

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 06 de mayo de 2015. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Edgardo J. CAMPERI, Carlos M. CUELLAR y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "ANGELANI, MARCELO ANIBAL C/ MUNICIPALIDAD DE EL BOLSON S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (R.C. 00438-14) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. Riat dijo:

1º) Que corresponde resolver lo siguiente: a) el pedido de producción de prueba formulado por la demandada, Municipalidad de El Bolsón (fs. 476/478); b) el pedido de acumulación formulado por la misma demandada (fs. 476/478); c) la apelación interpuesta también por la demandada (fs. 450) contra la sentencia definitiva del 25/06/2014 que la condenó a pagar al demandante -Marcelo Aníbal Angelani- una indemnización por los perjuicios causados en enero de 2009 con la propagación de un incendio iniciado en el vertedero municipal (fs. 440/444); apelación que fue concedida libremente (fs. 451), fundada por la apelante (fs. 476/478) y sustanciada por el actor (fs. 482/483); d) la apelación interpuesta por la demandante (fs. 452) contra la regulación de honorarios efectuada en la misma sentencia (fs. 440/444) por considerarlos altos, concedida en los términos del artículo 244 del CPCCRN (fs. 453); e) la apelación interpuesta en derecho propio por los Dres. Oscar Eduardo Sanz y Ricardo Mayer, abogados del demandante (fs. 452) contra la regulación de honorarios efectuada en la misma sentencia (fs. 440/444) por considerarlos bajos; concedida en los mismos términos (fs. 453); y f) la apelación interpuesta por la demandada (fs. 469) contra la regulación de honorarios efectuada en la misma sentencia (fs. 440/444) por considerarlos altos, concedida en los mismos términos (fs. 470);

2º) Que el análisis de esas cuestiones debe efectuarse conjuntamente con las planteadas en los autos "GASTALDI, JORGE C/ MUNICIPALIDAD DE EL BOLSON S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario) (00437-14)" en virtud de la acumulación dispuesta.

3º) Que debe desestimarse la producción de nuevas pruebas en esta instancia porque el ofrecimiento ha sido extemporáneo y no se ha fundado en ninguno de los supuestos de admisibilidad (artículo 260, inciso 2, del CPCCRN).

4º) Que el pedido de acumulación con la causa de Buenos Aires también debe desestimarse porque no se lo ha formulado en la instancia de origen (artículo 277 del CPCCRN), ni se ha justificado una identidad o afinidad suficiente de las pretensiones.

5º) Que también debe rechazarse la apelación porque las críticas formuladas contra la sentencia son insuficientes para revocarla o modificarla.

La sentencia se ha fundado sólidamente en pruebas concretas (pericial, testimonial e indiciaria) para juzgar que el incendio se originó en el vertedero. Ha tenido en cuenta indicadores contingentes pero ciertos (es decir confirmados por medios directos), variados (mayores a tres), graves (importantes, no insignificantes), conducentes (idóneos para la presunción procurada) y concordantes (compatibles entre sí). Con otras palabras, ha valorado indicios suficientes para concluir en que el fuego se originó allí. Los indicios son hechos conocidos por pruebas directas de los cuales puede inferirse la existencia de otro hecho carente de tal tipo de prueba, siempre que su número y concordancia generen como en este caso convicción, vale decir, presunción (artículo 163 -inciso 5º, segundo párrafo- del CPCCRN). La prueba de indicios ha adquirido notable importancia en el mundo moderno, donde los complejos acontecimientos suelen ser esquivos a los medios directos de confirmación (ver, por ejemplo, Adolfo Alvarado Velloso, "Sistema Procesal. Garantía de la libertad", primera edición, tomo II, Capítulo 22, parágrafo 3.5.2, página 68, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009).

La apelante, en cambio, no ha formulado ninguna crítica concreta para refutar esa conclusión de la sentencia.

Acreditado el hecho principal de la pretensión, la sentencia también ha sido correcta al aplicar al caso el régimen objetivo de responsabilidad correspondiente a daños causados por cosas riesgosas o viciosas (artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del CCiv).

En el derecho común, los daños causados sin intervención de cosas o con intervención inactiva de cosas generan siempre una responsabilidad subjetiva, porque la culpabilidad del autor del daño es requisito fundamental y la víctima soporta la carga de probarla (artículo 1109 del CCiv). Cuando interviene alguna cosa depende de las circunstancias del caso y de cierta discrecionalidad del intérprete determinar si esa intervención es activa o inactiva, pero la característica definitoria de toda intervención activa es cierta autonomía de la cosa en la generación del daño, autonomía que no debe identificarse necesariamente con movimiento propio de la cosa, ya que algunas pueden tener una participación activa -es decir autonomía- pese a ser inertes. Por ejemplo, en un daño

causado por un golpe de puño no hay intervención alguna de cosas; en uno causado por una puñalada hay intervención de un puñal, pero intervención inactiva porque el puñal responde completamente a la mano del agresor, sin actividad propia o autónoma; y en uno causado por la explosión de una caldera hay intervención activa de la cosa, porque la caldera tiene cierto funcionamiento autónomo de quien eventualmente la controla.

A su vez, los daños causados con intervención activa de cosas inanimadas (es decir con exclusión de los causados por animales que tienen un régimen particular: artículos 1124 a 1131 del CCiv) generan alguna de las responsabilidades siguientes, según el caso:

- 1) una responsabilidad subjetiva si la cosa no es riesgosa ni viciosa, en cuyo caso la culpabilidad del dueño y del guardián es requisito fundamental, aunque la ley la presume y ellos soporten la carga -para liberarse- de desvirtuarla probando que de su parte no hubo dolo ni culpa (artículo 1113, segundo párrafo, primera parte); y
- 2) una responsabilidad objetiva si la cosa es riesgosa o viciosa, en cuyo caso la culpabilidad del dueño y del guardián no es requisito y ellos soportan la carga -para liberarse- de probar no ya su falta de culpa sino la culpa de la víctima, o de un tercero independiente, o la ocurrencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor, vale decir la existencia de una causa ajena (artículo 1113, segundo párrafo, última parte).

En ese contexto, una cosa es riesgosa cuando su empleo es por sí peligroso; y es viciosa cuando su empleo, sin ser por sí peligroso, se vuelve tal por un desperfecto. Determinar qué cosas son riesgosas, ya sea por sí, ya por un vicio, también depende de las circunstancias del caso y de cierta discrecionalidad del intérprete. Pero la responsabilidad provocada por los daños de cosas riesgosas o viciosas es siempre la misma y objetiva (artículo 1113, segundo párrafo, última parte).

Suele decirse que la responsabilidad indicada en el apartado "1" surge predominantemente del "hecho del hombre" o de daños causados "con la cosa"; y que la indicada en el apartado "2" surge fundamentalmente del "hecho de la cosa" o de daños causados "por la cosa". Pero esas expresiones, que según los autores fue importada del derecho francés, ya no reportan ninguna utilidad semántica en el actual derecho argentino, ni siquiera didáctica, y generan -por el contrario- demasiados equívocos y vanas discusiones. Si alguna vez fueron útiles (gran parte de la doctrina lo ha negado siempre), han quedado definitivamente sin sentido tras la reforma de la ley 17711 de modo que conviene evitarlas (conf., por ejemplo, Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", tomo II, párrafos 1474/1479, 9ª edición actualizada por Alejandro Borda, La Ley, 2008).

Terminología al margen, según la sentencia le cabe a la demandada la responsabilidad del supuesto "2", es decir una responsabilidad objetiva por daños causados con la intervención activa de cosas riesgosas o viciosas. Y lo ha hecho con un argumento fuerte: el vertedero, en cuanto depósito de la basura urbana, alberga todo tipo de componentes riesgosos, por lo menos inflamables.

Nada de eso fue refutado por la apelante.

Luego, el dueño y el guardián sólo pueden liberarse total o parcialmente probando que la causa del daño ha sido una conducta reprochable ("culpa") de la víctima o de un tercero independiente (última parte del segundo párrafo del artículo 1113 del CCiv), o la ocurrencia de un hecho fortuito, o la intervención de una fuerza mayor (artículos 513 y 514 del Cciv). Es decir, probando una causa extraña.

Para que opere el régimen objetivo alcanza con la adecuada conexión entre la cosa riesgosa y los bienes o la persona de quien se dice víctima (Fallos 307:1735, 316:928, 317:1336, etcétera). No interesa si el guardián y el dueño han obrado con o sin culpa (Fallos 308:975, 312:145, 318:953, etcétera). Analizarlo desvirtuaría el régimen y lo tornarían inoperante. Ellos responden aunque su conducta haya sido intachable. Lo único que los exime es la culpa de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor. Su propia prudencia, en cambio, no los absuelve.

Por ende, la demandada apelante sólo podría haberse eximido acreditando categóricamente que el evento o el daño ocurrieron por alguna causa extraña a ella (incluso podría exigirse una causa calificada, es decir impropia de la actividad o cosa en sí). Pero ninguna de sus críticas demuestra la interrupción del nexo causal.

Así, ha puesto énfasis en la supuesta negligencia de la víctima por omisión de cortafuegos y de limpieza de vegetales combustibles en su propio predio, pero eso no fue planteado al contestar la demanda (fs. 204/207), a diferencia de lo ocurrido en la causa acumulada ("Gastaldi"). Como sea, tampoco ha invocado concretamente de qué pruebas surgirían esas omisiones ni -lo más importante- cuál habría sido su incidencia causal. Por lo tanto, no es una crítica atendible.

Lo mismo cabe para el planteo realizado en esta instancia con relación a la presunta incidencia del viento. En cualquier caso, no ha indicado la apelante las pruebas específicas de un viento con dotes de fuerza mayor, vale decir absolutamente imprevisible, extraordinario (artículo 514 del CCiv); de modo que esa crítica tampoco es atendible.

Además, toda eximente de una responsabilidad objetiva debe configurarse y acreditarse

estrictamente, para no desnaturalizar el régimen. Quienes son demandados por el riesgo de una cosa deben probar claramente alguna de las eximentes para desvirtuar la presunción legal, ya que no alcanza con sembrar dudas. La introducción del riesgo en la vida social reduce la seguridad y justifica un severo régimen de responsabilidad.

La recurrente también ha dicho que el incendio fue ocasional, pero ello tampoco es atendible porque no importa si el evento provocado por la cosa riesgosa ha sido accidental o no. En cualquiera de los casos el guardián debe responder siempre que no demuestre ninguna de las causales ya indicadas.

En fin, ninguna de las críticas es atendible.

6º) Que lo dicho es suficiente para rechazar los planteos analizados hasta aquí, e imponer las costas de esta segunda instancia a la demandada por no existir razones para soslayar la regla general del resultado (artículo 68 del CPCCRN).

7º) Que también corresponde rechazar las apelaciones interpuestas contra la regulación de honorarios por el demandante -por altos- (fs. 452), por sus letrados -por bajos- (fs. 452), y por la demandada -por altos- (fs. 469).

Ninguno de ellos ha cuestionado concretamente la base, ni los porcentajes aplicados, ni el método de cálculo; pautas que, por el contrario, lucen razonables y acordes a las tareas desarrolladas, razón por la cual corresponde confirmar la regulación.

8º) Que los honorarios de segunda instancia del Dr. Hugo Ansaldi (abogado del demandante), comprensivos de todo lo resuelto en la presente, deben regularse respectivamente en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia, de acuerdo con la naturaleza del asunto y la importancia, calidad y resultado de las tareas (artículo 6, ley G 2212), que justifican las proporciones indicadas (artículo 15, ley citada).

9º) Que los honorarios de segunda instancia del Dr. Guillermo Harari Nahem (abogado de la demandante) deben regularse 25 % de lo regulado a los letrados de dicha parte por los trabajos de primera instancia, de acuerdo con la naturaleza del asunto y la importancia, calidad y resultado de las tareas (artículo 6, ley G 2212), que justifican la proporción indicada (artículo 15, ley citada).

10º) Que, en síntesis, propongo resolver lo siguiente: I) RECHAZAR la apertura a prueba y la acumulación pedidas por la demandada (fs. 504/506). II) CONFIRMAR la sentencia del 25/06/2014 (fs. 473/478) en cuanto fue apelada por la demandada (fs. 484). III) CONFIRMAR la regulación de honorarios efectuada en la misma sentencia (fs. 473/478) en cuanto fue apelada por el demandante (fs. 452), por sus letrados (fs.

452) y por la demandada (fs. 469). IV) IMPONER a la demandada las costas de lo resuelto en los puntos I y II de la presente. V) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Hugo Ansaldi (abogado del demandante), comprensivos de todo lo resuelto en la presente, en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia. VI) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Guillermo Harari Nahem (abogado de la demandada), comprensivos de todo lo resuelto en la presente, en el 25 % de lo regulado en favor de los letrados de dicha parte por los trabajos de primera instancia. VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. VIII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

A la misma cuestión el Dr. Cuellar dijo:

Por iguales fundamentos a los expresados por el Dr. Riat adhiero a su propuesta, aunque advierto que strictu sensu el recurso del MUNICIPIO sobre la cuestión principal está técnicamente desierto.

