



NEUQUEN, 8 de Septiembre de 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"SANCHEZ HECTOR ARIEL Y OTRO C/ AFINCAR S.A. Y OTRO S/ RESOLUCION DE CONTRATO"**, (Expte. N° **298279/2003**), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL Nro. 4 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Cecilia **PAMPHILE**, por encontrarse separada de la causa la Dra. Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La sentencia de fs. 1527/1536 rechaza la demanda deducida por la actora, con costas. Asimismo, hace lugar a la reconvenición instada por Afincar S.A. contra el Sr. Héctor A. Sánchez, condenándolo a abonar la suma de \$15.794,60 con mas sus intereses y las costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 1572/1575, y cuyo traslado fuera respondido por Afincar S.A. a fs. 1577/1580.

II.- Indica la quejosa que la causa se inició luego de un largo peregrinar, con el objeto de encontrar una solución a la problemática de la calidad del suelo vendido a los actores y que la Municipalidad reconoció que el suelo del terreno debe ser remedado, dado que contiene residuos patógenos conforme el informe que realizara y que si bien la juez le quita fuerza probatoria, se trata de un estudio encomendado por la propia municipalidad y ello obsta a que se pueda desestimar la demanda en su contra.

Señala que no se encontraba obligada a demostrar la existencia del daño ya que el mismo está reconocido por la



propia municipalidad, lo cual no fue tenido en cuenta por la jueza.

Sin perjuicio de ello, continúa, una correcta lectura del informe elaborado por el perito en la materia, surge que el daño se encuentra probado ya que el informe pericial ambiental como el realizado en sede administrativa, concuerdan en que existen residuos domiciliarios y que el loteo efectuado por "Afincar" se asentó en todo o en parte en un antiguo basural y que el suelo no fue remedado.

Expresa que resulta contrario a derecho la decisión de la jueza de descartar el informe producido por la municipalidad en función de lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 25.675.

Señala que la ley 25.916 regla el tratamiento y disposición final de los residuos domiciliarios, reconociendo que pueden afectar el medio ambiente y que si la ley nacional reconoce la toxicidad de los residuos domiciliarios, mal puede la jueza negarles ese carácter a los depositados en el inmueble donde viven los actores.

Reitera que el suelo donde se asienta la vivienda de los actores era un antiguo basural y que no recibió el tratamiento adecuado y que el hecho que la salud de los actores no se encuentre afectada, no quiere decir que la calidad del suelo sea mala, inapropiada para la finalidad con que se celebró el contrato de compraventa, ni hace desaparecer el incumplimiento de la demandada respecto de la remediación que debió realizar y de la Municipalidad en orden al ejercicio del poder de policía al haber autorizado el loteo.

Sostiene, luego, que la inexistencia de daño físico no importa que no exista daño moral ya que el terreno que se les vendiera era un basural, y todo lo acontecido



después como consecuencia de ello importa la existencia de un daño moral, remitiéndose a lo expresado en la demanda.

En otro agravio afirma que la situación del terreno evidencia la existencia de un vicio oculto, y el mismo es de tal entidad que habilita la pretensión resolutoria.

Subsidiariamente, se agravia por la procedencia de la reconvención ya que la retención del precio se encontró justificada desde el momento en que aparecieron residuos domiciliarios en el suelo del terreno, máxime la falta de colaboración por parte de Afincar y funda su derecho en el artículo 1.426 del código civil.

Finalmente, cuestiona la imposición de costas de ambas acciones.

III.- Tal como surge del escrito de demanda, la actora reclama por resolución contractual por la existencia de vicios redhibitorios más daños y perjuicios consistentes en el valor de la vivienda construida en el lote que adquiriera, daño a la salud y daño moral a la firma "Afincar" e imputando además mala fe en su accionar.

A su vez, la Municipalidad es demandada como consecuencia de que es autoridad de policía ambiental, y por ende, controla los espacios públicos y privados a fin de que no se conviertan en dañosos para la comunidad. Funda en que la carta orgánica municipal, artículo 47, le otorga el control de la disposición final de sustancias peligrosas, contaminantes o tóxicas y la existencia de residuos tóxicos en el terreno es una muestra clara del incumplimiento del deber aludido.

