

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 23485/08-STJ-

SENTENCIA N° 111

///MA, 9 de diciembre de 2009.-

-----Habiéndose reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto I. Balladini, Víctor H. Sodero Nievas y Luis Lutz, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para el tratamiento de los autos caratulados: “FOCHT, Guillermo y Otra c/DIAZ, Luis Alberto y Otros s/DAÑOS Y PERJUICIOS -SUMARIO- s/CASACION” (Expte. N° 23485/08-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IIIa. Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 959/966 y vta. por la parte actora, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuarial. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Qué pronunciamiento corresponde?----- V O T A
C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:-----

-----La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Tercera Circunscripción Judicial, mediante la Sentencia N° 33 de fecha 30 de abril de 2008 glosada a fs. 921/942, en lo que aquí importa, resolvió:-----

-----“1ro) Hacer lugar, parcialmente, al recurso de fs. 806.- -

-----2do) Consecuentemente, modificar el punto I. del fallo de Ia. Instancia; el cual quedará redactado de la siguiente manera: I) Condenar a Mario Alberto Díaz, Nélida Polizzotti, Luis Alberto Díaz, Rosana Laura Ramp y Municipalidad de San Carlos de Bariloche, a pagar -mancomunadamente y en la///.- ///.-proporción indicada en el considerando 3.33- dentro del plazo de diez días, a María Isabel Bonura la suma de \$ 49.109 (Pesos Cuarenta y nueve mil ciento nueve).- y a Guillermo Focht la suma de \$

49.109 (Pesos Cuarenta y nueve mil ciento nueve); más los intereses que cada una de esas sumas devengue, a la tasa del 18% anual, hasta el efectivo pago en caso de incumplimiento en término, bajo apercibimiento de ejecución.- -

-----3ro) Dejar sin efecto el punto II. del pronunciamiento de Ia. Instancia.- - - - -
- - - - -

-----4to) Modificar el punto III. del fallo de Ia. Instancia, a fin de imponer las costas por la absolución de Fermín Telechea, por su orden, entre este último y los actores.- - - - -
- - -

-----5to) Modificar el punto IV. del fallo de Ia. Instancia, estableciendo que las costas del juicio son a cargo de los allí mencionados, mancomunadamente, en la misma proporción que la fijada para la condena principal. ...”.- - - - -

-----1.- AGRAVIOS DEL RECURSO.- - - - -

-----Contra lo así decidido y en lo que ahora interesa, se presenta la parte actora a fs. 959/966 interponiendo recurso extraordinario de casación, planteo que es contestado por el apoderado de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche a fs. 1014/1017 y por los co-demandados, Luis Díaz, Laura Ramp, Mario Díaz y Nélida Polizzotti, a fs.1018, respectivamente.- - - - -

-----Al respecto, la parte recurrente argumenta en sustento del recurso extraordinario local deducido, que la sentencia impugnada ha incurrido: 1) En la errónea aplicación del artículo 1109 del Código Civil. 2) En la violación y errónea interpretación de los artículos 1113 y 1109 del Código Civil, y en la errónea interpretación de la Teoría General de la Responsabilidad Civil. 3) En la violación y errónea interpretación de los artículos 1068, 1069, 901 y 903 del///.- ///2.-Código Civil. 4) En arbitrariedad, por resolver mediante fundamentos aparentes y dogmáticos, en contra de las constancias del expediente y en violación a lo dispuesto por los artículos 163, inc. 5) y 34, inc. 4) del CPCyC.. 5) En la violación al derecho de propiedad establecido por el art. 17 de la Constitución Nacional, etc..- - - - -

-----2.- ANTECEDENTES DEL RECURSO EN CONSIDERACION.- - - - -

-----Previo a todo, para una mejor comprensión de las cuestiones a resolver, resulta menester un breve recuento de los términos en que quedó trabada la litis.- - - - -

-----Se inician las presentes actuaciones con la demanda de daños y perjuicios promovida por los señores Guillermo FOCHT y María Isabel BONURA contra la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, Mario Alberto Díaz, Nélida Polizzotti, Fermín Telechea, Luis Alberto Díaz y Rosana Laura Ramp por la suma de \$ 70.000 o lo

que surja de la prueba, más accesorios, a efectos de la reparación de los perjuicios (averías edilicias, deterioro de muebles, daño moral, etc.) sufridos como consecuencia de la caída de un pino en la madrugada del 15 de julio de 2003 sobre su vivienda.- - - - -