En efecto: no sólo que ninguna de las críticas del MUNICIPIO son atendibles sino que técnicamente no son tales.

En un precedente de esta Cámara, con su actual composición (in re "FRUCHTENICHT", SI del 16-5-14), se hizo un somero pero dirimente racconto de lo que debiera ser una expresión de agravios en los siguientes términos pertinentes al sub lite por analogía situacional:

El memorial presentado por un recurso en relación debe necesaria y fatalmente representar un ataque tendiente a la destrucción del fallo en la parte que el apelante entiende que lo perjudica. El hecho que la crítica sea razonada importa que debe contener fundamentos y una explicación lógica de los motivos por los cuales el Juez hubo errado en su decisión. El memorial constituye la demanda con que se inicia la instancia, de forma que sin ella no hay juicio de apelación (Costa, E., "El recurso de apelación", p. 152). En la vía de apelación (impugnación por errores in iudicando) la fundamentación del memorial trata uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos fue errada (porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, incompleta, se omitieron considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es incorrecta (porque no se aplican las normas previstas, su alcance es distinto, etc.). Cuando el memorial no contiene los elementos mínimos necesarios para su procedibilidad el recurso debe declararse desierto, ya que en tal caso la impugnación realizada carece de eficacia suficiente. La ley requiere un análisis razonado y crítico del fallo, es decir la demostración de los motivos que se tienen para

considerarlo equivocado, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa no puede haber agravio que atender en la Alzada pues, por falta de suficiencia técnica, no existe su cabal expresión. La autonomía en el propósito revisor impide que la expresión de agravios se autoapoye en un indebido reenvío a consideraciones anteriores, porque se trata de satisfacer una carga técnica temporalmente única y concentrada. Como casi siempre es más difícil hacer un fallo que anotar el esfuerzo rectificatorio que se busca en la Alzada para obtener su modificatoria o revocación debe ser concreto, circunstanciado, razonado, crítico, objetivo, serio y adecuadamente motivado. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado, o sea que debe decirse cuál es el agravio. Y lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones, es decir que debe exponerse por qué se configura el agravio. La ley requiere primero que el apelante seleccione el argumento del discurso del Magistrado que constituya la idea dirimente por conformar la base lógica de la decisión, luego que señale cuál punto del desarrollo argumental ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o interpretación jurídica que llevaran al ulterior desacierto concretado en la sentencia; si el memorial no se formula así resulta derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la sentencia todavía no examinada. Hay así una necesidad imperiosa por parte del recurrente de exhibir los fundamentos de las propias críticas como único medio de posibilitar el contralor jurisdiccional propio de la 2a. instancia; si falta ese juicio de ponderación razonado, si faltan esas argumentaciones, la Alzada carece del material indispensable para confrontar los argumentos del Juez a quo con los que -de contrario- aduce el apelante. El memorial debe autoabastecerse lo cual implica que el agravio debe demostrarse en el mismo escrito en que se expresa pues el recurso debe bastarse a sí mismo; sin que quepa remitirse a los argumentos sostenidos en 1a. instancia, ya que ello no cumplimenta la carga de rebatir pormenorizadamente los fundamentos básicos esenciales que sirven de apoyo a la sentencia. La remisión a presentaciones anteriores o su reproducción o las simples manifestaciones, por resultar inoficiosas y haber sido ya juzgadas, no suplen la formulación de una impugnación categórica y específica del pensamiento del Juez; deficiencias todas ellas que no pueden ni deben suplirse de oficio por la Alzada porque la carga de agravarse como marca la ley es un imperativo del propio interés del recurrente. El memorial, entonces, debe alcanzar un mínimo de suficiencia técnica, desarrollando en forma completa y acertada argumentos que patenten la pertinencia de lo aseverado e ingresando en un análisis

integral de los presupuestos fáctico-jurídicos que desarrolló el Juez, para evitar la deserción. Si el agravio constituye una reproducción casi literal de una presentación anterior, o la queja se insinúa con fundamento en lo expresado antes de la sentencia, no hay crítica concreta ni razonada; es que no cabe repetir argumentos manidos ni perseverar en una copia de escritos, sino tomar cuenta racionalmente de lo dicho por el Juez para rebatirlo con nuevas ideas. En fin: así como no corresponde auspiciar una postura rígida que se amuralle en escrúpulos teñidos de ceremoniosidad, del mismo modo tampoco procede una libérrima actitud oficiosa que -superando a la justicia rogada- termine provocando una lesión disfuncional al principio de bilateralidad. Como correlato forzoso de la aplicación de los principios expuestos precedentemente, la deficiencia del memorial trae aparejado el consentimiento tácito de la sentencia en crisis. Cuando el memorial carece de suficiencia técnica, como sucede si se limita a reproducir consideraciones o fundamentos formulados en escritos anteriores y hacer una impugnación del fallo en términos generales sin exponer las causas por las que se lo considera equivocado, el mismo no alcanza a reunir el nivel mínimo y conduce a la deserción. En suma: no obstante el criterio restrictivo que rige en torno a esta sanción si el escrito no cumple de modo manifiesto la carga procesal referida a la necesidad de articulaciones razonadas, fundadas, y objetivas sobre errores de la sentencia, puntualizados mediante un análisis crítico de tal forma que la misma ha de perder su jerarquía de verdad conclusiva, fatalmente debe llegarse a declarar su deserción (cf. in extenso Falcón, E., "Código...", T° II, págs. 422 y sgts.; Morello, A. y Otros, "Códigos...", T° III, págs. 332/375; Palacio, L., "Derecho procesal civil", T° V, págs. 599 y sgts.; Carrió, G., "Cómo argumentar y estudiar un caso frente a un Tribunal", Rev. Jus, La Plata, N° 25, p. 43; Alsina, H., "Derecho Procesal", Vol. IV, p. 389/390; Ibañez Frocham, M., "Tratado de los recursos en el procesio civil", p. 43; etc.).

Luego: contrastando tal orden ideario resulta evidente cómo el MUNICIPIO omitió realizar todo mínimo cuestionamiento cali y cualificado a las sucesivas premisas en las cuales el Juez apontocara su decisión, de responsabilizarlo por las consecuencias del incendio acontecido en el basurero bajo su dominio y/o guarda del que fuera víctima el Sr. ANGELANI, en tanto y cuanto limitó el alcance de su memorial a puras discrepancias subjetivas mixturándolas con cuestiones no propuestas al Juez de grado (v.gr. omisiones de los vecinos) o meramente dogmáticas (v.gr. ocasionalidad del siniestro), pero sin dotarlo de la imprescindible mínima suficiencia técnica irrumpiendo así como única posibilidad la referida deserción (arts. 265 y 266 Código Procesal); en

orden a lo cual véase que el núcleo dirimente meritado por el Juez de grado para condenar al MUNICIPIO estuvo dado, de un lado, por una correcta aplicación de la prueba indirecta de indicios y/o presunciones a las plurales circunstancias acreditadas para concluir que el incendio efectivamente se desató en el basural y, de otro, a partir de tal presupuesto también hizo una correcta aplicación del derecho vigente trasuntado en la especie por la responsabilidad objetiva derivada del riesgo creado y agravado por omisión (art. 1113 Código Civil).

Obiter dictum tomando puntual cuenta de los varios disvaliosos antecedentes meritados por el Juez a quo no puede caber ningún tipo de duda mínimamente seria y razonable sobre que el incendio era un final anunciado, que como tal hubo debido ser previsto de manera cali y cualificada y por tanto evitado ya que se trata de un lugar intrínsecamente riesgoso y/o peligroso.

Ya como Juez de grado tuve oportunidad de aludir al concepto de guardián y a sus distintas modalidades (cf. caso "TAGLE") en los siguientes términos:

Definir la figura del guardián no ha sido tarea fácil. La ley menciona a quien se sirve de las cosas o las tiene a su cuidado (art. 1113 cit.). Según algunos se hace referencia al guardián jurídico que es quien tiene la obligación impuesta por la ley de cuidar la cosa, de impedir que ella pueda lesionar y quien tiene una verdadera facultad de dirección; pero debido a las nefastas consecuencias inmediatas tal posición hubo quedado en franca minoría (Pizarro, F., "Responsabilidad civil", p. 359; Mazeaud, H. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Vol. 2, T° I, p. 1159 y sgts.). La opinión doctrinario-jurisprudencial mayoritaria sigue el criterio de la dirección intelectual predominante en el derecho francés, que considera que es el poder de dar órdenes relativas a la cosa o el poder de mando sobre ella o bien la autoridad ejercida o, en fin, el poder independiente de dominio y dirección; lo que caracteriza al guardián es el poder independiente de mando, de dirección y control sobre la cosa, la persona que tiene de hecho un poder efectivo de vigilancia y gobierno sobre la cosa (Brebba, R., "Accidentes de automotores", p. 38, y "Problemática jurídica de los automotores", T° 1, p. 93; Llambías, J., "Obligaciones", T° IV-A, N° 2585). Y para una tercera corriente guardián es quien se aprovecha, usa y se beneficia, económica o personalmente de la cosa (Spota, G., "El concepto jurídico de guardián" LL 9-714; Salas, A, "El responsable por los daños causados", JA 54-570; Borda, G., "Obligaciones", T° II, N° 1467). No debe perderse de vista que nuestra ley no recoge un concepto unívoco sino que admite una doble línea de legitimados pasivos: aquellos que

tienen la dirección de hecho y los que reciben un beneficio económico, es decir se atiende a dos pautas como son servirse de la cosa y tenerla bajo el cuidado; mientras servirse de la cosa entraña un concepto indiscutiblemente económico, ya que se sirve de ella quien le saca beneficio o la aprovecha, en cambio tenerla bajo el cuidado induce al control, a la dirección y a las facultades (Trigo Represas, F., "Dueño y guardián en la responsabilidad por el hecho de las cosas" en "Estudios de Derecho Civil", p. 540). Cuando el provecho y la guarda no se superponen no hay por qué dar prevalencia a una situación sobre la otra, que es lo que hacen la mayoría de los autores (v.gr. Salas, A., ob. cit.); por el contrario hay que estimar que es guardián tanto el que se sirve de la cosa como el que la tiene a su cuidado, pues no otra cosa significa la conjunción disyuntiva "o" contenida en la norma (Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil" , T° 5, p. 471). Inclusive puede haber hasta supuestos de guarda compartida cuando varias personas se sirven en común de una misma cosa o asumen de ese modo el cuidado de ella: en tal caso todos son guardianes porque no hay diferencia en cuanto al poder de gobierno y dirección de la cosa que cada cual ejerce (Borda, G., "Obligaciones", T° II, n° 1473). El fundamento de la responsabilidad del guardián radica pues en la culpa en la guarda cuando el daño es causado por el hecho de la cosa, ya que la ley reprocha que aquél se sirviera de la cosa en un estado potencialmente dañoso del cual deriva el perjuicio ajeno o bien que haya cuidado (descuidado) la cosa de manera impropia o ineficiente. A su vez el guardián puede eximirse de responsabilidad si prueba que la verdadera causa del daño reside en una causa extraña a él, a saber: caso fortuito o fuerza mayor o culpa de la víctima o de un tercero.

Así pues para lo que aquí y ahora interesa establecer resulta del todo irrelevante que el MUNICIPIO tratara de desviar la atención hacia otras cuestiones sin ninguna incidencia causal adecuada con el hecho, ya que en cualquier caso su responsabilidad como dueña y/o guardiana está prevista ope legis por la ley (art. 1113 cit.) con arreglo a que su poder controlante y/o vigilante sobre el vertedero la obligaba incluso a no tolerar pasivamente (omisión relevante) la secuencia de hechos que precedieron el desenlace; por eso y por haber incurrido al menos en culpa en la guarda del lugar es que debe responder por el daño causado al Sr. ANGELANI.

Y si bien todo lo precedentemente meritado es más que suficiente para decidir la suerte negativa del recurso principal como un aporte más, si cabe, al ya hecho por mi colega me permito la licencia de recordar distintas orientaciones que hube consignado en varios otros casos como Juez de 1a. instancia tanto con relación a la culpa de la víctima

como a la omisión de ejercitar el poder de policía y al riesgo derivado de la anormal disposición de cosas inertes (cf. lading case "QUINTANA", SD 11/95, y sucesivos "MELLADO", "VAZQUEZ", "GONZALEZ" y "PAINEMIL") también en los siguientes términos pertinentes al sub lite por analogía situacional:

¿Pudo haber en el "sub lite" algún grado de culpa de la víctima?