En cuanto al reclamo económico que formula, que en eso consiste su pretensión, se refiere a la existencia de daño a la salud y daño moral.



El fundamento fáctico de la pretensión en relación a ambos demandados consiste en que adquirió un lote de terreno en el año 1.994, promocionado por la empresa y aprobado por la municipalidad, y que al comenzar la construcción de su vivienda encuentra residuos principalmente de tipo hospitalario.

No obstante ello, continuó con la construcción de la vivienda y luego, y con fundamento en un estudio ambiental realizado en el ámbito de la municipalidad, concreta la existencia de vicios redhibitorios en base al aludido análisis y con fundamento en sus conclusiones interpone la presente demanda.

La sentencia que se dicta luego de transcurrido el proceso desestima el reclamo, ya que los vicios alegados no se demostraron y tampoco los daños a la salud que los actores sostuvieron padecían.

IV.- El contenido de los agravios no es claro en relación a Afincar, ya que pareciera que la actora dirige sus cuestionamientos en relación al rechazo de la demanda contra la municipalidad.

Sin embargo, como en algunos párrafos aislados alude a la existencia de un vicio oculto, la insistencia en señalar la presencia de residuos tóxicos, todo ello que se menciona en el punto V, es que entiendo pertinente analizar el tema.

La discrepancia entre la actora y las demandadas y la postura que adoptara el juez se basa en la valoración de la prueba técnica que se realizó en autos.

Así, la accionante sigue haciendo hincapié en el informe que se realizara en el ámbito municipal mientras que las accionadas y el juez se basan en la pericia ambiental que se efectuara en el curso del proceso.



Ahora bien, antes de analizar la cuestión me interesa destacar que la alegada mala fe que la actora le imputa a la demandada, al presentar la acción, no solamente no ha sido mencionada en los agravios sino que ni siquiera fue analizada en la sentencia, no obstante lo cual resulta evidente que ella no ha existido.

La otra cuestión que, a mi entender, no resulta controvertida es la inexistencia de lesiones a la salud en el matrimonio actor y sus hijos y para ello basta remitirse a la afirmación que el sentenciante realiza en tal sentido y la falta de crítica en relación a ello por parte de la quejosa, quien en realidad reconoce la inexistencia de daño físico (ver fs. 1574).

De todas maneras, las pericias médicas son claras en relación a la inexistencia de daños derivados de la presencia de residuos en el lote adquirido por el actor.

Cierto que permanece el reclamo por el daño moral al que alude en el escueto agravio de fs. 1574 punto IV, pero al respecto el agravio no puede ser considerado toda vez que se limita a señalar la existencia de daño moral en virtud de la presencia de residuos para luego y genéricamente mencionar lo acontecido con posterioridad sin ninguna precisión al respecto y remitiéndose a lo expuesto en la demanda, siendo que el artículo 265 del Código de rito, no permite que el memorial consista en una remisión a piezas procesales anteriores.

Ello llevaría al rechazo de la demanda en relación a los daños y perjuicios ya que el actor reconoció la inexistencia de daño físico y el agravio del daño moral debe ser declarado desierto en base a lo previsto por la norma antes citada y la evidente insuficiencia del recurso por su remisión a piezas anteriores.



V.- Sostiene la actora que se está en presencia de vicios redhibitorios que justifican la ruptura del contrato que celebrara con la vendedora, además de reclamar daños y perjuicios.

Ahora bien, los vicios redhibitorios previstos por los artículos 2164 y siguientes del Código Civil, son aquellos defectos ocultos que deterioran la esencia de la cosa existentes al tiempo de consumarse la venta, que de haber sido conocidos por el comprador, éste no habría celebrado el contrato o habría pagado un precio menor, bien que no cualquier imperfección puede ser considerada vicio de la cosa a los efectos de hacer nacer la garantía por vicios redhibitorios, sino que se requiere que la entidad sea importante, circunstancia que objetivamente se puede configurar cuando el defecto torne a la cosa inapropiada para su destino (López Mesa, "Sistema de Jurisprudencia Civil", tomo III, páginas 3906 y siguientes).