-----Al respecto, atribuyen responsabilidad objetiva, al Municipio de Bariloche, en su condición de propietario y guardián del árbol, y subjetiva, por el poder de policía omitido; a Mario Díaz y Nélica Polizzotti, por ser copropietarios del pozo vicioso y riesgoso, pero también culpables por servirse de él; a Telechea, por ser copropietario del pozo y titular de la unidad funcional donde se encuentra, y analógicamente, también subjetiva por haber permitido que lo cavaran y por usarlo; y atribuyen responsabilidad subjetiva, a Luis Díaz y Rosana Ramp, por ser constructores negligentes del desagüe cloacal y haber podado mal el árbol, alterando su///.- ///.-centro de gravedad, etc..- - - - -

-----Que proveída la demanda y corridos los pertinentes traslados, la Municipalidad de San Carlos de Bariloche la contesta a fs. 125/131, solicitando su rechazo. Argumenta que la misma se funda en hechos y daños falsos; el árbol no era riesgoso por sí, ni el municipio autorizó a cortar sus raíces; ni pudo controlar ni conocer el desagüe cloacal clandestino, carente de habilitación por parte del Departamento Provincial de Aguas (DPA), única autoridad administrativa competente en instalaciones sanitarias, etc..- - - - -

-----A fs. 142/150, contesta el señor Fermín Telechea, quien petitionó el rechazo de la demanda oponiendo la falta de legitimación pasiva, ya que no es titular registral de la unidad funcional que se le atribuye, aunque la posee por boleto. Sostiene que no cavó el pozo, ni se sirve de él, ni es poseedor efectivo del sector donde se encuentra ubicado; que únicamente lo poseen los Díaz, etc..- - - - -

-----Por su parte, Luis Díaz y Rosana Ramp solicitan el rechazo de la demanda, argumentando que la misma se funda en falsedades y que la indemnización peticionada es desmesurada. Expresan que la obra sanitaria en cuestión es el fin de un lecho nitrificante con tapa en vez de un pozo ciego; que no desplazaron con podas el centro de gravedad del pino, y que si existe algún responsable, es solamente el Municipio por ser el dueño y guardián del árbol ubicado a menor distancia del lindero que la permitida por la ley y haber omitido su apeo conociendo su peligro. Sostienen que, a la caída del pino contribuyeron varias causas, como la saturación y pendiente del suelo, el viento de aquella madrugada, la vejez y debilidad del pino, el desequilibrio ecológico de la

urbanización y la zanja que Focht y Bonura cavaron para desagüe cloacal propio ///.-
///3.-hasta aproximadamente un metro del árbol, anegando sus raíces, a la vez que
interpusieron un confuso amparo para impedir la modificación del bosque al que
efectivamente pertenecía el árbol, aunque su objeto fuese impedir la urbanización en
otro sector boscoso, etc..- - - - -

-----Finalmente a fs. 276/284 contestan la demanda, Mario Díaz y Nélida Polizzotti,
pidiendo también su rechazo por las mismas razones expuestas por L. Díaz y Ramp,
hijo y nuera de aquéllos respectivamente.- - - - -

-----A fs. 790/804 el Juez de Primera Instancia dicta sentencia, resolviendo: “I)
Condenar a Mario Alberto Díaz, Nélida Polizzotti, Luis Alberto Díaz, Rosana Laura
Ramp y Municipalidad de San Carlos de Bariloche a pagar solidariamente en diez días a
María Isabel Bonura la suma de \$ 49.109 y a Guillermo Focht la suma de \$ 49.109, más
los nuevos intereses moratorios que cada una de esas sumas devengue al 18% anual
hasta el efectivo pago en caso de incumplimiento en término (artículo 623 del Código
Civil), bajo apercibimiento de ejecución. II) Establecer que cada uno de los codeudores
solidarios mencionados debe contribuir en sus relaciones internas con el 20% de la
deuda (artículo 716, 717 y 1109 -segundo párrafo- del Código Civil). III) Absolver a
Fermín Telechea. IV) Condenar a Mario Alberto Díaz, Nélida Polizzotti, Luis Alberto
Díaz, Rosa Laura Ramp y Municipalidad de San Carlos de Bariloche a pagar
solidariamente las costas del juicio. ...”.- - - - -

