

Sistema De Riego Y Drenaje Danos En El Inmueble Carga Dinamica De La Prueba

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Sistema de riego y drenaje. Daños en el inmueble. Carga dinámica de la prueba Se modifica la sentencia apelada y se establece en el 50% el porcentual a abonar a la accionante por las accionadas, en virtud de la disminución del valor inmobiliario del lote de su propiedad, por deficiencias en el sistema de riego y drenaje que imputa a las demandadas.

En la ciudad de General Roca, a los 11 días de abril de 2017. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, con asiento en esta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "STAR S.A C/CONSORCIO DE REGANTES DE ALLEN Y FERNANDEZ ORO Y OTROS S/ORDINARIO " (Expte.n° 31517-J5-07), venidos del Juzgado Civil nro. CINCO, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron: EL SR. JUEZ DR.GUSTAVO A. MARTINEZ DIJO: 1.- Llega nuevamente el expediente, a los efectos de resolver los recursos interpuestos contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 8/08/2016 (publicada el 9/08/2016), obrante a fs. 1724/1743. Apela el apoderado del Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego del Alto Valle de Río Negro, quien expresa agravios mediante el escrito incorporado a fs. 1777/1785; y recurre también el apoderado de la Fiscalía de Estado, en representación del Departamento Provincial de Aguas (DPA), expresando agravios a fs. 1786/1795. Corrido traslado de las respectivas expresiones de agravios (1796), las mismas no han tenido responde. 2.- Cabe recordar que esta Cámara, en anterior pronunciamiento de fecha 24/05/2013 (fs. 1438/1442), declaró la nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 4/09/2012 (fs.1356/1368), mandando resolver nuevamente, previo dar intervención a la autoridad de aplicación de la ley M 3266. Se sostuvo en esencia para así proceder, la violación flagrante del principio de congruencia y la necesidad al propio tiempo, de otorgar intervención a las autoridades ambientales de la Provincia ante la pretensión y eventual condena, de realización de una obra de impermeabilización del Canal Principal del Sistema de Riego del Alto Valle, por lo que resultaba insoslayable su participación en los estudios de impacto y autorizaciones previstas por aquella ley y su reglamentación. 3.- La nueva sentencia ahora apelada, varía sustancialmente la decisión del anterior titular del juzgado, rechazando la pretendida impermeabilización, así como los restantes rubros reclamados a excepción de lo que surja de la prueba a producir en la etapa de ejecución de sentencia, en concepto de disminución o pérdida del valor inmobiliario del inmueble. Concretamente resuelve: ?I.- Hacer lugar parcialmente en su mayor medida la demanda interpuesta por la firma Star S.A. contra el Consorcio de Regantes de Allen Fernandez Oro; el Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego del Alto Valle de Río Negro y el Departamento Provincial de Aguas, condenando a estos últimos en forma concurrente a abonar al actor el 60% que resulte de la suma a determinarse de la etapa de ejecución de sentencia de la disminución del valor inmobiliario del lote del 1 (uno) parte de los lotes 16 y 24 fracción "A" sección 26, con una superficie de 14 has., 1 as., 34 cas, conforme los parámetros establecidos en los considerandos, dentro de los 10 días que quede firme la determinación del valor de la pericia; con más el interés del modo detallado en los considerandos. II.- Las costas se distribuyen en un 60% a los co-demandados y un 40% a la parte actora. III.- Diferir la regulación de honorarios hasta tanto exista determinación cuantitativa de la condena. Contra tal pronunciamiento, tal como expresara al inicio, apelaron dos de las demandadas. 4.1.- El apoderado del consorcio de segundo grado, cuestiona en esencia el modo de resolver sobre las costas, así como también por la condena al pago de intereses. En relación a estos últimos sostiene que no fueron reclamados en la demanda, con lo que su inclusión en la condena violenta el principio de congruencia. Recuerda en su expresión de agravios que el actor ?se presentó reclamando los siguientes rubros en forma independiente: a) Clausura material del canal de drenaje aluvional que está construido en el predio por ser concausa de la saturación del suelo; b)la impermeabilización del canal principal en el tramo de recorrido del perímetro de la chacra (6,5 km resultaron); c) el pago reparativo de los daños por pérdida del valor inmobiliario; d) por disminución gradual de la capacidad productiva pasada, contemporánea y futura ; e) Un daño actual, al tiempo de proponer la acción de \$ 450.000.-, materializado en pérdida de producción, plantas y valor productivo, aplicando la fórmula de lo que en más o menos surja de la prueba a producirse, manifestando que existe certidumbre en cuanto a la existencia del daño presente. y f) Queda pendiente -dice- la cuantificación de los daños futuros que no se hubiesen materializado al tiempo de la finalización de la litis por cualquier causa ... la mera prolongación o agravamiento del daño actual y la causa mencionada.?. Sigue diciendo que ?no pide costas ni intereses, tanto sea al tiempo del objeto de la demanda, al tiempo del petitorio, ni al tiempo del acápite conclusión?; así como que en lo que respecta a su mandante se le achaca conflicto en el mantenimiento y drenaje del sistema de riego por no haberse ejecutado