Ahora bien, ninguna duda cabe, porque así lo establece el artículo 2168 del Código Civil, que está a cargo del adquirente la prueba de la existencia del vicio y su temporaneidad, y en el caso ello no ha ocurrido.

La discrepancia, tal como antes indicó, refiere a la prueba que debe tenerse en cuenta.

En efecto, la prueba pericial ambiental efectuada durante el curso del proceso resulta desfavorable para la pretensión de la actora, como bien lo destaca la jueza al aludir a sus conclusiones, y entiendo que al respecto la crítica que se vierte en la expresión de agravios no se dirige a cuestionar dichas conclusiones, dado que apunta a valorar la prueba que entiende es la pertinente.

Esto es, considero que, si debe estarse a la prueba pericial en los términos del Código de rito, debe



desestimarse la existencia de vicios redhibitorios por cuanto no se los ha demostrado.

Cierto es que hay residuos, pero los mismos en modo alguno tienen entidad como para desvirtuar el uso del inmueble o el objeto para el que fuera adquirido, a punto tal que pese al tiempo transcurrido desde su compra ningún daño a la salud experimentaron los actores, como ellos mismos lo han reconocido.

Reitero entonces que no encuentro en la pieza recursiva cuestionamientos serios en relación a la pericia, y menos con relación a las conclusiones del juez sustentadas en dicha prueba.

Ahora bien, reiteradamente la parte quejosa se remite al informe existente en las actuaciones administrativas como sustento de su pretensión.

Sin embargo y como bien indica la jueza, dicho elemento probatorio no tiene entidad como para desvirtuar una pericial desarrollada durante el curso del proceso.

En primer lugar, por cuanto existe una diferencia sustancial y que es que la pericia pudo ser controlada por las partes, y en cambio el informe presentado en sede administrativa no lo fue.

Pero, fundamentalmente, dicho informe no tiene validez por cuanto no se sabe quién lo hizo.

Ello no sólo por su falta de firma sino por cuanto no se indican los profesionales que intervinieron en su elaboración, y mucho menos las incumbencias relacionadas con el título que podrían haber invocado.

Por esas razones dicho informe carece de toda relevancia en relación a la demostración de los vicios invocados para demandar y mucho menos si, como se señalara y



ocurriera, sus conclusiones se ven desvirtuadas por una seria prueba pericial.

La invocación que la parte realiza en relación a lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 25.675, no puede ser admitida toda vez que lo que la norma dispone es la validez de los dictámenes emitidos por organismos del estado, y en el caso se trata de un particular cuyos títulos para analizar el caso se desconocen.

Conclusión: los vicios invocados por la parte actora no fueron demostrados y mucho menos que la existencia de residuos hayan tenido efecto sobre su salud y que justificaran la existencia de vicios redhibitorios.

La demanda entonces contra "Afinicar" no tiene andamio probatorio, y por ende, corresponde desestimarla tal como se efectúa en la sentencia de Primera Instancia.

Sin embargo la parte insiste con responsabilizar a la municipalidad, y sin perjuicio de que lo anterior es suficiente como para no admitir sus agravios, entiendo pertinente destacar algunas cuestiones.

En primer lugar que, tal como se indicó, no hay daño que haya sido demostrado ya que la actora admitió que no se comprobó el daño a la salud y el agravio referido a la existencia del daño moral no puede prosperar por ser insuficiente.

Y téngase en cuenta que el reclamo a la Municipalidad, conforme los términos de la pretensión, era exclusivamente por daños y perjuicios.

En segundo lugar, por cuanto la existencia de residuos patológicos o en los términos en que fueran aludidos al demandar no se acreditó si se toma en consideración a la prueba pericial desarrollada en el proceso.





Cierto es que el informe que se elaborara en sede administrativa por un particular concluye en forma distinta a la pericia pero aún en dicho supuesto, no cabe responsabilizar al ente municipal por una supuesta omisión de servicio.