-----Para así decidir, el Juez de Primera Instancia, entre otros fundamentos, consideró:- -
- - - - -

-----“Que un árbol del pasaje público municipal cayó sobre la vivienda vecina de Focht
y Bonura, hecho incontrovertido que además surge de toda la prueba”.- - - - -
- ///.- ///.-“Que la caída se produjo por una conjunción de causas adecuadas: la conducta
negligente de la Municipalidad y la conducta imprudente de L. Díaz, Ramp, M. Díaz y
Polizzotti”.- -

-----“En fin, a todos los familiares demandados se les debe reprochar el cavado y uso de
ese pozo: tanto a los cónyuges M. Díaz y Polizzotti, dueños de la unidad funcional,
como al hijo y la nuera de ellos que la ocupaban, L. Díaz y Ramp respectivamente”.- - -
- - - - -

-----“Es un caso donde el reproche conjunto no merece retaceos ni distracciones
relativas a la propiedad o la ocupación. Todos debieron saber que se utilizaba con
extremo peligro un pozo ciego ilícitamente cavado por ellos. Todos tenían la obligación

de velar por la seguridad de la instalación. Ninguno puede eximirse del reproche”.- - -

-----“No hay dudas que L. Díaz y Ramp excavaron imprudentemente el pozo perjudicial. Según el peritaje arquitectónico, esa excavación se apartó incluso del “sentido común” (fs. 665, punto 79)”-----

-----“Pero tampoco hay dudas de que M. Díaz y Polizzotti conocían la existencia del pozo irregular al pie del árbol, así como “siempre conocieron las condiciones del suelo mallinoso” y estuvieron al tanto del inmueble (fs. 279). Por lo tanto, aunque hubiesen recibido la propiedad con el pozo ya excavado, fue por lo menos imprudente que permitieran el uso posterior y constante de esa excavación porque era previsible la saturación del sistema radicular aledaño ya que su función era obviamente acumular los afluentes provenientes de la cámara séptica para que el suelo circundante los absorbiera paulatinamente. Si hubiese obrado con prudencia habrían anulado ese sistema al recibir la propiedad”.-----

-----“Sin embargo, el factor restante para consumar el ///.- ///4.-derribo perjudicial fue la omisión del Municipio, porque omitió abatir preventivamente el árbol, especialmente riesgoso por si mismo aunque no se lo hubiese socavado”.-----

-----“...la Municipalidad omitió el apeo por desidia ya que no había ninguna razón que la justificara, porque la supuesta falta de recursos y la complejidad de la tarea (fs. 694/698, pregunta 10a y 11a) son inverosímiles y de todos modos inaceptables como excusa ante el peligro del daño temido”.- - -

-----“En síntesis, el árbol cayó del modo que cayó porque se conjugaron la omisión negligente del Municipio y la conducta imprudente de L. Díaz, Ramp, M. Díaz y Polizzotti. Fue un caso de causalidad conjunta porque varias personas cooperaron con sus acciones u omisiones a la ocurrencia de la consecuencia perjudicial. Unos debilitaron imprudentemente el árbol y ello contribuyó a su caída; pero no habría caído sobre la vivienda si el Municipio lo hubiese derribado preventivamente. A la vez, la omisión negligente del Municipio contribuyó por supuesto a la caída perjudicial (de haberlo apeado no habría caído dañinamente), pero la caída concreta sobre la vivienda no se habría producido tal como se produjo si además no se hubiesen socavado las raíces opuestas”.-----

-----“Que entonces la Municipalidad, L. Díaz, Ramp, M. Díaz y Polizzotti son responsables solidarios frente a Focht y Bonura con acción de reintegro entre ellos. (artículo 1109 del Código Civil)”-----

-----“Que atribuir responsabilidad subjetiva al Municipio, a M. Díaz y a Polizzotti (artículo 1109 del Código Civil) no vulnera el principio de congruencia porque la demanda también les endilgó esa responsabilidad, además de la objetiva como dueños del árbol riesgoso y del pozo vicioso respectivamente. En efecto, al Municipio también le endilgaron un defectuoso///.- ///.-ejercicio del poder de policía (fs. 79); y a M. Díaz y Polizzotti los mismo fundamentos de responsabilidad que a L. Díaz y Ramp (fs. 78 vta.)”.- - - - -

