional, es el fundamento esencial de la responsabilidad civil, que tiñe de antijuricidad la conducta que ha provocado un daño no justificado, con mayor razón debe tornarse operativo para evitar la producción de daños a futuro, ante conductas que razonablemente pueden ocasionarlos (ver OSSOLA, Federico – AZAR, Aldo, en SANCHEZ HERRERO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 70, 71 y 454).

En la misma inteligencia, la doctrina considera que la función preventiva es, si se quiere, la expresión más acabada del principio *neminem laedere*, que supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado. El no dañar a otro lleva

implícito, en su misma esencia, la idea de una razonable evitación del perjuicio (PIZARRO, Ramón D., *Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales*, JA 2017-III, 1408; COSSARI, Maximiliano N. G., *Prevención y punición en la responsabilidad civil*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2017, p. 17 y ss.).

En función de lo expuesto, la prevención del daño debe ser procurada por las vías más eficaces y no reconoce exclusividades en ninguna de las ramas tradicionales del derecho. Va de suyo que no es una temática exclusiva del derecho privado, ni nada que se le aproxime. Por lo pronto, hunde sus raíces antes que todo en el derecho constitucional (arts. 43 y concs. CN), que plasma directivas relevantes en torno al emplazamiento relevante que en ciertos ámbitos tiene la tutela preventiva. Y desde allí irradia sus efectos hacia el derecho público común (derecho administrativo), hacia el derecho privado común (derecho civil), y hacia otras áreas (derecho ambiental y de los recursos naturales, laboral, penal, entre otras), en donde la prevención es receptada como uno de los ejes y objetivos centrales del sistema (PIZARRO, Ramón D., *Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales*, JA 2017-III, 1408).

El art. 43 de la CN tiene un sentido profundamente preventivo, anticipador y es la piedra angular que da sustento constitucional a toda la tutela inhibitoria sustancial – elemento central en la función preventiva de daños- que reconoce el derecho argentino. El mandato constitucional es claro: se debe primero evitar el daño.

Los artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional dan cuenta de la importancia de la prevención de los daños. La reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a la función preventiva en el Derecho de daños. A su vez, el bloque constitucional conformado por la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, permitió efectuar una relectura de los artículos 19 y 33 de la CN e incluir, como principio constitucional, a la prevención de los daños. A partir del reconocimiento constitucional del principio de prevención, la normativa infraconstitucional debe ser interpretada desde una mirada que incluye, no sólo al daño producido, sino a la amenaza o riesgo de producción del daño, de manera que el marco de acción de la víctima o potencial víctima se amplió a momentos anteriores a la acción lesiva o, incluso, previos a la generación del riesgo o amenaza (MONJO, Sebastián – ARGAÑARAZ, Mariangel, *Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva*,

en MARQUEZ, José F. (Dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Tomo 1, Zavalía, Buenos Aires, 2015, p. 30 y 31).

En el ámbito constitucional provincial, la prevención del daño encuentra anclaje en el art. 48 de la Constitución de la Provincia.

II.d) La articulación de la función preventiva de daños en el ámbito de la responsabilidad del Estado. Normas aplicables.

Teniendo en cuenta el marco expuesto, cabe concluir que el Estado –en el caso la Municipalidad demandada- claramente es sujeto pasivo del deber de prevención de daños, aun cuando no existe actualmente una regulación orgánica de la función preventiva en el ámbito del derecho público que regula la responsabilidad del Estado, y mucho menos en el ámbito del derecho administrativo local.

Ello por cuanto, como se dijo, el principio de prevención del daño tiene jerarquía constitucional y, por ende, es también aplicable al Estado en todos sus niveles, debiendo articularse con los principios y reglas propias del régimen especial de responsabilidad estatal.

Es que los localismos (en nuestro caso, la ausencia de normativa en el derecho local) no autorizan a desconocer que el derecho de daños está regido por principios de base constitucional y convencional que son comunes al derecho público y al privado. Aunque la responsabilidad patrimonial estatal no cuenta con presupuestos mínimos a respetar por todas las jurisdicciones, sí existen a esta altura del desarrollo dogmático y jurisprudencial de la materia ciertas premisas de procedencia y configuración de la responsabilidad estatal que operan como un piso que ninguna jurisdicción podría desconocer (CICERO, Nidia K., *Regímenes provinciales de responsabilidad del Estado: ¿florece el federalismo?*, LA LEY 2017-D, 778), y una de esas premisas –con base constitucional- es el principio de prevención del daño.

En este sentido se ha dicho que “en la medida en que el deber de prevención traduce un principio general del derecho y constituye una derivación natural de los derechos y garantías establecidos constitucionalmente -incluido el deber de mitigación del daño, obligación reconocida invariablemente tanto en nuestro derecho como en materia de responsabilidad internacional de los Estados-, se debe concluir que el referido deber resulta también exigible frente al Estado” (TAWIL, Guido, *Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño*, LA LEY, 2015-F-482. En el mismo sentido:

LEIVA, Claudio F., *Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial*, LA LEY 2016-D-1054); y que “la naturaleza preventiva y protectora de derechos que se encuentra ínsita en la acción de amparo prevista por el art. 43 de la Constitución Nacional, que procede tanto contra acciones como contra omisiones estatales y en los casos de inminencia y amenaza, ya es por sí sola suficiente para afirmar que la jurisdicción puede actuar para evitar daños cuando se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado” (GÜEMES, María Belen, *Tutela judicial preventiva y responsabilidad del Estado por omisión*, en PEYRANO, Jorge (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 260 y 261).

En ese contexto, si el Estado es sujeto pasivo del deber de prevención de daños, ante la ausencia de una regulación orgánica en el derecho público y administrativo local de la función preventiva y en especial de la acción preventiva, sus presupuestos, los límites de la sentencia, entre otras cuestiones, los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial resultan aplicables al Estado por analogía, y de manera complementaria al estatuto de la responsabilidad estatal. Por ejemplo, para determinar la existencia de una acción u omisión antijurídica del Estado (lo cual es un presupuesto de la acción preventiva, conforme lo dispuesto en el art. 1711 del CCC), existen parámetros propios en el derecho público –v. gr., en la Ln 26.944- que deberán tener primacía en el análisis. De esta manera, los arts. 1710 a 1713 del CCC se irán encastrando en todo aquello no previsto por el derecho público y administrativo, integrándolo y complementándolo, y así construir una teoría general de la función preventiva de daños a cargo del Estado, que sirva de manera adecuada para resolver el caso concreto bajo análisis.

En esta orientación, se ha explicado en referencia a la ley de responsabilidad del Estado Nacional, que “La Ley 26.944 ha guardado silencio en torno a la función preventiva del derecho de daños. ¿Significa ello que el Estado está al margen de los deberes de prevención que la ley exige a cualquier particular? Una respuesta afirmativa llevaría a una solución aberrante, claramente inconstitucional. Creemos que dicha normativa rige por mandato constitucional (arg. art. 43 y concs. CN) y específicamente, por aplicación analógica de los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial (PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, cit., p. 857.

Ver también: PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 208).

Con abstracción e independencia de lo que puedan disponer en su ámbito específico normas de derecho público, el art. 1710 se aplica a la responsabilidad preventiva del Estado, no de manera directa, o subsidiaria, sino por analogía. La analogía supone una suerte de transformación de las normas adaptándolas al sector donde se aplica. En el tema que nos ocupa, ella debe realizarse sin mayores dificultades, pues no hay principio alguno de derecho público que esté en pugna con el régimen normativo estatuido por el Código Civil y Comercial en materia de prevención del daño. Antes bien, todo lo contrario (PIZARRO, Ramón D., *Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales*, JA 2017-III, 1408).