En tal sentido, considero pertinente reiterar conceptos vertidos en un precedente de esta Sala con otra composición pero que resultan aplicables al presente.

Así en los autos **"BARRERA MANUEL CARLOS Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"**, se sostuvo:

*Así, la responsabilidad del Estado que aquí se reclama se encuadra en el ámbito de la responsabilidad por omisión y se consagra en la medida que aquel ha de responder por los actos omisivos cuando existe norma que le impone el actuar (conf. "Cañupil, Juan Carlos y Otro contra C.A.L.F y Otro S/ Daños y perjuicios" PS-2004-I-34-116/123 de esta Sala II)*

*Siguiendo a Marienhoff el Tribunal Superior de Justicia de la provincia ha señalado: "Ahora bien, esta responsabilidad directa, basada en la falta de servicio, requiere de una apreciación en concreto. Debe tenerse presente que "el ejercicio del poder de policía, ya se trate del relacionado con vías públicas, o con otras expresiones de su ejercicio, no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad o de las personas; en fin, depende de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder del policía es contingente, circunstancial; no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones; varía o puede variar según el supuesto de que se trata" (Marienhoff, Miguel, "Responsabilidad extracontractual del Estado por las*



consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", ED boletín del 9/9/1996)." ("FILIPPONI GUILLERMO c/PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" Ac. 1.452 14/11/07).

Ello así pues, delineada la cuestión como "falta de servicio" -responsabilidad por omisión- cabe señalar que para que medie la misma como factor de atribución no basta enumerar genéricamente una serie de actos y conductas, sino que es preciso analizarlos en cuanto a su aptitud para constituirse factor causal del daño cuyo resarcimiento se pretende

Lo dicho no importa receptar el concepto que expone la sentenciante de grado y que refiere a considerar al estado una especie de "cul de sac" o fondo de saco donde va a parar lo que no cabe en otro o en considerar al Estado un ente asegurador respecto a deberes jurídico indeterminados.

Así concuerdo con lo expuesto por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, citada en el antecedente "Filipponi": "...se debe ser muy cauteloso cuando se trata de responsabilizar al Estado por actos omisivos, pues otro criterio puede conducir a absurdas conclusiones; en efecto, dice, el Estado debiera cumplir proveyendo de todo cuanto interesa a la sociedad pues teóricamente, de él se espera todas las medidas aptas para defender el bienestar de la colectividad y de los individuos; entonces, ante la mayoría de los sucesos dañosos, siempre sería posible al lesionado reclamar por la omisión estatal, así, debería responder por los asaltos en las plazas públicas, por los hechos de la naturaleza que no fueran previstos, tales como anegamientos producidos por grandes lluvias, inundaciones producidas por ríos a los cuales no se canalizó debidamente o se rectificó su curso, etc.."



Sentado lo anterior es preciso continuar el exámen en cuanto al resto de los elementos configurativos de la responsabilidad, así en cuanto a la relación de causalidad señala Alberto Bianchi "... no basta con probar la mera falta de servicio, ella es tan sólo uno de los presupuestos. El otro, también indispensable es la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño experimentado ... "la pretensión de ser indemnizado por la falta de servicio imputable a un órgano estatal importa -para el actor- la carga de individualizar y probar, del modo más concreto posible, el ejercicio irregular de la función" agregándose que "Ni en la situación reglada por el artículo 1112 ni la prevista por el art. 1113, parte 1ª del Código Civil cabe invertir el onus probandi en perjuicio del demandado" (Alberto Bianchi "La responsabilidad de los entes reguladores y de sus directores. Apuntes sobre la falta u omisión en la actividad de control" L.L 2000-D-534)

Continúa desarrollando: "La carga probatoria ha sido incumplida cuando se limita a **una genérica imputación de negligencia** contra la Superintendencia de Seguros, sin puntualizar que comportamiento importaron, omisión o imprudencia, en la adopción de medidas que en ejercicio de la policía de control le correspondía legalmente adoptar. La existencia de una relación causa-efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido es una condición indispensable para que pueda atribuirse a aquella el deber de resarcir ese daño y ello no ha ocurrido en el caso. El Estado a los efectos indemnizatorios, debe responder cuando coparticipa -por su obrar negligente- en la generación de un hecho dañoso, máxime cuando ello ocurre en el marco de su poder de policía y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta...".



