

## Caía En Una Excavacion Existente En La Medianera Obra En Construcción Vecina

### JURISPRUDENCIA

Caía en una excavación existente en la medianera. Obra en

construcción vecina Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda en la que se reclaman los daños y perjuicios sufridos por el accionante al caer en una excavación existente en la medianera entre su propiedad y la obra en construcción vecina.

En General San Martín, a los 19 días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, Sala Segunda, integrada en esta oportunidad con el Dr. Carlos Ramón Lami (Ac. Ext. N° 803 de esta Excma. Cámara), con la presencia de la Secretaria actuante, se trajo al Acuerdo para dictar sentencia la causa N° 66.273-1, caratulada "POELSTRA, JOSÉ C/ MUÑIZ PORTELA, ELSA Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", habiéndose establecido el siguiente orden de votación: jueces Scarpati, Lami. Conforme lo establecido por los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, se resolvió plantear y votar la siguiente CUESTION ¿Es ajustada a derecho la resolución apelada? VOTACION A la cuestión propuesta la señora juez Scarpati dijo: I. Que la sentencia de 692/702 que haciendo lugar a la demanda, disponiendo que el reclamado pague a los herederos del actor la suma de pesos Cuarenta y nueve mil con más sus intereses e imponiéndole las costas, es apelada por la condenada (fs. 707) la que sostiene su recurso mediante la memoria de fs. 755/769, replicada a fs. 771/775. Aduce en la misma que el sentenciante no ha tenido en cuenta la totalidad de las pruebas aportadas, puntualmente lo que surge de la confesional del actor en la que reconoce que en la obra de la calle Paunero 1848 de San Miguel hubo fajas de seguridad en la medianera provisoria construida, que hizo reparar una parte del fondo de su propiedad por los perjuicios sufridos por la misma, y que era imposible ingresar a ella por la propiedad de la reclamante, acreditándose también que el reclamante fue denunciado por retener herramientas de la obra, reconociendo las firmas insertas en los recibos de fs. 286/287 por la suma de \$ 1.000 cada uno. Afirma que más allá de que el juzgador alude a tal prueba parece no tenerla en cuenta, sosteniendo que tampoco consideró lo que surge del testimonio de fs. 549/550, que al par de conocer a la Sra. de Muñiz del barrio dijo que no podía accederse a la obra por la propiedad del actor, porque había un alambrado y una empalizada de madera que estaba al costado de la medianera; y que el pozo era un sótano que se ubicaba en el medio de la obra, comentándole el marido de la actora que pagaron reparaciones en la casa del actor, quien alegaba la existencia de rajaduras derivadas del movimiento de la obra. Remite también a lo que surge de los dichos de fs. 551/552, 554, 555, transcribiéndolos, marcando su concordancia con lo que aporta el actor en su confesional en relación a la existencia de fajas de seguridad en la medianera provisoria construida, ello desde el inicio de la obra, acreditando también que hizo reparar una parte de su propiedad y que era imposible acceder a la obra desde su propiedad. Menciona la información municipal glosada a fs. 528/541, destacando que de la misma surge que faltan vallas, pero en la vereda, haciendo sólo referencia a la falta de protección respecto de peatones y vehículos. Sustenta así la ausencia de responsabilidad por el accidente de autos, en tanto resulta ajena a los daños que el actor dice haber sufrido, invocando que ha mediado "culpa de la víctima?". Sostiene que el actor, a raíz de la obra que el accionado había emprendido, la hostigaba constantemente, tanto a ella como a su esposo así como a los obreros afectados a la obra, haciendo referencia a la denuncia que efectuara una persona que trabajaba en la obra ante la Comisaría de San Miguel, marcando también la existencia de otra formulada por el encargado de la misma, ello por retener elementos de trabajo, exigiendo dinero para su devolución, mencionando también faltantes al respecto. Esgrime también la intervención de una Comisión encabezada por la Directora de Obras Particulares de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del Municipio, que se apersonó a la obra para constatar eventuales perjuicios provocados por la misma en el inmueble del actor y las medidas de seguridad requeridas. Afirma también que el actor para haber caído tendría que haber entrado por el frente de la obra, tal como lo hacía todos los días molestando a quien es estaban trabajando en la misma, ello pues es imposible que una persona de edad como el actor, pudiera saltar la pared de madera que se había construido como medianera provisoria mientras se realizaban los cimientos de la misma, sosteniendo que nunca hubo tirantes apoyados en el piso de la vivienda del actor haciendo de puente para que los obreros se desplazaran, tal como lo relata. Invoca además, que con la caída que dice haber sufrido, dada su edad, no hubiese podido sobrevivir, insistiendo en que el accidente se produjo por su culpa, pues es imposible caer por dónde dice. Por lo demás, nadie lo vio caer y tampoco pudo suceder el hecho a la hora en que dice que se produjo el accidente (16,30 hs.), ello pues todos los obreros estaban trabajando, deslizando que probablemente ingresó por delante de la obra, lo que hacía diariamente, conforme los dichos de vecinos, y se cayó después de esa hora, insistiendo en que ingresaba con frecuencia, aún cuándo nadie estaba en la construcción. Vuelve a remitir a las testimoniales de fs. 549/550 y 551/552, 554, 555, insistiendo en que a través de ellas se demuestra la imposibilidad de acceder a la

