

En la ciudad de General San Martín, a los 15 días del mes de noviembre de 2.011, se reúnen en acuerdo ordinario los señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Hugo Jorge Echarri, Jorge Augusto Saulquin y Ana María Bezzi, para dictar sentencia en la causa **Nº 2.516/11**, caratulada **"Alarcón Calancha, Jorge Fermín c/ Municipalidad de José C. Paz y otro/a s/ Pretensión Indemnizatoria"**.

ANTECEDENTES

I.- Con fecha 1 de octubre de 2.010 (ver fs. 289/300) el señor Juez *a-quo* resolvió hacer lugar a la defensa de exclusión de cobertura interpuesta por la citada en garantía Provincias Seguros S.A.

Asimismo, hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios incoada por el señor Jorge Fermín Alarcón Calancha contra la Municipalidad de José C. Paz, condenando a la Comuna a abonarle las sumas de pesos treinta y tres mil (\$ 33.000) en concepto de incapacidad sobreviniente, pesos cinco mil doscientos (\$ 5.200) en concepto de tratamiento psicológico; pesos doce mil (\$ 12.000) en concepto de daño moral; pesos un mil (\$ 1.000) en concepto de gastos médicos, de farmacia y traslado; sumas a las cuales debía adicionarse la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta (30) días, debiendo liquidarse desde la fecha en que el hecho tuvo lugar (20 de junio de 2.005) hasta su efectivo pago (art. 622 del Código Civil, arts. 7 y 10 de la Ley Nº 23.928, modificado por la Ley Nº 25.561 y 5º de la Ley Nº 25.561), con excepción del rubro tratamiento psicológico que debía liquidarse a partir de la fecha de la sentencia y hasta el efectivo pago.

A efectos del cumplimiento de la sentencia dispuso el plazo de sesenta (60) días, contados desde que quede firme el auto de aprobación de la liquidación (arts. 63 CPCA y 163 de la Constitución Provincial).

Impuso las costas en el orden causado (art. 51 inc. 1º del CPCA), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad establecida en el artículo 51 de la Ley 8.904.

Para así decidir consideró lo siguiente:

a) Que correspondía determinar, en primer lugar, si el siniestro denunciado se produjo en la forma relatada por el señor Alarcón Calancha en su escrito postulatorio.

b) Que la valoración de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquella para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos del proceso. Señaló que, en nuestro sistema procesal, los jueces forman su convicción respecto de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica, que se basan en principios de la lógica y de la máxima de la experiencia, por lo que queda excluida la discrecionalidad del juzgador. Sin perjuicio de ello, indicó que no se tiene el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino solo de aquellas que resulten esenciales y decisivas para la resolución de la causa.

c) Que las probanzas colectadas en autos permiten tener por acreditado el hecho que diera lugar a la acción aquí planteada. Expuso que de la prueba informativa agregada a fs. 118/120 (copia del libro de guardia del Sanatorio Sarmiento) surge que el actor fue atendido el día 20 de junio de 2.005 por padecer fractura de peroné desplazada, indicando rayos x de tobillo y peroné. Asimismo, que en la

prueba informativa anexada a fs. 124/149 luce contestación de la empresa CEMIC, que indica que la prueba documental acompañada por el actor en su presentación es auténtica. La misma da cuenta de que el señor Alarcón Calancha sufrió una caída en la vía pública y de que, como consecuencia de la misma, sufrió fractura en el tobillo derecho debiendo ser intervenido quirúrgicamente.

d) Que de la prueba testimonial surge que los declarantes vieron al actor caído en una zanja situada en la vereda de la calle Paula Albarracín en la fecha indicada como del accidente. Además, que la obra realizada no se encontraba señalizada. Señaló el Juez de grado que de los testimonios aportados surge que todos coinciden en el lugar en que se produjo el accidente y en que la obra no se encontraba señalizada ni protegida.

e) Que de la causa penal acompañada surge la denuncia del actor, efectuada en virtud del accidente acaecido el día 20 de junio de 2.005. Indicó que en la causa fue ordenado el archivo con fecha 19 de julio de 2.005 y que, sin perjuicio de ello, surgen de la misma elementos de los que se desprende que el accidente se produjo en la fecha y lugar indicados.