-----“Un efecto importante para este caso donde convergen varios responsables es que al ser todos culpables y partícipes de los hechos perjudiciales resultan obligados solidarios por el total y con acción recursoria (artículo 689, 717 y 1109 -segundo párrafo- del Código Civil) en vez de obligados parciales y concurrentes sin esa acción”.- - - - -

- -

-----Que, apelado dicho pronunciamiento por la co-demandada Municipalidad de San Carlos de Bariloche a fs. 816 y expresados agravios a fs. 857/860; y por los co-demandados Mario Alberto Díaz, Nélide Polizzotti, Luis Alberto Díaz y Rosana Laura Ramp a fs. 806 y expresados agravios a fs. 874/888 y vta., la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería resolvió en lo que ahora importa, como se refiere al inicio del presente voto, rechazar el recurso deducido por la Municipalidad y hacer lugar, parcialmente, al recurso de fs. 806 deducido por los demás co-demandados mencionados.- - - - -

-----Consecuentemente, la Cámara modificó el punto I. del fallo de Ia. Instancia, el cual quedó redactado de la siguiente manera: I) Condenar a Mario Alberto Díaz, Nélide Polizzotti, Luis Alberto Díaz, Rosana Laura Ramp y Municipalidad de San Carlos de Bariloche, a pagar -mancomunadamente y en la proporción indicada en el considerando 3.33.- dentro del plazo de diez días, a María Isabel Bonura la suma de \$ 49.109 (Pesos Cuarenta y nueve mil ciento nueve) y a Guillermo Focht la suma de \$ 49.109 (Pesos Cuarenta y nueve mil ciento nueve); más los intereses que cada una de esas sumas devengue, a la tasa del 18% anual, hasta el efectivo pago en caso de incumplimiento en término, bajo apercibimiento de ejecución.- - - - - ///5.- Asimismo, dejó sin efecto el punto II. del pronunciamiento de Ia. Instancia; modificó el punto III. de dicho fallo, a fin de imponer las costas por la absolución de Fermín Telechea, por su orden, entre este último y los actores; y modificó el punto IV. del fallo de Ia. Instancia, estableciendo que las costas del juicio son a cargo de los allí mencionados, mancomunadamente, en la misma proporción que la fijada para la condena principal.

...”.- - - - -

-----Se llega así a la instancia casatoria derivada del recurso que, por su parte articulara la parte actora y cuyos fundamentos han sido sintetizados "supra".- - - - -

-----3.- EXAMEN DE LOS AGRAVIOS.- - - - -

-----I).- Que, ingresando ahora al análisis de la temática traída a debate, se observa que - más allá de los distintos agravios invocados por la parte recurrente-, la cuestión a resolver se haya circunscripta a determinar si la responsabilidad que le corresponde atribuir a los co-demandados condenados, es mancomunada como resolviera la sentencia impugnada, o solidaria, como oportunamente decidiera el Juez de Primera Instancia y pretende la actora.- - - - -

-----Adelanto mi opinión a favor de la procedencia del recurso de casación deducido, esto es a favor de atribuir la responsabilidad de los co-demandados en forma solidaria. Doy razones:- - - - -

-----Como se advirtiera en la descripción de los antecedentes, el Juez de Primera Instancia, no obstante que la demanda se había fundado indistintamente en los arts. 1109 (responsabilidad subjetiva) y 1113 (responsabilidad objetiva), y de que esta última también se encontraría acreditada en autos -de la Municipalidad, como dueña del árbol, y de los demás condenados, como dueños y guardián del lote donde se ///.- ///.-cortaran las raíces y se hiciera el pozo ciego-, finalmente sólo fundó la condena de los co-demandados Mario Alberto Díaz, Nélica Polizzotti, Luis Alberto Díaz, Rosana Laura Ramp y de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, en el art. 1109 del Código Civil, esto es en el factor de atribución de responsabilidad subjetiva (culpa) que prevé dicha norma.- - - - -

-----Y para así hacerlo, tuvo especialmente en cuenta las consecuencias favorables de aplicar dicho régimen a los intereses de los damnificados, en contraposición al régimen de responsabilidad objetiva. Al respecto, dijo:- - - - -