obra por el terreno del actor, así como la presencia de alambrado y empalizada asentada en el costado de la medianera, y que a misma se accedía por su frente, esto es por la puerta principal, marcando que tales dichos coinciden con lo que surge de la confesional del actor, sosteniendo que la conducta del reclamante fue imprevisible. Focaliza a modo de segundo agravio las lesiones del actor, haciendo referencia a lo que surge de la pericia practicada y transcribiendo el tramo pertinente, señalando que las explicaciones no fueron respondidas en virtud del fallecimiento del actor, considerando prudente la suma de \$ 30.000 en tal concepto, ratificando que no tuvo responsabilidad en el hecho, pues las lesiones fueron causadas por su imprudencia, remitiendo nuevamente a las versiones testimoniales mencionadas y al informe municipal de fs. 528/541. Transcribiendo sumarios de decisiones relativos al "daño moral" esgrime que si el actor sufrió tal menoscabo fue por su propia y exclusiva culpa, afirmando que no media en el proceso prueba alguna que indique que la obra realizada le haya causado algún perjuicio y que él irresponsablemente ingresaba en la misma, y así se accidentó. En torno a las "reparaciones", transcribiendo la parte respectiva de la sentencia invoca que no hay prueba en el expediente que el daño lo haya sido por su culpa, reeditando la invocación de las testimoniales aludidas y del informe municipal, ello en la comprensión que a través de tal plexo se acredita que sólo se podía ingresar a la obra por el frente (fs. 549/550; 551/552; 554/555), insistiendo en su concordancia con la confesional del actor de fs. 493, en cuanto a que siempre, desde su inicio, hubo fajas de seguridad en la medianera provisoria construida, que hizo reparar una parte de su propiedad por los perjuicios sufridos por la obra y que era imposible acceder a la misma de la propiedad del actor. Impugna también la imposición de costas a su parte, requiriendo se impongan a la actora. II. Anticipo que el recurso no debe prosperar. Más de modo preliminar y frente al planteo de la contraparte, señalo que aprecio que la memoria que sustenta el mismo alcanza el rango crítico necesario para su formal tratamiento, comprensión que no cabe extender al alzamiento que se intenta respecto de las partidas reparatorias, desde que tal tramo exhibe no sólo una ostensible orfandad refutatoria, sino que además focaliza el desacuerdo en exclusiva referencia a la resistida reprochabilidad de la conducta, lo que concurre a insatisfacer la carga propia de toda expresión de agravios, impidiendo su consideración (arg. art. 260 y 261 del Cód. Proc.). En relación a la anticipada confirmación de la responsabilidad endilgada es dable capitalizar, tal como lo concretara el juzgador, lo que surge de la constatación notarial de fs. 82/83 y las fotografías que ilustrativamente la complementan (fs. 15/26). A través de estos antecedentes se acredita que la línea medianera entre ambas propiedades se hallaba abierta por una excavación de una profundidad aproximada de 3 metros, así como el desmoronamiento que exhibía el borde del pasillo de la casa del actor, constatándose la existencia de un espacio vacío entre el nivel de la