f) Que la lesión padecida por la actora fue corroborada por el experto al realizar la pericia médica. Ello, en tanto dictaminó que *"Del examen clínico y de los estudios complementarios se desprende que el actor presenta secuelas fracturarias a nivel de tobillo derecho que le ocasionan disturbios anatomofuncionales a se nivel..."*. Destacó el Juez de grado la pericia psicológica que da cuenta de que *"...después del accidente el actor se ve imposibilitado primero y limitado después de sus proyectos*

de vida en los ámbitos: laboral, familiar, social y recreativo: dando lugar a cierto repliegue sobre sí mismo...".

g) Que los testimonios reseñados, los informes arrimados, las constancias de la causa penal anejada y las consideraciones realizadas por los expertos, provocaron su convicción acerca de la verosimilitud de la ocurrencia de los hechos debatidos en autos, en la forma relatada por el actor en las circunstancias de tiempo, modo y lugar reseñados.

h) Que con la prueba producida tuvo por acreditado que el señor Jorge Fermín Alarcón Calancha sufrió un accidente en la vía pública, más precisamente en la calle Paula Albarracín al N° 4.300 de la localidad y partido de José C. Paz, el día 20 de junio del 2.005; que el actor cayó en un pozo; que el mentado accidente se produjo por las zanjas efectuadas como consecuencia de llevarse adelante una obra pública, que dicha obra no se encontraba señalizada ni protegida, y que a raíz de ese hecho el actor sufrió una lesión consistente en la fractura de su tobillo derecho y peroné con desplazamiento, debiendo ser sometido a una intervención quirúrgica.

i) Que sentado ello correspondía establecer la exclusión de cobertura opuesta por Provincia Seguros S.A. Explicó que, al presentarse en autos, la citada en garantía acompañó la póliza que aseguraba la obra que realizó en el ámbito del Municipio de José C. Paz y en la cual se produjo el accidente. Aclaró que de la Póliza N° 26.713 se desprende del Texto 22, Condiciones Particulares, P10 Texto Cobertura de Construcción y/o Excavaciones, Condición: la obra debe estar debidamente señalizada, en un todo de acuerdo a la ordenanza Municipal y leyes de seguridad e higiene (ver fs. 42).

j) Que de las constancias obrantes en la causa surge que la obra no se encontraba señalizada. En efecto, destacó que tanto de los testimonios prestados en autos por los señores David Pintos y Leonardo Alberto, como de lo actuado en la causa penal incorporada como prueba al expediente, surge que la obra asegurada se llevaba a cabo sin señalización ni protección alguna. Así, testimonió el señor Pintos en la causa penal (ver fs. 7 de la misma) *"...Que el dicente pudo observar que la zanja no tenía ninguna medida de seguridad, como así tampoco estaba señalizada aunque sea por una cinta de peligro, quedando ello como una trampa mortal para los vecinos..."*. Idéntico testimonio fue prestado por el señor Leonardo Alberto Roldán, el que se encuentra incorporado a la causa penal a fs. 8.

k) Que, asimismo, a fs. 5/6 se encuentra agregada el acta del reconocimiento del lugar (junto con un croquis efectuado por el Oficial Inspector Eduardo Donadio) de la que surge: *"...a los cuatro días del mes de julio del año 2005, la prevención se traslada y constituye en la calle Paula Albarracín entre Pedro de Mendoza y El Gaucho de este medio, donde luego de una larga y minuciosa vista que damos del lugar llegamos a las siguientes comprobaciones que en el lugar se está realizando la obra de provisión de agua corriente a los vecinos, y la empresa constructora realizó la zanja la cual se extiende a lo largo de toda la cuadra de Paula Albarracín desde Pedro de Mendoza hacia El Gaucho, la cual se halla sobre la vereda y resulta ser de aprox. 40 cm de ancho, por 1.20 mts. de profundidad lo que reduce la vereda, quedando unos 30 cm desde la línea de edificación de la vivienda y la zanja. Que la tierra extraída de la zanja se halla acumulada hacia el lado de la calle, obstaculizando aún más el tránsito de las personas, mientras que no existe*

ningún tipo de medida de seguridad y señalización que permitan visualizar la zanja, la cual resulta ser muy peligrosa debido a su profundidad, ya que sus bordes se encuentran resbaladizos y derrumbados...".

l) Que a fs. 12 de la causa penal se encuentra agregado un informe suscripto por el Teniente Eduardo Donadio, en virtud del cual se dejó plasmado que se hizo presente el Ingeniero Héctor Osvaldo Cabrea, Director General de Ingeniería de la Municipalidad de José C Paz, dando cuenta de que la obra de provisión de agua corriente del Barrio Sarmiento se encuentra asegurada en Provincia Seguros con número de póliza 26713. Indicó que esa es la póliza que acompaña la aseguradora en autos como defensa, manifestando la exclusión de cobertura.