-----“Un efecto importante para este caso donde convergen varios responsables es que al ser todos culpables y partícipes de los hechos perjudiciales resultan obligados solidarios por el total y con acción recursoria (artículos 689, 717 y 1109 -segundo párrafo- del Código Civil), en vez de obligados parciales y concurrentes sin esa acción. Por ejemplo, si el único factor para atribuir responsabilidad a M. Díaz y Polizzotti fuese su condición de dueños del pozo con vicios debería eximírseles parcialmente ya que los daños también fueron causados por el Municipio, tercero por quien no deben responder (artículo 1113, segunda parte del segundo párrafo del Código Civil). Por lo tanto, en ese

caso debería considerárseles parcialmente responsables, concurrentes en vez de solidarios (ya que al no ser partícipes de los hechos no podrían subsumirse en la solidaridad de los “autores”: artículo 1081, código citado), y sin acción de reintegro (artículo 1109, segundo párrafo). Y otro tanto ocurriría con el Municipio, quien parcialmente se liberaría por la culpa de L. Díaz y Ramp y no tendría derecho a reintegro en las relaciones internas”.-

-----Que, como también se observara en el relato de los///.- ///6.-antecedentes de la causa, el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia fue apelado por todos los co-demandados; a lo que la Cámara, previo analizar los cuestionamientos allí esgrimidos, en el Punto 3.10. (fs. 931) consideró que ninguno de los agravios dirigidos a cuestionar la responsabilidad de los co-demandados en el hecho en cuestión, podía prosperar.- -

-----No obstante lo así resuelto respecto de los agravios dirigidos a atacar la responsabilidad fijada por el Juez de Primera Instancia, la Cámara de modo incongruente y arbitrario consideró atendible la impugnación a la solidaridad impuesta a los condenados por el “a quo”, como así también la distribución de dicha responsabilidad, atribuyéndola mancomunadamente en un 50% a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, y el restante 50% a los demás condenados (12,5 a cada uno).- -

- - -

-----Allí radica el error de la sentencia de Cámara. Es que, si desestima todos los cuestionamientos esgrimidos por los co-demandados para impugnar la atribución de responsabilidad fijada por el Juez de Primera Instancia, en el caso, fundada en el art. 1109 del Código Civil, luego no puede de oficio -en perjuicio de la parte actora- y al sólo efecto de modificar la solidaridad y distribución impuesta, cambiar el encuadre jurídico y fundar la responsabilidad en el art. 1113 del mencionado cuerpo normativo, so pena de incurrir en una reformatio in pejus. Máxime, cuando tampoco brinda ningún fundamento serio que justifique dicho encuadre jurídico, que modifica la condena solidaria de todos los condenados establecida por el Juez de Ia. Instancia, convirtiéndola en una condena mancomunada, tornándose por ello en una sentencia arbitraria, por dogmática.- - - - -

-----Obsérvese que el principal fundamento emitido por la Alzada para descalificar la solidaridad impuesta por el “a///.- ///.-quo”, consiste en la consideración de que en materia de responsabilidad colectiva no hay solidaridad entre los presuntos responsables, obligados al resarcimiento mientras ellos no acrediten su ausencia de autoría del hecho (ver fs. 931), cuando en el caso se encuentra acabadamente acreditada

la autoría y/o participación de cada uno de los co-demandados en los hechos (corte de raíces, excavación irregular del pozo ciego, la omisión de abatir preventivamente el árbol, etc.) que contribuyeron y determinaron finalmente la caída del árbol (pino óregon); circunstancias estas que determinan en autos, la inaplicabilidad de la teoría de responsabilidad colectiva.- - -

-----En tal orden de situación, considerando que ninguno de los agravios de la apelación dirigidos a cuestionar la responsabilidad de los co-demandados en el hecho en cuestión prosperó (ver Punto 3.10. citado), no cabe sino concluir que la Sentencia de Primera Instancia, en cuanto condenara a los co-demandados con fundamento en un factor de atribución subjetivo (culpa) que prevé el artículo 1109 del Código Civil, se encuentra firme.- - - - -

-----En consecuencia, como bien observara el Juez de Primera Instancia en su pronunciamiento, acreditada la culpa de los co-demandados como autores y/o partícipes de los hechos que desencadenaron la caída del árbol, resultan a la luz de los artículos 699, 717, 1109 y cctes. del Código Civil, obligados solidarios por el total y con acción recursoria.- - - - -