En el caso de autos, y más allá de lo que se expuso al principio, no advierto que pueda ser responsabilizada la municipalidad por un supuesto incumplimiento a sus obligaciones en relación a la salvaguarda del medio ambiente, toda vez la actora no ha precisado en forma concreta cuál ha sido la conducta omisiva capaz de generar un daño por parte del estado municipal, mas allá de la genérica imputación de no haber cumplido con sus obligaciones relacionadas con el cuidado del medio ambiente, y sin que medie relación de causalidad entre dicha conducta y el daño alegado y no demostrado.

VI.- Con respecto al agravio referido a la condena al pago del saldo de precio tampoco podrá ser admitido, toda vez que los supuestos fácticos alegados por el comprador para no abonar el saldo adeudado no se demostraron, por lo cual, no hay razón para que cumpla con lo pactado tanto en lo que se refiere al capital como con relación a los intereses.

Finalmente y en cuanto a la apelación cuestionando la imposición de costas, se advierte que en ambas acciones el actor reconvenido ha sido vencido, sin que se adviertan razones suficientes que justifiquen un apartamiento del principio general contenido en el artículo 68 del código de rito.

VII.- En cuanto a la apelación arancelaria del perito entiendo que debe ser dejada sin efecto, difiriéndose su determinación para cuando se cuente con pautas para la fijación de los honorarios de todos los profesionales intervinientes.

La referencia que se formula en la sentencia para regularle honorarios al perito en la forma en que se hizo resulta inadecuada toda vez que la resolución a la que se



remite corresponde a actuaciones no vinculadas con la pericia que efectuara y que se considerara para dilucidar el caso sin oposición de las partes.

VII.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas de Alzada a la actora perdidosa. Los honorarios del perito serán dejados sin efecto, difiriéndose su consideración para su oportunidad.

**La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:**

1. Como mi colega indica, no sólo no se ha acreditado el daño a la salud, sino que la crítica efectuada en punto al rechazo del daño moral, se presenta claramente insuficiente para contrarrestar lo decidido.

Tampoco se encuentra probado que la cosa vendida no sirva para cumplir con su destino: conforme surge de la prueba pericial rendida en autos, el inmueble es apto para la construcción de una vivienda para ser habitada y los vecinos que han declarado, han manifestado no tener inconvenientes alguno, pese a que, inclusive, han desarrollado cultivos en sus casas.

Como se advierte, los embates efectuados en punto a la valoración de la prueba son insuficientes, en cuanto no logran contrarrestar las conclusiones de los informes periciales en tal sentido y, como también expone el juez que me antecede, la crítica se centra, fundamentalmente, en el contenido del informe practicado en sede administrativa por "Ecogestión", el que daría cuenta de otras conclusiones.

1.2. Sin embargo, tal informe carece de los recaudos mínimos, para acordarle valor probatorio suficiente.

Por una parte, es claro que su producción sin la intervención de la co- demandada AFINCAR S.A., le ha vedado



todo tipo de contralor, por lo cual, de por sí, le es inoponible.

Pero más allá de ello, la circunstancia de que no se encuentre avalado por firma alguna, impide establecer la confiabilidad o la calificación suficiente de quien lo confeccionó. Tampoco se hace alusión alguna al laboratorio interviniente, ni los análisis han sido suscriptos por experto alguno.

Esto, claramente le resta todo valor de convicción: La calificación de la experticia del perito, de sus conocimientos, destrezas, entrenamiento o educación es fundamental para evaluar la calidad del dictamen y de la información que se suministra al magistrado a los efectos de resolver. Justamente, lo que caracteriza al perito es la posesión de conocimientos especializados, de los que carece el Juez para resolver.