Con el mismo temperamento, se ha afirmado que aunque no se apliquen en forma directa los arts. 1710 a 1713 del CCC a la responsabilidad del Estado, a falta de disposiciones a nivel nacional o local que prevean tanto una acción procesal como otros institutos destinados a prevenir daños, podremos recurrir a ellas analógicamente, de acuerdo a las circunstancias de cada caso (GÜEMES, María Belen, *Tutela judicial preventiva y responsabilidad del Estado por omisión*, en PEYRANO, Jorge (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 262).

En esta línea de pensamiento se ha expedido recientemente el Excmo. Tribunal Superior de Justicia, sosteniendo que: “...si bien los artículos 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial delegan su regulación al derecho administrativo local, la Provincia no ha dictado una norma que adhiera a la Ley 26.944 o que formule su propio orden legal. De este modo, los reclamos realizados invocando la Responsabilidad del Estado, siguen siendo resueltos mediante la aplicación analógica de las normas de derecho civil. De tal manera, en el pronunciamiento en crisis no se verifica un apartamiento ostensible del ordenamiento jurídico (presupuesto para que se configure el motivo casatorio invocado) desde que las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Civil y Comercial, entre las cuales se encuentran las atinentes a la prevención del daño, resultan aplicables a la demandada (el Estado Provincial) en función del criterio mencionado (analogía)” (TSJ, Sala Contencioso Administrativo, A.I. N° 205 del 27/12/2017, en autos "MUÑOZ, PABLO SEBASTIÁN C/ MUNICIPALIDAD DE RÍO CUARTO - DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA - RECURSO DE

CASACIÓN"; y TSJ, Sala Civil, Sent. N° 87 del 02/07/2019, in re "FLORES, MARIA ALEJANDRA Y OTRO C/ PROVINCIA DE CORDOBA Y OTRO – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJ. – OTRAS FORMAS DE RESPONS. EXTRA CONTRACTUAL – CASACION (EXPTTE. N° 5506657").

En conclusión, para resolver el conflicto suscitado que motivó este expediente, y al analizar cada una de las cuestiones puntuales que hacen al problema planteado, se aplicarán los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial por analogía, articulando y adaptando sus disposiciones al régimen propio de la responsabilidad del Estado -en este caso Municipal-, y fundamentalmente teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso.

III) La acción preventiva deducida en autos. Presupuestos de procedencia.

La acción preventiva prevista en el art. 1711 del Código Civil y Comercial, es la pretensión que se promueve en sede judicial y tiene por finalidad evitar la producción de un daño, su agravamiento o continuación. Se trata de una pretensión preventiva genérica, de carácter autónomo e inhibitorio, orientada exclusivamente a la obtención de aquel resultado. No tiene carácter excepcional, ni subsidiario, ni debe ser objeto de interpretaciones restrictivas, lo cual en modo alguno significa que sus extremos de aplicación no deban ser objeto de una ponderación rigurosa por el juzgador (PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 835 y 836).

Peyrano la describe como aquella que persigue evitar el acaecimiento, repetición, agravación o persistencia de daños potencialmente posibles, conforme el curso normal y corriente de las cosas, a partir de una situación jurídica existente (PEYRANO, Jorge, *Noticia sobre la acción preventiva*, LL 2015-F-1230).

También se ha dicho que la acción preventiva tiene como finalidad prevenir la comisión, continuación o repetición de un ilícito por acción y omisión (PERRACHIONE, Mario, *La función preventiva y la tutela anticipada en el nuevo Código Civil y Comercial*, en PEYRANO, Jorge (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 63).

En el caso de autos, los actores Sres. Sergio Alberto Grande y Claudia Elizabeth Rossi articulan esta acción preventiva de daños en contra de la Municipalidad de San Francisco, a fin de que se ordene a la accionada como mandato preventivo de daños,

que en el plazo de noventa días o el que el tribunal estime razonable, proceda a dar comienzo a las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores, con pisos, tabiques y losas de hormigón, siguiendo la normativa técnica vigente en la materia, revistiendo y cegando su sección completa.

Claramente estamos en presencia de una acción preventiva, cuya pretensión es evitar la producción de un daño mediante un mandato que disponga una obligación de hacer.

El art. 1711 determina los presupuestos de procedencia de la acción preventiva, estableciendo que *“La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”*.

Los requisitos de procedencia de la acción preventiva son los siguientes: 1) una conducta antijurídica (“acción u omisión antijurídica”), por lo que el hecho generador debe ser ilícito; 2) interés del peticionante; 3) posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos; 4) adecuada relación de causalidad entre la conducta debida y el resultado probable, es decir, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas. Resulta indiferente la gravedad del daño futuro. Tampoco es necesario que concurra un factor de atribución (conf. GALDÓS, Jorge Mario, en LORENZETTI, Ricardo (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VIII, cit., p. 310; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en PEYRANO, Jorge (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 391).

En palabras más claras, se ha dicho que para que proceda la acción preventiva, es necesaria la concurrencia de: 1) una acción u omisión que origina un peligro de daño; 2) la antijuricidad de la conducta riesgosa; 3) la previsibilidad del resultado nocivo; 4) la lesión a un interés razonable del actor; 5) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo (OSSOLA, Federico – AZAR, Aldo, en SANCHEZ HERRERO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, cit., p. 468. Ver también: PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, cit., p. 837 y ss).

IV) La legitimación activa de los actores.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, en primer lugar corresponde analizar la legitimación activa de los accionantes. Al respecto, el art. 1712 del Código Civil y Comercial establece que están legitimados para incoar la acción preventiva quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño.

Conforme la norma, se habilita a iniciar la acción tanto a la potencial víctima de un daño como a todo aquel que tenga un interés razonable para prevenirlo. La norma no ha explicitado lo que debe entenderse por “interés razonable”, estableciendo una pauta amplia de apreciación (MONJO, Sebastián – ARGAÑARAZ, Mariangel, *Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva*, en MARQUEZ, José F. (Dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Tomo 1, cit., p. 54).

El actor debe acreditar ser titular de un derecho o de un interés razonable no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, amenazado por la conducta del demandado. Debe tratarse de un interés cuya lesión pueda tener razonable aptitud para configurar un daño. Por tal motivo, habrá que conceptualarlo teniendo en cuenta la directiva del art. 1737 del CCC. La razonabilidad del interés que la ley requiere constituye una fórmula abierta, que debe ser invocada de manera precisa y acreditada por el actor. En ningún caso procede receptor pretensiones preventivas frente a daños imaginarios, alegados por hipersensibilidad de las supuestas víctimas, o con fines espurios, adversos a una sana convivencia social (PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, cit., p. 844 y 845. Ver también: OSSOLA, Federico – AZAR, Aldo, en SANCHEZ HERRERO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, cit., p. 473).

Así, puede sentarse la siguiente regla: se presume el interés de quienes sufrieron o pueden sufrir un daño individual o colectivo en su carácter de víctimas actuales o potenciales (GALDÓS, Jorge Mario, en LORENZETTI, Ricardo (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo VIII, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 312).

Teniendo en cuenta la amplitud de la norma, la acción puede ser ejercida, a partir de contar con interés razonable, en primer lugar por quienes cuenten con un interés individual en obtener una sentencia que reconozca su derecho a la prevención del daño. Son quienes actúan ejerciendo sus propios derechos. Son las víctimas posibles del daño

(conf. DI BENEDETTO, Tomás M., *La legitimación para interponer la acción preventiva*, en PEYRANO, Jorge (Dir.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p., 55).