trabajos de reparación de filtraciones a la altura de Allen y las ejecutadas presentan deficiencias tales que agravan el problema planteado por las filtraciones?. Se detiene luego en la resolución, resaltando que se distribuyen las costas en un 60% a las demandadas y solo un 40% a la actora, cuando de los seis rubros reclamados, la juez sostiene que la demanda en definitiva prosperará en relación a la disminución de la pérdida del valor inmobiliario del inmueble, difiriendo a la etapa de sentencia la determinación definitiva del monto indemnizatorio. 4.2.- Luego concretando los agravios, señala como el primero, el adjudicarle a su representado el 60% de las costas. Al respecto expone: ?Si como bien dice, hace lugar a solo uno (1) de esos seis (6) rubros que se demandó por el que también se ofreció y produjo todo tipo de prueba y que indiqué arriba en los inc. a, b, c, d, e, y f, jamás podría hacer lugar a ese porcentual. Esto es, que de la suma a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia por la disminución del valor inmobiliario mi mandante debe abonar el 60% en forma concurrente con los co-demandados?. Cuestiona ello por incongruente y arbitrario, señalando que ?si el actor reclamó con precisión 6 rubros devenidos del daño que le provocaron y solo se le hace lugar a uno solo de ellos y dentro de dicho rubro, existieron a su vez otras 5 causas o concausas que son ajenas a la responsabilidad de mi mandante, (y una (1) mas, propia del actor que la pericia no la incluye), como de los restantes co-accionados, tal como lo dijo la pericia, la resolución judicial ha omitido prueba determinante al efecto?. Refiere que ?Justamente, sobre el rubro que procede no analiza las concausas de saturación totalmente ajenas a mi mandante, pero que según la sentencia provocaría la pérdida del valor inmobiliario por el que se hace lugar a la demanda, y que se debió, según dice la juez, al daño por el nivel alto de la napa o la saturación de la napa a lo largo del tiempo. Pero este rubro o acápite del reclamo declarado procedente, tuvo -según la pericia practicada en autos-, múltiples factores, muchos de ellos, cinco (5), ajenos al Consorcio de Segundo Grado?. Se expone luego en relación al contenido de la pericia agronómica de la que sostiene extraer que las causas que generarían el daño que se receipta, resultan ajenas a su mandante y nos dice que la pericia obtuvo firmeza, por lo que ?el juez no puede apartarse arbitrariamente como lo hace u omitirla, sin dar razones para ello, sea a través de otra pericia que la pueda desvirtuar (extremo no acontecido en autos) o de otro conocimiento específico por dentro del expediente?. En otro orden razona: ?si también probó por la pericia de autos que el actor carecía de desagües en su propio inmueble, cabe preguntarse en concreto: si son 6 concausas las que contribuyen al exceso de napa, y de las 6 solo una (1) es imputable a mi mandante, cómo puede saberse que el grado de incidencia a través de los años sea exclusivamente del canal principal y no por la falta de mantenimiento y construcción de los desagües de la propia chacra del actor?. Preguntémosnos por qué los tapó, o por qué no los mantuvo conforme su obligación reglamentaria, para que los excesos drenen??. Siguiendo esa línea agrega inmediatamente: ?En este porcentual de responsabilidad del que solo es atribuible a mi mandante -según podemos concluir matemáticamente de la pericia- el 16,6 %, queda inmerso en el mismo, la responsabilidad y culpa del actor por no contribuir al mantenimiento de los desagües internos conforme lo indica y prescribe el Reglamento de Riego en los art. 83 a 88 y art. 42 de la ley 2952 o Código de aguas tal como lo transcribí en la contestación de la acción?. Recuerda asimismo en relación a este achaque de responsabilidad a la propia actora que: ?Sin perjuicio que los testigos concuerdan en general con el informe pericial en que la chacra carece de desagües comuneros, y que necesariamente debe tenerlos en función de como es el suelo, y que va en proporción de la cantidad de hectáreas del inmueble (Buccela) en lo que interesa al punto en análisis, (concausas) aseguraron también que El principal aporte es el exceso de agua de riego más que la filtración de los canales, eso está en el estudio del INTA ..." (Buccela). Luego Jorquera agrega que hace 35 años trabaja en el sistema, expuso que dicha chacra carece desagües internos, reconoce las fotografías ... que cuando no circula agua en el canal grande nunca se seca del todo porque hay filtraciones naturales y drenan allí otras chacras, y que la cota del canal principal es superior a la chacra Vanícola...". Y Carnevali dijo que " el riego es lo que más influye en el levantamiento de la napa en este tipo de suelos y de sistemas de valles irrigados, hay otros componentes pero el riego es el más influyente, o en las zonas aledañas al río lo que más influye es el río..? Tras ello expone que: ?Tales testimoniales no fueron impugnadas y obtuvieron firmeza y por lo tanto forman parte del plexo probatorio, por lo tanto por más que los mismos sean o hayan sido prestadores del servicio de riego o dependientes del sistema, sus testimonios fueron veraces y concuerdan en gran parte con el informe pericial que indica las concausas de la elevada napa y las muestras fotográficas fueron demostrativas del estado de los desagües abandonados?. Vuelve a una cita y análisis de las actuaciones periciales y nos dice que ?El magistrado entonces en su sentencia de los pasajes que hace lugar al rubro que impugno, omite por completo adicionar las explicaciones que el perito o peritos brindaron sobre las causas y concausas que elevan la napa en esa zona, y que no se vinculan con el canal principal. Si esta parte probó en la pericia que el actor carecía de desagües en su propio inmueble y que era su obligación legal -tal lo reza la reglamentación-, y que la propia juez en pasajes de la sentencia también lo recalca y alude, traigo a consideración el interrogante en este punto y es, que si son 6 concausas las que contribuyen al exceso de napa que le provoca la disminución del valor inmobiliario, como puede saberse que el grado de incidencia a través de los años sea exclusivamente del canal principal y ello sea englobado en un 60% tal como lo englobó en el resuelto? La pericia entonces es clara: interactuaron/an 6 causas en la chacra de la actora en el rubro procedente. 5 no se vinculan con mi representada; sin embargo la