ll) Que el Municipio no puede desconocer los términos de la misma, cuando con extrema claridad condiciona la cobertura de la obra a que la misma se encuentre señalizada, pues es quien contrata el seguro y decide libremente someterse a las condiciones generales y particulares del contrato. Explicó que la Comuna codemandada no arrió prueba alguna que demuestre que la obra se encontraba señalizada y protegida como el contrato de seguro exigía, ni tampoco impugnó los testimonios de los testigos brindados en autos.

m) Que la actora, al contestar el traslado de la documentación presentada por la aseguradora, desconoció el contenido de la documental en todo cuanto se oponía a lo vertido en el escrito de inicio. Destacó que fue la misma actora en su escrito postulatorio quien dejó sentado que la obra no se hallaba señalizada ni protegida, lo que se probó a lo largo del trámite del expediente a través de testimonios y en la causa penal.

n) Que del juego armónico del texto de la Póliza 26713 y de la prueba producida, se desprende que la condición establecida para cubrir construcción y excavaciones no se cumplía al momento de producirse el accidente del actor, por lo que correspondía hacer lugar a la defensa de exclusión de cobertura presentada por la aseguradora Provincia Seguros S.A.

ñ) Que resuelto ello correspondía determinar si la Municipalidad de José C. Paz debe responder por el hecho objeto de autos. Indicó que el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado permite el inicio de acciones por responsabilidad contractual o extracontractual contra él, generando la obligación de reparación. Asimismo, que el deber de resarcimiento gravita en el Estado como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho.

o) Que en el derecho público no existe un texto específico que regule lo atinente a la responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones, por lo que por aplicación de lo normado por el artículo 16 del Código Civil debía recurrirse por analogía a normas del derecho privado.

p) Que respecto del municipio se ha dispuesto, conforme al art. 2.340 inciso 7 del Código Civil, que las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier obra pública construida para utilidad o comodidad común son bienes públicos del Estado. Y que el uso y goce de ellos por parte de los particulares, importa para el Estado - considerado *lato sensu* - la obligación de colocar tales bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos. Por ende, es atribución inherente al régimen municipal tener a su cargo la vialidad pública en términos de bienestar general. La municipalidad, por su calidad de propietaria de

las calles y aceras destinadas al uso del dominio público, tiene la obligación de asegurar que tengan un mínimo y razonable estado de conservación y ante la realización de cualquier obra pública tiene la obligación de señalizarla, protegerla y prever que los ciudadanos puedan transitar sin riesgos de accidentes. Es entonces en la omisión del cumplimiento de esta obligación donde se genera la responsabilidad de la comuna.

q) Que jurisprudencialmente se ha expresado que el ejercicio del poder de policía no implica que el Municipio resulte responsable de todos los hechos que ocurriesen en la vía pública, pues ello transformaría la obligación de medios del municipio en una obligación de resultados. No obstante, consideró que ello no puede resultar eximente en el *sub lite* por las particularidades que el mismo reviste. Así, no resulta atendible el argumento vertido en cuanto a que la actora no actuó con el debido cuidado y atención para no causarse el daño que denuncia. Es que de las pruebas colectadas en autos surge claramente que la obra no se encontraba protegida, como así también que la vereda estaba casi intransitable. Citó nuevamente el reconocimiento efectuado por personal policial agregado en la causa penal, a saber: *"...realizó la zanja la cual se extiende a lo largo de toda la cuadra de Paula Albarracín desde Pedro de Mendoza hacia El Gaucho, la cual se halla sobre la vereda y resulta ser de aprox. 40 cm de ancho, por 1.20 mts. de profundidad lo que reduce la vereda, quedando unos 30 cm desde la línea de edificación de la vivienda y la zanja. Que la tierra extraída de la zanja se halla acumulada hacia el lado de la calle, obstaculizando aún más el tránsito de las personas, mientras que no existe ningún tipo de medida de seguridad y señalización que permitan visualizar la zanja, la cual*

resulta ser muy peligrosa debido a su profundidad, ya que sus bordes se encuentran resbaladizos y derrumbados...”