Baste consignar en este sentido que la conducta de la víctima sólo tiene trascendencia liberatoria cuando ha influido causalmente en el mismo momento de producirse el hecho generador de los daños, especialmente cuando fue su causa directa, inmediata, adecuada y exclusiva (cf. Cammarota, J., "Responsabilidad extracontractual", Tº I, pág. 232; Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños", Tº III, pág. 62; Colombo, C., "Culpa aquiliana", Tº II, p. 74; idem caso "GOLDEMBERG", SD del 4-7-08, del Juzgado Civil y Comercial N° 3). No debe haber por consiguiente provocación alguna del hecho por el demandado, pues de otro modo la acción de la víctima sería una consecuencia del acto del ofensor; la culpa debe ser autónoma y no derivada de la conducta del otro (Orgaz, A., "La culpa", pág. 89). Aunque resulte una perogrullada conviene recordar que se requiere culpabilidad de la víctima para que la exoneración del presunto responsable se vuelva operativa. Y finalmente la prueba de dicho supuesto liberador debe ser certera y clara, pues no sólo se trata de un hecho impeditivo de incumbencia de quien lo alega (aquí el MUNICIPIO) sino que además constituye una excepción al régimen de responsabilidad.

Me permito incluso recordar, como hiciera en tantos otros precedentes (cf. v.gr. caso "SOTO BURGOS", SD del 22-6-05, o el mucho más reciente "FRANZE", SD del 22-9-08), que de ordinario a la configuración de la culpa concurrente se suele arribar mediante un proceso telético conceptualizado doctrinaria y jurisprudencialmente como supresión mental hipotética sucesiva según el cual, en esencia, si no cabe prescindir de la incidencia causal de las conductas desarrolladas por ambos conductores, tal como se han dado, para llegar al disvalioso resultado final es porque cada una de ellas, de manera independiente, determinó dicha relación causa-efecto y, a la vez, se complementó con la restante. Con otras palabras: la conducta de cada una de las partes intervinientes debe ser condición indispensable para que se materialice el perjuicio, por haber sido recíprocamente eficaz y autónoma al efecto. Nada de lo cual, insisto, puede predicarse en el sub lite con relación al Sr. MELLADO quien absolutamente nada que ver tuvo en el iter causal del accidente debido a su anodina actitud.

Pero además la ineludible responsabilidad resuelta en este caso con relación a la

MUNICIPALIDAD queda todavía más patentizada si recurrimos a algunas pocas referencias conceptuales (pues trátase de materias virtualmente inagotables por su enjundia) atinentes a la función del Estado, a sus poderes y roles en el ámbito de su actuación, a las omisiones del Estado administrador, al Estado como persona jurídica y a la responsabilidad del Estado por omisión de los deberes de contralor o vigilancia y al poder de policía.

Existe liminarmente una imperiosa necesidad de precisar la función (objetivos o fines) del Estado para deducir de allí su eventual responsabilidad pues, en efecto, a nadie podemos imputar responsabilidad sin previamente dejar establecido con toda claridad cuáles son sus roles, qué debió hacer y no hizo y para qué existe la institución. Se trata de las funciones o fines del Estado (Martínez Paz, E., "Manual de Derecho Político", p. 254; Fayt, C., "Derecho Político", Tº I, p. 313; cf. in extenso Sabine, G., "Historia de la teoría política", FCE, México).

Para unos la función del Estado fue siempre la de perfeccionar al hombre ya que es un ser imperfecto y sólo en sociedad puede alcanzar su perfección (Aristóteles). Otros consideraron que el fin del Estado sólo es establecer el Derecho y hacerlo regir en sociedad (Duguit). Hay quien aseguró que el Estado, a través de pactos mutuos, apunta a asegurar la paz y la defensa común (Hobbes, T. "Leviathan", 2a. parte, Cap. XVII). Hay quien, en fin, juzgó que la función o acción del Estado debe ser esencialmente social, pues consiste en organizar y poner en actividad la cooperación en el territorio (Heller, H., "Teoría del Estado", p. 228). Y quien sostuvo que el fin del Estado, es decir la razón de ser de su existencia, consiste en favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común; fines estos que no son transitorios o circunstanciales, sino permanentes y universales (Jellinek, G., "Teoría General del Estado", p.197). En el ámbito local se ha sostenido que los fines propios del Estado no pasan de ser funciones subordinadas y adecuadas a la realización de fines humanos colectivos e individuales (Sanchez Viamonte, C., "Manual de Derecho Constitucional", p. 122). También que los fines estatales son: su propio engrandecimiento (doctrina del poder); la formación moral de los individuos (doctrina de la moral); religiosos (doctrina de la religión); la prosperidad de sus habitantes en general y de sus ciudadanos en particular (doctrina del bienestar); jurídicos porque el Estado cumple el Derecho y éste a su vez en el Estado (doctrina del estado de derecho) (Linares Quintana, S., "Gobierno y administración de la República Argentina", Tº I, págs. 22 y sgts.).

Sea como fuere (excedería el fin de esta sentencia ahondar más en la materia) convengamos que si por su propia naturaleza el Estado es una sociedad (agrupamiento humano con un objetivo) tiene que tener un fin que no es otro, en términos generales, que procurar el bien común; y el conjunto de actividades que llevan a la sociedad a ese bien común que es su objeto es lo que se conoce como funciones al servicio de fines humanos. El bien común presupone la protección de los bienes individuales y colectivos en orden a lo cual irrumpen el Derecho como representación de un orden justo, voluntario y libre, y la consiguiente ordenación de la convivencia. La función social del Estado es una cuestión de capital importancia, de donde lo normal y natural es que el Estado deba atender, dentro de sus fines y funciones, a todo lo concerniente con el respeto a la persona humana, a su desarrollo, a su dignidad, a su salud, al cumplimiento de sus proyectos, a su vida de relación, al goce de los bienes y a su seguridad personal; lo cual a su vez se interrelaciona con la plena realización de la personalidad humana, como fin constitucional esencial del Estado de derecho, mereciendo especial referencia con arreglo a las circunstancias relevantes del caso los derechos a la vida, a la seguridad, a la integridad, a la preservación de la salud y al bienestar todos ellos pluralmente consagrados, como es bien sabido, en las Constituciones Nacional y Provincial y en los tratados y convenciones internacionales que son derecho positivo vigente.

Obviamente subyace en toda la cuestión la conocida dicotomía entre la concepción liberal y la social del Estado. Varias veces se advierte e insiste en la ausencia del Estado en el cumplimiento de las políticas esenciales, lamentando una visión reduccionista de la realidad que la "religión del mercado" impone a nuestros gobernantes, y provocando que el único criterio valorativo sea el economicista. Lo necesario reemplaza casi siempre a lo correcto. No importa la justicia de la demanda social, ya que sólo hay presupuesto para el gasto que admite el modelo económico (Hutchinson, T., "La emergencia económica", Rev. Derecho Público, N° 2002-1, y también "La emergencia y el Estado de derecho", págs. 27 y sgts.). Ocurre que la emergencia económica como consecuencia del estado de necesidad ha llegado a ser entre nosotros algo permanente (Crivelli, J., "La emergencia económica permanente", ob. y loc. cit.; Labanca, J., "Notas sobre la legislación monetaria de emergencia", p. 321; Gozaíni, O., "La interpretación judicial de la emergencia", p. 187), dispuesta como panacea o solución a los problemas generados por todos los últimos gobiernos habidos en el país. La cuestión pasa en consecuencia por ajustar la denominada emergencia a la realidad del país y evitar los

abusos y excesos en su invocación, que concurren a deteriorar el Estado de derecho y en muchos casos hace irrisoria la responsabilidad económica estatal (cf. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños-Responsabilidad del Estado", Tº X, p. 34).

En el ámbito de la actuación del Estado, con arreglo a sus poderes y roles, conviene prevenir que la responsabilidad por daños protege también a la víctima de un daño injusto causado por aquél y es diferente de otras responsabilidades en las que puede incurrir (v.gr. moral, social, política, administrativa, etc.). En un país federal como el nuestro (en la pura teoría pero no por cierto en la práctica ya que campea un unitarismo de hecho) no puede obviarse el distingo entre responsabilidad del Estado nacional, del Estado provincial y del Estado municipal por todo aquello que es incumbencia de cada uno. No perdamos de vista que el Estado, sea el de la privatización y la desregulación que signara la década de los 90 o el actual de las neoestatizaciones, es un importante dañador pues su actuación u omisión es fuente de frecuentes y graves perjuicios para los particulares. Tampoco que hoy el hombre rechaza todo menoscabo o lesión. Y que en consecuencia la preferencia por los gobiernos democráticos no se basa en las propias reglas sino sobre la esperanza de que esta forma de gobierno contribuirá al bienestar común e individual y a otros fines deseables; la capacidad de los gobiernos para producir tales fines se considera como un elemento destacado en lo que hemos llamado aceptación de las reglas legitimadas que, como reglas formales, deben validarse en sí mismas (Claus, O., "Contradicción del Estado de bienestar", p. 123). El Estado sólo puede actuar conforme a una vía jurídica y sólo entonces puede desarrollar actividad legítima (Hisse, M., Rosello, G. y Ghersi, C., "Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el resarcimiento de daños", JA 1997-III-1160). El problema central en la reparación de daños por actos del Estado es la distribución del daño soportable por la comunidad en pos de la convivencia (Kammerman, S y Kahn, A., "La privatización y el Estado benefactor", p. 11). Se menciona así el "riesgo" como contrapartida de la "reparación del daño individual", es decir el peligro de dañosidad que las personas deben soportar sin posibilidad de promover acciones indemnizatorias. La fijación del umbral del riesgo y el daño entre lo individual y lo social es determinante pues tiene que ver con el deber de garantía social, es decir la razón por la cual todo ser humano está dispuesto a ceder parte de su libertad por una medida óptima de seguridad; lo cual equivale a decir ¿qué daños causados por el Estado deben repararse y cuáles soportarse como precio de la convivencia? La Corte Suprema ha entendido, en distintos fallos, que la función de seguridad se relaciona precisamente con

el control del daño y su evitación a los habitantes.

La fundamentación acerca del deber de reparar los daños causados a cargo del Estado dañador descansa en variados criterios superadores. El que se apoya en los principios generales del derecho y especialmente en el Estado de derecho y sus postulados, cuya finalidad precisa es proteger el derecho (Marienhoff, M., "Fundamento actual de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público", posición compartida por otros administrativistas como Bullrich, Palazzo y Fiorini). El que, sin abandonar los principios, pone el acento en la actividad del Estado en bien de la colectividad entera y recuerda, en especial, que el Estado es el asegurador del riesgo social con base en la equidad (Duguit, L., "Las transformaciones del derecho público", posición compartida por Linares Quintana y Waline, M. "Droit Administratif", Paris, 1963). El que también desde los principios sostiene que la responsabilidad del Estado tiene como fundamento los derechos adquiridos por los particulares (Gierke, O. "Naturanrecht und deutsche Recht", Berlín, 1902; De Estrada, J., "Responsabilidad del Estado por actos legislativos discrecionales", ED 102-843). El que atiende a la normativa constitucional (arts. 14 a 20 CN) y considera los derechos individuales que el Estado no puede alterar (Gordillo, A., "La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública", 1959); como una variante del cual se alude a la imperatividad consecuente (arts. 31 y 116 CN). El que propicia un fundamento único consistente en el restablecimiento de equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado (Cassagne, C., "La responsabilidad del Estado por omisión", LL 1989-C-512). El que repara en la llamada teoría del sacrificio especial que funda la responsabilidad en la existencia de un perjuicio desigual y desproporcionado en cabeza de un individuo respecto de los demás integrantes del grupo social (Bianchi, O., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", p. 136). El que finca la responsabilidad estatal en la justicia distributiva como distinta de la conmutativa y apta para resolver desde el Estado cuestiones que tienen que ver no sólo con el derecho sino con la política y las finanzas (Barra, R., "responsabilidad del Estado", ED 122-859). Y, en fin, la teoría de la expropiación que recurre al derecho de propiedad como fundamento de la responsabilidad del Estado, aunque concluye en una indemnización acotada (Consolo). En homenaje a la regla o principio implícito de lógica jurídica cabe recordar las palabras de muy calificada doctrina comparada:

"Puede parecer ocioso insistir sobre la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad civil de la administración. Desde el punto de vista jurídico lo que sería

preciso justificar es la solución contraria, es decir el principio de una inmunidad de la administración respecto a la responsabilidad derivada de daños causados por su actuación (u omisión); esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepitosamente, y no es posible ya encontrar un sólo argumento objetivo que abone el postulado de la irresponsabilidad. La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la administración no es, ni tendría razón alguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma instrucción a las personas privadas" (García de Enterría, E., "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa" Madrid, 1984, p. 159; con razón afirma Mairal, H., "Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado", págs. 367 y sgts.: de nada sirve tener un sistema de responsabilidad del Estado muy generoso en teoría si después el monto de la sentencia es muy reducido).