magistrada otorga el 60% de responsabilidad concurrente al canal principal como si ello fuese la única y exclusiva causa. Si son 6 concausas entonces debería haberle asignado como máximo el 16,66% a mi mandante de prosperar la acción conforme a su razonamiento y a la importancia que le otorga al informe pericial. Pero, si a ello (a ese 16,66% de concausa imputable) se le adiciona la falta de mantenimiento en desagües internos que le era de propia responsabilidad y obligación al actor, y que no forma parte de los puntos concausales que indico el perito, no cabe duda que debe ser aún menor el grado de responsabilidad de mi representada, extremo que debo dejar al arbitrio de la Excma. Cámara, ya que al respecto no existió prueba que resuma los porcentajes, pero válidamente debiera distribuirse en parte iguales, con lo cual solo existiría un 8,33%. de responsabilidad a todo evento?.- Se expone luego en citas jurisprudenciales que trae en abono de su discurso recursivo, volviendo nuevamente sobre el mismo análisis, para concluir el punto solicitando a la Cámara que proceda a ?revocar la sentencia y readecuar correctamente los porcentajes de responsabilidad conforme las probanzas firmes y consentidas en autos?.

4.3.- Como un segundo agravio, desarrolla lo atinente a los intereses. Al respecto refiere que la magistrada sostiene: ?...en función de tratarse de una deuda de valor que se determinará a la fecha de la presentación de la pericia y conforme los datos aportados en la pericia agronómica deberá adicionarse a la suma que resulte conforme el grado de responsabilidad, un interés puro del 8% desde la fecha de la presentación de la demanda hasta la fecha en que quede determinado el valor del litigio con la pericia firme, devengando a partir de allí un interés del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta su efectivo pago?.

Pero resalta que la actora omitió en todos los rubros pedir intereses con lo que se ha excedido y fallado ultra petita, trayendo luego a colación doctrina y jurisprudencia que niegan la posibilidad que la jurisdicción reconozca intereses cuando éstos no fueron solicitados en el escrito de demanda, por lo que concluye el punto solicitando a la Cámara que deje sin efecto la condena al pago de intereses.

4.4.- Como un tercer agravio y vinculado con el primero, plantea que sobre los cinco puntos del rechazo de la acción, también deben valorarse los bienes en disputa y regularse honorarios a cargo de la actora. Refiere que siguiendo el derrotero fijado en la sentencia se incurriría en arbitrariedad al omitirse regular los honorarios con cargo al actor sobre los cinco rubros que ha reclamado en forma concreta y que fueron rechazados, esto es: ?a) Disminución gradual de la capacidad productiva por períodos contemporáneos, anteriores y posteriores a la demanda... b) Sobre el reclamo de \$ 450.000.- como daño actual al tiempo de interponer la acción materializado en la pérdida de producción, plantas y valor productivo de la unidad o parcela, la magistrada nada dice, ni tampoco se remite a otro punto o ítems, razón por la cual permite inferirse que lo ha rechazado. En consecuencia por dicho rubro rechazado debe la Excma. Cámara así ratificarlo y condenar en costas al actor. Ello por cuanto el actor en este rubro lo ha identificado como 'daño actual' con causa directa en la saturación hídrica y cuantificado y por lo tanto no existe razón alguna para no pronunciarse expresamente por su rechazo y por la condena en costas. c) El reclamo por 'la clausura del canal de drenaje aluvional construido y, d) la impermeabilización del tramo colindante del canal principal en el recorrido que colinda con la misma... En este rubro, la magistrada si bien rechaza la pretensión, omite ordenar valuar las obras del reclamo en la etapa de ejecución de sentencia tal como lo hace en el rubro que hace lugar a la acción y condenar en costas por el rechazo una vez valuada las obras de impermeabilización y cierre del aluvional?.

Concluye el punto, solicitando a la Cámara ?que ordene para la etapa de ejecución de sentencia, proceder a valuar y cotizar las obras pedidas por el actor objeto del reclamo, en lo que respecta al rechazo, primeramente en lo que hace a materiales y mano de obra para clausurar el aluvional y segundo la construcción, entre materiales y mano de obra para impermeabilizar el canal principal en tales tramos colindantes y una vez valuado los trabajos proceder a regular los honorarios profesionales?.

5.1.- Por su parte, el apoderado de la Fiscalía de Estado, señala como un primer agravio, la violación del principio de congruencia. En su caso no lo plantea en relación a los intereses, sino al rubro principal por el que se condena y constituye la disminución del valor de la propiedad. En una extensa exposición en la que señala que el vicio ya fue observado en nuestro primer pronunciamiento por el que declaramos la nulidad de la primera sentencia y trayendo a colación numerosa jurisprudencia y doctrina en torno al principio de contradicción, entiende que la Sra. Juez se ha expedido fuera de lo que constituyó el objeto de la demanda. A fin de ser breve a la lectura del respectivo memorial en lo pertinente me remito. Subsidiariamente solicita ?que se tenga presente que el actor en su demanda reclamaba el monto total de \$ 450.000 por dos rubros: pérdida del valor inmobiliario y pérdida de producción (disminución gradual de la capacidad productiva) y que el segundo de estos fue directamente rechazado por la jueza de grado. De esta forma, y al momento de cuantificar el daño por pérdida del valor inmobiliario se deberán restar a ese total de \$ 450.000.- el valor del rubro pérdida de producción que fue rechazado?.