casa del reclamante y la construcción en marcha, con señalamiento de sus bordes al momento de la diligencia, mediante una cinta plástica. De este modo, partiendo de la admisión de la contingencia dañosa -ello en orden a las invocaciones que se traen, las que reeditan las plasmadas en el conteste de fs. 322/329- cierto es también que las condiciones de la excavación en la que cayera el reclamante han quedado ratificadas a través de las testimoniales de fs. 495/496; 510/511, 511/512 y 513/514, provenientes todas de vecinos del barrio. El primero de tales testimonios alude a la inexistencia de empalizada que resguardara su profundidad; el segundo expresa que la medianera dejó de existir y no había nada que la suplantara, pues sólo estaba el pasillo de la casa del actor y el pozo de la construcción, no habiendo nada que previniera o que separara de la construcción vecina, agregando "estaba el pasillo y el pozo de la construcción al lado, sin ninguna protección". El de fs. 511/512 apunta que el pozo estaba desmoronado y estaba dentro de la propiedad del actor; que no existía medianera porque la tiraron con la obra y no había ninguna medida de seguridad, "uno salía de la casa de Poelstra y se encontraba con el pozo", agregando que había una tabla cruzada desde el terreno del actor y la obra. El de fs. 513/514 hace referencia también a un tirante que atravesaba un pozo que había en la medianera entre el terreno y la obra, señalando que la excavación no tenía protección ni ninguna madera que dividiera con el terreno del actor y que tal pozo ocupaba aproximadamente la mitad del terreno de Poelstra y que la medianera no estaba porque la había tirado. La dinámica siniestral invocada y demostrada por este plexo testimonial, el que guarda absoluta concordancia con la constatación notarial y las fotografías ilustrativas, nos posiciona, tal como lo identifica el juzgador, en la responsabilidad objetiva prevista por el art. 1113 apartado segundo párrafo segundo del Cód. Civil, ello en cuanto la excavación interviene como cosa inerte portadora de riesgo cierto, operando en la dinámica del daño en virtud de su demostrada posición y conformación (arg. art. 375-384-456 del Cód. Proc.). Es que la cosa inanimada no es causa del accidente si inerte ha ocupado un lugar normal, exigiéndose para comprometer la responsabilidad de su dueño o guardián la presencia en ella de desajustes derivados de su comportamiento o posición, extremo que ha quedado acreditado a través del plexo analizado. Y al respecto resulta pertinente destacar que lo decisivo y esencial es la actividad causal de la cosa; de allí que las cosas inertes por su posición en el momento del daño pueden ser su causa (Zavala de Gonzalez, Matilde "Responsabilidad por Riesgo" -El nuevo art. 1113 pág. 56 N° 9), correspondiendo apuntar también, tal como acertadamente se advirtiera, que "la culpa se entromete para abastecer la responsabilidad objetiva en las hipótesis de daños derivados por el riesgo o vicio de las cosas inertes... En estos supuestos el factor subjetivo, aún indirectamente, fluye al endilgarse al dueño o guardián el déficit en la custodia, conservación o mantenimiento de la cosa o al no adoptar las medidas de seguridad,