-----Es que en autos nos encontramos con un caso de solidaridad legal, el de los cuasidelitos regidos por el art. 1109 del Código Civil; solidaridad legal que es impuesta, por lo general, en aquellas hipótesis en que el legislador quiere proteger con el máximo rigor posible la situación del acreedor, de manera de asegurarle el cobro del crédito (conf. ///.- ///7.-Cazeaux - Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, Librería Ed. Platense 1989, T. II, p.75; BUERES HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. T. 2-A, ps. 667/668, en comentario de Pizarro al art. 700).- - - - -

-----Así, se ha dicho que, profundizando la evolución ya evidenciada por las disposiciones reseñadas del Código Penal y del Código Aeronáutico, la reforma general del Código Civil efectuada en el año 1968 suprimió la regla general de mancomunidad en los cuasidelitos existentes en el Código de Vélez, al extender implícitamente a estos hechos la norma de solidaridad delictual instituida por el art. 1081, como surge del párrafo agregado al art. 1109 por la Ley 17.711, mediante cuya fórmula el legislador de 1968 ha extendido de un modo implícito, en materia cuasidelictual, la regla de solidaridad que regía en el campo de los delitos.- - - - -

-----La ley habla de coautores, denominación que cuadra aplicar a quienes “se ponen de acuerdo para realizar actos imprudentes” (López Olaciregui, conf. Trigo Represas). No

son coautores sino partícipes del hecho dañoso los que han obrado actos culposos que se conectan accidentalmente originando un daño único; la coautoría indica una culpa concertada. Empero esa diferencia conceptual entre coautores y partícipes no se refleja en una diversidad de régimen, en virtud del criterio de hermenéutica que ahora debe asumir el intérprete precisado a aplicar a los cuasidelitos las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil (art. 1109), traslación de régimen que sólo podrá dejarse de lado si hubiera alguna norma que eximiese de solidaridad a los simples partícipes del hecho. Como esta solución brilla por su ausencia, cuadra concluir, en la comprensión legal, que también es solidaria la ///.- ///.-responsabilidad en que incurren los partícipes culpables del hecho dañoso (conf. Trigo Represas). (LLAMBIAS - RAFFO BENEGAS - SAGUIER, Código Civil Anotado, Ed. Abeledo Perrot 2004, T. II-B, ps. 756/757).- - - - -

-----En igual sentido, se pronuncia Jorge A. Mayo en el Código Civil Comentado de Bueres - Highton, en cuanto sostiene que la segunda parte del texto del art. 1109 del Código Civil, agregada por la reforma vía ley 17.711, regula el ejercicio de la acción recursoria o de regreso que se le reconoce a aquél de los coautores que hubiera indemnizado todo o una parte mayor del daño. En realidad, aunque la ley se refiera solamente a los coautores, también deben comprenderse los partícipes, ya que la remisión general del art. 1109 determina la aplicación a los partícipes del régimen de solidaridad (conf. BUERES HIGHTON, ob. cit, T. 3-A, ps.403, en comentario de Mayo al art. 1109).-

-----En el caso, si bien no existe una coautoría de los co-demandados, en tanto esta implica una culpa concertada, resulta evidente -como lo denomina Llambías- que la participación culposa de los co-demandados se ha conectado accidentalmente, por cuanto cada uno de los actos culposos señalados contribuyeron en el hecho dañoso (caída del árbol), originando un daño único, por lo que se impone la condena solidaria de los co-demandados, con acción recursoria, luego de haber desinteresado al damnificado.- - - - -

-----Finalmente, respecto de la cuestión de contribución entre los corresponsables, es dable señalar que si el hecho es un cuasidelito (a diferencia de los delitos civiles), la acción recursoria está autorizada por el agregado hecho al art. 1109, por la Ley 17.711, a favor de aquel de los coautores que “hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde”. No hay distinción que hacer entre coautores///.- ///8.-y partícipes, pues si los primeros gozan de esa facultad, con mayor razón deben tenerla los simples

partícipes del hecho, a quienes ahora se les atribuye una responsabilidad solidaria, que antes no les cuadraba.- - - - -