Por lo tanto, el desconocimiento absoluto de estos extremos, determina que tal informe carezca de valor probatorio alguno; la circunstancia de que se encuentre glosado a una actuación administrativa, no purga esta falla: Como indica Gordillo "Aún admitiendo el carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas, el efecto de tal naturaleza no es otro que el de hacer plena fe del otorgamiento y la fecha del instrumento, no de su contenido dispositivo o enunciativo (Couture), ni de los hechos a los cuales se refiere (Mairal)..." (cfr. Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Capítulo VII LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS).

Pero además y, fundamentalmente, la insuficiencia probatoria se patentiza en orden a la existencia en esta causa de prueba en contrario: "Las constancias de las actuaciones administrativas tienen fuerza probatoria en tanto no sean



desvirtuadas por prueba contraria"(cfr. " D.G.F.M. c/ Trecenave S.A. s/ Interrumpe prescripción, SENTENCIA. CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL., 24/12/1991),

1.3. Esta sola perspectiva de análisis es suficiente para determinar que la demanda no pueda prosperar.

Es que la admisión de la responsabilidad depende de la acreditación del perjuicio que deba ser reparado. De allí que, sin la existencia de ese menoscabo o deterioro, la responsabilidad no se pone en movimiento, en tanto el perjuicio es un elemento esencial de la responsabilidad.

Como claramente lo expone Matilde Zavala de González, "...el daño es extremo constitutivo y esencial de la acción resarcitoria (así como el peligro del daño lo es de la acción preventiva), por lo que su demostración incumbe al actor: el daño no existe en el mundo del Derecho sino cuando la sentencia acredita su existencia, y la deficiencia o no probanza del daño, gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria".

2. En suerte de digresión, debo señalar que no se desconoce que en el caso nos encontramos frente a un supuesto de litisconsorcio facultativo, que encuentra su justificación en la conexión que existe en las pretensiones esgrimidas frente a ambas partes.

Por ello, aunque se trate de una relación procesal única con pluralidad de sujetos, no debe olvidarse que cada uno de éstos actúa en forma autónoma, de modo que existen tantas Litis como acciones se deducen y tantos procesos como Litis se propongan. Y de allí que, en este tipo de litisconsorcio, cada litisconsorte pueda producir su propia prueba, encaminada a objetivos no coincidentes, esto es, a la demostración de sus propias pretensiones que, aunque puedan



ser conexas por el título o por el objeto o por ambos a la vez, se fundan en distintas versiones del suceso que dio nacimiento a la relación sustancial (cfr. CNCiv., Sala G., 28-11-91 "Cortés, Alberto y otro C/ Artinao González Sergio H", citado por Patricia Viviana Barbado, Jurisprudencia Temática, Litisconsorcio, intervención de terceros y tercería, en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal y Culzoni, 2006-2, pág. 343).

"En realidad existen tantos procesos como litisconsortes, dado que la conexidad justificante de esa modalidad en el proceso no llega a privar de autonomía a las diversas relaciones o vínculos materiales que se han hecho valer a través de la respectivas pretensiones...Según explica con acierto Prieto Castro, de la precedente situación se deriva que los actos de cada litisconsorte son independientes en sus efectos de los restantes, tanto en el ataque como en la defensa, de manera que unos pueden allanarse y sufrir condena, los otros; ser rebeldes algunos y otros no; apelar una parte y consentir otros la sentencia..." (cfr. Augusto Mario Morello, en "Códigos...", Tº II, pág. 437).

Específicamente, en el caso del litisconsorcio pasivo, los actos referidos a alguno de los coaccionados no benefician ni perjudican al resto, desde donde "la confesión o la admisión de un hecho formulada por uno o por algunos de los litisconsortes no puede ser invocada contra los restantes, en tanto el hecho de que se trate no hubiera sido probado con relación a estos últimos, valiendo esa confesión o admisión sólo como una presunción" (conf. HIGHTON, E., y AREÁN, B., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, concordado con los códigos provinciales - análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 345).

De allí que, aunque en la relación procesal trabada entre los actores y la co-demandada Municipalidad de





Neuquén, haya quedado admitida la existencia del informe ambiental y su alcance, ello no perjudica a AFINCAR S.A.