r) Que más allá de la realización de una obra pública, el Municipio debe tomar las medidas tendientes a brindar seguridad a los transeúntes sin que se generen mayores riesgos, y no puede dudarse que una obra sin señalización ni protección, con zanjas importantes y profundas en las veredas resulta intransitable o transitable con inconvenientes. Siendo las veredas un bien de dominio público y siendo quien ejecuta una obra la Comuna, resulta responsable el Municipio de los daños que pudieran causarse al peatón - en la especie el señor Alarcón Calancha - en su carácter de dueño de la cosa causante de los daños. Consecuentemente dio por probado el hecho, la causa (caída originada por el mal estado de la vereda y falta de señalización y protección de una obra pública) y la responsabilidad del ente municipal por ser titular del poder de policía.

s) Que respecto a la incapacidad, es la que resulta de los menoscabos físicos sufridos por la víctima con motivo del evento dañoso. Indicó que el actor solicitó por ese concepto la suma de pesos noventa mil (\$ 90.000) y, asimismo, que a los fines de evaluar lo peticionado debía atender fundamentalmente a la pericia médica producida a fs. 218/220. Expuso que de dichas constancias y de los informes producidos por los distintos nosocomios donde el actor fue atendido (fs. 118/120 y 124/149) surge que sufrió como consecuencia del hecho dañoso fractura bimalleolar del tobillo derecho. Asimismo, que con la pericia realizada el experto ha determinado que la accionante se ha curado de su lesión con secuelas anatómofuncionales, determinando un deterioro físico evaluado en un 12%, pudiendo determinar en

el actor una pérdida en su capacidad de tipo parcial y permanente para afrontar sus requerimientos personales, sociales y laborativos en un porcentaje equivalente. Por su parte, el profesional afirmó que el mecanismo de producción de las secuelas que presenta el señor Alarcón Calancha guarda un vínculo adecuado de causalidad con el accidente referido en su demanda. Resaltó que la demandada no realizó impugnación a la pericia presentada por el médico forense y entendió adecuado dar tratamiento dentro del rubro en análisis la incapacidad psicológica, toda vez que la capacidad de las personas debe ser considerada como una integralidad, tanto en su aspecto físico como psicológico.

t) Que el daño psíquico debe ser indemnizado si en autos existen pruebas fehacientes que acrediten una alteración emocional como consecuencia del accidente padecido por el actor. Aclaró que en el caso que nos ocupa y en atención a lo que surge del dictamen pericial emitido por la perito psicóloga Lic. Sonia Ramona López, que luce en autos a fs. 242/244, se desprende que el actor padece de desarrollo reactivo severo de carácter ansioso, ocasionando un porcentaje de incapacidad de un 30%, Baremo Oficial de Reconocimiento Médicos de la Provincia de Buenos Aires. Además, que si bien la demandada observa la pericia efectuada por considerar elevado el porcentaje de incapacidad, al contestar la perito expresó que la pericia fue realizada de acuerdo con las normas que rigen la especialidad, encuadrada dentro de los fundamentos técnicos, científicos y éticos para basar sus afirmaciones. Concluyó el *a-quo* que las observaciones efectuadas no tienen la entidad suficiente para apartarse del dictamen pericial y, también que la suma pretendida por la actora en el rubro incapacidad sobreviniente - que engloba la incapacidad

física y psíquica - aparecía elevada. Propuso reducir la reparación integral al monto de pesos treinta y tres mil (\$ 33.000), conforme arts. 165, 375, 384 y 474 del CPCC.

u) Que el actor reclama por el rubro tratamiento psicológico la suma de pesos quince mil (\$ 15.000). Explicó que en el caso que nos ocupa, ante los puntos de pericia propuestos por la parte actora la perito psicóloga Lic. Sonia López acompañó el dictamen pericial que luce a fs. 242/244 en el cual, ante la incapacidad determinada al actor, sugirió tratamiento terapéutico individual de una sesión semanal por un tiempo aproximado de un año, señalando que el valor de cada sesión es de doscientos pesos (\$ 200). Así las cosas, teniendo en cuenta el daño probado, la duración del tratamiento que recomienda la experta y el costo que estipula del mismo, entendió que la suma debía ser reducida a pesos cien (\$ 100) por cada sesión. Por lo tanto reconoció el monto de pesos cinco mil doscientos (\$ 5.200), conforme art. 165 CPCC.