5.2.- Como un segundo agravio: cuestiona la distribución de responsabilidades y el porcentaje por el que se sostiene que prospera la acción. Al respecto, tras recordar la parte resolutive de la sentencia en crisis, nos dice ?Advertirá el Tribunal que la distribución que realiza el juez de primera instancia es arbitraria y subjetiva, ya que el mismo reconoce que no existen elementos de prueba en el expediente que permitan determinar en qué porcentaje cada causa contribuyó a los daños existentes. Esta circunstancia, se encuentra reconocida por el juez de grado en el fallo en crisis cuando sostiene que: 'Si bien la regla de la responsabilidad es individual y cada sujeto debe responder por el daño provocado y en la medida en que lo ha producido, en

autos se presenta un supuesto de responsabilidad compleja, donde resulta dificultoso establecer en qué medida cada uno lo ha producido, ya que la saturación de la napa freática como origen o condición para la aparición de la enfermedad en las plantas, se debe a la conjunción de una serie de conductas entre la que se encuentra la de los demandados en función de presupuestos de responsabilidad disimiles, y también de la propia actora, en relación del manejo del sistema de riego. No obstante, le asigna a mi representada un grado de participación del 60%. Refiere que "...realiza una valoración arbitraria de la incidencia que tiene el deficiente mantenimiento de los dos desagües comuneros en la chacra del actor y del manejo del sistema de riego dentro de su inmueble, otorgándoles sólo un 40% de incidencia. Por otra parte, endilga un 60% de incidencia en la elevación de la napa freática a las filtraciones del canal principal de riego y del canal derivador. Así entiende evidente que la sentenciante se aparta totalmente de la prueba producida en autos al momento de decidir, recordando que la pericia agronómica realizada por el Ing. Fragueiro, cuando se refiere a los excedentes de agua en la napa freática dictamina que: 'El origen de estos excedentes es variado y en algunos casos pueden actuar en forma conjunta como es el caso de la chacra de la actora o por separado'. A continuación en su informe el especialista detalla cuales son a su juicio los seis aportes de agua al suelo que elevan la napa freática: a) El agua de riego que las plantas no utilizan. b) El agua proveniente de canales de riego por filtración y que se encuentran en niveles elevados y sobre elevados con respecto al nivel del suelo de las chacras aldañas. En este caso particular el canal principal de riego. c) El agua proveniente de los aliviadores de otros canales de riego (primarios, secundarios, etc.) que descargan en los canales de drenaje u otros canales. También esto ocurre con las compuertas aliviadoras existentes en el canal secundario que provee de agua de riego al sector donde está la chacra de STAR S.A., que van al descargador pluvial. d) El agua proveniente de las precipitaciones pluviales al suelo y a los canales de drenaje. e) El agua proveniente de efluentes industriales. f) El agua proveniente de las crecidas del río. El perito concluye que: 'En la chacra de la actora interactúan y elevan el nivel de napa freática proveniente del canal principal de riego por filtración y los aportes de agua por medio de aliviadores del canal de riego secundario el canal descargador pluvial. Debido a que la red de drenaje no tiene mantenimiento adecuado, según lo manifestado en párrafos anteriores al respecto el agua excedente no tiene por donde drenar y la napa freática mantiene un nivel alto como está demostrado con el material fotográfico'. Sostiene que 'La conclusión de la pericia agronómica es contundente: en la elevación de la napa freática de la chacra de la actora interactúan seis causas. La mayoría de las cuales no son imputables a mi representada, sin otorgar un porcentaje de incidencia a cada uno en la elevación de la napa del inmueble. Sin embargo, el a quo al decidir otorga un 60% de responsabilidad a las filtraciones del canal principal como si fuera la única y exclusiva causa, apartándose arbitrariamente y sin ningún fundamento de la prueba pericial mencionada'. Refiere que la Sra. Juez, 'también omite por completo, las valiosas declaraciones testimoniales de los testigos Buccella, Jonquera y Carnevalli', señalando que los tres 'coinciden en un punto central, esto es, que la principal causa de la elevación en la napa freática en la Chacra de STAR es el exceso de agua de riego más que la filtración de los canales'. Agrega que se 'ha realizado una arbitraria atribución de responsabilidades, haciendo prosperar la acción en un 60% contra mi representada cuando de la prueba pericial y testimonial producida en autos se puede constatar que las principales causales de la elevación de la napa freática en el inmueble son: la falta de mantenimiento de dos desagües comuneros y el exceso de agua de riego' y que 'Ambas causales no son imputables a mi representada, sino a la actora, por lo que también es totalmente arbitrario la asignación de responsabilidad en sólo un 40% a esta última'. Se explaya luego nuevamente sobre el dictamen pericial a fin de mostrar como a su juicio, surge del mismo que la responsabilidad de su mandante no es la causa principal de la problemática que se observa en la explotación. Recuerda el art. 1111 del Cód. Civil que establece que: "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna", exponiendo que en el comentario al mismo, autorizada doctrina establece que "...la víctima debe soportar el daño sufrido por ella misma en razón de su culpa. Esta culpa opera como una causa extraña al hecho del autor (concausa), que suprime o desvía el curso de los sucesos y genera una relación causal propia que resulta ajena a la responsabilidad de dicho autor". Agregando que 'En esa misma línea, y aún cuando se pretenda encuadrar este caso en un supuesto de responsabilidad objetiva, tenemos que la respuesta sería la misma. En efecto, incluso en los supuestos de responsabilidad objetiva, la culpa de la víctima rompe el nexo de causalidad y exime de responsabilidad sobre quien pesa la responsabilidad objetiva (art. 1113, segundo párrafo del Código Civil). De esta forma, se excluye uno de los requisitos de atribución de responsabilidad: el presupuesto de la existencia del nexo causal que quedó interrumpido por la propia actuación de la víctima'. Entiende que los daños obedecen a la propia culpa de la actora y se extiende en citas doctrinarias y jurisprudenciales que entiende apuntocan su planteo en el punto. Resalta también que 'ha quedado acreditado que mi mandante cumplió con el poder de policía, regulación, fiscalización, normalización y control en materia de prestaciones públicas de riego y drenaje en el ámbito del área regulada'. Plantea entonces que 'siendo la propia actora quien generó con su actuar el hecho dañoso, existiendo de esta forma una rotura del nexo causal por el hecho de la víctima, debe hacerse lugar al agravio planteado y desestimar la atribución de responsabilidad contra mi representada'. Subdiariamente reclama se disminuya el porcentual de culpa atribuido a su representada