En el sublite, los actores no solo tienen un interés razonable en la evitación del daño cuya posible ocurrencia denuncian, sino que tienen un interés directo en su prevención.

En efecto, los accionantes son cotitulares dominiales del inmueble inscripto en el Registro General de la Provincia bajo la Matrícula N° 1.463.507 ubicado en calle Los Paraísos N° 1602 de esta ciudad, donde se encuentra emplazada su futura vivienda, que se encuentra en etapa de construcción, extremo que no solo no ha sido controvertido sino que fue reconocido por la demandada en su contestación de demanda, y además se encuentra probado con la copia de la matrícula del inmueble obrante a fs. 149/150.

El inmueble en cuestión es colindante del denominado Canal Primeros Colonizadores, y los actores invocan que el mismo se encuentra en total estado de abandono, con sus taludes desmoronados y en condiciones de precariedad e inseguridad, provocando un riesgo serio y directo para la estructura de la obra, como asimismo de ocasionar daños a cualquier ciudadano que transite por allí, habiéndose efectuado reiterados y continuos reclamos a la Municipalidad para lograr su cerramiento.

Como titulares del derecho de propiedad sobre el inmueble cuya solidez y estructura se encontraría –según denuncian– amenazada por el Canal Primeros Colonizadores conforme los términos de la demanda, los actores claramente son potenciales víctimas, pues si el canal produjera el derrumbe del inmueble, sufrirían una lesión a su derecho de propiedad, configurándose en ese caso un daño en los términos del art. 1737 del CCC.

Como puede observarse, de la situación invocada por los actores, y como titulares del inmueble cuyo derrumbe pretenden evitar con esta acción, surge claramente que tienen un interés directo y más que razonable en prevenir que ello finalmente ocurra.

En conclusión, los actores cuentan con legitimación activa en los términos del art. 1712 del CCC para articular la acción preventiva deducida en autos.

V) El estado actual del canal de desagüe pluvial Primeros Colonizadores y la previsibilidad de la producción del daño cuya evitación se persigue. Análisis de la relación de causalidad.

Despejado lo anterior, corresponde analizar ahora los presupuestos de procedencia de la acción preventiva articulada en autos.

En el caso, con la acción se persigue evitar un daño no justificado y concretamente que la Municipalidad de San Francisco adopte las medidas necesarias y razonables para evitar que se produzcan los daños invocados en la demanda (art. 1710 incs. a y b del Código Civil y Comercial).

En este punto corresponde analizar la previsibilidad de la producción del daño invocado y su vinculación causal con la conducta de la demandada.

Al respecto, cabe destacar que la pretensión preventiva luce orientada, precisamente, a que el demandado haga o deje de hacer algo que, con razonable aptitud causal, puede generar un daño no justificado. Se exige la presencia de una acción u omisión actual, que sea idónea para producir un daño futuro. El demandante debe acreditar la vinculación razonable entre la actividad o inactividad ilegítima del demandado y el daño que conforme a estándares de causalidad adecuada podría derivar como consecuencia inmediata o mediata previsible de aquella. No se exige la demostración de la certeza del daño que amenaza; basta con una probabilidad o previsibilidad objetiva y seria (PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, cit., p. 837 y 838; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La función preventiva de la responsabilidad civil*, LL 2015-C-726).

Es preciso que quien articula la acción preventiva acredite suficientemente un resultado dañoso previsible, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, en caso de no acogerse la medida, ponderado en base a estándares de causalidad adecuada. El juez debe ponderar la posible relación causal entre la conducta antijurídica que hace previsible la producción del daño, y en particular la entidad que éste podría llegar a asumir en caso de configurarse (PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, cit., p. 842).

A la luz de tales postulados, en el caso de autos debe analizarse si el estado actual del Canal Primeros Colonizadores es idóneo, conforme el curso normal y ordinario de las cosas, para producir razonable y previsiblemente el daño que se pretende evitar, esto es, para afectar la solidez y estructura del inmueble propiedad de los actores y producir un eventual derrumbe del mismo, como también para causar daños a cualquier ciudadano que circule por allí y pueda caerse en el canal de desagüe pluvial referido.

Los actores denuncian que el canal se encuentra en total estado de abandono, con sus taludes desmoronados y en condiciones de precariedad y seguridad.

Conforme el acta notarial y fotografías obrantes a fs. 10/18, surge que el Canal Primeros Colonizadores se encuentra realizado a cielo abierto, sobre tierra, sólo cubiertos su piso y taludes con pastos naturales, sin ningún tipo de revestimiento, sus bordes son irregulares y sus pendientes pronunciadas. Este extremo es reconocido por la demandada, e incluso se ve corroborado claramente con el relevamiento fotográfico acompañado por la accionada a fs. 38.

Ello surge corroborado además por la pericia oficial realizada por el Ingeniero civil Eduardo Jofré, quien expuso que el canal en su mayor parte está construido a cielo abierto, presentando un perfil modelado sobre el suelo natural, sin ningún tipo de protección en sus taludes, situación constatada en la parcela bajo nominación catastral 01/02/234/008 propiedad de los actores, solo en algunos sectores aislados se encuentra debidamente cubierto por una estructura de hormigón armado, como por ejemplo en el arranque desde calle México.

Con relación al estado de los taludes y su idoneidad causal para afectar la solidez y estructura del inmueble, se desprende en primer término que la demandada acompañó una nota de fecha 29/05/2017 suscripta por el Secretario de Infraestructura y Servicios Públicos de la Municipalidad de San Francisco, obrante a fs. 33, en la cual se expresa que *“habiéndose realizado una inspección ocular en el canal de desagüe pluvial de calle Primeros Colonizadores, a la altura de calle Los Paraísos 1602, existe una construcción que podría estar comprometida, desde el punto de vista de la seguridad, en su costado Este, adyacente al canal mencionado, producto de sucesivos desmoronamientos de los taludes existentes con motivo de la erosión hidráulica que socava progresivamente las paredes de aquel, lo que produciría en el futuro una situación de riesgo para la obra en construcción, no observándose en la actualidad daños causados en la misma con motivo del estado y condiciones de la canalización, la que se encuentra separada aún por una distancia que no llega a comprometer en la actualidad su estructura”* (el resaltado me pertenece).

Por su parte, el perito oficial dictaminó, con relación al estado de los taludes, que *“En el momento de la constatación, se encontraba con presencia de abundantes malezas, propio de la estación (diciembre), y pese a que el suelo se mostró firme, tiene un ángulo de 60° sexagesimales en el talud oeste y 50° en el este, cuando los valores normales deberían fluctuar entre 30° y 40° como indican las reglas del buen arte y*

para lo cual adjunta una planilla con los valores usuales de diferentes suelos” (el resaltado me pertenece).

Luego agregó que en las adyacencias del canal, existe el mayor desarrollo inmobiliario de la ciudad, cambiando radicalmente el sistema de escurrimiento natural que venía desarrollándose hace unos años atrás, pese a que en general se tuvo el cuidado de dotar de cordón cuneta en la mayoría de los nuevos loteos para no agravar la situación, aunque el ripiado tiene superficies sensiblemente menos absorbente que un esponjoso suelo para siembra que supo haber hasta hace muy poco. Que las superficies cubiertas y patios ejecutados de material de construcción de las nuevas viviendas de estas urbanizaciones, le restan superficie absorbente al agua de lluvia, que luego en mayor o menor grado termina desaguando en el canal objeto de autos. Por esa causa, el Departamento de obras internas de la Municipalidad de San Francisco ha comenzado tímidamente a implementar medidas para mitigar este fenómeno negativo (el de anegar grandes superficies y por tiempos relativamente prolongados), como por ejemplo en ciertos casos solicitar superficies mínimas de suelo natural o cámaras retardadoras pluviales a los proyectos de construcción de viviendas.