Porque debe insistirse en que "la admisión de un hecho común formulado por uno de los litisconsortes no perjudica al otro, desde que la confesión y el juramento de un litisconsorte surte efecto respecto de él, pero no puede influir en la sentencia en cuanto a los restantes, si la circunstancia a que se refiere no está probada con relación a éstos" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F • Prado, Eduardo R. c. Siegh, Salvador y otro" AR/JUR/2931/1979).

3. Sin embargo, la circunstancia anteriormente apuntada, no es suficiente para condenar al Municipio, tal como parece entenderlo el actor.

En efecto, como también indica mi colega y lo señala AFINCAR S.A. en su responde, fundamentalmente los embates se dirigen a cuestionar que no se haya responsabilizado a la Municipalidad.

Y, en este punto, debo reiterar el fundamento dirimente de la falta de acreditación del daño, como respuesta suficiente.

Pero más allá de ello, y como indica el Dr. Gigena, tampoco se encuentran presentes los presupuestos restantes para la procedencia de la responsabilidad estatal por omisión, encuadre que corresponde acordar a este caso, en orden a los términos en que ha sido planteado.

3.1. Véase que, al promover la demanda, el accionante sustenta la responsabilidad del Municipio en su omisión de constatar la preexistencia de un basural, en el terreno en el que se efectuara el loteo, debiendo haber detectado el foco contaminante. Hace en este punto alusión a



las obligaciones emergentes de la Carta Orgánica en materia de preservación del medio ambiente.

Al contestar la demanda, el municipio niega que allí se hubiera asentado un basural, que pudiera detectar el mentado foco contaminante denunciado por el actor, que haya tenido que inspeccionar las condiciones del suelo previo a autorizar el loteo y que incurriera en el incumplimiento de las disposiciones de la Carta Orgánica.

Indica que el municipio no debe responder inexorablemente por los actos ilegales que puedan realizar los particulares, a punto a tal que no debe responder en forma solidaria con el infractor.

Luego indica que recibido el informe de Ecogestión "y atendiendo al potencial peligro que pudiera existir para las personas que habitan el sector, el Municipio comienza inmediatamente a planificar los trabajos de remediación... dicha actitud es adoptada más allá de no tener responsabilidad alguna en los que hace a la contaminación que se estaba analizando"

Y explica que el actor no autorizó a la remediación del lote, lo que impidió que se le diera respuesta alguna.

Véase, entonces, que lejos de reconocer responsabilidad alguna, en todo caso, podría interpretarse que el municipio adoptó una conducta acorde al principio precautorio; lo que se sitúa en las antípodas de la omisión como fuente generadora de responsabilidad, siendo justamente, la oposición del accionante, lo que impidió que llevara a cabo las tareas propuestas.

Ni siquiera, entonces, desde este vértice (que es controvertido en doctrina y jurisprudencia como generador de responsabilidad estatal) podría responsabilizarse al Municipio



del Neuquén (cfr. Ramos Martínez, María Florencia "Principio precautorio y responsabilidad del Estado", Publicado en: RCyS 2012-VIII, 157 • DJ 17/10/2012, 1).

Por lo demás y situados en el estricto escenario que se plantea en la demanda, coincido con el tratamiento dado por mi colega en tanto el deber reclamado al municipio "...no se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros". Ello es así puesto que "sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger", agregando que no puede afirmarse "que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables". (cfr. CSJN, citada por Perrino Pablo, E. "La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia", Publicado en: LA LEY 24/08/2011, 1 • LA LEY 2011-E, 715 Cita Online: AR/DOC/1812/2011).

Con estas consideraciones que coadyuvan a los fundamentos dados en mayor extensión por mi colega, y compartiendo los restantes desarrollos efectuados, adhiero al voto que antecede. **MI VOTO.**

Por ello, **esta Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la sentencia de fs. 1527/1536 en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).



III.- Dejar sin efecto los honorarios del perito, difiriéndose su consideración para su oportunidad.

IV.- Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con las pautas para ello (art. 15, ley 1594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. CECILIA PAMPHILE**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**