v) Que el actor solicitó por daño moral la suma de pesos cuarenta y cinco mil (\$ 45.000). Señaló que en la especie no cabe duda sobre la procedencia de esta partida indemnizatoria y que, para ponderar la misma, resultan pautas útiles: la gravedad de los padecimientos sufridos y sus secuelas, la edad del señor Alarcón Calancha que al momento del accidente tenía 48 años, sexo, tipo de tareas que realizaba, condición social y demás circunstancias personales. Consideró que la suma pretendida aparecía elevada, por lo que propuso reducirla a la de pesos doce mil (\$ 12.000), conforme arts. 165 y 384 del CPCC.

w) Que, en cuanto a los gastos, el actor solicitó la suma de pesos dos mil quinientos (\$ 2500) por la erogaciones efectuadas en concepto gastos médicos, de farmacia y de

traslado. Indicó que si bien resulta de autos que el actor se atendió en el CEMIC y que, de acuerdo a lo informado mediante oficio agregado a fs. 209, todas las prestaciones recibidas en ese nosocomio fueron cubiertas, resulta evidente que los pacientes deben sufragar de su peculio medicamentos o elementos varios (arg. art. 163 inc. 5º sep. parte del CPCC). Asimismo, que si bien es dable presumir la existencia de gastos de traslado en casos como el presente, es posible prescindir del correspondiente respaldo probatorio únicamente si resultan pequeños y razonables. Es así que en mérito a ello y dada las lesiones sufridas por la actora y ante la ausencia de la prueba de rigor, entendió abultada la suma reclamada, por lo que procedió a reducirla a pesos un mil (\$ 1000.-), conforme arts. 165, 384 y 474 CPCC.

x) Que no resulta procedente el daño estético, aunque quedaran rasgos del accidente, ya que no surge que la figura externa y visible fuera utilizada como fuente de lucro, pudiendo considerarse el nuevo aspecto soportado como algo que incide sobre el daño moral.

y) Que, en cuanto a los intereses, cabía destacar que la deuda de responsabilidad - cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses - es previa a la resolución jurisdiccional que la reconoce. En consecuencia, correspondía hacer lugar a los mismos a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por los depósitos a treinta (30) días, debiendo liquidarse desde la fecha que el hecho tuvo lugar hasta su efectivo pago (art. 622 del Código Civil, arts. 7 y 10 de la Ley Nº 23.928 modificado por la Ley Nº 25.561 y 5º de la Ley Nº 25.561). Respecto del rubro

tratamiento psicológico, desde la fecha del decisorio hasta el efectivo pago.

z) Que las costas debían ser impuestas en el orden causado (art. 51 inciso 1º del CPCA), toda vez que no surgen de autos las excepciones a las que se refiere el inciso 2º apartado b) del citado artículo.

II.- Contra dicho pronunciamiento el letrado apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación (ver fs. 309).

III.- Asimismo, a fs. 313/316, apeló el Municipio demandado agraviándose por lo siguiente:

a) Por cuanto el señor Juez *a-quo* consideró que no fueron impugnados los dichos de los testigos ofrecidos por la actora.

b) Por cuanto se hizo lugar a la defensa de exclusión de cobertura opuesta por la citada en garantía Provincia Seguros S.A.

c) Por entender que se efectuó una interpretación errónea de las constancias de autos, al imputarse responsabilidad al Municipio.

d) Por considerar infundados y elevados los montos de las sumas otorgadas.

IV.- El señor Juez *a-quo* corrió traslado del recurso mediante la providencia de fs. 317.

V.- Previo pedido de fs. 321 el Juez de grado elevó las actuaciones a esta Alzada y, recibidas a fs. 322 vta., pasaron los autos para resolver (ver fs. 323).

VI.- Efectuado el examen de admisibilidad (ver fs. 324/325) se declaró inadmisibile el recurso interpuesto por la parte actora y se difirió la admisibilidad del recurso de apelación de la demandada hasta tanto se corra traslado a la citada en garantía.

VII.- Cumplido lo requerido (ver fs. 332 y 337/338) se elevaron nuevamente los actuados a esta Alzada (ver fs. 341/341 vta.).

VIII.- Efectuado el examen de admisibilidad (ver fs. 343/344) se concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se llamaron los autos para sentencia.

El Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

VOTACION

A la cuestión planteada el Dr. Hugo Jorge Echarri dijo:

1º) Expuestos los antecedentes del caso, la resolución recaída y los agravios y respuestas pertinentes, procedo a examinar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2º) A los efectos de clarificar el marco normativo, entiendo oportuno hacer un breve repaso de las normas del derecho público provincial que regulan la cuestión controvertida en el caso.