También explicó que la calzada de hormigón de la Av. Primeros Colonizadores, cuyo borde se encuentra a 5,20 metros del borde del canal, pero con una banquina de suelo natural a 1,50 metros, genera sobrecarga estática y dinámica sobre los taludes, provocando su inestabilidad en el mediano plazo.

Con respecto a si el canal presenta inestabilidad, erosiones y desmoronamientos de sus taludes que agrandan su sección, el experto indicó que se midió la distancia de la vivienda al borde del canal, dando valores de entre 1,70 a 1,95 metros (adjunta croquis), pero que junto a la embocadura del canal de calle Los Paraísos se ha reducido a 1,50 metros por desmoronamiento del talud, situación normal en este tipo de casos, descartándose que las malezas sean garantía de estabilidad de taludes.

Finalmente, preguntado si existe riesgo para la estabilidad y seguridad en la obra en construcción en el inmueble de los actores, el perito dijo que **existe riesgo porque el bulbo de presiones del cimiento del inmueble de la actora, que tiene dos plantas con doble carga de losas contiguas al canal, se encuentra muy cercano al talud en este momento, y con expectativa que próximamente sea afectado directamente.** Acota que el plano del proyecto de revestimiento del canal presentado por la demandada

incluye contrafuertes de hormigón cada tres metros, precisamente para contener estas presiones. Otra cuestión es el efecto embebimiento de la zona contigua al canal, que reduce la capacidad portante del suelo donde se fundan los cimientos de la vivienda contigua de los actores, ya que **fenómenos de lluvias copiosas en corto tiempo que colman la capacidad de los canales de la ciudad se ha vuelto un fenómeno muy habitual, es decir, este canal a cielo abierto tiene periodicidad de funcionamiento a sección llena, que infiltra suelos aledaños** (el resaltado me pertenece).

Por otra parte, también indicó que contra la línea municipal no hay veredas, resultando muy dificultoso el tránsito de personas en general –peligroso para mayores y niños-. En cuanto a la banquina, es posible aparcar y realizar maniobras reducidas con vehículos de porte reducido (bicicletas, motos y automóviles), teniendo como único elemento de seguridad una espesa valla de malezas, que al mismo tiempo conlleva un peligro potencial para niños.

Lo dictaminado luce bien fundado técnica y científicamente, pues se aprecia que el perito, para responder el requerimiento, procedió a ejecutar un minucioso estudio sobre el material disponible en autos.

Al respecto, cabe recordar que la pericia oficial constituye un medio probatorio sobre materias, ante la falta de los específicos especializados de su parte. La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que la causa ofrezca.

Ahora, si bien la pericia oficial no es vinculante para el juez, para no seguir sus conclusiones tiene que recurrir a fundamentos objetivos, demostrativos que el dictamen se halla reñido con las reglas de la sana crítica, con argumentos científicos de mayor valor, o que se le opongan pruebas de igual o superior fuerza convictiva. Es por esa razón que el juez no puede apartarse del dictamen del perito acudiendo solamente a los conocimientos privados, técnicos o científicos que sus integrantes puedan poseer, ya que este saber íntimo, revelado a la hora de sentenciar, escapa al control de las partes y vulnera así el principio del contradictorio.

Constituye jurisprudencia pacífica y mayoritaria, el hecho de que sólo por motivos muy fundados es dable apartarse del dictamen del técnico oficial, quien a mérito de haber

sido designado por sorteo y no por elección de parte, ofrece mayores garantías de imparcialidad, a más de contar con conocimientos técnicos y específicos que llevaron a su designación, todo lo cual cercena la posibilidad de obviar sus conclusiones si no existen razones que justifiquen una decisión en tal sentido.

En el caso, no advierto razones válidas que autoricen apartarse de la consideración del perito oficial, pues – como se dijo arriba-, la pericia luce bien fundada científica y técnicamente, y se aprecia sólida en sus motivaciones. Máxime teniendo en cuenta que la pericia es coincidente con el propio relevamiento acompañado por la demandada.

Valorando la prueba referida de conformidad con las reglas de la sana crítica racional, se advierte que en el caso de autos se encuentra debidamente acreditado que el estado actual del canal de desagüe previsiblemente y conforme el curso normal y ordinario de las cosas, puede afectar la solidez y estructura de la obra en construcción del inmueble de los actores y, probablemente, causar su derrumbe.

En efecto, tal como surge de la prueba aportada, y además es un hecho de público conocimiento, el canal Primeros Colonizadores evacúa todos los excedentes hídricos de la zona norte de la ciudad, zona que en los últimos años ha experimentado un importante crecimiento inmobiliario y urbanístico. Ello ha provocado que los taludes del canal hayan sufrido socavaciones y desmoronamientos, siendo inestables, y que en la actualidad tengan un ángulo mucho mayor que el que indican las reglas técnicas.

Tales circunstancias evidencian, con serio y objetivo grado de probabilidad, que los taludes continúen sufriendo desmoronamientos –por ejemplo, por fenómenos de lluvias copiosas en corto tiempo, lo cual cada vez es más habitual-, y que afecte directamente los cimientos de la construcción existente en el inmueble de los actores, como así también que se produzcan infiltraciones de agua en el suelo, produciendo un riesgo de derrumbe.

Igualmente, teniendo en cuenta que el canal es a cielo abierto, su modo de emplazamiento y la falta de veredas, también es previsible razonablemente que personas –especialmente niños y ancianos- puedan caerse y sufrir daños personales. En el estado en que se encuentra, el canal evidencia un serio peligro para los transeúntes.

En definitiva, los actores han acreditado suficientemente que el resultado dañoso que pretenden evitar es previsible, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, en caso de que no se realicen obras para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de

seguridad al canal en cuestión. La omisión en realizar dichas obras es idónea - tiene razonable aptitud causal- para generar los daños futuros y no justificados que denuncia la parte actora. En los términos del art. 1711 del CCC, la omisión en realizar las obras necesarias hace previsible la producción de los daños denunciados, por lo que en el caso se configura el presupuesto de la acción preventiva en análisis.

VI) El deber de la Municipalidad de San Francisco de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzcan los daños denunciados. Análisis de la configuración de la omisión antijurídica del Estado Municipal.

VI.a) El deber de la Municipalidad de prevenir los daños que pudiere causar el Canal Primeros Colonizadores.

Tal como quedó establecido más arriba, el Estado Municipal tiene el deber –por mandato constitucional- de prevenir los daños en cuanto dependa de su órbita de actuación.

En primer término, cabe destacar que en el caso se encuentra fuera de discusión que el Canal Primeros Colonizadores es un canal de desagüe pluvial interno de la ciudad de San Francisco, y que por ende, quien tiene exclusiva jurisdicción y competencia sobre el mismo es la Municipalidad de San Francisco.

La Municipalidad tiene el poder de policía sobre las cuestiones atinentes al cuidado, mantenimiento y seguridad del canal referido, de acuerdo a la normativa local de derecho público y administrativo. De allí que, en tanto las condiciones del canal dependen de la Municipalidad de San Francisco, en principio tiene el deber de evitar el daño que el canal pueda producir. En otras palabras, en el sublite la evitación del daño depende de la accionada y por ello tiene el deber de prevención, conforme los términos del art. 1710 del CCC.

De allí que, en principio, la falta de realización de tales obras importa una omisión estatal.

VI.b) La antijuricidad de la omisión estatal. Parámetros de ponderación.