En orden a los criterios acerca de la responsabilidad del Estado se percibe definidamente un auspicioso tránsito desde la irresponsabilidad, con sustento en la soberanía o en el obrar en beneficencia (el Estado no es quien actúa), hasta la consagración de la responsabilidad, sólo del funcionario o sólo del Estado o concurrente o solidaria entre ambos, pasando de la responsabilidad civil a la administrativa y considerando las razones invocadas para la configuración de una responsabilidad pública o de derecho administrativo. Significativa trascendencia en este aspecto revisten las razones para postular una responsabilidad por daños única que alcance al Estado, ya que no hay motivos valederos o suficientes para duplicarla y de hecho hoy la doctrina de la doble responsabilidad estatal es unánimemente rechazada (cf. Mosset Iturraspe, J., ob. cit., págs. 77 y sgts.). "Ut infra" veremos el Estado es una persona jurídica necesaria que debe actuar al conjuro del hilo de la ejemplaridad. En el Estado de Derecho es excepcional su actuar como "poder público soberano".

El Estado es una persona jurídica, sea nacional o provincial o municipal, y la ley civil la equipara con la persona física en orden a su capacidad de derecho y a su responsabilidad.

Es un hecho contemplado por el derecho que la actividad del Estado puede causar daños resarcibles. Cuando tales daños no se originan en el incumplimiento de obligaciones convencionales se puede hablar de responsabilidad extracontractual del Estado, la cual puede originarse en actos u omisiones de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La actuación de cualquiera de estos poderes debe siempre ser imputada al

Estado pues en cada caso concreto debe verse a éste actuando a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno (Marienhoff, M., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº IV, págs. 690/691). En nuestro sistema constitucional a la responsabilidad del Estado Nacional debe aditarse la de los Estados Provinciales y Municipales, así como la de las entidades autárquicas; por eso cuando mencionamos al Estado lo hacemos en sentido lato comprensivo de todos los entes de carácter público.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado resultan aplicables el derecho administrativo o el derecho civil, según sea el ámbito en que aquél haya actuado. Si bien en la actualidad es unánimemente rechazada la doctrina de la doble personalidad de los entes públicos (arg. art. 33 Cód. cit.), por ser indivisible su subjetividad, ello no es óbice para que se les reconozca una doble capacidad: aptitud suficiente para desenvolverse o actuar en el campo del derecho público o del derecho privado (Marienhoff, M., ob. cit., Tº I, pág. 364) pudiendo obrar como poder público soberano o en pie de igualdad con los particulares. Será pues aplicable en el primer caso el derecho público y en el segundo el privado (Marienhoff, M., ob. cit., Tº IV, pág. 719; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", Tº I, págs. 228 y sgts.; Reiriz, G., "responsabilidad del Estado", págs. 25/26; Mosset Iturraspe, J., ob. cit., Tº II-B, págs. 320/321; Nota de Vélez a los arts. 33 y 34 Cód. cit.). Pero aún en aquellos casos en que la responsabilidad del Estado debe regirse por el derecho público resulta aplicable por analogía la ley civil, por no existir normas específicas de derecho administrativo que lo resuelvan (Spota, A., "Los daños causados por los bienes públicos y la responsabilidad extracontractual de la administración", LL 15-48). De ahí que nuestros Tribunales aplicaran en muchas ocasiones normas civiles sin distinguir claramente los actos de imperio y los actos de gestión del patrimonio estatal (C.Paz Capital Federal, Sala III, 9-5-39, LL 15-48; CSJN, 11-4-75, LL 1975-C-67 con nota de Fiorini, B., "La ilicitud y la responsabilidad de la administración pública"); además cabe agregar que la distinción entre actos de imperio y de gestión no es absoluta, ya que existen multiplicidad de casos en los cuales el imperio es inseparable de la gestión y viceversa (cf. Salvat, R., "Tratado de Derecho Civil Argentino - Fuentes de las obligaciones", Tº IV, pág. 293).

Empero la obligación del Estado de reparar los daños causados por sus actos de imperio sólo ha sido reconocida después de una larga evolución histórica. El antiguo precepto anglosajón *the King can do no wrong* fundamentó durante siglos la irresponsabilidad del Estado amparada en razones de soberanía. Pero el moderno estado de derecho superó aquel rígido esquema: nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad

(Bullrich, A., "Curso de derecho administrativo", Tº II, pág. 181). El estado creador de la ley no está por encima de ella sino autorregulado por ella (Acuña Anzorena, A., "La responsabilidad extracontractual del poder público", LL 24-459). La doctrina y la jurisprudencia nacionales debatieron largamente sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sosteniendo autores de nota que el mismo no existe y que el Estado responde cuando una ley formal establezca a su cargo una obligación indemnizatoria (Bielsa, R., "La responsabilidad del stado y la responsabilidad de los funcionarios", LL 24-82) en lo que inicialmente coincidieron los Tribunales hasta que, finalmente, se adoptó una línea que al presente es cada vez más amplia y protectora de los derechos de los particulares damnificados por el Estado (CSJN, "DEVOTO C/ GOBIERNO NACIONAL", 22-9-33, JA 43-417). Actualmente la responsabilidad de la administración pública se fundamenta en el estado de derecho y se basa en las garantías constitucionales que lo establecen. Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad, de los habitantes del país constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos (CSJN, 6-11-22, Fallos 137:254), razón por la cual la responsabilidad estatal no ha menester de ninguna ley que expresamente la determine (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 17-9-70, LL 143-561); hay actos realizados por el Estado en carácter de poder público que siempre lo responsabilizan en virtud del principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad (CNCiv., Sala C, 19-7-68, LL 134-132). Y más recientemente se ha fundamentado la responsabilidad resarcitoria del Estado en el principio general de derecho que establece que todo aquel que causa un daño a otro debe repararlo (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 14-5-74, LL 155-463).

Por lo mismo meritado viene a cuento recordar lo atinente a la actividad policial (policía y poder de policía), que constituye una materia cuyo concepto y contenido aparecen imprecisos, de lo cual también se hizo eco la doctrina.

Así hoy ya se conceptualiza el poder de policía como una potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes (Marienhoff, M., ob. cit., Tº IV, pág. 514).

Conceptualmente policía y poder de policía son considerados como cosas o valores distintos y de ahí las marcadas diferencias que se observan en el mundo jurídico: por de pronto no es igual en Europa que en América, pues mientras en aquélla el concepto es restringido ("narrow") en cambio en ésta es amplio ("broad and plenary"). La propia

Corte Suprema evolucionó en su concepción del poder de policía. Originariamente consideró incluido en él la facultad de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad públicas sosteniendo así el criterio restringido aludido (in re "EMPRESA PLAZA DE TOROS", 13-4-1869, Fallos 7:150). Pero luego la Corte amplió su concepto sobre poder de policía sosteniendo que el Estado no sólo tenía la obligación de atender a la seguridad, salubridad y moralidad públicas, sino que también tenía el deber de proteger los intereses económicos de la comunidad (cf. "ERCOLANO", 28-4-1922, Fallos 136:161); de tal modo abandonó el criterio restringido de policía para adoptar el amplio, temperamento que mantiene hasta hoy día.

En el derecho argentino el fundamento jurídico del poder de policía radica en el carácter relativo y en modo alguno absoluto de las prerrogativas del individuo, como la libertad y la propiedad (Villegas Basavilbaso, F., "Derecho Administrativo", Tº 5, págs. 103/105).

Las normas de policía tanto pueden imponer obligaciones de hacer como de no hacer. Si bien son más frecuentes las obligaciones negativas excepcionalmente pueden consistir en obligaciones positivas. Sólo se requiere que la medida exigida sea justa y razonable (Bielsa, R., "Derecho Constitucional", p. 457).

El muy amplio campo susceptible de ser objeto del poder de policía, su contenido tan vasto y heterogéneo, correlativamente se presta a diversas clasificaciones, interesando a las circunstancias del caso aquí dada la orientada por razón de la jurisdicción según la cual puede ser nacional, provincial y municipal como consecuencia de nuestro sistema político-jurídico de gobierno. En el orden municipal las Provincias atribuyen a las Municipalidades la competencia necesaria para estatuir sobre diversas expresiones del poder de policía.

El ejercicio del poder de policía por sí solo no da lugar a resarcimiento ni genera responsabilidad del Estado por los perjuicios resultantes, pues éstos en tal caso no significan otra cosa que efectos de las lícitas y normales limitaciones al respectivo derecho del administrado: menoscabos semejantes no constituyen jurídicamente daños resarcibles. Pero esto se refiere al ejercicio regular del poder de policía. Si en cambio se tratare de un ejercicio irregular es evidente que los daños serían indemnizables, sea por el propio Estado o por sus agentes que hubieren intervenido; concurrirían aquí los requisitos que fundamentan jurídicamente la responsabilidad en general: la culpa. De manera que los menoscabos que reciba el habitante por el ejercicio lícito y regular del poder de policía por parte del Estado no lo hacen responsable; en cambio sí es

responsable por el ejercicio irregular de dicho poder (Demogue, R., "Des obligations en général", Tº 5, págs. 591/592, París, 1925; Velasco Calvo, F., "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", Tº I, págs. 164 y 168; Fiorini, B., "Poder de policía", p. 320).

Veamos pues en concreto aquello atinente a lo que el Estado "no hace" debiendo efectuarlo, es decir la responsabilidad del Estado por omisión de los deberes de contralor o vigilancia en lo cual subyace el siguiente interrogante: ¿Qué ocurre cuando el Estado debe controlar por mandato legal y no lo hace?

La corrupción o el simple mal manejo o la gestión ineficiente o improductiva, vicios todos lamentablemente muy comunes en nuestra democracia vernácula, requieren de un seguimiento que se denomina control o vigilancia (en el ámbito nacional está vigente la ley 24.156 denominada Ley de Administración Financiera y de Sistemas de Control del Sector Público Nacional) que el Estado, en todas sus formas, directamente omite cumplir. Francamente pululan hoy en Argentina, cual máxima expresión de la disnomia cultural que nos corroe, innumerables supuestos de tareas de contralor y de su abierto incumplimiento por parte del Estado en cualquiera de sus formas (v.gr. quiebra de entidades financieras que el B.C.R.A. -ente oficial de contralor- debía vigilar y no lo hizo o lo hizo irregularmente; entidades aseguradoras que la Superintendencia de Seguros debía controlar por mandato legal y tampoco lo hace posibilitando su insolvencia y el perjuicio a los asegurados; omisiones en el contralor o vigilancia de los "entes reguladores" del propio Estado sobre las concesionarias de los servicios públicos: luz, gas, agua y teléfono; la privatización de los servicios públicos domiciliarios, la puesta en manos privadas de servicios esenciales, el monopolio y las posibilidades de abusos o aprovechamientos facilitados por la omisión del rol fiscalizador del Estado; otros tantos casos de tareas de contralor y de su incumplimiento: Ente controlador de la AFIP, Comisión Nacional Reguladora del Transporte, Organismo Regulador del Servicio Nacional de Aeropuertos, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Sindicatura General de la Nación, Auditoría General de la Nación, Contaduría General de la Nación, Procuración del Tesoro de la Nación, etc., etc.).

Y la falta de un control aunque fuere mínimo minimorum razonable sobre la seguridad de los repositorios donde se vierte basura viene siendo, en estas olvidadas regiones patagónicas, un supuesto verdaderamente paradigmático en los últimos años sobre la patente omisión de los deberes del Estado en materia de vigilancia (recuérdese cómo v.gr. son constantes los incendios en el vertedero municipal de Bariloche); situación que

se agrava por la endemicidad de los vientos que arrecian la región.

Sin duda ninguna juega en dicha materia la situación del Estado frente a tales lugares que tiene a su cargo, que son de dominio o guarda públicos (nacional, provincial o municipal) y sobre las cuales ejerce el poder de policía de seguridad y salubridad. Las idas y vueltas de la política argentina ha devastado al Estado en su rol de ejercicio del poder de policía para imponer y controlar, así como también en sus funciones básicas como la seguridad en los vertederos; esta ausencia de rol se concreta en dos direcciones: no legisla en la medida de la necesidad de los tiempos que corren ni controla las leyes vigentes... (cf. Ghersi, C., "Responsabilidad del Estado por omisión de control y ejercicio del poder de policía", JA del 18-7-01, p. 32). En rigor de verdad el Estado descuida estas cuestiones que están a su cargo, no las mejora ni las vigila, de donde - como han destacado los Tribunales- su responsabilidad resulta inexcusable por acciones mal cumplidas y por omisiones imputables. No debe perderse de vista ese doble rol del Estado, dueño del dominio público y controlador de la seguridad, en orden a introyectar adecuadamente sus funciones.

Cualquiera fuere pues el Estado (nacional, provincial o municipal) resultan aplicables las normas del Código Civil en materia de responsabilidad.