en la sentencia en crisis. 6.1.1.- Ingresando en el tratamiento de los agravios, siendo que los planteados por el apoderado de la Fiscalía de Estado se vinculan con la condena en lo principal, pudiendo incluso su recepción llevar al rechazo de la demanda, he de abordar en primer lugar el tratamiento de los éstos, principiando por el cuestionamiento respecto de la supuesta violación del principio de congruencia. 6.1.2.- Al respecto, ciertamente en nuestra inicial intervención del 24/04/2013 en que declaramos la nulidad de la primera de las sentencias, advertimos que el escrito de demanda era confuso en cuanto a la determinación de la cosa demandada. Me permito recordar lo expuesto en aquella oportunidad al respecto: "...2.- Conforme surge del escrito de interposición de demanda obrante a fs. 154/161 el representante de STAR S.A., denuncia perjuicios en una chacra de su propiedad. Concretamente 'saturación hídrica del subsuelo, con ascenso en el nivel de la napa freática', lo que expone que genera un deterioro en el monte frutal; plantas que se mueren y deben ser repuestas, así como una disminución de la producción. Atribuye ello a deficiencias del sistema de riego y drenaje, falta de obras adecuadas y utilización del mismo en forma disfuncional, lo que obviamente imputa a las demandadas. Reclama dos obligaciones de hacer consistentes en 'el cierre del canal de drenaje aluvional construido en el predio' y la 'impermeabilización del canal principal en el tramo de recorrido del perímetro de la chacra'. A tales obligaciones suma la pretensión de una indemnización de daños y perjuicios que globaliza en la suma de \$ 450.000.-, en la que incluye la pérdida del valor venal del inmueble y la 'disminución gradual de la capacidad productiva, frutícola anual por períodos anteriores, contemporáneos y posteriores a la demanda, debido a menor cantidad de árboles frutales que se secan'. Al precisar este reclamo indemnizatorio textualmente expone que 'Existe certidumbre en cuanto a la existencia del daño presente y futuro por ser como lo describí gradual y progresivo sin perjuicio de la indeterminación de la magnitud. Es un daño real y efectivo. Para el daño actual se reclama una suma de Pesos Cuatrocientos cincuenta mil (\$ 450.000.-) daño materializado en los rubros pérdida de producción, plantas, y valor productivo de la unidad o parcela. Sin perjuicio de la aplicación del art. 165 del CPCyC con el más o menos que resulte de la prueba a producir. Repárese en que no discrimina entre lo que reclama por supuesta pérdida de valor del inmueble y lo que correspondería a la supuesta disminución de la producción. No allega elemento alguno sobre la producción y las operaciones que ha realizado, como tampoco sobre la cantidad de plantas que tiene y las que se le secarían. Mucho menos algún tipo de precisión o detalle al respecto, como el elemental de los años que computa. Esta situación motivó ya, en oportunidad de las contestaciones de demanda, cuestionamientos de los accionados; en especial del representante del Consorcio de Segundo Grado del Sistema de Riego del Alto Valle de Río Negro. Éste en su presentación de fs. 312/318 señaló que el actor no cumplía la manda del art. 330 inc. 7). Expuso que '¿al existir este defecto, no permite a las partes demandadas que puedan defenderse sobre cada punto y ofrecer la prueba pertinente. Es decir, esgrimir las defensas correctas por el rubro pérdida de producción y plantas y valor parcelario?. Agregando que tampoco el tribunal podría hacer lugar a la acción 'considerando que no podría saber a ciencia cierta qué valor se pide por cada uno?. Formulando en su contestación interrogantes tales como si el juez 'podría hacer lugar a un valor económico que el actor no ha pedido, ni reclamó?; no estaría perjudicando a las partes y a su vez emitiendo un fallo violentando principios procesales del orden civil?; enfatizando en que la respuesta sería afirmativa por cuanto el juez estaría en tal caso infringiendo el art. 34 inc. 4 del CPCyC'...?'. 6.1.3.- Pero más allá que las partes no plantearon en su oportunidad la excepción de defecto legal (art. 347 inc. 5°), no advierto que la situación hubiere impedido a las partes ejercer adecuadamente el derecho de defensa, ni tampoco que la Sra. Juez hubiere excedido el límite impuesto por la pretensión y lo que se conoce como 'litis contestatio' o relación procesal. El rubro por el que se condena, fue reclamado en la demanda, aunque determinado el valor que exige el art. 330 del CPCyC en su inciso 7°, en forma conjunta con otro rubro que denominara 'pérdida de producción'. El propio representante de la Fiscalía de Estado lo reconoce en su planteo subsidiario cuando expresa: 'que se tenga presente que el actor en su demanda reclamaba el monto total de \$ 450.000.- por dos rubros: pérdida del valor inmobiliario y pérdida de producción (disminución gradual de la capacidad productiva) y que el segundo de estos fue directamente rechazado por la jueza de grado. De esta forma, y al momento de cuantificar el daño por pérdida del valor inmobiliario se deberán restar a ese total de \$ 450.000.- el valor del rubro pérdida de producción que fue rechazado?'. Conforme lo expuesto entonces, he de proponer rechazar este agravio.