Ahora bien, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1711, para que proceda la acción preventiva, la omisión de la demandada –en este caso, la Municipalidad de San Francisco- debe ser antijurídica.

No cualquier acción u omisión puede dar lugar a la acción preventiva. Es preciso que ella sea antijurídica. Va de suyo que no procede frente a actos lícitos. Así, la acción

preventiva no procede frente a daños que puedan ser consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, aun cuando ésta sacrifique intereses individuales en beneficio del interés general. Se trata de una exigencia absolutamente razonable, pues, de lo contrario, se avanzaría indebidamente sobre derechos y libertades que la Constitución reconoce a las personas. Ello resultaría inconveniente también desde una perspectiva económica y terminaría condenando a la inercia con evidente perjuicio social (PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, cit., p. 838 y 839).

La conducta debe ser antijurídica, pero con un matiz especial: deberá tener la potencialidad efectiva de causar un daño no justificado, razón por la cual la antijuricidad se define por el eventual efecto futuro que se pretende neutralizar, que debe ser previsible. Cuando la acción preventiva tenga por finalidad evitar un daño que todavía no ha acaecido (art. 1710 inc. a), debe concurrir la ilicitud de la conducta que se erige como condición previsible de un daño futuro, y por lo tanto no es dable inhibir conductas lícitas, justificadas o permitidas por vía de la acción preventiva. La metodología no es distinta a la empleada para analizar la acción de amparo para evitar la lesión *inminente* de un derecho o garantía constitucional (conf. OSSOLA, Federico – AZAR, Aldo, en SANCHEZ HERRERO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Civil y Comercial*, Tomo III, cit., p. 469 a 470).

La antijuricidad está definida en el art. 1717 del CCC, que establece que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. El Código adopta un concepto amplio de antijuricidad (antijuricidad material).

Ahora bien, en el caso de la responsabilidad estatal, y en especial en el supuesto de omisión (en el sublite se invoca una omisión de la Municipalidad), existen normas que regulan de manera diferente la antijuricidad.

Me refiero a la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado Nacional, que en este aspecto contiene normas concretas. El art. 3 inc. d establece que uno de los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima es la falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado. Luego aclara que la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

La Ley 26.944 ha optado por un criterio exigente al disponer que para que surja la responsabilidad es necesario que se trate de un deber concreto de obrar y no de un deber genérico, es decir que el Estado debe encontrarse en situación de poder ser constreñido al cumplimiento de esa obligación derivada de un deber normativo de actuación expreso y determinado. Ahora bien, el legislador no exigió que dicho “deber normativo” surja de una ley formal, por lo que podría deducirse que basta con que la Administración incumpla de manera irregular sus deberes u obligaciones (que no actúe conforme a lo que se espera de ella para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares) impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento para poder endilgarse responsabilidad. No puede haber antijuricidad por omisión ilícita sin una conducta obligatoria que el Estado haya dejado de realizar y que cree las condiciones para la producción de un daño. Es que la omisión antijurídica no puede responder a un principio amplísimo cual es el de no dañar a otro, siendo necesario diferenciar entre el mero deber administrativo, genérico e indeterminado ante el cual los particulares tienen un poder destinado a promover su cumplimiento por parte del Estado, pero sin una acción para exigirlo, y la obligación que traduce el poder jurídico de exigir de manera directa su cumplimiento (ROSATTI, Horacio, *El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional*, cit., p. 375; y *Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegetico*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 544. En el mismo sentido: PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 455).

La solución adoptada por la Ley 26.944 ha sido criticada por Pizarro, quien la califica de extremadamente restrictiva y regresiva, pues si se la interpreta en forma literal y en el sentido de que la responsabilidad por omisión está anclada al derecho administrativo reglamentario, dejaría al margen del sistema de responsabilidad numerosas omisiones antijurídicas en situaciones discrecionales, en las que se abre un abanico de opciones y no un camino protocolar exclusivo, expreso y determinado. Si bien en estos casos los criterios deben ser razonablemente más estrictos, no parece admisible descartar que pueda configurarse la responsabilidad estatal por omisión antijurídica. Aquí también operan los principios de razonabilidad y de no dañar (arts. 28 y 19 CN) (PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 448 y ss).

Por eso, ha dicho con razón Perrino que puede configurarse una falta de servicio por inacción cuando, en atención a las circunstancias del caso, no obstante la inexistencia de una norma positiva que ponga en cabeza de la Administración un deber de conducta, sea razonablemente esperable e idónea su actuación para evitar el perjuicio (PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado por omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia*, LL 2001-E-715).

Coincidimos con Pizarro, en el sentido de que la norma debe interpretarse de la siguiente manera: Como principio, el Estado debe responder en aquellos casos en los cuales existe un deber normativo de actuación determinado y expreso. Sin embargo, la ponderación de esto último no puede estar sujeto a parámetros rigurosamente formales, pues de lo contrario, bastaría con no reglamentar la actividad estatal, o hacerlo de manera muy vaga y genérica, para enervar la existencia de una norma que imponga actuar en sentido específico. La omisión de legislar cuando corresponda hacerlo y de establecer deberes específicos, cuando éstos resulten indispensables para el buen cumplimiento de las funciones del Estado, importa inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado impuesto por la propia Constitución Nacional y los principios y fines del Estado de derecho. Habrá que ponderar, a la luz de los estándares fijados por la CSJN en su jurisprudencia, la responsabilidad que le puede caber al Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados, con criterio estricto, valorando los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 450).

Es cierto que el Estado no puede garantizar que con su accionar podrá impedir que los ciudadanos sufran daños, ni dar satisfacción a reclamos que muchas veces suelen ser inviables de satisfacer, por imposibilidad económica y por carencia de medios humanos. No obstante ello, resulta indudable que, en muchos casos, la no adopción de medidas en ejercicio de poder de policía administrativa, por ejemplo, de naturaleza preventiva o de fiscalización, idóneas para evitar la producción de un suceso dañoso, puede devenir apta para tornar su proceder en antijurídico, configurar una falta de servicio, y abrir las puertas a una acción preventiva (conf. PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 446).

Ese es el criterio con el cual invariablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzga los casos de responsabilidad estatal por omisión, mediante la doctrina de la falta de servicio. La jurisprudencia de la Corte en esta materia, sobre todo a partir del caso “Mosca” (CSJN, 6/3/07, Fallos 312:2138), ha perfilado con notable precisión el test que debe seguirse para responsabilizar al Estado por omisión.

Con respecto al recaudo de falta de servicio, la Corte ha dicho que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular. Que esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por la Corte como una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175 y 329:3065).

Con relación a la responsabilidad estatal por omisión, la Corte estableció que corresponde distinguir entre los casos de omisiones a mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio, de aquellos otros casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible. La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar (CSJN, 31/08/2010, “B. H. y otro v. Estado Nacional – Secretaría de Turismo – Daños y perjuicios”, en L.L. 2010-E, 405, particularmente el voto del Dr. Lorenzetti).

Es menester tener en cuenta, asimismo, que en los supuestos de omisión sólo le puede caber responsabilidad al organismo oficial si incumple el deber legal que le impone obstar el evento lesivo, puesto que una conclusión contraria llevaría al extremo de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera (conf. doctrina de Fallos: 329:2088, 332:2328 y 341:1555).

Así, la falta de servicio es concebida como una omisión antijurídica que se produce en la medida que sea razonable y posible esperar que el Estado, en el marco de su competencia, actúe en determinado sentido para evitar daños en las personas o en los bienes de los particulares (conf. SC Mza, Sala I, 18/10/96, LL 1997-B-92; CASSAGNE, Juan Carlos, *Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, LL 2000-D-1233; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 452 y ss.).