Ya desde antigua data la propia Corte Suprema, sin desarrollar una teoría en derredor de la responsabilidad por omisión, entendió que había culpa del Estado por aplicación de la responsabilidad objetiva (arts. 1113 y 1133 Cód. Cit.), por ejemplo, ante una demanda por reparación de daños por pérdida de vidas (cónyuge y tres hijos) como resultado del naufragio de una lancha imputando a la Provincia de Buenos Aires porque incumbía a la Dirección de Hidráulica, perteneciente a aquélla, la omisión de mantener en debidas condiciones las vías navegables y remover los obstáculos que impiden el normal transporte por agua (cf. caso "FRANCK", 14-11-69, Fallos 275:357, comentado por Mosset Iturraspe, J., ob. cit., Tº X, pág. 121, nota 14: decisión sin duda generosa y amplia en tema de omisiones que dicho autor comparte pues el tamaño, lugar de ubicación del tronco que causó el accidente y antigüedad en el mismo, tienen que ver con la razonabilidad de la decisión). También la Corte hizo lugar a la demanda originada en los daños ocasionados por un accidente automovilístico originado en la existencia, en la ruta nacional Nº 40, de una zanja profunda ubicada después de una lomada por entender que la demandada, Dirección Nacional de Vialidad, omitió cumplir con su deber al no advertir a los conductores en general y al actor en particular semejante dificultad en la marcha que, por ende, también había violado su obligación de

conservar y vigilar el estado de la ruta (cf. caso "LANATI", 2-7-91, Fallos 314:661). Hay otros fallos del Alto Tribunal en idéntico sentido, pero reduzco la cita a los dos referidos por su analogía situacional con las circunstancias relevantes de este caso (cf. in extenso Mosset Iturraspe, J., ob. y loc. cit., págs. 120 y sgts.).

Tampoco debe perderse de vista que la ley civil (art. 1074) apunta a las omisiones que, de una u otra manera, violan el derecho ya sea en sus normas legales o en sus costumbres o principios. Lo contrario, a no dudarlo, implicaría volver al sistema de catálogos cerrados o "numerus clausus" propio de una visión positivista, descreída de los Jueces y sólo confiada en el legislador. Y si bien es cierto que la norma citada provoca inquietudes no menores, como por ejemplo si se trata de omisiones "a secas" u omisiones "abusivas" o por caso la incidencia del deber de actuar frente al presupuesto de la Nación o de las Provincias, no lo es menos que los deberes del Estado surgen de la Constitución, de las leyes y de su propia función indelegable e indeclinable en orden a procurar el bienestar general. Justamente el argumento clave implícito o explícito de muchas decisiones tiene que ver con la pobre realidad económico-financiera de Argentina, en cuyo marco la aspiración a realizar obras y cumplir servicios encuentra presupuestos agotados que redundan en una imposibilidad absoluta de gestionar, pero no por ello cabe abdicar de la operatividad de muchos de los derechos consagrados constitucionalmente como vademecum del debido obrar del Estado y por ende de las omisiones imputables. La realidad económica del Estado caracterizada por una emergencia endémica (cf. in extenso consideraciones efectuadas por este Juzgado en el leading case "RANCAÑO"), siempre presente cuando se trata de imputarle omisiones, no puede ni debe hacernos olvidar del bien común.

Y es por tales razones, intrínsecamente trascendentes en la búsqueda de Justicia, que comparto y hago mías las lúcidas consideraciones hechas por muy calificada doctrina en lo siguientes términos:

"Dentro de la oportunidad o conveniencia del obrar administrativo se encuentra la omisión de un hacer que se pretende en beneficio de un particular, es decir un conflicto de intereses entre la afectación del patrimonio de éste y el gasto o incidencia patrimonial en el presupuesto provincial de las obras pretendidas, y el Tribunal no hesitó en salvaguardar el patrimonio del Estado con lo cual se visualiza un error y una injusticia pues la misma sentencia reconoce que el 70% de Mendoza padece el fenómeno climático de los aluviones. Es irrazonable e injusto que se permita por años que la ejecución insuficiente o simplemente la inejecución de obra alguna ponga en

peligro la seguridad y los bienes de los habitantes; satisfacer el daño sufrido es el precio de la discrecionalidad administrativa" (cf. Berçaitz de Boggiano, A., "La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión", ED 137-861, donde critica el sugestivo fallo de la CSJ de Mendoza in re "TORRES", LL del 17-7-89, originado en una demanda contra dicha Provincia por daños sufridos por inundaciones que fue acogida en primera y segunda instancia pero no en la Corte provincial con el argumento de que no había norma que impusiera al Estado la obligación de realizar las obras pretendidas).

La realización de la Justicia en la vida comunitaria trasciende lo meramente individual. Es cierto que la triste verdad en este fallido país está dada por presupuestos que se agotan en el pago de remuneraciones, angustia económica y, en fin, carencia de recursos que impide hablar de obras y servicios. Pero no debe olvidarse que es deber del Estado (pobre o rico) velar por el bienestar general en orden a asegurar a sus ciudadanos una vida digna, tranquila y confortable. A ello se puede y se debe apuntar. Ese es el rol fundamental del Estado. Para eso fue concebido (Rousseau, "El contrato social", p. 43). Y para eso tiene deberes y compromisos con los administrados. No puede ser que el Estado, en todas sus formas, dilapide recursos en tareas secundarias divorciadas de las necesidades elementales de la sociedad.

Cita puntualmente muy señera doctrina civilista:

"EL ACHICAMIENTO DEL ROL DEL ESTADO EN LA BUSQUEDA DEL BIEN COMUN, LA PERSECUCION DEL INTERES GENERAL, LA CONSAGRACION DE UN ORDEN PUBLICO ECONOMICO Y LA VIGENCIA DE LA MORAL SOCIAL. Nos parece que los descuidos del Estado, sus abandonos o muestras de desinterés en temas que hacen a los derechos fundamentales de las personas, son de harta peligrosidad y ponen en riesgo a la Nación, a su destino y valores esenciales. Es verdad que sin recursos económicos nada se puede hacer en muchísimos ámbitos de la administración, pero también es cierto que las restricciones con base en una visión economicista conducen a la parálisis...; lo vemos en la actualidad en los más diferentes terrenos: en la prestación del servicio de salud, son graves asimismo las omisiones en el control o vigilancia de alimentos y bebidas, de medicinas y de otros rubros de interés... el Estado argumenta falta de inspectores... La jurisprudencia más reciente provee algunas soluciones que permiten afirmar que en el campo de la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas se disipa, cada vez más acentuadamente, la frontera entre las abstenciones a deberes que se inscriben en el tradicional ámbito de la

actividad discrecional de aquellas conductas que se califican como actividad reglada; ello es así debido a un cambio en la consideración del ejercicio de dichas facultades, a las que ya no se concibe como de puro arbitrio administrativo sino como soluciones alternativas provenientes de o aportadas por la propia ley que ordena al órgano administrativo su actuación" (Mosset Iturraspe, J-, ob. y loc. cit., pág. 138, con cita de Mertehikián, E., "La responsabilidad pública", pág. 274 y sgts.).

Precisamente con arreglo a tal orden telético también la Corte Suprema sentenció que "hay responsabilidad de la Provincia de Río Negro por la ausencia de seguridad en un aeropuerto, debido a la muerte de una mujer sucedida al pasar cerca de una hélice del avión en que viajaba, declarando que se trataba del incumplimiento de obligaciones concurrentes o "in solidum" del Estado provincial" (cf. caso "FABRO", 9-11-2000, publicado en el trabajo de Sagarna, F., "Actualidad de la jurisprudencia de la Corte", LL del 1-6-2001, p. 3). Y en el mismo sentido también sostuvo que "quien alega responsabilidad del Estado debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa irregular, vale decir tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de esta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento reclama (Fallos 317:1233)" (cf. caso "COHEN", 30-5-2006, eIDial.com - AA35C2).

Así pues en materia de responsabilidad del Estado por omisión debe volverse de los excesos de su achicamiento y buscar la construcción de uno que, aún siendo reducido, genere la fuerza suficiente como para cumplir una serie de roles imprescindibles tendientes a asegurar una mayor justicia social. Lo cual por cierto es un clamor in extremis de los argentinos por estos días. En este sentido las normas del Código Civil (arts. 43, 1066, 1074, 1109, 1113 y cdt.), bien interpretadas y no con ánimo pseudogarantista y/o puramente efectista, permiten arribar a soluciones de consuno justas y equitativas. Este y no otro es el espíritu que subyace en la jurisprudencia de la Corte que hube aludido. Y en orden a todo ello se requiere desde luego la conjunción de al menos dos circunstancias dirimentes aunque no excluyentes: existencia de una norma que imponga un "hacer" del Estado y que la consecuente omisión administrativa en cumplirlo resulte abusiva. Cuando alguno de los órganos o dependencias del Estado tenga parte, de manera directa o indirecta, en determinado evento dañoso, sea por acción u omisión, el ejercicio irregular o defectuoso del poder de policía de seguridad que le corresponde resulta suficiente para atribuirle responsabilidad; en tal caso es justo y razonable activar la responsabilidad general que le incumbe en orden a la prevención,

de forma de imputarle las consecuencias dañosas suscitadas con motivo o en ocasión de hechos que no resultan extraños a su deber de intervención. La obligación genérica de brindar seguridad que pesa sobre el Estado, en virtud del poder de policía del que está investido, permite fundar su responsabilidad en presencia de una intervención directa de sus órganos. Debe haber un control directo y proactivo por parte del Estado en todo lo atinente a la seguridad, máxime en un país disnómico como Argentina. Y a modo de adecuado complemento de todo lo hasta aquí expuesto contamos con lo que doctrina y jurisprudencia han venido conceptualizando como deber de seguridad implícito que también tiene el Estado, como directa e inmediata consecuencia de sus mismos fines y funciones ya reseñadas, y que es el fundamento concurrente de la responsabilidad objetiva que cabe imputarle por el agravamiento del riesgo derivado precisamente de su omisión en cumplir sus deberes de contralor o vigilancia legalmente impuestos (cf. vgr. CNCiv., Sala C, "PERALTA", 23-5-2005, en eDial.com del 2-9-05, y "ZAPATA", 28-12-01). Esa obligación tácita de seguridad constituye un plus por sobre los fundamentos ya expuestos en orden a la responsabilidad omisiva extracontractual del Estado.

Desde luego que la jurisprudencia unívoca y concordante de diferentes Tribunales del país es inagotable sobre el punto:

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER DE POLICIA - OMISION DE CONTROL. Según nuestro régimen constitucional el poder de policía es un poder local de forma que su ejercicio, que implica limitaciones a la libertad individual con la finalidad de preservar el orden público, constituye un atributo irrenunciable del Estado. Compete pues a los Municipios la administración de los intereses y servicios locales y desde luego el control. La actividad organizada por reglas establecidas en orden a la seguridad de las personas, consiste en el poder de vigilancia y custodia y el deber de hacerlas observar para lograr la finalidad de ese bien común. El incumplimiento de ese deber, al omitir hacer aquello que es indispensable para proveer a la seguridad pública, convierte en ilícito el hecho de la Comuna (art. 1074 Código Civil). La omisión es antijurídica porque se corresponde con la existencia de normas que consagran la obligación de obrar. Si de ella se deriva un daño causado a un tercero, puede afirmarse que existe relación de causalidad adecuada, entre la abstención y el efecto dañoso (Referencia normativa: Conb Art. 190 ; Conb Art. 192 Inc. 4; Cci Art. 1074, Cc0202 Lp 101140 Rsd-67-4 S, 01/04/2004, "LENCINA", en Jurisprudencia Lex-Doctor 9.0).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Si bien el control constituye atribución del

poder de policía municipal, no lo es menos que significa el prestar un servicio público y por tanto este debe realizarse en condiciones adecuadas para el fin que ha sido establecido y es responsable por tanto el municipio de los perjuicios causados por su incumplimiento (Cc0203 Lp 104832 Rsd-196-5 S, 25/08/2005, "SIERRA", idem)

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER DE POLICÍA MUNICIPAL. El Estado es responsable por la falta o inadecuado ejercicio del Poder de Policía, ya que éste implica tanto los deberes que se imponen al ciudadano, cuya inobservancia acarrea la ilicitud de los actos que no se ajustan a sus preceptos, como la consideración de su ejercicio por la Administración, ya no como mero poder discrecional, sino como poder reglado en razón del interés general que debe proteger (poder de policía de protección), y cuya omisión o mal ejercicio implica per se el incumplimiento de uno de los deberes básicos del estado (Id. del fallo: 98164295, 20/07/2010 - Tribunal: CAMARA APEL CIV. Y COM 8A - Fuero: CIVIL Y COMERCIAL, "NADAYA", referencias normativas: CCIV 1074 0, idem).