señalamientos, embalizamientos que impidan la concreción de la probabilidad de daño. En tal supuesto el factor subjetivo se integra-completando y complementando - la unidad del fenómeno resarcitorio de tinte objetivo?(Galdós, Jorge mario ?Derecho de Daños en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires? Rubinzal-Culzoni Cap II ?Cosas Inertes- Culpa en la conservación y cuidado? págs. 112/113). De este modo, más allá de reconocer los perfiles culposos que fluyen de la situación dañosa, lo cierto es que el reproche debe fundarse en el factor objetivo de atribución de responsabilidad. Más en su contexto las causales eximitorias radican en la ajenez causal del resultado dañoso, la que reclama los recaudos propios del caso fortuito, esto la imprevisibilidad? e irresistibilidad que le son propios(arg. arts. 901, 513 y 514 del Cód. Civil), extremos que ostensiblemente no se conforman en autos.

Es que la invocada la conducta de la víctima, en cuánto causal eximitoria, carece en el contexto probatorio analizado de la exigida condición de ?imprevisibilidad?, dadas las más que precarias, casi temerarias, condiciones de la inexistente medianera y la inmediatez de la excavación(confesional fs. 494 pliego fs. 491 posiciones 2° y 5°), las que a más de exhibir una desentendimiento culposo(arg. art. 512- 901-1109 del Cód. Civil) demuestran la inexistencia de la ?imprevisibilidad? que reclama la exoneración que se pretende. Y nada predica al respecto la eventual presencia de una precaria cinta plástica (confesional actor fs. 493 posición 1° y 7°), como tampoco habilita eximición alguna acreditar que el acceso a la obra sólo era posible por la parte delantera y aludir a la existencia de un cerco precario operando como rudimentaria medianera, tal como se intenta hacerlo a través de las testimoniales de fs. 549/550, 551, 554, 555. Es que más allá de la inconducencia eximitoria de las referencias que ello acercan cabe dar prevalencia a las elocuentes versiones testimoniales de los vecinos acercados por la reclamante y, fundamentalmente, a la imagen que aportan las fotografías certificadas y lo que surge del acta notarial citada. Tal plexo minimiza absolutamente la operatividad de las elementales e inhábiles prevenciones que se esgrimen así como de la invocada posibilidad de acceso exclusivo por el frente de la obra; pues precisamente se trata de un suceso dañoso generado en una excavación inmediata asentado en la obra lindera al inmueble del actor, sin la protección de medianera, que se muestra abierta y desmoronada. Por lo demás cabe advertir también que tales testimoniales derivan de personas vinculadas comercial y laboralmente con la demandada, lo que sugiere una predisposición convalidatoria de su actuación, observando además que la descripción que allegan en cuánto a las condiciones de la medianera colisiona con la inobjetable vistas que muestran las fotografías certificadas y la objetiva descripción volcada en el acta notarial respectiva. Es que frente a las probadas condiciones de la medianera, nada predica demostrar que el acceso a la obra sólo se podía hacer a través del frente y que existía una empalizada protectora, como tampoco lo hace controvertir la hora del evento. Tampoco tiene virtualidad crítica a este respecto invocar las reparaciones concretadas en la finca del actor y la admisión de recibos relativos a ellas. Igual suerte deben correr las quejas y el invocado hostigamiento sufrido durante la construcción por parte del actor, así como las dudas que pretenden instalar sobre su supervivencia, ello en orden a las características de la contingencia dañosa. Ninguna de estas invocaciones se muestra operativa a la exoneración que pretende, pues sus posibles defensas están exclusivamente afincadas en la demostración de la ?causalidad ajena?, que por lo demás debe reunir los recaudos del casus, lo que se exhibe absolutamente descartado (arg. art. 901 y 1113 apartado segundo párrafo segundo del Cód. Civ. Y 375 y 384 del Cód. Proc.). En cuánto a la recurrencia relativa a las partidas reparatorias autorizadas, tal como anticipara, el tramo respectivo ha de considerarse desierto, pues focalizado de modo exclusivo en la procedencia del reproche, omite criticar su admisión y cuantificación en los requeridos términos del art. 260 del Cód. Proc. (arg. art. 261 del Cód. Proc.). Por tanto, de compartir mi colega, juez Lami, lo que llevo expuesto, corresponderá confirmar la sentencia recurrida en cuánto ha sido materia de agravio, considerando confirmar también el cuestionado criterio de imposición de las costas, en cuanto vinculado a la suerte de la pretensión principal(art. 68 Código Procesal). En cuánto a las costas de Alzada, conforme el criterio postulado han de aplicarse a la demandada en su condición de perdidosa, difiriendo las regulaciones de honorarios para su oportunidad (art. 68 del Cód. Proc. y 31 del decreto 8904/77). Doy mi voto por la

**AFIRMATIVA.** El juez carlos Lami, por las mismas razones, adhiere. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

**SENTENCIA** Por los fundamentos dados en el Acuerdo precedente se **RESUELVE:** 1°)**CONFIRMAR** la sentencia recurrida en cuánto ha sido materia de agravio.2°)**IMPONER** las costas de Alzada la demandada en su condición de perdidosa.3°)**DIFERIR** las regulaciones de honorarios para su oportunidad. **REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.**

022879E