En el caso de la actividad discrecional del Estado, donde hay mayor margen de apreciación y rigen los principios de oportunidad, mérito y conveniencia, debe hacerse una valoración en concreto, atendiendo al principio de razonabilidad, para lo cual hay que ponderar los medios disponibles, los fines perseguidos, el tipo de actividad en cuestión, las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar. A partir de ese enfoque, se debe determinar si la actividad requerida al Estado es materialmente posible y jurídicamente exigible o esperable (conf. PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed., tomo 1, cit., p. 457).

El supuesto puntual de omisión del Estado de ejecutar obras públicas indispensables, con el margen de subjetividad que encierra dicho concepto, ha dado lugar a algunos pronunciamientos relevantes, si bien en el ámbito de la función resarcitoria. Así, se ha condenado a la provincia de Mendoza a resarcir los daños sufridos por una persona en su propiedad, “al desbordarse un canal aluvional a causa de una tormenta, pues la prueba producida en el expediente demuestra de un modo suficiente que la causa de los daños sufridos por el actor no ha sido otra que la omisión antijurídica de los entes estatales legalmente creados, respecto al escaso o nulo mantenimiento del canal durante varios años, lo que impidió el normal escurrimiento de aguas que lógicamente pueden ser conducidas por esos cauces (Cam. 3ª Civ. Com. Minas, de Paz y Trib. De Mendoza, 2/9/09, RCS 2010-I-147). En idéntico sentido, otro tribunal condenó a la provincia de Buenos Aires “por los daños ocasionados al propietario de un predio rural en virtud de la prolongada inundación del mismo, pues si bien mediaron concausas naturales, tales como la caída de copiosas lluvias y la escasa pendiente del terreno, frente a esas circunstancias previsibles y conocidas, el Estado Provincial omitió ejecutar obras de desagüe programadas, y las obras de canalización realizadas en el curso superior de la

cuenca agravaron aún más el estancamiento de las aguas en el predio del actor, es decir que la falta de previsión en el manejo hídrico y el proceder estatal apartado del plan trazado contribuyeron a la causación del daño (Cam. CC Dolores, 18/8/09, “Estancia Las Encadenadas SA c/ Provincia de Buenos Aires”, La Ley online). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclina decididamente en este sentido (ver, por ejemplo, CSJN, 24/2/04, “Serenar SA c/ Provincia de Buenos Aires”, LL 2004-D-319).

La cuestión debe respetar el marco ineludible del estado republicano y solidario que la Municipalidad de San Francisco ha adoptado para regular y equilibrar su funcionamiento. De estas notas distintivas del Estado ("lato sensu") que los ciudadanos hemos elegido se deriva, como regla operativa esencial, que la Administración local tiene la latitud suficiente para elegir cuándo, dónde y en qué medida ejerce las atribuciones/deberes que le compete; salvo -claro está- que al hacer (o no hacer) se excedan los estándares de razonabilidad a los que también está sujeta.

Es en este punto donde se abre la posibilidad de actuar del Poder Judicial, quien puede así revisar si lo hecho o no hecho por la Administración es antijurídico y, en su caso, ordenar que la misma adopte las medidas necesarias y razonables para evitar la producción del daño denunciado.

Por supuesto, ello no implica que el Poder Judicial pueda inmiscuirse en decisiones que constitucionalmente le son ajenas. En casos como el que nos ocupa, lo que hacemos como jueces es enderezar (apuntar, dirigir, corregir) el actuar de la Administración hacia la consecución del fin del que se ha circunstancialmente apartado o no había tenido suficientemente en cuenta.

Así es porque el Poder Judicial no debe -en principio- decir cuándo y cómo gastar los fondos públicos (coyuntural o estratégicamente), sino señalar y compeler a corregir el rumbo cuando algo que debió ser considerado no lo fue, o lo fue insuficientemente, y se configuran todos los presupuestos que la ley establece para la procedencia de la acción preventiva en contra del Estado.

VI.c) Análisis de la antijuricidad de la omisión de la Municipalidad de San Francisco en el caso de autos.

Cabe destacar en primer término que, como se dijo, el cuidado, mantenimiento y vigilancia del Canal Primeros Colonizadores es de competencia exclusiva de la

Municipalidad de San Francisco, por tratarse de un canal de desagüe pluvial interno de la ciudad, extremo que no se encuentra controvertido.

Asimismo, quedó establecido que el estado actual del canal hace previsible la producción de daños a la construcción en el inmueble de los actores y reviste un peligro para los transeúntes, mientras no se realicen las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de seguridad al canal en cuestión.

La omisión en realizar dichas obras es idónea -tiene razonable aptitud causal- para generar los daños futuros y no justificados que denuncia la parte actora.

Resta analizar ahora si esa omisión es antijurídica, cuestión que debe juzgarse a la luz de los parámetros indicados en el punto anterior. Desde esa perspectiva, veamos ahora los derechos afectados por la omisión estatal y los deberes incumplidos.

El análisis se realizará de lo general a lo particular, esto es, desde las omisiones a objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado -atendiendo prioritariamente a las normas que prevalecen por su jerarquía- hasta omisiones a mandatos expresos y determinados.

En primer lugar, se advierte que la omisión de la demandada afecta el derecho de propiedad, reconocido en el art. 17 de la CN y art. 67 de la Constitución provincial, pues se encuentra amenazada la solidez y estructura de la futura vivienda de los actores.

Asimismo, cabe destacar que la Constitución Provincial en su art. 58 protege justamente el derecho a disfrutar de una vivienda digna, junto a los servicios con ella conexos, y establece que el Estado debe promover las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho, como también que uno de los principios que rige la política habitacional es usar racionalmente el suelo y preservar la calidad de vida, de acuerdo con el interés general y las pautas culturales y regionales de la comunidad. La conducta de la accionada incumple con estos deberes.

Por otra parte, y accesoriamente a lo anterior, la omisión de la Municipalidad pone en riesgo la seguridad personal de los actores, derecho reconocido en el art. 19 inc. 1 de la Constitución provincial.

A su vez, el art. 66 de la Constitución provincial dispone que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente físico sano, y a la conservación de los recursos naturales y culturales y a los valores estéticos que permitan asentamientos humanos dignos. A tales fines la norma dispone que el Estado debe, entre otras cosas, asegurar una distribución

equilibrada de la urbanización en el territorio, y la asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos. El estado actual del canal claramente conculca la calidad de vida en los asentamientos del sector norte de la ciudad y, concretamente en el caso de autos, ante el riesgo de que produzca el derrumbe del inmueble de los actores, impide que puedan concluir su vivienda y vivir en el marco de un asentamiento digno y seguro.

Además, el art. 186 de la Constitución provincial establece que son funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal, entre otras cosas, crear, determinar y percibir los recursos económico-financieros, confeccionar presupuestos, realizar la inversión de recursos y el control de los mismos; administrar y disponer de los bienes que integran el patrimonio municipal; realizar obras públicas y prestar servicios públicos por sí o por intermedio de particulares; atender las siguientes materias: salubridad, higiene y moralidad pública, planes edilicios, apertura y construcción de calles, plazas y paseos, diseño y estética, vialidad, tránsito y transporte urbano, uso de calles y subsuelo, control de la construcción, protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y contaminación ambiental; regular y coordinar planes urbanísticos y edilicios.