La Cámara por su parte también registra casos similares al aquí dado entre su jurisprudencia, que datan ya de hace 20 años, oportunidad en la que previno sobre las siguientes circunstancias relevantes también para el sublite por ser demostrativas de que todo sigue igual:

No es posible que el MUNICIPIO pueda desatenderse de su ineludible poder de policía en orden a la seguridad del tránsito. La Comuna en su carácter de propietaria de las calles destinadas al uso público tiene que asegurar que tengan un mínimo y razonable estado conservativo, ya que el ejercicio del poder de policía le impone el deber de actuar directamente o de ejercer su autoridad para que la empresa adoptara las medidas de seguridad apropiadas (cf. caso "MONSALVES", SD 89/94). Es jurídica y funcionalmente justificada la atribución de responsabilidad al Municipio en el hecho, pues no cabe ninguna duda de que las veredas de los centros urbanos son bienes públicos del Estado (art. 2340 inc. 7 Cód. Civ. y art. 50 Carta Orgánica Municipal). Y tal atribución dominial no queda desvirtuada por la ordenanza 189-CM-92 desde que ni enajena ni se desprende de las veredas, sino que sólo establece que "deben ser mantenidas en buenas condiciones a cargo de los propietarios del terreno" en orden a garantizar la seguridad del tránsito peatonal; es decir que el Municipio no sólo no se desprende del dominio sino que tampoco se desentiende de la seguridad peatonal, por el contrario la reivindica para sí al legislar sobre cómo tienen que diseñarse las veredas y a cargo de quién está su mantenimiento. Tampoco podría razonablemente interpretarse

ese "mantenimiento a cargo" como una suspensión, transferencia o abolición, del indelegable poder de policía municipal (art. 7 inc. 21 Carta cit.) que no queda limitado a los bienes del dominio público sino que razonablemente se extiende a todas las obras y construcciones públicas y privadas (art. 64 Carta cit.) (caso "QUINTANA", SD del 12-6-96). Más recientemente puede cotejarse otro precedente análogo a éste último, incluso con la integración actual del Tribunal ("NOVES").

Incluso dos fallos dictados recientemente a nivel nacional confirman todo lo hasta aquí meritado, por su analogía con el sub lite: El argumento de que medió culpa de la víctima porque caminaba distraída por el lugar no puede ser admitido, pues no existe norma ni principio razonable que impida a una persona transitar a pie y a marcha normal por lugares destinados a ese fin -como son las veredas- ocupando su mente en cosas distintas; ello así pues el tránsito peatonal por sitio permitido no puede causar daño a nadie que a su turno respete ese lugar de tránsito y al desplazarse por la vereda, aún cuando lo hubiese hecho distraída, la actora no violó ningún deber jurídico de cuidarse sino que por el contrario fueron las demandadas (Banco de la Nación Argentina y Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) las que en el caso violaron el deber jurídico de mantener la cosa en condiciones de no ser, por su estado defectuoso, la causa de daños a terceros. El daño invocado por la actora fue producido como consecuencia de la caída al tropezar con una baldosa desnivelada existente en la acera, esto es una cosa inerte, cuya responsabilidad de mantener en buen estado corresponde a los demandados (frentista y Municipio); se ha dicho que las cosas inertes, o sea objetos que por su naturaleza están destinados a permanecer quietos, pueden tener normalmente un peligro estático, lo cual puede decirse de la calzada o vereda destruída (Bustamante Alsina, J., "Responsabilidad civil por daños", p. 316). El Municipio (hoy GCBA) posee la titularidad de las aceras y pone a cargo de los propietarios frentistas su conservación, así como a las empresas prestatarias de servicios públicos la reparación si el deterioro fuera resultado de trabajos ejecutados por ellas. Claro está que dicha circunstancia no puede obviar la obligación del Estado de vigilar el estado de calles y aceras, en cumplimiento de sus fines específicos, la que debe traducirse en advertencias y requerimientos a los propietarios para que ejecuten las reparaciones correspondientes (Brebba, R., "Responsabilidad por el daño sufrido por el peatón a consecuencia del mal estado de la acera", LL 1988-E-507). Y no se da el supuesto de excepción que alega el Banco Nación toda vez que no se acreditó que a la fecha del accidente se hubiese realizado en el lugar obra alguna por parte de la empresa de servicio público de energía

eléctrica (Edenor S.A.), además de que la ausencia de denuncia por el frentista -quien para liberarse de responsabilidad insiste en que el deterioro de la acera fue causado por aquella empresa- sobre el deterioro de las baldosas, con el consiguiente peligro que ello representaba para los peatones, convence de que lo decidido por la Jueza es correcto cupiendo confirmar la exoneración de responsabilidad de dicho tercero citado para atribuírla al frentista (CNCiv. y Com. Federal, Sala II, 30-12-13, "KELLY", elDial.com-Jurisprudencia del 16-5-14). La responsabilidad primaria y principal de la construcción, mantenimiento y conservación, de las veredas compete al propietario frentista, es decir tiene la responsabilidad primaria y principal por dichas tareas sobre las aceras, razón por la cual, probada la caída de la víctima debido al mal estado de la vereda, aquél resulta responsable por la producción del daño al no haber tomado las medidas necesarias para cumplir con las exigencias legales (ordenanza 33.721/MCBA/1977). Con relación a la responsabilidad del GCBA cabe recordar, como punto de partida, que las calles son bienes del dominio público estatal (arts. 2339, 2340 inc. 7 y 2344 Código Civil) y recae sobre él la obligación de conservarlas en buen estado a fin de garantizar la seguridad vial y la libre circulación peatonal. Vale recordar que la propia Corte Suprema Nacional ha señalado que el uso y goce de los bienes del dominio público por los particulares importa para el Estado la obligación de ponerlos en condiciones de ser utilizados sin riesgos (Fallos 315:2834); y que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el cual ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento o irregular ejecución (Fallos 306:2030, 312:1656, 315:1892 y 1902, 316:2136, 320:266, 325:1277, 328:4175 y 329:3065). En tal contexto, acreditado que el accidente padecido por la actora fue producto del mal estado en que estaba la vereda sin que el demandado aportara elementos que permitan dar por cumplido el deber impuesto por la normativa, cabe concluir que el GCBA debe responder por la omisión de mantener las aceras ciudadanas en buen estado en razón del poder de policía que detenta (Cám. Apel. Cont. Adm. y Tributario, CABA, Sala I, 17-3-2014, "DIAZ", en elDial.com de. 27-5-14). Entonces: si traspolamos las ideas reseñadas a las circunstancias de este nuevo caso puede percibirse cómo las cosas son exactamente inversas a lo dogmáticamente sostenido por el MUNICIPIO.

Para comenzar no puede seriamente aludirse a culpa ninguna del Sr. ANGELANI desde que el incendio sucedió como directa e inmediata consecuencia de la omisión dirimente del MUNICIPIO en mantener al vertedero en mínimas condiciones de seguridad, con lo

cual la manida cuestión de los cortafuegos -como bien apunta mi colega- no tuvo ninguna influencia causal en el mismo momento de producirse aquél hecho ilícito generador de los daños y por ende no fue su causa directa, inmediata, adecuada y exclusiva. Así el MUNICIPIO será garante de cualquier accidente que bien pueda y además deba preveer, como justamente es este caso, máxime con arreglo a las ya señaladas advertencias previas varias que recibiera lo cual, de paso, descarta de plano cualquier supuesto de ocasionalidad del incendio y ni qué decir alguno de caso fortuito. Por lo mismo en función del concepto de poder de policía vimos de qué manera la función omitida de control continua sobre un lugar intrínseca y significativamente riesgoso es la verdadera ratio legis de toda la cuestión, porque es indelegable e inadlicable y precisamente obliga a la Administración a contar permanentemente con agentes encargados de vigilar el cumplimiento normativo incluso por los administrados, que en este país siempre violan las normas, al punto de responsabilizarla aún si éstos incurren en ilícitos (civiles) como el cuasidelito motivante de este juicio. Nótese que gobernar y administrar presupone controlar y prevenir. Y, en fin, si el MUNICIPIO no ejerce como es debido su poder de policía entonces seguirá pagando por tal omisión dirimente en perjuicio, eso sí, de toda la comunidad la cual, algún día, deberá tomar nota de tal circunstancia.

¿Pero puede además, en cualquier caso, seriamente controvertirse la responsabilidad de parte de la MUNICIPALIDAD local por omisión de los deberes de contralor y vigilancia en materia de seguridad del basural?

Aún cuando para lo que aquí interesa establecer -insisto- no sea una conditio sine qua non de la responsabilidad civil estatal, las normas que imponen "un hacer" concreto y definido al MUNICIPIO existen y están en plena vigencia.

Francamente no veo motivo de peso ninguno para no meritar de consuno la omisión municipal de contralor del estado de revista del vertedero como causa eficiente o fuente directa de su responsabilidad relevante. No alcanzo a ver razón ninguna para que la MUNICIPALIDAD no ejerza, por la vía y en la forma que fuere pertinente, el control que como dueña y/o guardiana del predio donde se ubica el lugar del siniestro y titular indelegable del poder de policía le compete en orden a prevenir incendios como los que ya antes habían sucedido; para ello -según vimos- no es suficiente escudarse en circunstancias notoriamente efectistas, máxime en un medio pueblerino como aún es El Bolsón. No se trata de circunstancias difíciles o imposibles de anticipar. No hay ninguna excusa mínimamente seria ni razonable para no hacerlo como se debe. Y no me parece

que tampoco incida en la cuestión la endémica falta de recursos imperante sino que más bien el problema radica en la falta de regularidad, optimización, profundización y endurecimiento de los controles que puedan y deben hacerse de una vez por todas para terminar con accidentes que causan muy serios daños y perjuicios. No es jurídica ni fácticamente admisible que quienes viven en las inmediaciones de un vertedero estén recurrentemente expuestos al peligro inminente de los incendios. El MUNICIPIO no tiene ningún tipo de atenuante para omitir dar cumplimiento a una manda legal concreta que, si se cumpliera, sin duda ninguna coadyuvaría a evitar siniestros o al menos minimizaría sus consecuencias dañosas. Pero ad interim se sigue pasivamente sin controlar, se lo hace de a ratos y mal, se sigue sin tener una real política estatal de mantenimiento de la infraestructura pública mínimo minimorum razonable. No hay pues casualidad sino causalidad. No hay caso fortuito sino culpa grave (negligencia y/o imprudencia calificada), muchas veces rayana en el dolo eventual. No hay fatalidad sino falibilidad. No se hace nada por quebrar la inercia mortal de una infraestructura caótica. La acción fiscalizadora, preventiva, controladora, evitativa y hasta sancionadora, del MUNICIPIO es ineludible, urgente, imperiosa y perentoria. Hay que erradicar el sofisma de que un accidente es parte de un destino inexorable o consecuencia de la mala suerte. El MUNICIPIO no puede ni debe negarse a utilizar los medios legales adecuados para reducir las consecuencias de este tipo de accidentes. Están las normas, sobran leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones, hay de hecho sobrelegislación en casi cualquier materia, pero lo real y concreto es que nada se controla y menos aún se acata. Los controles intensos en los hechos y no en los papeles y las sanciones ejemplificadoras deben constituirse con urgencia en una pieza esencial del rompecabezas infraestructural. El MUNICIPIO, que ya registra otras condenas por hechos similares, debe ya mismo, ahora, empezar a atacar el problema con acciones proactivas contundentes. Nada se soluciona con reacciones aisladas y espasmódicas. Es perentorio que las potestades teóricas del Estado pasen de la potencia teórica al acto cotidiano del control y de la vigilancia eficaz. Inmersos como estamos en la emergencia total y permanente, donde vale todo, paradigmáticamente el descontrol en especial del Estado, en cualquiera de sus especies, no debiera encontrar ninguna justificación ni atenuante porque, como vimos, debe dar siempre -en todo tiempo y circunstancia- el ejemplo esperable de quien cuenta con el monopolio de la fuerza (aún cuando en la práctica esta obviedad también esté por completo desnaturalizada) y con los recursos económicos y humanos para vigilar que se cumplan las normas. Necesitamos sanciones

más duras y un fuerte control del Estado que hoy está totalmente ausente. Los accidentes como el de este caso se producen prioritaria y principalmente por la falta de control del Estado, obligación legal inabdicable máxime en una sociedad disnómica como la nuestra. Hay un total vacío de respuestas a los problemas de infraestructura que debe y puede ser llenado por un accionar enérgico del Estado. Sólo éste puede cambiar la disvaliosa realidad del deplorable estado situacional del basural porque paradójicamente él mismo, con su actitud virtualmente autista hacia tan gravísimo problema, ha contribuido a su agravamiento. En todos los órdenes de la vida las buenas soluciones (las únicas) siempre son a largo plazo. De nada sirven acciones o decisiones aisladas. Es pues una obligación ineludible del Estado municipal, en todo tiempo y en toda circunstancia, evitar y/o minimizar peligros. Las deficiencias en los controles comprometen el deber que pesa sobre la MUNICIPALIDAD de atender a la seguridad de sus habitantes. Y si, en fin, el Estado sigue como al presente se sucederán muchas condenas por omisión de control como aquí aconteciera

Insisto hasta el cansancio: se trata de hechos perfectamente previsibles y por tanto fácilmente evitables.