6.2.1.- Por el segundo de los agravios, pretende quien viene en representación del DPA, que se rechace la demanda en relación a su asistido y subsidiariamente que se baje el porcentual de responsabilidad atribuido, adjudicándole en mayor grado ésta a la actora por su propio accionar. 6.2.2.- Al respecto y contestando agravios que en consonancia expusiera el otro recurrente, no participo del razonamiento que siguen sobre al valor de las testimoniales de aquéllos vinculados a las accionadas o con responsabilidades en la implementación del sistema de riego y drenaje cuya administración o control les corresponde a éstas. No les quito valor ni mucho menos he de sostener que los mismos hayan sido mendaces, pero ciertamente la vinculación con las demandadas e incluso la posibilidad de poder tener algún grado de responsabilidad personal -civil, disciplinaria-administrativa, laboral, etc.-, nos debe llevar a ponderar la existencia de cierto interés en la causa o la necesidad de no comprometerse con sus dichos. Considero entonces los testimonios como relativos y acuerdo importancia absoluta a la pericial del Ing. Fragueiro, sobre la que vendré luego. 6.2.3.- Por

otra parte, discrepo con el apoderado de la Fiscalía de Estado cuando sostiene que ¿ha quedado acreditado que mi mandante cumplió con el poder de policía, regulación, fiscalización, normalización y control en materia de prestaciones públicas de riego y drenaje en el ámbito del área regulada?. Y es que no advierto que las constancias del expediente, nos permitan realizar una afirmación tan contundente, surgiendo déficits o problemas en el sistema de riego y drenaje que operando en conjunto con otros factores atribuibles a la propia actora, han causado perjuicios en la explotación frutícola de ésta, incluyendo la disminución del valor comercial del inmueble por el que se acogió la demanda. En relación a este aspecto, se impone también señalar que el discurso recursivo no cumple con la carga de motivación -concreta y razonada- que impone el art. 265 del CPCyC. Hay en el caso una alegación que aparece totalmente subjetiva, no precisándose en lo más mínimo las constancias de la causa que supuestamente permitirían sostener ello en contraposición a los fundamentos expuestos en el grado, para respñver lo contrario. En este he de recordar que como hemos dicho en muchos otros casos ¿...es menester que se precise en concreto a qué constancias se refiere, indicando en su caso, los instrumentos, testimonios o elementos de que se trate e incluso las partes de éstos cuya correcta ponderación permitiría llegar a un juicio distinto. Recauado que no se cumple en el caso? (Conf. sentencia de fecha 1/3/2016 correspondiente al Expte. B-2RO-33-C3-13 y sentencia de fecha 20/05/2016 correspondiente al Expte. CA-21561). Se atribuye culpa o responsabilidad de la propia actora, pero a la hora de tratar las que el propio perito adjudica como no atribuibles a aquélla, en momento alguno se ingresa en una exposición clara respecto a cuáles de las tres accionadas ha tenido responsabilidad, resultando imposible determinar con precisión si corresponde a las tres o solo a alguna o algunas de ellas en particular. Vale esto también en relación a la expresión de agravios del Consorcio de Segundo grado, que también se limita a sostener que las causas que no se atribuyen a la actora, no le son tampoco achacables a ella, sin siquiera mencionar a quien serían en definitiva reprochables; y mucho menos aún, porqué razón lo sería o en base a qué elementos específicos. Esto también supone un déficit en el cumplimiento de la carga impuesta por el mentado art. 265 del CPCyC, que imposibilita avanzar al respecto en el tratamiento del pretense agravio. 6.2.4.- Decía en su expresión de agravios el letrado de la Fiscalía de Estado: ¿La conclusión de la pericia agronómica es contundente: en la elevación de la napa freática de la chacra de la actora interactúan seis causas. La mayoría de las cuales no son imputables a mi representada, sin otorgar un porcentaje de incidencia a cada uno en la elevación de la napa del inmueble. Sin embargo, el a quo al decidir otorga un 60% de responsabilidad a las filtraciones del canal principal como si fuera la única y exclusiva causa, apartándose arbitrariamente y sin ningún fundamento de la prueba pericial mencionada?. Y con la salvedad expuesta en el acápite anterior, debo coincidir con el mismo, así como con similar planteo realizado por el otro apelante, remarcando que al no otorgar el informe pericial, ni poder ser determinado objetivamente con otros medios de prueba, cuál sería la incidencia de las causas imputables a la actora en la producción y extensión de su propio daño, no queda sino concluir en una responsabilidad paritaria. Ello así siguiendo el criterio que invariablemente venimos sosteniendo para tal tipo de situaciones (conf. entre otros precedentes, sentencia de fecha 14/04/2016 correspondiente al Expte. A-2RO-2- C1-13)). De otro modo ingresaríamos en simples especulaciones carentes de elementos objetivos que las sustenten y con ello, resolviendo arbitrariamente. No importa que hayan sido cinco causales a una, si no ha sido posible determinar cuál ha sido la incidencia de cada una de éstas. Puede que esa sola causal por la que se acoge parcialmente la demanda, haya tenido incluso mayor incidencia que las otras cinco, mas lo cierto, insisto, es que no tenemos elementos objetivos para precisar el grado de participación de cada una de ellas en la producción y extensión del daño. 6.2.5.- Hemos dicho asimismo al resolver en el Expte. 198-11 (sentencia de fecha 2/06/2014) y resultando de aplicación al presente lo reiteramos que ¿Ha señalado Claudio Kiper y se comparte plenamente, que ¿La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, ha sido distribuida por la doctrina de la siguiente forma: ambas partes, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la solución del caso, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, quien está en mejores y/o mayores condiciones profesionales, técnicas y/o fácticas de hacerlo, quien afirme lo contrario a la naturaleza de las cosas, quien se encuentre en mejores condiciones de obtener los elementos de prueba, quien esté en la situación más favorable para probar los hechos de que se trata, quien esté en mejores condiciones de producir la prueba, quien quiera innovar en la situación de su adversario, quien esté en mejores condiciones de aportar los elementos requeridos, quien esté en mejores condiciones de probar, quien esté en mejores condiciones de clarificar las cuestiones planteadas, la parte que posee un conocimiento directo de los hechos, quien afirme hechos anormales, etc.¿ (del voto del Dr. Kiper, en el fallo de la Sala H CNCiv. De fecha 2/02/2006 en autos ¿Schoenfeld, Karin Susana c/ Mitsu Car SA y otros s/daños y perjuicios?)..... mas sin embargo no solo no allega prueba, sino que ni siquiera da su versión al respecto. Y como señalara el gran procesalista colombiano, ¿no se trata de fijar quien debe llevar la prueba, sino de quien asume el riesgo de que falte¿ (Devis Echandía, Hernando, ¿Compendio de la prueba judicial?, Rubinzal- Culzoni, pág. 211), de manera que en todo caso la ausencia de prueba y aún más, la ausencia de un relato preciso sobre el punto, no hace sino perjudicar al propio recurrente. Y es que como afirmara Leo Rosemberg, no debemos olvidar que antes de la carga de la prueba, está la carga de la afirmación y esto le corresponde a ambas partes (Leo Rosemberg, ¿La Carga de la Prueba?, ed.