En función de las normas constitucionales citadas, cabe sostener que si el municipio habilita nuevos loteos o barrios, como ha sucedido en los últimos años y en especial en la zona en que se ubica el inmueble de los actores, debe realizar las obras necesarias para que tales urbanizaciones cuenten con los servicios adecuados y, especialmente, para que las viviendas no se vean comprometidas en su solidez y sean aptas para su destino. En otras palabras, si el Municipio habilita un determinado barrio, debe asegurar entre otras cosas que, por ejemplo, un canal de desagüe que se encuentre allí emplazado no vaya a comprometer la solidez de las viviendas y provocar su derrumbe tornándolas impropias para su destino

Finalmente, y lo que resulta dirimente en este análisis, cabe destacar los contundentes términos de la contestación de la demanda de la Municipalidad, en la cual asumió un deber expreso, determinado, concreto, y específico, al comprometerse a realizar en el plazo de noventa días el revestimiento de la solera y tabiques (muros) de la canalización con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no continúe la erosión, y

restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el ante-proyecto ejecutivo de la obra a realizarse que acompaña (ver fs. 42).

Lo cierto es que la contestación de la demanda fue presentada el 2/06/2017, es decir, hace poco más de dos años, y todavía no realizó las obras.

Además, surge de la documental aportada por los actores que con anterioridad, el 19/02/2015, presentaron una nota en la Secretaría de Infraestructura y Servicios de la Municipalidad de San Francisco, peticionando que se solucione el problema, lo cual dio lugar al Expediente 0259/EXT./2015, en el que no se brindó ninguna respuesta. Luego, con fecha 29/03/2016 y sobre la base del Informe Técnico efectuado por el Ingeniero Héctor María Gattavara, los accionantes enviaron a la Municipalidad la Carta Documento CD 711606064, la que fue recibida el 30/03/2016, y de la cual tampoco recibió respuesta alguna.

Estas circunstancias evidencian una omisión a un deber expreso resultante del propio compromiso asumido al contestar la demanda.

Por otra parte, el hecho de que luego en sus alegatos la Municipalidad solicite el rechazo de la demanda, importa una violación al principio de buena fe y especialmente a la doctrina de los actos propios, que implica la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura invocando hechos que contrarían sus propias afirmaciones o asuma una actitud que la coloque en oposición con su conducta anterior. La Administración en su actuar debe guardar correspondencia con sus actos anteriores. La doctrina de los actos propios se aplica tanto a los particulares como al Estado (LOPEZ MESA, Marcelo – ROGEL VIDE, Carlos, *La doctrina de los actos propios*, Reus y B de F, Lanus, 2005, p. 89 y 132).

Teniendo en cuenta todos los extremos expuestos, cabe concluir que la Municipalidad de San Francisco ha incurrido en una omisión antijurídica, toda vez que, advertida a principios de 2015 sobre la problemática que presenta el inmueble de los actores en virtud del estado del Canal Primeros Colonizadores, no realizó las obras necesarias en dicho canal para que el mismo cumpla adecuadamente su función de desagüe pluvial y, en lo que a este caso respecta, para que el mismo no afecte la solidez y estructura del inmueble de los actores como la seguridad de los transeúntes.

Asimismo, se advierte que la Municipalidad tiene la competencia y el poder de policía sobre el cuidado y mantenimiento de dicho canal, y que incumplió deberes derivados tanto de mandatos indeterminados como determinados. Sobre todo, incumplió el compromiso y la obligación asumida al contestar la demanda, hace ya dos años.

En ese contexto, en tanto ha quedado acreditado que las obras en cuestión resultan necesarias para evitar la producción del daño que denuncian los actores, resultaba razonable y posible esperar que el Estado, en el marco de su competencia, efectuara las obras sobre el canal, lo cual conforme su propio compromiso, es materialmente posible y jurídicamente exigible.

En definitiva, valorando todas las circunstancias apuntadas en el caso concreto, conforme al principio de razonabilidad, los medios disponibles, los fines perseguidos, el tipo de actividad de la demandada en el ejercicio del poder de policía del canal Primeros Colonizadores, y en tanto la actividad requerida al estado es materialmente posible y jurídicamente esperable, cabe concluir que la omisión incurrida, al no realizar las obras pertinentes en el referido canal, es antijurídica.

En mérito de todo lo expuesto, se encuentran configurados en el sublite todos los presupuestos de procedencia de la acción preventiva articulada, conforme lo dispuesto en los arts. 1710 y 1711 del CCC.

VII) Conclusión. El mandato preventivo que corresponde dictar en el caso de autos.

Encontrándose entonces configurados los presupuestos de procedencia de la acción preventiva deducida en autos, corresponde ahora determinar el mandato preventivo que corresponde dictar.

Al respecto, el art. 1713 del CCC establece que la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad. Por su parte, el art. 1710 inc. b, establece que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño.

En el caso, en tanto se ha iniciado una acción preventiva autónoma que ha tramitado en su totalidad, y conforme la pretensión deducida, corresponde disponer que la demandada cumpla en forma definitiva una obligación de hacer.

Conforme la norma, el mandato preventivo debe conllevar la menor restricción posible a los derechos de la demandada, y debe buscarse el medio más idóneo para lograr la evitación definitiva de la producción del daño denunciado. Debe ordenarse que la demandada adopte, conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca el daño denunciado en autos.

Debe seguirse un criterio de razonable proporcionalidad, para lo cual habrá que tener en cuenta la relación de medios y de fines, evitando restricciones excesivas. El mandato preventivo debe evitar medidas desmesuradas que distorsionen actividades legítimas, equilibrar las ventajas y los sacrificios que la medida supone, y tener en cuenta la noción de desarrollo sustentable (conf. PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo I, p. 848 y 849).

La resolución debe contemplar los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad (arts. 14 y 28 CN), esto es, debe efectuarse una ponderación armoniosa y equilibrada de los derechos en juego y adoptarse una decisión que restrinja aquellos en la menor medida posible y, a su vez, resulte adecuada para la consecución de los fines preventivos propuestos (MONJO, Sebastián – ARGAÑARAZ, Mariangel, *Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva*, en MARQUEZ, José F. (Dir.), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Tomo 1, cit., p. 58).

Además, en tanto la pretensión preventiva articulada en autos persigue la realización de una obra pública por parte del Estado Municipal, el Poder Judicial en este caso debe inmiscuirse lo menos posible, sobre todo en cuanto a las condiciones técnicas de la obra. La Municipalidad, naturalmente, es quien está en la mejor posición para la elección de los medios y recursos necesarios para arribar al razonable resultado apetecido; no sólo porque así está estructurado el sistema republicano, sino también porque es ella la que cuenta con los recursos técnicos y financieros para hacer frente a los problemas de los ciudadanos.

Teniendo en cuenta tales postulados, debe ponderarse especialmente que en el caso de autos la Municipalidad de San Francisco, al contestar la demanda, señaló que la Secretaría de Infraestructura y Servicios del Municipio tenía previsto ejecutar en un

plazo aproximado no menor a noventa días, el revestimiento de la solera y tabiques (muros) de la canalización con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no continúe la erosión, y restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el ante-proyecto ejecutivo de la obra a realizarse que acompaña, y que obra a fs. 34/40.