-----En ese sentido, es menester advertir la variante de régimen que se ha suscitado a partir de 1968, acerca de la acción recursoria, cuando se trata de coautores de cuasidelitos. Con anterioridad, ellos estaban alcanzados por los arts. 1081 y 1082: eran deudores solidarios y estaban impedidos de ejercer la acción de regreso por el art. 1082, que también los afectaba. Diversamente, los simples partícipes culpables del hecho dañoso eran deudores simplemente mancomunados y, por tanto, no se les planteaba cuestión alguna de contribución, pues sólo debían una indemnización parciaria.-

-----En la actualidad, la situación de coautores y de partícipes ha quedado asimilada, rigiendo para ambos la solidaridad, pero gozando todos ellos de acción recursoria (conf. LLAMBIAS - RAFFO BENEGAS - SAGUIER, ob cit., ps. 758; idem BELLUSCIO - ZANNONI, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado, Ed. Astrea, T. 5, ps. 380/ 381).- - - - -

-----Al respecto, se ha dicho que:- - - - -

-----“Es solidaria la responsabilidad de los coautores de un cuasidelito” (CNCiv., Sala C, ED 59-140; id. Sala E, LL 137-817, 23.190-S; id. ED 46-718; id. Sala A, ED 44-324; id. Sala D, ED 39-512,39-508; id. Sala B, ED 25-411; id. Sala D, ED 66-208).- - - - -

-----“Hay responsabilidad conjunta y solidaria del empresario de la demolición y del propietario del edificio demolido por los daños causados al inmueble lindero, ya que la actividad dañosa proviene de la autoría de ambos demandados: del///.- ///.-empresario por sus actos en la demolición y del propietario por la conservación viciosa de la propiedad que origina nuevos daños o agrava los provocados por aquél” (CNCiv., Sala C, ED 69-143).- - - - -

-----“Dada la solidaridad de los coautores de un hecho ilícito, el damnificado puede dirigir la acción resarcitoria contra todos los participantes, sin perjuicio de las acciones que a éstos pudieren corresponder entre sí” (CNCiv., Sala A, LL 145-42)”.- - - - -

-----“El Código Civil, a partir de la reforma introducida por la Ley 17.711, ha establecido expresamente el régimen de la solidaridad entre los partícipes de un cuasidelito (arts. 1109, 1081, Cód. cit.)” (SCBA., 5/12/1991; id. 31/08/1993, BA B22602, Lexis Nexis, Inf. Jur. Doc. N° 1434841).- - - - -

-----“El daño causado por culpa obliga de igual manera que el que tiene origen en un

delito. Todos los partícipes de él como autores, consejeros o cómplices responde solidariamente (art. 1081, Cód. Civ.) Es que con el agregado al art. 1109 del Código Civil que introdujo la Ley 17.711 quedó zanjada la anterior polémica al extender implícitamente a los cuasidelitos la norma de solidaridad delictual establecida en el citado art. 1081 del Código citado” (CCiv. y Com., San Nicolás, 9/11/1993, BA B853699, Lexis Nexis, doc. 146903).- - - - -

-----“Los participantes de un cuasidelito deben responder solidariamente ante el damnificado, sin consideración al grado de culpabilidad de cada uno de ellos -cuestión a dirimir exclusivamente entre los corresponsables-; pudiendo ser indistintamente demandados por la totalidad de la deuda, aunque sin perjuicio de la pertinente acción de reintegro que pudiera caber. Solidaridad que comprende no sólo a los coautores, sino también a los partícipes -conf. arts. 1081, 1109 y concs.,///.- ///9.-Cód. Civ.-” (CCiv. y Com., Trenque Lauquen, 24.03.1998, BA B2201516, Lexis Nexis, Doc. Nº 1432516).- - - - -

-----“Al circunscribir la solidaridad a los casos de muerte o lesiones, la ley de navegación se aparta de los principios del Código Civil según los cuales la obligación de reparar los daños causados por los cuasidelitos pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él, sin distinguir entre daños a las personas y daños a las cosas” (CNApel., en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, 08/06/2006, “Spuche, José L. y otro c. Freire, Nicolás R. y otros”, RCyS 2007, 665).- - - - -

-----“El daño causado por culpa obliga de igual manera que el que tiene origen en un delito. Todos los partícipes de él como autores, consejeros o cómplices responden solidariamente (art. 1081, Cód. Civil). Es que con el agregado al art. 1109 del Cód. Civil que introdujo la Ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810; XIV-B, 1635), quedó zanjada la anterior polémica al extender implícitamente a los cuasidelitos la norma de solidaridad delictual establecida en el citado art. 1081 del Código citado.” (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, 09/11/1993, “Gajate, Carlos A. y otra c. González, Gustavo D. y otro”, DJ 1994-2, 211).- - - - -