Montevideo, 2002, pág. 198)... Como venimos sosteniendo, quien alega el hecho anormal debe probarlo, pues el normal se presume (Gorphe, ¿De la apreciación de las pruebas?) y asimismo, conforme la regla de las Cargas probatorias dinámicas, quien está en mejor condición de probar o le resulta más fácil hacerlo, es quien asume la carga (Jorge W. Peyrano, ¿Compendio de reglas procesales?, Zeus, 1999, pág. 234)...? (sentencia de fecha 15/06/2016 correspondiente al Expte. CA-21521). En el caso, las tres accionadas estaban en mejores condiciones de probar respecto del estado del sistema de riego y drenaje, como la problemática que al respecto se denunciaba en la demanda. No podían por otra parte simplemente limitarse a negar que las causas del deterioro fuere por causas ajenas a ellas, sino que debieron no solo probar, sino además desarrollar un relato claro en relación a la participación y responsabilidad que a cada una le cabía. En principio las tres estaban obligadas frente a la actora a la correcta prestación de tal servicio público por el que aquella se le cobraba un canon y si por caso había razones para que alguna de estas pudiese deslindar en la otra responsabilidad por los perjuicios causados, debía probarlo y antes argumentar con precisión. No han hecho ni lo uno, ni lo otro, por lo que la responsabilidad conjunta en los términos que han sido expuestos, se impone. Hay también aquí un incumplimiento de la carga del art. 265 del CPCyC, que solo se ha cumplido en relación al deslinde de responsabilidad de las demandadas con la actora, pero no de aquéllas entre sí.

6.2.6.- Propicio entonces, hacer parcialmente lugar al recurso, del apoderado de la Fiscalía de Estado, adjudicando en relación al rubro por el que prospera la demanda solo un cincuenta por ciento de responsabilidad a las accionadas, quienes deberán hacerse cargo en conjunto frente a la actora, del cincuenta por ciento de la pérdida del valor del inmueble que resulte de la etapa de ejecución de sentencia.

6.3.1.- Ingresando en el tratamiento del recurso interpuesto por el apoderado del Consorcio de Segundo Grado del Alto Valle, aun cuando en cierta medida, muchos de los argumentos expuestos precedentemente son aplicables, cierto es que los recursos difieren y cuestionan tramos bien diferenciados del fallo en crisis. Por lo pronto he de tratar el vinculado a la condena de intereses. Sobre este punto entiendo que parcialmente le asiste razón. Y es que no habiendo sido reclamados los intereses, resulta imposible sin violación del principio de congruencia, acoger los mismos desde el acaecimiento del hecho, como se ha dispuesto en la sentencia recurrida. Sí considero justo y conforme a derecho, que tratándose de una obligación de valor, se prevean intereses desde la fecha en que se realice la valuación en la etapa de ejecución de sentencia, hasta que se produzca el efectivo pago, aplicando al efecto la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para los préstamos de libre destino, conforme la doctrina establecida por el cimero tribunal provincial en el precedente ¿Guichaqueo? o la que pudiese sustituirle en el futuro. No se estarían en tal caso acordando intereses o una renta que no ha sido reclamada en la demanda y que por tanto no integró la relación procesal, sino disponiendo una tasa para mantener el valor que surja de la pericia frente a los efectos del proceso inflacionario, al mismo tiempo que un mecanismo para evitar que aprovechándose de la omisión de la actora en reclamar intereses en la demanda, luego de la pericia se dilate el proceso y/o el pago para licuar el crédito, lo que constituiría un abuso que no debe en modo alguno permitirse.