En principio, dentro de las normas constitucionales provinciales reguladoras de esta materia, cabe mencionar al art. 190, en tanto y en cuanto otorga competencia a los municipios en “la administración de los intereses y servicios locales”.

A su vez, al art. 191 que dispone que *“la legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento”* (municipal); y que a su vez impone que la administración de los intereses y servicios municipales debe prestarse en condiciones de eficacia, entre ellos aquel señalado en el inciso cuarto (4º) de dicho artículo: el ordenamiento y seguridad en materia de vialidad pública.

Finalmente el art. 194 impone la responsabilidad de sus funcionarios y empleados públicos por los daños y perjuicios provenientes de la falta de cumplimiento a sus deberes, responsabilidad que obviamente alcanza al propio Estado municipal.

3º) También en el ordenamiento jurídico público provincial - a nivel legal - encontramos normativa atinente a esta cuestión. El Decreto-Ley N° 6.769/58 (LOM) y sus modificatorias, trata la cuestión en diferentes partes de su articulado.

Así, el art. 25, refiriéndose al objeto material que pueden tratar las ordenanzas municipales, hace expresa mención a las cuestiones de seguridad y conservación que pueden hacerse extensivas a la cuestión del ejercicio de la función de policía en material vial.

El art. 27 inc. 2º delega la competencia en el Concejo Deliberante para reglamentar todo lo concerniente "*a la construcción y conservación de calles, caminos, puentes, túneles, plazas y paseos públicos*" (el acentuado es nuestro).

A su vez, el inciso 18º de dicho artículo expresamente regula la competencia municipal en materia de "*Tránsito de personas y de vehículos públicos y privados*", debiendo ceñir su cometido en orden a la prevención, ordenamiento y seguridad.

Finalmente corresponde señalar que el art. 107 del mentado ordenamiento legal otorga competencia al Intendente municipal en la administración general del municipio y en la ejecución de las ordenanzas dictadas, con exclusividad.

4º) De este cuadro normativo surge entonces claramente una primer fuente del derecho que impone al Estado municipal su intervención en materia de seguridad

vial, debiendo mantener en debida forma, en función del orden y la seguridad de las personas y vehículos (Cfr. art. 27 inc. 2º, 8º, 18º LOM) - las calles, sitios públicos, lugares de acceso público - como resultan las veredas y sus zonas anexas - baldíos y caminos del ejido municipal, responsabilidad de ejecución que recae exclusivamente en el Departamento Ejecutivo municipal (Cfr. art. 107 LOM).

Resulta entonces indubitadamente que el orden jurídico vigente impone al Estado municipal una conducta positiva - activa - en relación al mantenimiento y conservación de las calles y caminos municipales en aras de proteger la seguridad de las personas y los bienes materiales.

5º) Tampoco se encuentra en discusión que el municipio realizó obras de zanjeo sobre la vereda del domicilio del actor, destinadas a emplazar los caños que aportarían agua corriente en dicha zona. El zanjeo produjo un hueco depresivo sobre la superficie de las veredas, el que implica un riesgo cierto y conocido. Tan cierto y conocido que llevó al Municipio a la contratación de un seguro de riesgos con Provincia Seguros - ver póliza agregada a fs. 42-50.

6º) Con este marco introductorio sobre las cuestiones normativas y fácticas que involucran la controversia del *sub lite*, entro a tratar los agravios del actor.

El primer agravio relativo a la invalidez de la sentencia en atención a lo expresado por el sentenciante en relación a la falta de impugnación de los testimonios, no reviste el menor análisis ni se constituye en una crítica concreta y precisa como lo exigen las normas del código ritual. En principio, porque la falta de impugnación del auto para sentencia convierte en firmes y saneados los actos

procesales anteriores, los que no pueden ser incluidos en la nulidad implícita del recurso de apelación - conforme art. 482 del CPCC, aplicable en virtud de lo previsto por el art. 77 inc. 1º del CPCA.

Al respecto, la doctrina ha dicho que uno de los efectos del llamamiento de autos lo constituye el saneamiento de todos los vicios de actividad anteriores, una vez consentida aquella providencia que hace así de compuerta, tras lo cual todos aquellos defectos pierden virtualidad. Sanatoria o convalidación general que reposa en dos de los principios básicos que campean en esa materia: el carácter relativo de las nulidades procesales y la necesidad de que éstas sean argüidas indefectiblemente en la misma instancia en que se hubieran producido (v. II-C, 352, pp. 315-316; 356 en Augusto Mario Morello, Lucas Sosa Gualberto y Roberto Omar Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", comentados y anotados V-B, artículos 402 a 483, segunda edición reelaborada y ampliada, pág. 558).