La necesidad de dicha obra, con tales especificaciones técnicas, fue corroborada por el perito oficial, quien en relación a cuál es la obra necesaria para poner el canal en condiciones, dictaminó lo siguiente: *“La obra tiene características como la indicada en el plano de fs. 40, es decir, un canal con una sección neta útil de 3,30 metros de ancho por 1,65 metros de altura con piso, muros y losa de hormigón armado de 20 centímetros, con variada disposición de armaduras, tiene contrafuertes a 60 cada 3 metros para contener la presión de los cimientos de la vivienda del actor, que previamente lleva tareas de limpieza de la zona de trabajo, replanteo, excavación y ejecución de subrasante con suelo cemento pero utilizando detritos granular 0,20 y 8% de cemento enérgicamente compactado y enrasada para recibir el piso de la estructura de hormigón armado del canal. Luego del desencofrado de todas las superficies y asegurados los tiempos de fragüe/endurecimiento del hormigón, se procederá al relleno de los intersticios estructura-taludes excavados laterales y la colocación de 20 centímetros de suelo apto para césped sobre la tapa, debidamente enrasado”* (fs. 111). A fs. 113 agrega un plano de la obra que debería realizarse.

Con respecto a la extensión longitud de la obra, los accionantes solicitaron en su demanda que se proceda al revestimiento del canal cegando su sección completa, esto es, a lo largo de todo el lote de propiedad de los actores, que mide 38,95 metros, y a fs. 115 aclaran que la obra no debe limitarse a los 24 metros que indica la Municipalidad. Ahora bien, conforme el plano acompañado por el perito, se advierte que la obra en construcción no ocupa todo el lote de la actora, sino que la construcción llega hasta los 24 metros del canal, calculado desde la alcantarilla existente en la esquina. En la superficie restante no hay construcción sino que es patio (ver fs. 113).

Si bien la Ingeniera María Raquel Marchetti, encargada de la obra, al prestar declaración testimonial a fs. 77 dijo que los actores tienen previsto hacer la obra a lo

largo de todo el terreno, lo cierto es que no se han acompañado planos o proyectos que acrediten dicha circunstancia.

En ese contexto, y teniendo en cuenta que conforme lo dispuesto en el art. 1713 del CCC debe seguirse el criterio de la menor restricción posible, considero que en el estado actual de la construcción de la vivienda, resulta proporcional que la obra a realizarse en el canal tenga una extensión longitudinal de 24 metros, y no de 38,95 metros como pretende la actora. Considero que, conforme las circunstancias del caso, esa es la medida razonable y eficaz para evitar que se produzca el daño denunciado en autos.

En efecto, no existiendo todavía construcción alguna en esa parte del terreno, no existe un riesgo inminente de producción de daño, sin perjuicio de que si comienzan alguna obra, al presentar los planos para su correspondiente visación, la Municipalidad deberá realizar el revestimiento del canal en esa parte. Pero ello no corresponde ordenarlo ahora.

Por otra parte, también se ha pedido que el canal sea tapado en función de que, estando a cielo abierto y teniendo en cuenta donde se encuentra emplazado y la inexistencia de vereda, constituye un peligro serio de que cualquier transeúnte, en especial niños y ancianos, puedan caerse al canal, lo que ya ha quedado determinado más arriba.

Hay que ponderar que si el canal se tapa, ello dificulta su limpieza y mantenimiento. Por ello, en función del criterio de menor restricción posible y del medio más idóneo para lograr la prevención, considero que la Municipalidad deberá adoptar las medidas adecuadas para prevenir que caigan personas en el canal, ya sea tapando el canal o poniendo barreras o barandas de contención debidamente señalizadas, sobre todo el largo del canal, hasta el límite de la zona urbana.

En definitiva, corresponde hacer lugar a la demanda preventiva de daños articuladas por los Sres. Sergio Alberto Grande y Claudia Elizabeth Rossi en contra de la Municipalidad de San Francisco y, en consecuencia, ordenar a la demandada en forma definitiva que en plazo de noventa días cumplimente las siguientes obligaciones de hacer: 1) ejecutar las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores a la altura donde se encuentra el inmueble de los actores (en la intersección de calles Los Paraísos y Primeros Colonizadores) con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no

continúe la erosión, y restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el ante-proyecto ejecutivo de la obra a realizarse que obra a fs. 34/40; y 2) adoptar las medidas adecuadas para prevenir que caigan personas en el canal a cielo abierto, ya sea tapando el canal o poniendo barreras o barandas de contención debidamente señalizadas, sobre todo el largo del canal, hasta el límite de la zona urbana.

VIII) Costas y honorarios.

Atento el resultado del pleito, y teniendo en cuenta que la Municipalidad de San Francisco resulta culpable de la reclamación, corresponde imponer las costas a la demandada (art. 130 del CPC).

Los honorarios se regularán de conformidad a lo dispuesto en los arts. 26, 31, 32, 33, 36, 39, 49 y concordantes de la ley 9459.

En el caso no se ha reclamado una suma de dinero, sino un mandato preventivo que imponga una obligación de hacer. En tal supuesto, y no existiendo en el juicio valores directos, el valor del juicio a los fines de la base regulatoria debe establecerse sobre valores de referencia, según ella sea más o menos directa o inmediata a la cuestión litigiosa, conforme lo dispone el art. 32 inc. 3 de la ley 9459.

Al respecto, considero que el valor de referencia que tiene relación directa con la cuestión litigiosa, es el costo de la obra que debe realizar la Municipalidad. En el caso, el perito oficial dictaminó que la obra tiene un costo total \$ 2.011.260,59 (ver fs. 11/112). Por ello, dicho monto debe tomarse como base regulatoria.

Para el letrado de la parte actora, sobre dicha base corresponde aplicar el término medio de la escala del art. 36 inc. b, (21,5%), lo que arroja como resultado la suma de \$ 432.421.

No corresponde regular honorarios en esta oportunidad a los letrados de la demandada (arg. art. 26, ley 9459, a contrario sensu).

Los honorarios del perito ingeniero oficial se fijarán en la suma equivalente a treinta jus (art. 49, ib.), esto es, la suma de \$ 34.410,60.

Por lo expuesto, **RESUELVO:**

I) Hacer lugar a la demanda preventiva de daños articulada por los Sres. Sergio Alberto Grande y Claudia Elizabeth Rossi en contra de la Municipalidad de San Francisco y, en consecuencia, ordenar a la demandada en forma definitiva que

en plazo de noventa días cumplimente las siguientes obligaciones de hacer: 1) ejecutar las obras necesarias para reparar, estabilizar y colocar en condiciones de total seguridad los taludes del Canal Primeros Colonizadores a la altura donde se encuentra el inmueble de los actores (en la intersección de calles Los Paraísos y Primeros Colonizadores), con hormigón armado, de una sección de ancho de 3,30 metros, de 1,65 metros de altura, y de 24 metros de longitud, a los fines de que no continúe la erosión, y restablecer la sección original del canal, evitando cualquier situación riesgosa para la propiedad, conforme el ante-proyecto ejecutivo de la obra a realizarse que obra a fs. 34/40; y 2) adoptar las medidas adecuadas para prevenir que caigan personas en el canal a cielo abierto, ya sea tapando el canal o poniendo barreras o barandas de contención debidamente señalizadas, sobre todo el largo del canal, hasta el límite de la zona urbana.

II) Imponer las costas a la demandada.

III) Regular en forma definitiva los honorarios del Ab. Alejandro D. Testa en la suma de pesos cuatrocientos treinta y dos mil cuatrocientos veintiuno (\$ 432.421). No regular honorarios en esta oportunidad a los letrados de la demandada.

IV) Regular en forma definitiva los honorarios del perito ingeniero Eduardo Jofré en la suma de pesos treinta y cuatro mil cuatrocientos diez con sesenta centavos (\$ 34.410,60).-

Protocolícese, hágase saber y dese copia.-

Dr. Carlos Ignacio Viramonte

**Juez de Primera Instancia Civil, Comercial y Familia
de 3ª Nominación de San Francisco**