6.3.2.- En cuanto a los restantes agravios que se vinculan con la distribución de las costas, estimo que le asiste razón, aunque no advierto que estén dadas las condiciones para resolver sobre el punto en este estadio. Ello así en tanto al haberse englobado en la suma de \$ 450.000.- dos rubros, uno de los cuales prosperó y el otro no, entiendo conveniente contar con el dato que se intenta obtener mediante la pericial ordenada, para a la postre resolver simultáneamente sobre las costas e intereses.

6.3.3.- Sin perjuicio de ello adelanto mi opinión contraria a ponderar el rechazo de los restantes rubros, como factores a tener en cuenta a los fines de la distribución de las costas. Es decir que, realizada la pericia ordenada en la sentencia de primera instancia, se determinarán las costas y se regularán los honorarios, teniendo en cuenta a los efectos de distribuir aquéllas solo dos aspectos: por un lado, la distribución paritaria de la responsabilidad y, por otro, el acogimiento de solo uno de los dos rubros acumulados en el reclamo de \$ 450.000.- El rechazo de los demás ítems reclamados en la demanda, de compartirse mi opinión, no habrán de incidir en la distribución de las costas, en tanto ciertamente surge de las constancias de la causa que la actora pudo haberse creído con derecho a reclamarlos. No conocía exactamente cuáles eran las causas que afectando el drenaje del suelo de las chacras, llevaba a que las plantas se secaran y bajara la producción de la misma, ni estaba en condiciones de saberlo al depender en mayor medida de estudios técnicos ajenos a sus posibilidades. Por otra parte, aun cuando no podrá revisarse la sentencia de primera instancia respecto de los ítems de la demanda que fueron rechazados al no haber la actora recurrido, ello no impide que juzguemos si efectivamente son tan claros los motivos para el rechazo o si aparece como una materia opinable; siempre con la única finalidad de resolver en relación a las costas. Y desde tal óptica, en mi opinión el tema es muy opinable, evidenciando ello además el hecho que los dos jueces que fallaron en la causa resolvieron de modo muy distinto. Agrego además y corre fundamentalmente lo que diré, como un argumento que apunto a la decisión que promuevo fundamentalmente respecto de la obra de impermeabilización, que su rechazo no resultó consecuencia de la actividad de las accionadas, sino que vino luego de advertir esta Cámara ¿de oficio? que se estaba infringiendo con su acogimiento la ley M 3266. Es decir que lo que aparece como lo que sería el rubro de mayor significación por su presumible muy alto costo, no prosperó en función de la decisión que al respecto de oficio adoptó el tribunal, sin que haya sido mayormente útil al efecto, la

actividad cumplida por la recurrente o sus consortes de causa. Agregó asimismo al respecto que resultaría contradictorio resolver lo contrario, cuando en la sentencia de fecha 24/05/2013 (fs. 1438/1442), declaramos la nulidad de la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 4/09/2012 (fs. 1356/1368), al entender que sobre el punto el juez había fallado más allá de lo reclamado. Ergo no podría pretenderse costas, en base a un rubro o ítem que se ha considerado incluido en la condena por el juez, fuera de los términos de la relación procesal. 6.3.4.- De resultados de lo que vengo exponiendo, no advierto necesario ampliar o modificar los términos de la pericia ordenada en la sentencia recurrida, aunque sí aparece conveniente que antes de proceder a su realización, se intente con las partes conciliar los puntos en conflicto a fin de evitar un mayor dispendio y los mayores costos que podría derivar de la realización de dicha prueba. Tengo en cuenta para ello que la experiencia indica que las posibilidades de conciliar aumentan significativamente luego del dictado de las sentencias. Señalo ello solo a título de sugerencia para el tribunal y las partes. 7.- Resumiendo entonces, de conformidad a los fundamentos expuestos, propongo al acuerdo: 1.- Hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos; 2.- Modificar la sentencia de primera instancia de fecha 9/08/2016, disminuyendo el porcentual señalado en el punto I de la parte resolutive, del sesenta por ciento, al cincuenta por ciento; 3.- Dejar sin efecto lo resuelto en el punto II de dicha parte resolutive, debiéndose resolver sobre las costas y honorarios, luego de la firmeza de la pericia ordenada en la sentencia, observándose los parámetros expuestos en la presente; 4.- Diferir la determinación de las costas y honorarios por la instancia recursiva, a la previa resolución de primera instancia. Tal mi voto. LA SRA. JUEZ DRA. ADRIANA MARIANI DIJO: Que compartiendo los fundamentos expuestos por el Dr. GUSTAVO A. MARTINEZ, VOTO EN IGUAL SENTIDO.- EL SR. JUEZ DR. VICTOR D. SOTO DIJO: Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art.271 C.P.C.).- Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, RESUELVE: I.- Hacer lugar parcialmente a los recursos interpuestos; II.- Modificar la sentencia de primera instancia de fecha 9/08/2016, disminuyendo el porcentual señalado en el punto I de la parte resolutive, del sesenta por ciento (60%), al cincuenta por ciento (50%); 3.- Dejar sin efecto lo resuelto en el punto II de dicha parte resolutive, debiéndose resolver sobre las costas y honorarios, luego de la firmeza de la pericia ordenada en la sentencia, observándose los parámetros expuestos al respecto en el voto rector; 4.- Diferir la determinación de las costas y honorarios por la instancia recursiva, a la previa resolución de primera instancia. Regístrese, notifíquese y vuelvan.- GUSTAVO A. MARTINEZ Juez de Cámara ADRIANA MARIANI Juez de Cámara VICTOR D. SOTO Juez de Cámara (En Abstención) Ante mí: Paula Chiesa Secretaria
017849E