Según mi humilde parecer reducir la operatividad de la responsabilidad del MUNICIPIO, cuando existe normativa específica que ordena implementar procederes proactivos (arts. 229 inc. 15 CP, 1113 cit., etc.) justamente en sintonía con la evolución doctrinario-jurisprudencial que la cuestión tuvo, implica tanto como volver a consagrar la irresponsabilidad del Estado. Y ya vimos cómo la misma jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, intérprete final de todas las Constituciones del país, fue abriendo camino en el sentido de responsabilizar al Estado precisamente por las deficiencias u omisiones en el ejercicio del poder policíaco que detenta (cf. sobre todo casos "FRANK" y "LANATI" cits.)

En la demanda el Sr. ANGELANI imputa expresamente responsabilidad al MUNICIPIO strictu sensu con fundamento en su señalada condición de guardiana del vertedero, con lo cual implícitamente hubo aludido al factor objetivo de atribución como es el riesgo de la cosa dañadora. Véase especialmente que aún si se interpretase que no existe en el derecho positivo público argentino un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por daños ocurridos con motivo o en ocasión de sus hechos o actos de omisión o abstención, en cualquier caso resultaría razonable acudir a la analogía y a los principios generales del derecho (art. 16 Cód. cit.) y en su mérito remitir a las disposiciones regulatorias de las obligaciones que nacen de

los actos y hechos ilícitos (arts. 1066, 1074, y 1113 Cód. cit.). Precisamente de estas normas se extraen sin dificultades insalvables los requisitos necesarios para responsabilizar al Estado por su conducta omisiva, en tanto la existencia de antijuridicidad o ilicitud constituye el elemento esencial de la responsabilidad estatal por omisión -la contradicción entre la conducta debida y el ordenamiento jurídico- vale decir que el hecho o la conducta omisiva del Estado interesará al derecho en la medida que tal omisión implique un incumplimiento de una obligación legal. Si el deber jurídico no existiere, el hecho omisivo carece de sanción y el derecho se desentiende de él (Marienhoff, M., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público", pág. 12). Así entonces la ley hace referencia a la "omisión" en el plano extracontractual, consignando que el que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, sólo será responsable cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir con el hecho omitido (art. 1074), no resultando razonable hacer una interpretación puramente literal sino comprensiva de toda disposición emanada de autoridad competente e inclusive de normas implícitas. Aún desde tal óptica telética la omisión antijurídica requeriría entonces del incumplimiento de una obligación legal expresa o razonablemente implícita. Es desde esta perspectiva que también llegado el caso, es decir aún si no fuera compartida la solución que propicio, cabría analizar el sub lite, pues ¿si se piensa que no hay norma expresa, que vimos no es así, surgirá entonces de alguna norma implícita?. Recuérdese que la ley (art. 1113 in fine) alude a riesgos de las cosas, pues de atenernos a su naturaleza intrínseca, ninguna en sí misma es peligrosa o inofensiva, sino que resultan o no peligrosas según las circunstancias del caso. (C.C.Apelac.Dolores, 14/12/82, "De Anchorena M.N.J.C. vs. Cristóbal A.", L.L. 1.983C-298).

En las anotadas disvaliosas circunstancias de revista que registraba al momento de desatarse el incendio el basural tenía la potencialidad de generar cali y cualificadamente riesgos muy graves como el sucedido. Así el nexo causal está fuera de cualquier duda razonable. La obligación del MUNICIPIO referida a la verificación previa de la cosa que fue causante del daño existe y fue claramente incumplida, lo cual no resulta excusable al menos en lo que respecta a la potenciación de la capacidad de la cosa para producir el riesgo tal cual sucediera. De modo que no resulta necesario indagar la existencia de culpa en el Estado, ya que la ausencia de medidas tendientes a hacer efectivo el deber de vigilancia, forma parte de las circunstancias que, en conjunto,

configuran un agravamiento de la cosa como objeto de riesgo. Corresponde interrogarse sobre si la responsabilidad que se endilga al estado municipal depende absolutamente la necesidad de antijuricidad o ilicitud en su conducta comisiva u omisiva. Tal requisito significa que el hecho omisivo contiene el incumplimiento de un deber legal explícito o implícito- por parte del estado pues, si así no fuere resultaría inadecuado propiciar sanción. Y he ahí que, en el caso, la ley contempla la situación que se examina, ya que erige al MUNICIPIO como guardián del vertedero en autoridad aplicativa precisamente para lo atinente a la verificación de su estado de revista con el claro fin de proteger la integridad y seguridad de las personas; ni qué decir, repito, en un lugar donde el viento suele hacer estragos. Tan elemental precaución no ha sido siquiera implementada en un medio físico y humano cada vez más ganado por la negligencia y la desidia, convertidas en normas de conducta de la mayor parte de las administraciones y también de la propia gente que después -paradójicamente- termina siendo la primera en sufrir daños. Claro es que el Estado no puede ser exigido de velar por el resguardo de la seguridad personal de todos los habitantes, en las distintas circunstancias y lugares en que la misma pudiere estar en riesgo. Pero de lo que se trata es que el Estado, abandonando el resabio absolutista que propiciaba su irresponsabilidad extracontractual, se haga cargo de los daños que produce cuando las cosas "per se" básicamente creadoras de riesgo no son mínima ni razonablemente verificadas por decisión del propio estado y no necesariamente cuando se tratare de ilícitos de terceros, menos de fenómenos naturales o de riesgo engendrado por cosas respecto de las cuales es ajeno por completo.

No se trata, en fin, de meritar una omisión de control abstracta en orden a considerar no acreditado el nexo causal, sino de prevenir que la responsabilidad estatal viene dada por la omisión del deber que el ordenamiento jurídico impone al MUNICIPIO demandado, como dueño y/o guardián del basural en cuestión, de velar por un mantenimiento aunque sea "mínimo minimorum" razonable del mismo. Y es público y notorio no sólo en El Bolsón o Bariloche sino en el resto de la Provincia y en el país mismo todo el constante incumplimiento del ejercicio del poder de policía, el cumplimiento irregular de los deberes u obligaciones impuestos, como así también el defectuoso funcionamiento de los servicios; ello así en tanto y cuanto no se adoptan sistemáticamente las diligencias de control que pueden considerarse lógica y razonablemente exigibles en orden a evitar que determinadas circunstancias de tiempo y lugar, como las de este caso, se combinen disvaliosamente para desencadenar cada vez más accidentes.

Con arreglo a todo el orden ideario impuesto por la teoría jurídica y en función de las circunstancias dadas en el caso resulta evidente que el MUNICIPIO local debió haber impedido que el vertedero se transformara, por su anormal disposición de revista, en una cosa decididamente peligrosa por su propia omisión controlante, todo ello desde luego en tiempo propio y de la manera debida, y si no hizo ni lo uno ni lo otro no se precisa mucho más para reputarlo responsable del incendio motivo del juicio, como dueño y/o guardián del lugar y autoridad aplicativa en ejercicio del poder de policía en materia infraestructural, por haber omitido cumplir su inexcusable obligación de control y terminar coonestando que el mismo permanezca, desde hace ya un tiempo, en estado de peligro latente en abierta violación a las condiciones ope legis impuestas por la normativa específica de aplicación; ante tales condiciones de revista fáctico-jurídicas, existiendo a su cargo una obligación positiva de obrar de modo tal de evitar daños y siendo su deber ineludible proveer todo lo conducente al bienestar general y a la seguridad vial en particular, pensar por hipótesis en liberar al Estado de su responsabilidad porque sería tanto como instituirlo en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado hasta eventualmente por la conducta ilícita de terceros por quien no debería responder, constituiría en mi opinión un flagrante abuso de derecho fulminado por la ley (art. 1071 Código Civil) además de una inadmisibles abdicación de principios básicos impuestos por el estado de derecho ya que, muy al contrario, el Estado puede y debe actuar y controlar mejor, puede y debe evitar en cada tiempo y lugar que sucedan accidentes previsibles y evitables como el que motivara este caso.

Respecto a la responsabilidad objetiva por riesgo en este caso del basural, sobre todo en supuestos en los cuales, como aquí, no hubo concurrencia entre culpa de la víctima y riesgo creado por un tercero.

Ya tuve oportunidad de considerar tales cuestiones en cuatro casos similares (cf. v.gr. "BARRIA CAICO Y OTRA", "MICOZZI", "LOSINO", "GONZALEZ" cit. y "LIBERTY"), en los términos que resultan plenamente aplicables al sub lite por analogía situacional.

Lo riesgoso (no vicioso) en estos casos no es la cosa inerte en sí misma sino en todo caso su anormal disposición. No se trata pues de un vicio de la cosa sino, al contrario, del carácter intrínsecamente riesgoso que adquiriera la misma debido a la falta de una adecuada y eficaz manutención y/o control susceptible, como tal, de poder evitar un accidente. Ya vimos cómo el MUNICIPIO es al menos guardián de la cosa (vertedero

en el cual se originó el incendio que luego se propagó) que ya era riesgosa por sí misma y la omisión controlante de aquél la potenció (art. 1113 Cód. cit.).

Con relación a la inobservancia del deber de seguridad y/u omisión del deber de cuidado, ut infra vimos y se verá, sí resulta ser una circunstancia coadyuvante a considerar sobre todo si se tiene en cuenta, por ejemplo, que la anormal disposición latente del basural en cuestión fue la causa directa e inmediata que desatara el siniestro debido al menos a una falta de debido cuidado. Lo relevante pues para una justa solución del caso es discernir si cabe encuadrar sus circunstancias en el ámbito de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa (art. 1113 Cód. Cit.).

Es bien conocido que nuestra ley civil prevé la responsabilidad directa emergente del hecho propio (art. 1109 Cód. cirt.) y la responsabilidad indirecta o refleja derivada del hecho ajeno (art. 1113 Cód. cit.); y también que ésta última se configura cuando se impone a alguien la obligación de reparar los daños que otro ha causado. A su vez las circunstancias del caso, que más adelante merito, invitan a ingresar en la materia referida a lo que se ha dado en llamar el hecho proveniente de las cosas la cual, por la desorientación que exhiben numerosas opiniones acerca de la identificación del mismo, resulta singularmente conflictiva como para convertir a la teoría de la responsabilidad civil en un verdadero galimatías.

Es que, en efecto, no es nada fácil indagar quien debe responder por el daño producido por una cosa cuando el mismo aparece como extraño a la acción personal de alguien; hay pues necesidad de investigar quién es la persona que ha estado en situación de influir sobre la acción de la cosa para exigirle, si hubiere mérito, la indemnización de un daño que no evitó. Y en orden a todo ello es importante establecer cuándo estamos frente a un hecho de la cosa con respecto al cual, en principio, nadie aparece como agente o autor del daño ya que pese a no ser el responsable, agente o autor del hecho dañoso, la ley encontró fundamento bastante para obligarlo a reparar un perjuicio que él pudo evitar por la posibilidad que tenía de controlar apropiadamente la cosa dañosa.

Comencemos así por dilucidar la célebre distinción existente entre el hecho del hombre y el hecho de la cosa la cual, por cierto, es capital para delimitar el campo de aplicabilidad del tipo de responsabilidad en cuestión.

Los daños pueden ser el efecto de una acción del hombre, sea que cause el perjuicio por su propia mano o que emplee como instrumento alguna cosa, o pueden derivar de la sólo intervención de una cosa sin dependencia inmediata del hombre. En la primera situación hay un agente que obra, es decir un autor del hecho dañoso, quien no deja de

ser tal por haberse valido de cosas exteriores a modo de instrumento para lograr su fin. Pero en la segunda no hay agente que obre el daño ni autor del hecho dañoso: el daño proviene de la acción directa de la cosa en combinación con las fuerzas de la naturaleza, excluyendo toda participación activa e inmediata del hombre (cf. v.gr. Salas, A., "Código Civil anotado", T° I, p. 666, N° 12); en esta última hipótesis estamos ante un hecho de la cosa que implica un acontecimiento sucedido por la intervención causal de la misma. A su vez no todos los hechos que ocurren son humanos (actos), pues también hay hechos externos o naturales que no son actos pero pueden ser hechos jurídicos por su aptitud latente de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones (art. 896 Cód. cit.). El propio Vélez Sársfield, siguiendo a Ortolán, dice que "hecho, que por su etimología supondría una acción del hombre, se toma en el lenguaje jurídico en su sentido más amplio como designando un suceso cualquiera que ocurra en el mundo de nuestras percepciones" (cf. nota a la denominación de la sección 2a. del Libro Segundo del Código Civil). Por ende al hablar de hecho de la cosa se apunta a la descripción de un daño que sin ser efecto inmediato de un acto humano lo es de la intervención causal de una cosa, y por ello es apto para comprometer a la persona que por el control de dicha cosa pudo o debió actuar a fin de suprimir el perjuicio ocurrido, justamente, por haber mantenido dicha cosa en situación potencialmente dañosa.