-----Por último, un párrafo aparte merece el agravio deducido respecto de las costas impuesta, por la absolución de Fermín Telechea, por su orden, entre este último y los actores.- - - - -

-----Al respecto, debo señalar que, además de tratarse de una cuestión de hecho y prueba, irrevizable en casación, considero correcta la valoración efectuada por la Cámara.- - - - -

-----En efecto, si se considera -como lo hiciera oportunamente el Juez de Primera Instancia y luego la Cámara-, que era extremadamente improbable que Focht y Bonura pudiesen saber antes del juicio que Telechea no había participado en la///.- ///.- excavación y uso del pozo, de modo que pudieron creerse razonablemente con derecho a demandarlo, dicha premisa encuadra en lo que la doctrina y jurisprudencia denomina “la existencia de razón fundada y probable para litigar”, que habilita al juzgador, conforme al art. 68, segundo párrafo, a eximir de las costas al vencido, en este caso al actor (conf. STJRN., Se. N° 159/2007, “CHAVEZ”); pero no para imponérselas a los otros co-demandados, los cuales -en la elección de quienes serían demandados y quienes no-, ninguna intervención tuvieron y, por lo tanto, ninguna responsabilidad tienen. MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Sodero Nievas dijo:- - - - -

-----ADHIERO a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Balladini, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - -

-----Atento la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----Por las razones expuestas al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: I) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 959/966 y vta.. II) Revocar los puntos 2do), 3ro), 5to) y 8vo) de la parte resolutive de la Sentencia de Cámara de fs. 921/942, y en consecuencia confirmar en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia; salvo lo decidido por la Alzada respecto de las costas por la absolución de Fermín Telechea, impuestas por su orden entre este último y los actores, que se confirma. III) Imponer las costas, de segunda instancia y de esta instancia extraordinaria, a las co-demandadas perdidosas (art. 68, del CPCyC.) IV) Dejar sin efecto las regulaciones de ///.- ///10.-honorarios practicadas por la Cámara en el Punto 9no) de fs 941 y vta., las que deberán ajustarse a este pronunciamiento. V) Regular los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Carla ORTICELLI, Carlos RINALDIS y Roberto STELLA -en forma conjunta-, en el 30%; a los doctores Daniel BALDUINI, Débora BIETTI y Blanca PASSARELLI -en forma conjunta-, en el 25%; y al doctor Rodolfo RODRIGO, en el 25%. Todos a calcular, sobre los emolumentos oportunamente regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.). ASI MI VOTO.-

----- A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:-----

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto que antecede.-----

----- A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).-----

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la actora a fs. 959/966 y vta. de las presentes actuaciones.-----

Segundo: Revocar los puntos 2do), 3ro), 5to) y 8vo) de la parte resolutive de la Sentencia de Cámara de fs. 921/942 de autos, y en consecuencia confirmar en todas sus partes la sentencia de Primera Instancia; salvo lo decidido por la Alzada respecto de las costas por la absolución de Fermín Telechea, impuestas por su orden entre este último y los actores, ///.- ///.-que se confirma.----- Tercero: Imponer las

costas, de segunda instancia y de esta instancia extraordinaria, a las co-demandadas perdidosas (art. 68, del CPCyC.).----- Cuarto: Dejar sin

efecto las regulaciones de honorarios practicadas por la Cámara en el Punto 9no) de fs 941 y vta., las que deberán ajustarse a este pronunciamiento.----- Quinto: Regular

los honorarios profesionales por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, a los doctores Carla ORTICELLI, Carlos RINALDIS y Roberto STELLA -en forma conjunta-, en el 30%; a los doctores Daniel BALDUINI, Débora BIETTI y Blanca PASSARELLI -en forma conjunta-, en el 25%; y al doctor Rodolfo RODRIGO, en el

25%. Todos a calcular, sobre los emolumentos oportunamente regulados a cada representación, por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.).----- Sexto:

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - LUIS LUTZ JUEZ

- EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: IV

SENTENCIA N° 111

FOLIO N° 629/638

SECRETARIA: I