En ese sentido la jurisprudencia ha establecido que *"El llamamiento de "autos para sentencia" al quedar consentido deja convalidados todas las infracciones que pudieron haberse cometido durante el trámite del proceso, operándose consecuentemente la preclusión, quedando cerrada toda discusión al respecto"* (CC0101 MP 73747 RSD-411-89 S 17-10-1989, "Scafati, Carlos A. c/ Cerone, Raúl D. y otros s/ Daños y perjuicios"; CC0102 MP 118339 RSD-16-2 S 14-2-2002, "Distribuidora Pesquera SRL c/ Boca Cerrada SA s/ Cobro de pesos").

En segundo lugar, y más allá de las expresiones técnicas utilizadas por el señor Juez *a-quo*, lo cierto es que el mismo se encuentra dotado de un amplio margen de

discreción en materia de evaluación de la prueba - cfr. art. 384 CPCC y esta Cámara *in re*: Expte. N° 2.551/11, "Bertini, Mónica Andrea c/ Estado Provincial s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 28 de junio de 2.011; Expte. N° 2.630/11, "Silva, Arnaldo y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 11 de agosto de 2.011; Expte. N° 2.616/11, "Pérez, Teresa del Carmen c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión Anulatoria", sentencia del 29 de agosto de 2.011; Expte. N° 2.665/11, "Lypka, Juan Esteban c/ Municipalidad de Vicente López s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 6 de octubre de 2.011 y Expte. N° 2.697/11, "Mercado, Oscar Américo c/ Policía de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios", sentencia del 13 de octubre de 2.011, entre muchos otros - y el agraviado no menciona cuáles han sido los dichos de los testigos que resultan erróneos o que han dado un falso juicio para el fundamento de la sentencia recaída en la causa. El hecho de que hubiera alegado contra los mismos - ver fs. 283 - no lo exime de detallar los argumentos que funden su disconformidad en la expresión de agravios a tenor de lo dispuesto por el art. 260 del CPCC. Por otra parte no está demás recordar que el código procesal tiene un instituto propio - el alegato sobre la idoneidad de los testigos, art. 456 CPCC - para la impugnación de la idoneidad de los mismos. Impugnación no formulada por la parte accionante.

Por lo expuesto el presente agravio no puede tener acogida favorable.

7º) En relación al agravio contra la exclusión de cobertura el presentante solo alega a favor de su petición, sin el debido sustento probatorio, fallos que no guardan relación ni con la características fácticas del *sub lite*, ni con las pruebas producida en autos. En especial relativas a

la falta de señalización de la zona de zanjeo. Por una cuestión de economía procesal me remito a las constancias probatorias - contundentes y amplias según mi propia convicción - en las cuales ha fundado el sentenciante la exclusión de la cobertura al no haber cumplido el Municipio accionado las obligaciones que le imponía - sobre esta cuestión, resguardo y señalización - el contrato de seguro que había tomado y que se encuentra glosado a fs. 42-50.

Por lo expuesto el agravio no resulta de recibo.

8º) El tercer agravio se centra, por un lado, en lo que el apelante considera una equivocada atribución de responsabilidad a la municipalidad; por el otro, en la culpa - exclusiva o concurrente - del actor. En este último sentido expresa que el mismo no tomó los recaudos necesarios para evitar el daño y, asimismo, que afrontó la posibilidad de que el mismo ocurra.

A los efectos de dar respuesta acabada a esta crítica, quiero en principio volver a lo expuesto en el considerando quinto (5º).

A diferencia de otros casos en que los que he tenido la oportunidad de votar y explayarme en cuestiones relativas a la responsabilidad municipal, determinando que la misma no puede ser objeto de determinación en abstracto, no obstante la normas constitucionales y legales individualizadas en los primeros considerandos del presente voto, sino que la misma debe fijarse con concreta relación a las características propias de cada caso. No resultando - por ejemplo - responsable el Municipio cuando instituciones, empresas o personas extrañas al mismo realizan obras que implican riesgos y que no son denunciadas al Municipio ni por los operadores de las mismas, ni por los vecinos o frentistas - V.G. Causa N° 2.270/10, "Rodríguez, María Luisa c/ Coto,

Cicsa y otros s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 26 de noviembre de 2.010, entre otras. Ello siempre sin perjuicio del deber de control que en esta materia le impone al Poder Ejecutivo municipal la función de policía de seguridad.

En el presente caso - tal lo expuesto en el considerando mencionado - ha sido el propio Estado municipal el que realiza por su propia cuenta las obras públicas tendientes a la provisión o ampliación de la distribución de agua corriente. Y también ha sido el propio municipio quien, en el entendimiento de que dichas obras encierran un peligro natural para la comunidad - vecinos - contrata un seguro de riesgo para cubrir dicha eventualidad.

9º) En el caso de autos debo agregar que dichos zanjeos se realizan en un barrio humilde de calles de tierra y veredas precarias. Por otra parte luce patente de las fotos agregadas - ver fs. 10, 11 y 12 - que la zanja que se realiza corre a escasos 30 o cuarenta centímetros de la línea municipal, donde comienzan las construcciones de las viviendas aledañas a la misma. Ello conlleva un natural peligro, pues las obras obviamente se extienden en el tiempo y las personas que viven en dichas zonas tienen que realizar su vida cotidiana - entrando y saliendo de su vivienda como lo hace cualquier mortal - conviviendo con este peligro latente. A fs. 5 de la causa Penal N° 433.976 obra acta de los peritos policiales, quienes constituidos en el lugar del accidente a los cuatro días del mes de julio de 2005, constatan que la zanja aledaña a la vivienda del actor se extiende por toda la cuadra, teniendo un ancho de 40 cm. y una profundidad de 1,20 mts. Expresamente señalan que dicha depresión reduce notablemente la vereda - sitio natural del tránsito peatonal; agregando que la zanja se encuentra a una

distancia mínima de 30 cm. de la línea municipal, es decir, del lugar de entrada de las viviendas. Finalmente y en lo que resulta contundente, los agentes policiales constatan que: *“La tierra extraída de la zanja se halla acumulada hacia el lado de la calle, obstaculizando aún más el tránsito de las personas, mientras que no existe ningún tipo de medidas de seguridad y señalización que permitan visualizar la zanja, la cual resulta ser muy peligrosa debido a su profundidad”.*

Lo expuesto – conjuntamente con los otros medios probatorios considerados por el Señor Juez *a-quo* a los que remito por economía procesal –, resulta una prueba contundente e irrefutable de la responsabilidad del municipio accionado, por lo que el presente agravio puede prosperar.

10º) Tampoco puede tener recibo favorable el agravio relativo a los montos ordenados por el sentenciante. En principio entiendo que si bien resulta cierta la errónea mención a la señora Elena Irma Medina, dicho error de tipeo no enerva el sólido y claro fundamento de la sentencia recaída en autos.

Debo señalar que los planteos efectuados por el actor en relación al presente agravio no resultan la crítica concreta y razonada que, como obligación al apelante exige nuestro código ritual – cfr. art. 56 incisos 2º y 3º CPCA –, resultando el discurso del recurrente solo una discrepancia personal en relación a lo decidido por el sentenciante sobre el *quantum* de los daños reclamados. Por lo que considero que si bien como lo ha señalado esta Alzada la concreción de aquella obligación procesal deber ser examinada con un criterio amplio y desprovisto de un excesivo rigor formal,

tal temperamento no puede llevar a enervar ni anular la carga procesal que el dispositivo normativo impone.

Por ello voto por declarar desierto el agravio relativo a este por punto.

En consecuencia propongo a mis distinguidos colegas: 1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia recaída en autos en cuanto fue materia de agravios; 2º) Imponer las costas en el orden causado (conforme art. 51 CPCA) y; 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (conforme art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77).

ASI LO VOTO.

Los señores Jueces Jorge Augusto Saulquin y Ana María Bezzi votaron a la cuestión planteada en igual sentido y por los mismos fundamentos, con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto, en virtud del resultado del acuerdo que antecede, el Tribunal Resuelve: 1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia recaída en autos en cuanto fue materia de agravios; 2º) Imponer las costas en el orden causado (conforme art. 51 CPCA) y; 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (conforme art. 31 del Decreto Ley N° 8.904/77).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

JORGE AUGUSTO SAULQUIN

HUGO JORGE ECHARRI

ANA MARIA BEZZI

ANTE MÍ

ANA CLARA GONZÁLEZ MORAS
Secretaria

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo - San Martín.
Registro de Sentencias Definitivas N° .142. F° .1911/1924.