Dicha distinción entre hecho del hombre y hecho de la cosa resulta clave, insisto, para seleccionar el régimen de responsabilidad aplicable al daño: sea el contemplado por el citado art. 1109 y sus concordantes, que rigen al hecho personal, o el regulado por el art. 1113 in fine relativo al hecho de la cosa; y además cuenta con sólido respaldo tanto doctrinario como jurisprudencial (cf. in extenso Llambías, J., ob. cit., T° IV-A, p. 465, nota 7 con una prolija reseña de autores y fallos franceses y nacionales).

De los diferentes criterios distintivos elaborados para definir el hecho de la cosa acaso resulte útil recordar, como más apropiado, el del "control" ideado por Mazeaud y Tunc: hay tal hecho cuando el daño es el efecto de la intervención activa de una cosa que escapó al control o sujeción de su dueño o guardián (cf. "Traité de la responsabilité civile", T° II, núms. 1243 y sgts.). Asimismo el hecho de la cosa tiene los siguientes caracteres: a) intervención activa de una cosa, o sea que la misma sea la causa del daño, de forma que una intervención puramente pasiva no hace surgir dicha tipología de hecho; en tales condiciones opera una presunción de causalidad de la cosa que, por un lado, presupone la prueba por parte del damnificado de la intervención de una cosa en la

producción del daño y, por otro, a partir de tal circunstancia se presume que esa intervención fue activa incumbiendo al demandado, que niega su responsabilidad, probar que la misma fue puramente pasiva (quedando así excluído el hecho de la cosa o demostrado que el daño deriva de una causa extraña); b) ausencia de control material sobre la cosa por el guardián al tiempo de sobrevenir el daño, ya que si la cosa obedece a la acción humana ejercida sobre ella hay hecho del hombre, característica ésta implícitamente contenida en la obligación de guarda que recae sobre el guardián ya que el art. 1113 cit., al establecer la responsabilidad por los daños que causan las cosas de que alguien se sirve o tiene a su cuidado, crea una obligación de guarda a cargo de quienes tienen un poder de gobierno sobre las cosas inanimadas; éstos, en razón de ese poder, deben no dejar escapar a la cosa de su control y así cada vez que la acción perjudicial de la cosa se sustrae a su imperio ellos faltan a su obligación de guarda y cometen "culpa en la guarda" mientras que, al contrario, cada vez que la cosa les obedece estrictamente la obligación de guarda se cumple y no puede ser cuestión de hacer jugar el art. 1384 (nuestro art. 1113) ya que hay responsabilidad por el hecho personal del art. 1382 (nuestro art. 1109) (cf. Mazeaud y Tunc, ob. cit., T° II, N° 1249). En este punto conviene recordar que la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 mantuvo la diferenciación conceptual existente en el régimen originario de Vélez Sársfield entre el daño causado por el hecho del hombre ("con la cosa") y el daño derivado del hecho de la cosa ("por el riesgo o vicio de la cosa"), ya que el nuevo art. 1113 al aludir a los daños causados con cosas apunta a los hechos del hombre mientras que la referencia a los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa se relaciona con hechos de la cosa.

En cuanto a los daños causados con cosas el ámbito de aplicabilidad de dicho precepto, conforme interpretación doctrinaria y jurisprudencial dominante, implica que al damnificado le basta probar el daño y el contacto con la cosa que lo produjo para establecer presuntivamente la responsabilidad del dueño o guardián de dicha cosa (arg. art. cit. párrafo 2° parte 1a.). Así pues la mención legal de daños causados con las cosas abarca todos los supuestos de hechos del hombre ejecutados con la instrumentación de cosas. Tanto el dueño como el guardián de la cosa responden por los daños causados con ellas, quienes son tácita y concurrentemente reputados culpables en tanto no acrediten su inocencia. El fundamento de la responsabilidad viene dado, como puede apreciarse, por una presunción de culpa ya que, en efecto, uno y otro se liberan de aquélla acreditando su ausencia de culpa en el hecho.

Tocante a los daños causados por el riesgo de la cosa (instituto novedoso introducido por la reforma citada), sin perjuicio de resultar muy arduo definir con precisión el concepto, puede convenirse que son los derivados de la acción causal de una cosa sin que medie autoría humana por lo que, en consecuencia, la responsabilidad por riesgo prescinde de la idea de culpa o inocencia del imputado pues reconoce un fundamento puramente objetivo (cf. v.gr. Llambías, J., ob. y loc. cit., págs. 630/631). Con respecto a la prueba del riesgo de la cosa hay que decir que el damnificado no está precisado de acreditar el carácter peligroso de la cosa que lo ha dañado, sino que le basta establecer la relación de causalidad entre cosa y daño pues ella demuestra también el riesgo de la cosa. El fundamento de esta tipología de responsabilidad es, como ya dijera, de naturaleza objetiva por resultar ajeno a la idea de culpa de la que se hubo prescindido; con otras palabras: la responsabilidad existe por el sólo hecho de la causación del daño en ejercicio de una actividad peligrosa o por el uso de una cosa con riesgo (cf. Orgaz, A., "La culpa", n° 75). Los requisitos, en fin, para que la responsabilidad en cuestión devenga operativa son: a) ausencia de autoría humana con respecto a la acción de una cierta cosa; b) daño; c) relación causal entre la acción de la cosa y el daño; y d) calidad de dueño o guardián de la cosa por parte del demandado; también en este ámbito le incumbe al actor acreditar la existencia del daño, su conexión causal con la cosa y la condición de dueño o guardián de tal cosa en el demandado, pero en cambio no precisa establecer la falta de autoría con respecto al hecho dañoso pues, justamente, ello es lo que se presume mientras no se acredite lo contrario. Algo importante para destacar en este punto es la no excusabilidad de la responsabilidad por riesgo en el sentido de la irrelevancia que tiene la prueba de su ausencia de culpa que pudieren rendir el dueño o guardián de la cosa, ya que así como la culpa es aquí un elemento indiferente del cual cabe prescindir del mismo modo es irrelevante que aquéllos sean o no culpables del hecho dañoso.

Por lo demás, aunque pueda resultar una obviedad, conviene recordar que la responsabilidad por el hecho de las cosas es de índole extracontractual y no contractual u ordinaria.

Veamos las aplicaciones doctrinarias y jurisprudenciales del hecho de la cosa cuya referencia, aunque más no sea por analogía situacional, completa este somero introito atinente al marco jurídico de la cuestión.

Así, por caso, son típicos hechos de la cosa aquellos accidentes derivados de la posición anormal que tales cosas hayan tenido al tiempo del accidente (cf. v.gr. CNCiv., Sala B,

LL 123-784: impacto de árbol sobre automóvil, LL 115-316: daño a peatón por impacto de tirante de hierro que sostenía farol de alumbrado público y LL 133-1023: caída poste de alumbrado público de madera podrida, idem Sala C, LL 114-371: caso similar, idem Sala F, LL 134-317: desprendimiento de rama caída sobre automóvil; Corte Suprema Nacional, LL 125-704: daños causados a cables y postes por la caída de una estructura de hierro que sostenía cables de alta tensión; Cám. Fed. Capital, Sala Civ. y Com., LL 134-185: explosión de gas producida por la fisura en un conducto de fluido determinada por la presión de las raíces de un árbol de la Municipalidad lo que la torna responsable, cf. Llambías, J., ob. y los. cit., p. 490, notas n° 53 y 54).

Como el concepto de hecho de la cosa resulta ser abierto, ya que puede corresponder a la intervención activa de cualquier cosa en la producción de un daño (cuando falta la autoría humana), los supuestos resultan francamente infinitos.

Específicamente en el caso de las cosas incendiadas conviene prevenir que el incendio no debe en general considerarse caso fortuito, pues normalmente deriva de hechos previsibles y por tanto evitables si se asumen las diligencias necesarias; incluso no faltan casos en los que es directamente producto de la desidia, la ignorancia o la carencia de medios económicos. Salvo el caso de dolo además de la responsabilidad del agente aparece la del dueño o guardián de la cosa incendiada que produce daños a otra cosa o personas. Como acertadamente explica la doctrina francesa más aquilatada cuando una cosa arde escapa activamente al dominio material de su guardián (Mazeaud-Tunc, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", T° 2, Vol. I, p. 1334). La idea de que los daños causados por cosas incendiadas encuadran en los supuestos de daños causados por las cosas no es nueva y fue particularmente desarrollada en el derecho francés (cf. v.gr. Esmein, P., "Responsabilité du fait des choses inanimées", en Rev. Critique de Législation et de Jurisprudence, T° LXIV, p. 205; Marty-Raynaud, "Traité de droit civil", T° II, Vol. 1, p. 447; Ripert, G., "La règle morale dans les obligations civiles", p. 124). En Argentina la jurisprudencia mayoritaria anterior a la ley 17.711 aplicaba el régimen de los daños causados por cosas inanimadas (art. 1133 Cód. cit. hoy derogado) a los daños producidos por cosas incendiadas, aunque no faltaron decisiones que fundaron la condena en una culpa probada del guardián que no asumió las diligencias que el caso requería o en la circunstancia de advertirse vicios en la cosa productora del incendio; y es interesante apuntar que la problemática vinculada con la falta de uniformidad en punto a las causales de liberación (falta de culpa, demostración de caso fortuito extraño a la cosa, culpa de la víctima, hecho de un

tercero por quien no se debe responder) continúa hoy día pese a la reforma en los casos en los cuales no llegó a determinarse el origen del incendio, ya que mientras para unos se tratará de daños con las cosas otros en cambio lo encuadran dentro del riesgo de la cosa. Sin embargo la causa ignorada no libera al dueño o guardián que ha probado haber asumido todas las diligencias posibles (Belluscio, A. y Zanonni, E., "Código Civil", T° 5, págs. 514 y sgts., con infinidad de citas de autores y fallos). Y del mismo modo los daños derivados de explosiones han sido tradicionalmente considerados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como producidos por las cosas inanimadas (Salas, A., "Responsabilidad por daños causados por cosas", N° 15, nota 38). A partir de la sanción de la ley 17.711 normalmente se los encuadra en la responsabilidad derivada del riesgo de la cosa (art. 1113). Y aunque muchas veces la explosión proviene de la actividad humana que usa cosas de todas formas habrá culpa presunta, pues la cosa escapa al pleno control del agente. Antes de la reforma se consideró regida por el mismo régimen anterior referido (daños causados por cosas inanimadas: art. 1133 Cód. cit. hoy derogado) la explosión de tubos con anhídrido sulfuroso, de una caldera, de gases acumulados en un pozo y de fuegos artificiales. Con el nuevo régimen de responsabilidad objetiva riesgos (art. 1113) se ha resuelto reiteradamente que encuadran en sus preceptos la explosión de tubos de acetileno y oxígeno, de sifones y de gas carbónico. En la mayor parte de los casos tales explosiones son el origen de un incendio.

Entonces: civilmente existen suficientes indicios como para presumir de manera seria, cierta, precisa, grave, unívoca y concordante, la responsabilidad objetiva del MUNICIPIO en tanto guardiana del vertedero intrínsecamente riesgoso cuya falta de adecuado control y/o fiscalización ut supra vimos terminó, en definitiva, desencadenando otro incendio; recuérdese cómo vimos que en el ámbito de las cosas incendiadas el incendio mismo no debe en general considerarse caso fortuito, pues normalmente deriva de hechos previsible y por tanto evitables si se asumen las diligencias preventivas necesarias, cómo cuando una cosa arde escapa activamente al dominio material de su guardián, y cómo, en fin, aunque muchas veces dicho siniestro provenga del uso de cosas de todas formas habrá culpa presunta, pues la misma escapa al pleno control del agente.

Todo lo meritado en ambos votos es más que suficiente para decidir la suerte negativa del recurso porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda sin ingresar en asuntos abstractos o

sobreabundantes, siendo que como se sabe los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, porque basta que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

Así lo voto.

A igual cuestión el Dr. Camperi dijo:

Ante la coincidencia precedente, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN).

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,

RESUELVE: I) RECHAZAR la apertura a prueba y la acumulación pedidas por la demandada (fs. 504/506). II) CONFIRMAR la sentencia del 25/06/2014 (fs. 473/478) en cuanto fue apelada por la demandada (fs. 484). III) CONFIRMAR la regulación de honorarios efectuada en la misma sentencia (fs. 473/478) en cuanto fue apelada por el demandante (fs. 452), por sus letrados (fs. 452) y por la demandada (fs. 469). IV) IMPONER a la demandada las costas de lo resuelto en los puntos I y II de la presente. V) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Hugo Ansaldi (abogado del demandante), comprensivos de todo lo resuelto en la presente, en el 30 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia. VI) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Guillermo Harari Nahem (abogado de la demandada), comprensivos de todo lo resuelto en la presente, en el 25 % de lo regulado en favor de los letrados de dicha parte por los trabajos de primera instancia. VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. VIII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

CARLOS M. CUELLAR EDGARDO J. CAMPERI EMILIO RIAT

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara