SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 112

CUIJ: 13-03832467-9/1((010302-54598))

CALABRIGO MARIA TERESA EN J° 13-03832467-9/54.598 CALABRIGO MARIA T. C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

\*105611189\*

En Mendoza, a cinco días del mes de Octubre de dos mil veintiuno, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-03832467-9/1(010302-54598)**, caratulada: **“CALABRIGO MARIA TERESA EN J° 13-03832467-9/54.598 CALABRIGO MARIA T. C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”.**

De conformidad con lo decretado a fojas 109 quedó establecido el siguiente orden de estudio para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: **primero: DR. PEDRO JORGE LLORENTE; segundo: DR. JULIO RAMON GOMEZ; tercero: DRA. MARÍA TERESA DAY.**

**ANTECEDENTES:**

A fojas 6/34 se presenta el Dr. Alberto Lascano, en representación de la actora recurrente, e interpone recurso extraordinario en contra de la resolución dictada por la Segunda Cámara Civil de la Primera Circunscripción Judicial a fojas 540 y ss. de los autos n° 54.598, caratulados: “CALABRIGO MARIA T. C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.

A fojas 53 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, contestando a fs. 54/67 la Municipalidad de Guaymallén y a fs. 69/85 los terceros coadyuvantes Pablo A. Celis y Fernando E. Lucero, solicitando su rechazo.

A fojas 102/103 se registra el dictamen de Procuración General del Tribunal, que aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 108 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 109 se deja constancia del orden de estudio para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTION:**¿Es procedente el recurso interpuesto?

**SEGUNDA CUESTION**: En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA CUESTION**: Costas.

**A LA PRIMERA CUESTION EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:**

1. **RELATO DE LA CAUSA**

**1)** A fs. 14/18 comparece la Sra. María Teresa Calabrigo e interpone demanda por daños y perjuicios contra la Municipalidad de Guaymallén. Relata que luego de adquirir un inmueble en calle General Espejo N° 1.615 de Dorrego Guaymallén (en adelante el “Inmueble”), solicitó autorización a la demandada para la construcción de departamentos para vivienda, locales comerciales y cocheras en cumplimiento con el Código de Edificación y Ordenamiento Territorial de la Comuna.

Indica que la Municipalidad otorgó la factibilidad de uso en fecha 17/12/12, conforme surge de fs. 5 del expediente municipal, donde la autoridad de aplicación fijó la línea de edificación a 10 metros del eje de calle Espejo, así como también que la línea municipal o de cierre paralela a la calle se encuentra ubicada a 10 metros del eje de la calle.

Sostiene que sobre dicha factibilidad encargó la elaboración del proyecto de demolición de estructura existente y construcción de departamentos, cocheras y local comercial a los arquitectos Sres. Celis y Lucero, quienes confeccionaron los planos de arquitectura, fachadas, cortes, estructura, cálculos, estudio de suelos, etc., los cuales fueron visados y autorizados con fecha 17/5/2013 para el inicio de la obra (expediente N° 17.817-C-2012).

Expresa que con posterioridad solicitó inspecciones en distintas oportunidades (24/05/13, 27/05/13, 30/05/13, 17/06/13 y 06/09/13) las cuales fueron aprobadas por el inspector de obra. Sin embargo, al solicitarse inspección de Vigas de Dintel, Vigas de cálculo y Losas, el inspector sorpresivamente comunicó que podría existir riesgo eléctrico por la existencia en la vía pública de una línea de Media Tensión perteneciente a EDEMSA, por lo cual el expediente pasó al departamento de electrotécnica de la Dirección de Obras Privadas del Municipio, quien ordenó, en fecha 15/11/2013, la “inmediata paralización de la obra hasta tanto se obtenga autorización de la empresa EDEMSA para continuar la obra por posible riesgo eléctrico”.

Dice que esto obligó a su parte a buscar soluciones, junto a la empresa EDEMSA, quien impuso como única salida el traslado de la línea de media tensión, cuyo costo debía ser afrontado por la actora ($181.682,35), enterrando el tendido eléctrico en toda la extensión de la cuadra.

Recuerda que luego de ejecutado el traslado de la línea de media tensión, la empresa le informó que ella no era la encargada de otorgar permisos o factibilidades, lo que siempre fue jurisdicción de la comuna. Que solicitó nueva inspección, por lo que el Municipio, luego de constatar la inexistencia de riesgo eléctrico levantó la paralización ordenada, permitiendo continuar la obra en el mes de septiembre de 2014, pero sólo parcialmente, en la parte posterior de la misma.

Manifiesta a raíz del tiempo de paralización la mano de obra tuvo un incremento de su costo de $ 125.360.

Puntualiza que la responsabilidad de la accionada radica en una falta de servicio, omisión de cumplimiento de las obligaciones a su cargo con irregular ejercicio de su poder de policía, al otorgar factibilidad sobre un lugar prohibido o con límites al dominio por riesgo eléctrico, cuando debían cumplirse los retiros obligatorios que imponía la norma eléctrica por existir una servidumbre de electroducto, lo cual generó que tuviera que afrontar gastos de traslados de línea de media tensión y aumento en el valor de la mano de obra inicialmente presupuestada.

Cita las normas en base a las cuales considera que debe responsabilizarse a la Comuna, indicando que debió otorgar correctamente la línea de edificación, conforme reglamentación eléctrica que impone el retiro de la construcción a 4 mts. del tendido eléctrico de media tensión, con lo que su parte habría variado el proyecto original.

Reclama la suma de $ 309.294,91, discriminados en $181.682,35 por el costo de traslado de la línea de media tensión según documentación que acompaña; $2.252,56 por impuesto de sellos del contrato firmado con EDEMSA y $125.360 por aumento de costo de mano de obra.

**2)** A fs. 32/40 comparece la Comuna demandada y contesta demanda. Precisa que otorgó factibilidad conforme a la declaración jurada que debía realizar la actora (fs. 2 del expediente administrativo), en la que ni la actora ni sus profesionales denunciaron “electroducto”, a pesar de ser su obligación hacerlo. Resalta que el visado de factibilidad se limita a un análisis “teórico” de toda la documentación que presenta la actora para la obra proyectada.

Señala que su parte recién tuvo conocimiento de tal limitación con las primeras inspecciones de obra, y que a fs. 22 se encuentra el plano de mensura donde el agrimensor incumple su obligación de denunciar conforme surge de la resolución 219/2001 de la Dirección de Catastro.

Sostiene su falta de legitimación pasiva, al entender que la actora debió demandar a los profesionales intervinientes que actuaron con negligencia e impericia al no denunciar la existencia de electroducto alguno.

Asimismo, expresa que existe responsabilidad de la víctima, al ser quien contrató con los profesionales que no denunciaron el electroducto, y también responsabilidad de estos terceros.

Solicita integración de la Litis, y en subsidio denuncia de Litis, con los arquitectos Pablo Alejandro Celis y Fernando Esteban Lucero y con el agrimensor Luis Ellena.

**3)** A fs. 237/246 se presentan los Sres. Pablo Alejandro Celis y Fernando Esteban Lucero (quienes fueron tenidos como terceristas coadyuvantes del demandado a fs. 250) y exponen que la propietaria les proporcionó, a su solicitud, plano actualizado de mensura de fecha 23/8/12 confeccionado y suscripto por el agrimensor Luis Ellena, en el que no se observa ni se deja constancia alguna de la existencia de restricciones al dominio, tampoco existía gráfico ni señalización alguna respecto a la existencia en el lugar de tendido eléctrico de media tensión. Refieren que tampoco surgían de la escritura pública que acreditaba la titularidad de dominio.

Señalan que con la referida documental se confeccionó la memoria descriptiva-declaración jurada y que la Subdirección de planificación estratégica autorizó la línea de edificación paralela a diez metros del eje de la calle Espejo.

Destacan que los planos eléctricos fueron presentados previamente en las oficinas de Edemsa donde no hubo observaciones ni llamado de atención por parte del técnico de turno de la empresa.

Refieren que se realizaron distintas inspecciones sin que en ninguna de ellas se detectara la existencia de algún peligro de ningún tipo hasta la fecha 15/11/13 en que el inspector municipal entrega nota de emplazamiento por la cual se procede a la paralización de la obra hasta tanto se obtenga autorización de EDEMSA para continuar, por riesgo eléctrico.

Indican que ello se debió, según fueron informados, a una nota enviada por EDEMSA a la Municipalidad en la que se hacía referencia a un accidente ocurrido en calle Pueyrredón, y que posteriormente fueron remitidas cartas documento a la propietaria y a la Municipalidad indicando que la obra invade la zona de seguridad de electroducto.

Expresan que actuaron con la diligencia debida al desempeño de sus tareas, y que era la Municipalidad quien en ejercicio del poder de policía debía conocer todo lo que existía y ocurre en su jurisdicción controlando tanto los proyectos presentados como la ejecución de las obras privadas.

**4)** La sentencia de primera instancia rechaza la demanda.

**Sentencia de Cámara.**

**a)** Consideraciones generales de la sentencia recurrida.

Apela la actora y la Cámara confirma la decisión, con los siguientes fundamentos:

- En cuanto al poder de policía edilicia de la Municipalidad de Guaymallén, el Código de Edificación reglamenta las facultades de la Comuna y las normas que rigen para todas las entidades públicas o privadas que realicen construcciones en ella, las que deben ajustarse a las disposiciones urbanísticas del área planificada. En efecto, las prescripciones del Código constituyen exigencias mínimas en cuanto a lo urbanístico, establecidas en función de causas de seguridad e higiene lo justifiquen, previa formulación y promulgación de ordenanza municipal respectiva por parte del Departamento Ejecutivo (Código de Edificación y Ordenamiento Territorial “CEOT”, Capítulo V sobre las Normas administrativas y generales, art. 1°).

Dentro de tales facultades, están aquellas relativas a las obras privadas, el procedimiento a seguir a fines de solicitar la aprobación de los planos de una obra a realizar (ver capítulo V punto VB tramitaciones), destacando las siguientes cuestiones:

- Conforme lo dispone la ordenanza, dentro del iter administrativo, se emiten certificaciones de factibilidad tendientes a valorar la viabilidad de cualquier proyecto que se propone y su aprobación urbanística. En efecto, no puede desconocerse que cualquier proyecto como obra intelectual- previo a concretarse materialmente en un espacio puntual- debe ser aprobado por la Comuna. Sin embargo, tal aprobación no es automática sino que conlleva un procedimiento tendiente a analizar todos los aspectos y escenarios que pueden presentar en aras a obtener la referida aprobación; lo que no sólo implica cuestiones atinentes al propio Municipio sino que en muchos casos involucran regulaciones que competen a otros ámbitos vgr. el proyecto presentado puede influir en un cauce del Departamento General de Irrigación, debiendo aplicarse la ley de aguas o bien la construcción tiene aspectos en su factibilidad que se relacionan con permisos de agua y cloacas de Aysam S.A., lo que conlleva aspectos del contrato de concesión con esta empresa.

- ¿Qué alcance puede darse a una factibilidad otorgada? La doctrina ha expuesto que “estas certificaciones de por sí no constituyen propiamente un acto administrativo en cuanto no procuran efectos jurídicos individuales en forma directa: el acto de certificación no importa el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho o un deber ya que sólo acredita una situación existente a los efectos de cumplimentar las exigencias de la tramitación respectiva sea la obtención de un permiso de obra, la aprobación de un proyecto de loteo, etc. Es en dicho trámite posterior donde de manera mediata podrá obtenerse una autorización para que genere la potestad de ejecutar un proyecto edilicio o urbano…” (Pinto Mauricio “La certificación de factibilidad de uso y los derechos adquiridos frente a la modificación del ordenamiento ambiental del territorio”, LL Gran Cuyo 2013 (octubre) 953 cita on line en www.informacionlegal.com.ar AR/DOC/3428/2013). En similar sentido Dromi ha expuesto: “la certificación es el acto por el cual la Administración afirma la existencia de un acto o un hecho, el que se hace constar por escrito, entregándose al interesado el documento respectivo. Este tipo de instrumento responde a la noción de simple acto de la Administración en cuanto es una declaración unilateral de la Administración realizada en ejercicio de la función administrativa que -a diferencia de los actos administrativos- produce efectos jurídicos individuales en forma directa o indirecta (Dromi Roberto, “Derecho Administrativo” Ciudad Argentina, BSAS, 1994, página 173 citado por Pinto Mauricio, en obra referenciada precedentemente).

- En este sentido, se ha expedido la jurisprudencia de nuestra Sala I de la Suprema Corte Provincial. En efecto, en la causa “Heras” (autos n° 105.561, caratulada: “HERAS, EUGENIO C/ MUNICIPALIDAD DE LA CAPITAL DE MENDOZA S/ A.P.A.”, sentencia de 1/07/13, LS 455-99) se dijo: “Así entonces, en general, la “factibilidad” constituye uno de los requisitos -el primero- que la legislación exige a los efectos de la autorización administrativa de una determinada instalación, habilitación de uso o función, y/o de la aprobación de un determinado proyecto de obra o construcción, en un inmueble comprendido dentro del ejido municipal. Se trata de una herramienta vinculada no tanto con las condiciones de sanidad, salubridad o seguridad de la actividad, o de las condiciones técnicas de la obra o instalación proyectada, sino más bien con las pautas de “zonificación” contenidas en el ordenamiento territorial de competencia municipal (conf. arts. 15, 22 y 39, Ley 8051), a fin de asegurar su cumplimiento. Ello así en tanto con la certificación de factibilidad, la autoridad realiza una evaluación de: i) los usos (entendidos en sentido amplio, es decir, comprensivos tanto de las actividades a desarrollar en el espacio como de los servicios a prestar allí), y de ii) la tipología edilicia (tipo de edificio, dimensiones, altura, factor de ocupación del suelo-FOS, factor de ocupación total-FOT, retiros y fachadas). En este sentido se ha dicho que “el instrumento clave de todo plan regulador del uso del suelo es el zoning, es decir, la zonificación, entendida según BERÇAITZ como la división de la ciudad en zonas o distritos con características análogas, mediante el agrupamiento de edificios con destinos y fines similares, distribución de espacios verdes, fijación de mínimos y máximos de alturas de la construcción, líneas de edificación, factor de ocupación total de superficie y volumen de cada predio, etcétera.” (USLENGHI, Alejandro Juan; "Planificación Urbana y Responsabilidad Estatal", en “Derecho Administrativo -Homenaje a Miguel S. Marienhoff-“, AA.VV., Juan C. Cassagne (Director), Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs.As., 1998)… El certificado de factibilidad no otorga al solicitante un derecho adquirido al mantenimiento de un determinado régimen de urbanismo y edificación, salvo que haya sido otorgado en forma lisa y llana, sin ningún tipo de condicionamiento u observación; siempre que se hubiera cumplido con la condición de presentar el proyecto completo (con sus respectivos planos, cálculos, estudios de suelo, etcétera) dentro del plazo de caducidad previsto en el respectivo código; y nunca antes de la aprobación definitiva del mismo, sumado al inicio material de las tareas de la obra. Circunstancias éstas, ninguna de las cuales fue cumplida por el actor.” (el subrayado y resaltado me pertenece).

- En suma, el certificado de factibilidad es un simple acto de la Administración dentro de un proceso que no otorga al solicitante un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen, siendo obligación no sólo cumplir con las normas dispuesta por el CEOT en cuanto a edificación sino también otras que resulten aplicables según las circunstancias del caso.

Otro tema íntimamente relacionado es el relativo al electroducto que se ubica en la calle por delante del Inmueble de la actora y sus implicancias en todo lo dirimido en el pleito. La actora sostiene en esta sede, que las cuestiones atinentes al electroducto eran de resorte del Municipio, lo que no surge del marco regulatorio eléctrico.

- Cabe destacar que la Administración a fin de satisfacer los intereses generales de la sociedad organiza y presta de forma directa o indirecta a través de concesionarios o particulares los servicios públicos en general. Por otro lado, el tercer párrafo del art. 42 Const. Nacional, habilita a la legislación a implantar los marcos regulatorios de los servicios públicos. En nuestra provincia, así lo ha hecho la Legislatura a través de la Ley 6497 ( B.O. 17/06/97) y sus modificatorias.

- En lo que hace a la materia de esta litis -la servidumbre de electroducto y la zona de seguridad- se encuentran regulados por la Ley 5518. Todas las cuestiones relativas a la servidumbre de electroducto en sí misma, como las restricciones al dominio debidas a la zona de seguridad, integran el marco regulatorio eléctrico (Ley 6497 y concordantes) y expresamente son contempladas por la Ley 5518. La autoridad de aplicación es el Ente Provincial Regulador Eléctrico, debiendo sujetarse los usuarios a dicho régimen como asimismo la normativa dictada en consecuencia (Resolución EPRE 11/99 ( 25/01/99) y ET N° 90 ).

**b)**Agravio en que alega yerro en la valoración de la prueba y la existencia de una conducta esperada por parte de la Comuna: la responsabilidad por falta de servicio.

- El apelante sostiene que se ha desconocido la conducta esperada ya que correspondía a las Municipalidades dentro de sus respectivas jurisdicciones la determinación de las restricciones y límites impuestos al dominio privado en interés público. Es decir, que en el caso no se determinó las restricciones y límites al dominio del Inmueble fijando la línea de edificación en forma contraria a la normativa de la Ley 5518, toda vez que la obra no respetaba las distancias mínimas de seguridad entre el electroducto allí existente (línea media de tensión de 13.2 kv) y la construcción (fs. 210). En efecto, la línea de edificación estaba mal otorgada y luego fue la propia Comuna quien paralizó la obra previamente aprobada por riesgo eléctrico.

- Asimismo se agravia porque entiende que el Municipio incumplió con lo dispuesto en el CEOT en su capítulo VB5 en cuanto a las tramitaciones -previo a otorgar el permiso debía fijar la línea de edificación-. Es decir que debía verificar la totalidad de las documentaciones técnicas presentadas o que se realizara un control por muestreo o limitar la supervisión a cuestiones urbanísticas, de seguridad y salubridad pública en forma global. En el caso omitió la supervisión de las cuestiones urbanísticas y de seguridad. De la norma surge explícita la conducta esperada de la Comuna.

- Estos agravios no pueden ser admitidos. La actora no desconoce que existe conforme el CEOT la obligación de solicitar autorización (punto V.A.2.) y que dicha solicitud da inicio al trámite, otorgando una factibilidad; la que evidentemente no constituye sino un primer estadio hasta llegar a la aprobación definitiva de la obra. Por ello, la circunstancia de que la demandada hubiera fijado la línea de edificación en dicha factibilidad no significa que tal simple acto fuera definitivo ya que si no se respetaban las distancias mínimas de seguridad entre el electroducto allí existente (línea media de tensión de 13.2 kv) y la construcción eso debía ser cumplido en algún momento del iter administrativo conforme lo exige la normativa en materia eléctrica, la que debe ser cumplida por los usuarios del servicio público.

- Del análisis de las vicisitudes acaecidas en sede administrativa, puede extraerse:

• Expte N° 17817-C-2012-60204:

Que la actora presentó el formulario (declaración jurada) dando inicio al pedido de aprobación conforme surge de las constancias de fs. 1/2. En dicha declaración no se incluyó ningún otro dato de interés como eventualmente sería un cable de media tensión frente a la propiedad.

* Que a fs. 5 la Subdirección de Planificación Estratégica otorgó la factibilidad de uso expresamente consignando “De acuerdo al CEOT en vigencia, la factibilidad de uso se hará efectiva al verificarse el cumplimiento de las demás reglamentaciones vigentes, trama vial y obtención de declaración ambiental cuando corresponda. La presente factibilidad tiene validez por 180 días a partir de la fecha (17/12/12)”. Asimismo en dicho formulario se consignó una línea de edificación pero justamente se supeditó a que se diera cumplimiento con las demás reglamentaciones vigentes y tal factibilidad tenía una vigencia concreta (180 días).
* A fs. 109 obra carta documento remitida por Edemsa al Intendente de la demandada con fecha 5/12/13 en la cual le informó que se estaba realizando una obra en violación a lo dispuesto por la Ley 5518 y normas concordantes toda vez que no respetaba las distancias mínimas de seguridad entre el electroducto allí existente (Línea Aérea de Media Tensión de 13,2 KV) y la construcción misma. Allí expresamente Edemsa dijo: “dicha obra no sólo viola la ley 5518 y normas concordantes sino que también pone en eminente riesgo de vida a los que allí se encuentren laborando, a los que allí transitan y sin duda alguna en un futuro inmediato a quienes habiten o utilicen la obra una vez finalizada. Que conocedores de la celeridad que ha caracterizado su gestión es que le venimos a solicitar tome de manera urgente las medidas que estime correspondan tendientes a evitar la continuidad de la obra de referencia. De la misma manera le solicitamos que antes de otorgar permiso de obra o consentir la continuidad de dicha obra se constate estrictamente que el propietario ha dado cumplimiento a la normativa vigente”.
* A fs. 110 obra la orden de paralizar atento al tenor de la misiva y a fs. 110 vta. se instruye a los inspectores municipales a tal cometido.
* A fs. 111 (11/12/13) se procedió a paralizar la obra por riesgo de vida inminente con respecto a la servidumbre de electroducto no respetada (Ley 5518) hasta tanto se diera solución a la situación planteada por Edemsa. En dicho acto de emplazamiento, se le informó a la actora que tenía 10 días para presentar pruebas o defensas. Este emplazamiento fue consentido por la actora quien no sólo no lo cuestionó sino que realizó acciones concretas tendientes a superar tal paralización, negociando con la concesionaria del servicio público.
* A fs. 112, la actora (a través de sus profesionales autorizados) solicitó la continuación de los trabajos en los bloques central y posterior ya que la distancia era superior a la que correspondía a la zona de seguridad del electroducto.
* A fs. 116 los profesionales en nombre de la actora, entre otras cuestiones informaron que el día 11/12/13 habían presentado en las oficinas de Edemsa una solicitud de cotización de traslado de electroducto. Es decir, de esta presentación surge en forma palmaria que la actora inició tratativas de arreglo a fin de adecuar la obra al marco regulatorio eléctrico.
* Con posterioridad, se continuaron las obras en las partes no afectadas por la zona de seguridad conforme surge de las constancias del expte. administrativo.

• Expte N° 12075-C-2013-60204:

* El día 29/08/13 la actora presentó la solicitud en relación a la instalación eléctrica del inmueble (fs. 1/2).
* El día 18/11/13 a fs. 15 el Inspector de Electrotécnica de la Comuna consignó que la construcción no cumplía con la Ley 5518.
* Que a fs. 17 obraba agregado el original de la misiva de Edemsa y a fs. 18/19 obraban constancias de pases y la orden de paralizar la obra en razón del riesgo eléctrico, lo que fue informado por el Inspector al capataz haciendo hincapié en los peligros existentes (ver constancia de fs. 19 donde consignaron el emplazamiento y la paralización dispuesta en el principal).
* A fs. 20 los profesionales por la actora con fecha 18/12/13 informaron que se encontraban en tratativas con Edemsa a fin de efectuar traslado de electroducto.
* Con posterioridad, los profesionales de la actora acompañaron planos de electricidad y a fs. 75/78 obraba convenio transaccional celebrado por la actora con Edemsa el día 6/06/14 del que podemos advertir:
* Considerandos: la actora reconoció que frente a su propiedad se encuentra una línea Aérea de Media Tensión de 13,2 KV de propiedad de Edemsa y que dicha línea existía antes de la concesión de Edemsa y al comienzo de la propiedad y que se le otorgó una servidumbre administrativa a favor de Edemsa conforme lo dispone la Ley 5518. Además expresamente reconoció la actora que en la propiedad comenzó una obra con posterioridad a la existencia del electroducto y sin respetar la zona de seguridad del mismo establecida en la Ley 5518 Especificación Técnica N° 90 y concordantes. Asimismo el propietario solicitó a Edemsa a su costo y cargo el traslado de la Línea.
* En el art. 4 la propietaria expresamente reconoce su obligación de mantener despejada la zona de seguridad del electroducto conforme a derecho y no tendrá derecho a reclamo de ninguna naturaleza contra Edemsa debiendo respetar las distancias reglamentarias para el mismo conforme las disposiciones establecidas en la Ley Provincial de Electroducto.
* De un minucioso análisis de las actuaciones administrativas reseñadas se advierte la sinrazón del planteo efectuado por la recurrente ya que por un lado la factibilidad otorgada en la cual se consignó la línea de edificación tenía validez por 180 días contados desde el 17/12/12 y en ella expresamente se consignó que se supeditaba al cumplimiento de todas las disposiciones reglamentarias y cuestiones ambientales; por lo que mal la actora podía considerar que tenía un derecho inamovible a dicho régimen y menos pensar que podía sustraerse al resto de la normativa legal aplicable (entre ésta, aquella referida a la materia eléctrica).
* Sumado a lo anterior, también se observa en ambas actuaciones administrativas que la Comuna tomó intervención en el expediente eléctrico constatando el riesgo y además en razón de la misiva de Edemsa la que se encuentra agregada en ambos trámites Por ello no resulta irrazonable entender que si la concesionaria como guardiana de las líneas de alta tensión y de la zona de seguridad conforme al marco regulatorio señaló un potencial riesgo eléctrico; ello debía ser solucionado por el usuario frentista y la Comuna no podía dejar de paralizar la obra. Por ello, frente a la situación, la actora fue emplazada y nada dijo sino que consintió la paralización y además expresamente negoció con Edemsa a fin de superar las cuestiones suscitadas relativas al riesgo eléctrico, informando a la Comuna respecto a las tratativas de arreglo.
* De todo lo expuesto se evidencia que- contrariamente a lo expuesto por la apelante- la actuación del Municipio ha sido conforme a la ley y a sus facultades; ya que si bien en un primer momento otorga el certificado de factibilidad con un plazo de vigencia concreto y allí estableció cierta línea de edificación. Sin embargo, tales actos no le daban derecho a la parte actora al mantenimiento de un régimen y un consiguiente derecho adquirido a ello por cuanto el proyecto eventualmente influía en la zona de seguridad conforme lo dispuesto por la Ley 5518. En consecuencia, debía cumplirse con la restricción relativa a la zona de seguridad debido al riesgo eléctrico no sólo para la propietaria y sus obreros sino también para eventuales transeúntes, expresamente señalado por la concesionaria del servicio.
* Esto resulta corroborado por los propios reconocimientos de la actora en los considerandos del acuerdo transaccional celebrado con Edemsa, en el que expresamente corroboró que el electroducto existía con anterioridad y que era ella quien debía respetar la zona de seguridad. Además asumió los gastos de traslado tal como surge de tal acuerdo.
* La actora se abroquela en que la línea de edificación fue otorgada por la Comuna, con anterioridad a la presentación del plano de mensura sin hacerse cargo de que ella misma no sólo consintió los emplazamientos sino que justamente avaló y reconoció que existía el electroducto y las restricciones impuestas por la zona de seguridad frente a Edemsa; por lo que tal reconocimiento resulta incompatible con la falta de servicio enrostrada a la demandada.
* La conducta de la apelante resulta importante pues en los hechos no respeta el standard mínimo del buen hombre de negocios y claramente se advierte contradictoria.
* Resulta una máxima de la experiencia, que el tendido de un electroducto de media tensión en cualquier calle es fácilmente visible como así también la necesidad de que exista una zona de seguridad en relación a éste; así por ej. uno sabe que no puede plantar árboles de gran altura ya que eventualmente pueden obstaculizar el cable o bien tampoco se pueden realizar construcciones muy cercanas porque implican un potencial riesgo para los habitantes.
* La actitud de la accionante resulta totalmente reñida con la buena fe y contradice la teoría de los actos propios ello por cuanto la actora reconoce que la empresa concesionaria del servicio público eventualmente es la guardiana de tales bienes y a favor de quién está la zona de seguridad.

**c)**Agravio acerca del yerro incurrido por el fallo en cuanto al análisis de la restricción administrativa de dominio impuesta:

* En este aspecto la recurrente entiende que fue el propio Municipio quien determinó por dónde debía atravesar el tendido eléctrico y no existía obligación por parte de los profesionales de consignar la servidumbre de electroducto porque ésta no existía.
* Afirma que el fallo desconoce que el inmueble se veía sometido por una restricción al dominio impuesta por las normas de edificación que regulan los retiros necesarios para evitar riesgo eléctrico y que la restricción al dominio de la actora no tenía paso por el inmueble y no debía estar contenida en el plano de mensura.
* Refiere que el Municipio debió fijar en forma correcta la línea de edificación y además la restricción al dominio con la consiguiente imposición del retiro en la línea de edificación era conocida por la Comuna quien fijó a Edemsa por dónde debían pasar sus instalaciones.
* Asimismo impugna el fallo porque en el caso se trataba de una restricción al dominio y en autos la línea de media tensión es la que generó el peligro eléctrico, motivando la paralización de la obra de la actora al estar situada en la vía pública ya que no pasaba por el predio de la actora; por tanto, su naturaleza es una restricción de dominio impuesta por el derecho administrativo. Esta imposición debió ser marcada y comunicada por el Municipio al propietario. Además, la Comuna debió informarla al momento que se solicitó que se fijara la línea de construcción.
* Tampoco estas quejas pueden ser admitidas.
* Cabe destacar que las Municipalidades ejercen facultades concurrentes en cuanto a seguridad pero no exclusivas; debiendo exigir el cumplimiento de los recaudos que impone su propia normativa pero además otras reglamentaciones pueden imponer restricciones diferentes tal como sería aquellas restricciones administrativas fundadas en la materia eléctrica.
* Por ello, no se advierte el mentado yerro en el fallo en crisis ello por cuanto la restricción administrativa consistente en “respetar la zona de seguridad del electroducto” es fijada por la Ley 5518, la Ley 6497 y resulta de autoridad de aplicación el EPRE, siendo la concesionaria (Edemsa) la encargada de velar por los bienes de los cuales resulta guardiana en virtud del contrato de concesión. Por ello, es eventualmente el EPRE quien controla toda esta materia tal como ha puntualizado la SCJ Mza…“la intervención de dicho organismo en el presente resulta totalmente necesaria por ser la autoridad de contralor y administrativa competente, conforme las atribuciones y funciones establecidas por la Ley 6497, de Marco Regulatorio del Servicio Eléctrico de la provincia de Mendoza, que en su art. 54 incs. a, b y –particularmente- el k, que expresamente establecen como función del EPRE la de velar por la protección del derecho de propiedad, el ambiente y seguridad pública en la construcción y operación en los sistemas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica”… (Criterio expuesto por SCJ Mza en LS404-082).
* El Reglamento ET 90 (el que aplica el EPRE a estos casos) define en el apartado 3.2 a la zona de seguridad (Zs) como la “franja de terreno adyacente a cada lado del electroducto donde se permitirán construcciones permanentes o no, cualquiera sea su destino, de una sola planta con una altura máxima de 4m., sin balcones sobresalientes ni terrazas que posibiliten acceder a las partes bajo tensión” y en el apartado 3.3. la zona total de afectación (Zt) “Franja total de terreno definido por el electroducto y la zona de seguridad. En esta zona se permitirán plantaciones de vegetales incluso árboles que en su completo desarrollo alcancen una altura tal que la distancia hasta los conductores declinados o no (d’ ó d”) sean las indicadas en la Tabla I. No se permitirá dentro de esta zona la quema de cañas o yuyales, como así tampoco depósitos de ningún tipo de materiales, combustibles explosivos… E.M.S.E. se reserva el derecho de autorizar la existencia de cualquier tipo de construcción que no afecte la seguridad del servicio ni las instalaciones de la línea. Para esto se tendrán en cuenta las limitaciones impuestas en 3.l. Y 3.2.”.
* De todo lo expuesto surge que la Municipalidad debe acatar tales normas relativas a la materia eléctrica, no siendo ella la autoridad de aplicación en todo lo atinente al marco regulatorio eléctrico tal como evidentemente surge de las actuaciones administrativas implicadas y principalmente del convenio celebrado por la actora con Edemsa.
* La actora no tiene en claro ni las competencias ni las normas que regulan las restricciones administrativas derivadas de la Ley 5518 (zona de seguridad del electroducto) ya que no está en juego el no edificar a mayor altura, fundada en motivos de interés urbanístico, sino que la justificación jurídica de dicha restricción está ínsita en el potencial riesgo eléctrico, siendo de resorte exclusivo de la regulación en dicha materia.
* Por ello si bien la Municipalidad de Guaymallén tiene la facultad de dictar normas sobre urbanismo y planeamiento, tendientes a la mejor distribución de las propiedades, de manera de satisfacer el interés general que a aquélla le incumbe proteger; pero el ejercicio de tales facultades no puede desconocer la materia eléctrica implicada y las facultades que la propia reglamentación impone y sobre todo quien resulta la autoridad de aplicación de tales restricciones.

**d)**El resto de los agravios:

* La recurrente afirma que no resultaba necesario consignar la restricción administrativa en el plano de mensura y que además éste fue presentado con posterioridad a haberse fijado la línea de edificación.
* Esta crítica no es válida ya que se ha dicho que el plano de mensura, resulta un instrumento esencial en todo el resorte del Registro de Catastro. En efecto, “el Registro Catastral junto a las certificaciones que se expiden en base a él, es el medio instrumental idóneo para publicitar lo atinente a la situación física de la parcela (su ubicación, medidas, linderos, estado de hecho en general)........, siempre vinculado a la causa jurídica que da origen a la parcela (título o posesión) y al titular de los derechos reales o personales sobre ella, esto es el registro jurídico, dando la base objetiva imprescindible para aplicar el derecho al territorio, mediante la anotación o registración de las mensuras e informando sobre otros elementos de singular importancia que hacen al estado de hecho de la parcela, tales como: afectaciones a expropiación, restricciones de dominio, servidumbres, posesiones, etc.”.(Mascheroni Torrilla E. G., 1989, “Enfoque Jurídico del Catastro. Distintos aspectos regulados por el Derecho Argentino y Tendencias en el Derecho Europeo”, Anales del 2do. Congreso Hispanoamericano de Catastro Territorial, Montevideo (ROU) Tomo 2).
* Nuestra provincia, mediante la Ley 4341 (B.O. 18/1/77) creó la Dirección Provincial de Catastro con las funciones de responsable del catastro territorial y de ejercicio del poder de policía inmobiliario catastral, debiendo los agrimensores consignar en sus instrumentos las eventuales restricciones de dominio que afectan al Inmueble. Por lo que mal puede considerarse que no era necesario consignar la restricción en el plano.
* Asimismo el resto de las críticas en cuanto a la existencia del perjuicio concreto sufrido, el hecho de que los deberes del Municipio no pueden ser trasladados a otro profesionales también denotan una mera disconformidad, omitiendo hacerse cargo, en definitiva, la falta de acreditación de los presupuestos que habilitaban el reclamo incoado contra la demandada.

**II. ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA.**

**Agravios del recurrente.**

Funda su recurso en los incisos c,) d) y g) del art. 145 de CPCCTM.

Denuncia omisión de prueba decisiva al no considerar la documental obrante a fs. 57/87 del expediente 17817/C/12 donde constan que se presentaron todos los planos y cumplieron las disposiciones reglamentarias y que la comuna otorgó “permiso de inicio de obra”, el que surge del sello impuesto en todos los planos presentados. Señala que su parte no descansa su reclamo sólo en el certificado de factibilidad -en el que la sentencia apoya sus conclusiones-, sino también en los visados y aprobación de inicio de obra que surgen de los planos señalados y que fueron retirados por los profesionales el 23/5/13 conforme surge de fs. 79, 81/83 y 85/88. Añade que de la documentación obrante a fs. 90 del AEV surge que se realizaron inspecciones y en los formularios existe una leyenda que dice que deben tenerse los planos y la documentación aprobados, por lo que omitir las constancias de fs. 90/99, 108, 121 y 123 le ha permitido a la Cámara decir, arbitrariamente, que su parte no obtuvo el permiso o derecho a ejecutar la obra aprobada.

Indica que, acreditada la falsa premisa de la que parte la sentencia impugnada -que el certificado de factibilidad no le daba derecho alguno-, puntualiza que la norma incumplida por la Comuna es la contenida en el capítulo V.B.5, Tomo II del Código de Edificación y Ordenamiento Territorial de la Municipalidad de Guaymallén, la que expresa que “El Departamento Ejecutivo, previa reglamentación, podrá disponer que se verifique la totalidad de las documentaciones técnicas presentadas; o que se realice un control por muestreo o limitar la supervisión a cuestiones urbanísticas, de seguridad y salubridad pública en forma global, asegurando los aspectos formales para registrar toda la documentación previo al inicio de las obras…”. Apunta que lo sometido a control y que no puede omitir la accionada es la supervisión de cuestiones urbanísticas y seguridad y que en el caso, la accionada fijó línea de edificación errónea y aprobó los planos dando “permiso de inicio de obra”, no realizando las verificaciones de seguridad, al no imponer el retiro obligatorio como restricción al dominio por peligro eléctrico ante la presencia de un electroducto. Aclara que la “verificación” puede limitarse a la documentación, pero en cuestiones de seguridad pública -como en el caso- se requiere “supervisión”. Concluye que el cumplimiento de esta norma habría permitido a la Comuna imponer los retiros obligatorios, al realizar un verdadero control sobre los planos y su correspondencia a cuestiones de seguridad.

En otro punto, cuestiona que la sentencia no se haya expedido en punto al agravio planteado en la Alzada, referido a que la Comuna debía conocer la existencia del electroducto al momento de aprobar los planos. Lo funda en lo dispuesto en el Tomo I, Capítulo III.G. del CEOT, del que se extraería que si la Comuna autoriza la colocación de postes y alumbrado, debió conocer el tendido de media tensión que impuso la restricción al dominio de la actora, puesto que EDEMSA debió solicitarle permiso para hacerlo. Reseña el informe evacuado por EDEMSA a fs. 325 del que extrae que es la Comuna la que le indica al prestador de servicios por dónde deben atravesar sus instalaciones.

Denuncia errónea interpretación y aplicación de la ley en cuanto la sentencia señala que “la restricción administrativa consistente en respetar la zona de seguridad de electroducto es fijada por la Ley 5518, la Ley 6497 y resulta de autoridad de aplicación el EPRE”. Ello, en tanto si bien este ente fija reglamentariamente cuáles son los retiros obligatorios de las construcciones respecto a los tendidos eléctricos, éstos deben hacerse cumplir por las Comunas, quienes no deben autorizar la construcción de obras privadas en violación al marco regulatorio eléctrico. Cita jurisprudencia de esta Sala que considera que apoya su posición y destaca que EDEMSA emplazó al Intendente a paralizar la obra, hecho demostrativo de que el poder de policía edilicio relacionado al riesgo eléctrico por no respetarse los retiros es una competencia exclusiva de la Comuna.

Aclara que la responsabilidad que se atribuye a la demandada no es por la paralización de la obra en sí misma, sino por su ejercicio irregular del poder de policía edilicio consistente en aprobar planos y dar permiso de inicio de obra a una construcción que no cumplía con los retiros obligatorios, quedando atrapada la accionante en una inversión que ya había iniciado y que la obligó a asumir el costo del traslado del tendido eléctrico, porque el cambio de proyecto era aún más oneroso. Destaca que si las inspecciones hubieran constatado el error, la actora podría haber variado el proyecto al detectarse antes de alcanzar casi el 60% del mismo, subrayando que la primera inspección es para “verificación de la línea y comienzo de obra” (fs. 89 expediente municipal).

**Contestación de la Municipalidad de Guaymallén.**

Considera que el recurso no satisface los requisitos procesales para ser admitido, transformando indebidamente a esta Sede en una tercera instancia. Recuerda que la actora sí planteó en su demanda el error en el certificado de factibilidad -aunque ahora le agregue la cuestión de la aprobación de los planos- e indica que no es objeto de este juicio -por no haber sido alegado- que el permiso que pide Edemsa a la Municipalidad para colocar postes incluya información en relación a la tensión que en el futuro llevarán esos cables, por lo que es falsa su afirmación de que la Municipalidad debía conocer que el tendido era de media tensión.

Expresa que la aprobación de inicio de obra implica que se aseguran los aspectos formales respecto al cumplimiento de las normas municipales urbanísticas (respeto a líneas de cierre y edificación), de seguridad (uso de materiales permitidos y de cálculos) y de salubridad pública (no aprobar una construcción de industria en zona no industrial). Dice que ello el art. 152 de la LOM establece que las limitaciones a la propiedad privada que puede exigir el municipio son siempre dentro de la esfera administrativa municipal y no es un hecho controvertido que la limitación establecida por la norma provincial 5518 excede lo municipal, siendo de resorte provincial, y el particular no puede ignorarla, en tanto es el sujeto pasivo de la obligación de respetar la zona de seguridad.

Considera forzada la interpretación que propicia del Código de Edificación y enumera las diferencias que ostenta este caso con el citado por el recurrente (“Corvalán”), entre las que menciona: que en ese fallo la actora consignó en los planos que presentó a la Municipalidad la presencia de un transformador eléctrico en la vereda; que la existencia de un transformador es notoria, mientras que un cable de media tensión no presenta diferencias con uno de baja.

Manifiesta que la accionante tenía obligación de consignar esa circunstancia en el plano de mensura y que no existe norma legal que le obligue a oficiar a Edemsa cada vez que analice la corrección formal de un plano, y si no hay norma legal que obligue a actuar, no hay responsabilidad.

Recuerda que fue la actora quien incumplió la norma de retiro, no la Municipalidad, por lo que reconocerle derechos derivados de su propia conducta ilícita, resulta repugnante a la idea de justicia.

Aduce que no se ha probado la relación causal entre la conducta municipal y el daño reclamado, en tanto no ha acreditado que la obra que tuvo que afrontar hubiera sido innecesaria de haber sido informada por la Municipalidad de la restricción legal.

**Contestación de los terceros coadyuvantes.**

Reiteran consideraciones vertidas en la primera instancia. Señalan que, más allá de que el sentido común da razón a la actora, no se ha acreditado que la Municipalidad tuviera conocimiento efectivo de la existencia de electroducto, ni qué normas relativas a las inspecciones se han visto violadas. Destaca que la facultad de fijar la línea de edificación corresponde exclusivamente a la Comuna y que su parte cumplió con todas las normas que le son impuestas.

1. **CUESTIÓN A RESOLVER.**

Corresponde a esta Sala decidir si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que, confirmando la anterior, rechaza la demanda interpuesta por la propietaria de un inmueble contra la Municipalidad accionada por los daños que invoca haber sufrido a raíz de la irregular actuación de la Comuna -otorgar línea de edificación y permitir el inicio de obra- en el trámite administrativo impuesto para realizar una construcción en su predio.

1. **SOLUCIÓN AL CASO.**

**a) Derecho transitorio.**

Atento la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en agosto de 2015, corresponde indicar queen materia de responsabilidad por daños, este Tribunal ha adherido al criterio conforme el cual “los hechos dañosos acaecidos antes del 1° de agosto de 2015 se rigen por el Código Civil. Esta regla rige los siguientes aspectos: (i) todos los presupuestos de la responsabilidad civil como relación creditoria: la antijuridicidad, los factores de atribución; la relación causal y el daño; (ii) la legitimación para reclamar; (iii) la pérdida de chances como daño resarcible, aún si se trata de daños causados en las relaciones de consumo” (Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI –“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes” - Segunda Parte – Ed. Rubinzal Culzoni – 1° edición – Santa Fe – 2016 – Página: 232).

En virtud de ello, por aplicación del art. 7 C.C.C.N. y la doctrina precedentemente reseñada, a los fines de la determinación de la responsabilidad y análisis de sus presupuestos, entre ellos, la relación de causalidad del hecho dañoso con el perjuicio y el factor de atribución, corresponde la aplicación de la ley y jurisprudencia vigente al momento de los hechos que se denuncian como generadores del menoscabo (antes de la vigencia del nuevo Código)

Cabe destacar que esta normativa resulta aplicable a los casos de responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público, conforme la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por vía subsidiaria (“Vadell”, Fallos: 306:2030), a pesar de tratarse de una cuestión cuya regulación corresponde al derecho administrativo y de exclusivo resorte local (CSJN “Barreto”, Fallo: 329:759), ya que, antes del dictado de las leyes de responsabilidad estatal, nacional Nº 26.944 y provincial Nº 8968, dicha normativa no existía, por lo que se aplicaba subsidiariamente el Código Civil de Velez.

**b) Principios liminares que rigen los recursos extraordinarios en nuestra Provincia.**

En relación a los principios que rigen el recurso extraordinario provincial, cabe señalar que éste, al igual que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad que contemplaba el Código Procesal Civil de Podetti, “tiene carácter excepcional, por ello, las causales se interpretan restrictivamente, evitando que la Corte se convierta en una tercera instancia ordinaria, contraviniendo todo el sistema recursivo” (L.S. 223-176).

Conforme criterio inveterado de este Tribunal, "la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial recurrido, consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de consideración de hechos o pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación (L.S. 188-446, 188-311, 102-206, 209-348, etc.) (L.S. 223-176)”.

También es criterio invariable de esta Sala, que es imprescindible que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a sus pretensiones. Consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido, sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (LS 67-227; LA 86-153; 98-197).

Por otro lado, tiene dicho este Tribunal que no basta para configurar un agravio en sentido técnico, la sola afirmación o explicitación de una tesis jurídica, sin la necesaria impugnación de los fundamentos esenciales de la sentencia (LA 91-157; 93-101; 95-261; 95-299; 95-38; LS 105-432).

**c) La responsabilidad del Municipio.**

La aplicación del art. 1112 del Código Velezano a las consecuencias dañosas de la señalada “falta de servicio” se inserta en el derecho público que juzga las condiciones jurídicamente requeridas para endilgar responsabilidad al Estado, por los daños provocados en el ejercicio de su función administrativa regular o irregular.

En relación a este punto, la Corte Suprema de la Nación ha sostenido que: “quien contrae la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causa su incumplimiento o su irregular ejecución” (CSJN, 18/12/1984 “Vadell”, Fallos: 306:2030). En este sentido cuadra destacar que: “la falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño” (“Zacarías”, CSJN, Fallos 321:1124).

De tal modo, para dar lugar al pago de una indemnización por falta de servicio no basta acreditar la existencia de un perjuicio, sino que debe acreditarse que éste se encuentra en nexo causal con el anormal o irregular funcionamiento de la Administración. De ahí que se haya descartado la existencia de una falta de servicio cuando, a pesar de producirse un perjuicio, la Administración obra con la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar. (CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", Fallos: 330:653; Perrino, Pablo E., La responsabilidad del Estado por la omisión del ejercicio de sus funciones de vigilancia, LL 2011-E, 715)

La Corte Federal ha expresado que “la circunstancia de que las actividades privadas se hallen sujetas a regulación estatal por razones de interés general, o que inclusive dependan del previo otorgamiento de un permiso, licencia o habilitación, significa que están sometidas a condiciones y estándares mínimos para que los particulares puedan desarrollarlas lícitamente, pero no torna responsable al Estado en corresponsable de todos los daños que puedan resultar del incumplimiento de los reglamentos dictados a tal efecto. Quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa como irregular, vale decir, tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de ésta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento se reclama” (Fallos 317-1233).“Cuando la administración regula las actividades privadas imponiéndoles a las personas que las llevan a cabo determinados deberes, la extensión hasta la cual ella supervisa y controla el cumplimiento de estos últimos depende, salvo disposición en contrario, de una variedad de circunstancias tales como son el grado de control practicable, la previsibilidad o regularidad del suceso que se trata de prevenir, el número de agentes y fondos presupuestarios y las prioridades fijas de manera reglada o discrecional para la asignación de los medios disponibles. El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado. Sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemni-dad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quien no está obligado a responder” (Fallos 323-318; 323-359).

**d) Aplicación de estas pautas al caso en análisis.**

Anticipo que, a la luz de los parámetros apuntados, el recurso incoado no puede prosperar, en tanto el quejoso no ha logrado demostrar los vicios que endilga a la sentencia.

Explicaré las razones de mi decisión, siguiendo en esa tarea el criterio de la Corte Federal y de la buena doctrina interpretativa, en el sentido de que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, “Fallos”:258:304; 262:222; 265:301; 272:225; FASSI YAÑEZ, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado anotado y concordado, T°I, p. 825). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (CSJN, Fallos: 274:113; 287:3201).

Conforme de la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley 1079) a ellas corresponde fijar el ancho y eje de las vías públicas y las líneas de edificación (art. 75 inc. 1); proveer y reglamentar los servicios de aguas corrientes, sanitarios, usinas de electricidad, gas, tranvías, teléfonos, y demás servicios análogos, ya sea por cuenta de la municipalidad o por concesiones (art. 75 inc. 3); intervenir igualmente en la construcción y refacción de los edificios públicos y particulares, al solo objeto de garantir su estética y solidez, y ordenar la compostura o demolición de aquellos que, por su estado ruinoso, ofrezcan un peligro inminente (art. 79 inc. 2); adoptar las medidas precaucionales tendientes a evitar las inundaciones, incendios y derrumbes, en las plazas, vías y edificios (art. 79 inc. 3); determinar las restricciones y límites impuestos al dominio privado en interés público, mientras no salga de la esfera puramente administrativa municipal o afecte las facultades del Departamento General de Irrigación (art. 152).

En este punto, se ha afirmado que “el poder de policía municipal sobre las construcciones no puede limitarse a la simple aprobación de los planos, pues ello significaría, directamente, delegar en los profesionales el ejercicio de la función estatal” (“Norton” - Fecha: 18/10/96 – LS 267-496).

Sin perjuicio de ello, se ha destacado en ese precedente que “cuando la jurisprudencia ha condenado al Estado por el incumplimiento del ejercicio de la policía de la construcción ha atendido, como se ha visto, a circunstancias especiales de la posibilidad de control”. (“Norton” - Fecha: 18/10/96 – LS 267-496).

Del expediente N°**17817-C-2012**, el que se agrega a fs. 101 y ss. de los autos principales, surge:

* + A fs. 2 glosa una Memoria Descriptiva-Declaración Jurada, en la que se hace referencia al destino de la edificación, Superficies, Estado de la Obra, Muros Medianeros Existentes, Líneas de Arbolado existente. En el punto a) de este último acápite se lee: “Distancia de edificación y cierre existente a eje de calles, se ajusta a boleta de línea?” Indicándose la opción ‘Sí’.
	+ A fs. 5 se agrega “Factibilidad de uso”, fechada 17/12/12, la que indica que en el domicilio de calle Espejo 1615 “puede autorizarse la instalación de Departamentos P/Vivienda y cocheras. En área urbana, Zona Residencial. De acuerdo al Código de Edificación y Ordenamiento Territorial (C.E.O.T.) en vigencia. La factibilidad de uso se hará efectiva al verificarse el cumplimiento de las demás reglamentaciones vigentes, trama vial y obtención de Declaración Ambiental, cuando corresponda. La presente factibilidad tiene validez por 180 días a partir de la fecha.”
	+ En la margen derecha de ese documento, puede leerse: Calle Espejo. Se autoriza la línea de edificación (L.E.) paralela a diez (10) metros de su eje. Línea Municipal de cierre (L.M. o L.C.) paralela a diez (10) metros de su eje. Observaciones: S/ ORD: 38/83.
	+ Con posterioridad se agregan tres planos (“Plantas”, “Cortes” y “Fachadas”), el pago de aforos, y a fs. 14 luce planilla de “Revisión Técnica de Obras Nuevas y Relevamiento de Arquitectura”, de fecha 10/01/2013, documento en el que se consigna, entre otras, la observación consistente en “Adjuntar plano de mensura”.
* A fs. 21/22, en fecha 20/03/2013, se adjunta plano de mensura a los efectos de salvar la observación indicada. En este plano de mensura no se consigna restricción al dominio alguna en la sección correspondiente a “Certificaciones, Observaciones y Notas” (fs. 122 expediente principal).
* Luego se acompañaron planos, memoria de cálculo, se completaron datos en declaración jurada y estudio de suelos (fs. 21/75).

- Los planos que contienen visación de arquitectura (fs. 57 en adelante) están fechados el 17/5/2013 y consignan la leyenda: “la visación sólo autoriza el inicio de obra. Siendo obligatoria la presentación de planos conforme a obra para su aprobación.”

- A fs. 99, en fecha 11/11/13 se solicita inspección y a fs. 100 luce emplazamiento a paralizar la obra por posible riesgo eléctrico, fechado el 15/11/2013.

Por su parte, el **Expte N° 12075-C-2013-60204** de instalación eléctrica, iniciado el 29/08/2013 conforme surge de su carátula, contiene:

* Planos de instalación eléctrica (iluminación y tableros), con Visto Bueno de EDEMSA fechado el 26/8/13 (fs. 8/9).
* El 12/11/13 se adjuntan planos para su firmado, sellado y posterior retiro (fs. 13) y se solicita inspección parcial para el día 14/11/2013 (fs. 14).
* A fs. 15, el día 18/11/13, el Inspector de Electrotécnica de Obras Privadas de la Comuna informa que la construcción no cumple con la Ley 5518 de electroducto y que el expediente de obra civil se encuentra con notificación de paralización (distancia de obra con línea de media tensión).
* A fs. 17 obra agregado el original de la misiva de Edemsa al Intendente de la Municipalidad, recibida por ésta el 9/12/13 y a fs. 18/19 obran constancias de pases y la orden de paralizar la obra en razón del riesgo eléctrico, lo que fue informado por el Inspector al capataz.
* A fs. 20 los profesionales de la actora con fecha 18/12/13 informaron que en oficinas de EDEMSA se tramitó carta/solicitud de “Cotización de Traslado de Electroducto”.
* A fs. 75/78 obra convenio transaccional celebrado por la actora con Edemsa el día 6/06/14.

Como se advierte, no puede afirmarse razonablemente que la factibilidad obrante a fs. 5 del expediente municipal tenga la virtualidad y los efectos que pretende el recurrente. Es que, conforme el orden cronológico que surge del expediente y según admite el recurrente en su expresión de agravios (fs. 492 vta.), a la fecha en que ese certificado fue expedido (17/12/12), no se habían presentado aún los planos de arquitectura (los que se agregan a partir de fs. 11) ni el plano de mensura que la Municipalidad exigió en la primera revisión que se practicó, el 10/01/2013 (fs. 14).

En este aspecto, la Resolución 259/97 de la Dirección Provincial de Catastro (modificada por la Resolución 219/2001), expresa en su artículo 1°: En todo plano de mensura, cualquiera sea su finalidad, que se tramite en la Dirección Provincial de Catastro, deberán demarcarse las servidumbres y las restricciones al dominio derivadas del paso por el inmueble de todo tipo de ducto (agua, gas, energía eléctrica, etc.); con las características, ubicación y alcances de la limitación de que se trate, de acuerdo al certificado de restricciones al dominio emitido por el titular correspondiente. La constancia del aludido certificado será incorporada, en original o copia autenticada, al expediente de mensura por profesional interviniente.” (https://www.atm.mendoza.gov.ar/portalatm/ModificarParametros?tipo=descargarUrl&url=/normasWeb/pdf/205/1997/RESOLUCION\_259-97.pdf )

Es decir que la obligación de recabar esa información ante las entidades prestadoras de tales servicios recae sobre el profesional de la agrimensura, debiendo correlativamente la empresa evacuar la consulta de manera fidedigna y ser acompañada al expediente municipal para su toma de razón.

En virtud de ello, mal podría afirmarse que la Municipalidad, en el estadio de avance en el que se encontraba el expediente al momento de otorgar la factibilidad, podía o debía conocer las restricciones o servidumbres que pesaban específicamente sobre el inmueble en el que se proyectaba la construcción, en tanto no contaba en esa oportunidad con elementos para ello.

En otras palabras, no era razonable esperar que la Administración, con los medios con los que contaba en ese momento, actuara en forma diversa a como lo hizo, por lo que no resulta arbitrario ni normativamente incorrecto descartar que haya existido allí una irregularidad en el servicio capaz de comprometer su responsabilidad.

Por otra parte, esta Sala ha señalado en el precedente “Heras”, que “en general, la “factibilidad” constituye uno de los requisitos –el primero- que la legislación exige a los efectos de la autorización administrativa de una determinada instalación, habilitación de uso o función, y/o de la aprobación de un determinado proyecto de obra o construcción, en un inmueble comprendido dentro del ejido municipal. Se trata de una herramienta vinculada no tanto con las condiciones de sanidad, salubridad o seguridad de la actividad, o de las condiciones técnicas de la obra o instalación proyectada, sino más bien con la pautas de “zonificación” contenidas en el ordenamiento territorial de competencia municipal (conf. arts. 15, 22 y 39, Ley 8051), a fin de asegurar su cumplimiento. Ello así en tanto con la certificación de factibilidad, la autoridad realiza una evaluación de: i) los usos (entendidos en sentido amplio, es decir, comprensivos tanto de las actividades a desarrollar en el espacio como de los servicios a prestar allí), y de ii) la tipología edilicia (tipo de edificio, dimensiones, altura, factor de ocupación del suelo-FOS, factor de ocupación total-FOT, retiros y fachadas). *(Expte. 105561, Heras, Eugenio c/ Municipalidad de la Capital de Mendoza S/ A.P.A., 01/07/2013).*

La doctrina vernácula, comentando este fallo, indica que “estas certificaciones, de por sí, no constituyen propiamente un acto administrativo, en cuanto no procuran efectos jurídicos individuales en forma directa: el acto de certificación no importa el nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho o un deber, ya que sólo acredita una situación existente a los efectos de cumplimentar las exigencias de la tramitación respectiva, sea la obtención de un permiso de obra, la aprobación de un proyecto de loteo, etc. *(Pinto, Mauricio, La certificación de factibilidad de uso y los derechos adquiridos frente a la modificación del ordenamiento ambiental del territorio, LL Gran Cuyo 2013 (octubre), 953).*

Conforme estas pautas, no puede afirmarse válidamente que la actora haya adquirido con el certificado de factibilidad un derecho a construir hasta esos límites, en tanto se trata de una pauta general, conferida según la zona de que se trate, la que puede verse modificada por particularidades propias de cada sector, que en el caso de restricciones o servidumbres de electroducto deben surgir -conforme la disposición de Catastro citada- del plano de mensura que fue acompañado con posterioridad.

Ahora bien, luego de que ese plano fue presentado en el expediente municipal -del que no surgía la restricción al dominio que originó posteriormente la paralización de la obra-, tampoco se observa un accionar irregular o defectuoso por parte de la Comuna configurativo del factor de atribución “falta de servicio”. En primer lugar, en tanto recién autorizó el inicio de las obras cuando se contó con dicha documentación, de la que, repito, debía emerger la mentada limitación. Si ello no ocurrió de este modo, esto es, si la Comuna no conoció -ni pudo conocer empleando la debida diligencia- la restricción, no parece acertado endilgarle una deficiente actuación.

En segundo término, el hecho de que se hayan realizado varias inspecciones en la obra antes de detectarse el electroducto, tampoco autoriza a sostener que medió un ejercicio irregular de la función de policía, en tanto no se ha demostrado, ni surge de los hechos acreditados en la causa, que la restricción fuera aparente o fácilmente observable por los inspectores de la Municipalidad, cuya tarea -según las constancias del expediente N°17817-C-2012- versaba prioritariamente sobre aspectos constructivos de la obra en desarrollo y reposaba, además, en la documentación que obraba en el expediente, aportada por el interesado.

Reitero aquí lo expuesto en el precedente “Norton”, en cuanto a que la condena al Estado por el incumplimiento del ejercicio de la policía de la construcción ha atendido, en general, a circunstancias especiales de la posibilidad de control”. (LS 267-496).

En otro orden, corresponde aclarar que estos datos -restricción no consignada en el plano de mensura y carácter no aparente de la misma- distinguen a este caso de aquél analizado en el fallo “Corvalán” dictado por esta Sala (LS605-153, 14/05/2020). Allí se valoró justamente, en orden a discernir la responsabilidad del Municipio, que se habían autorizado las obras contando ya con el plano de mensura que indicaba la presencia de un transformador en la vereda del inmueble, que se había permitido su continuación aún con posterioridad a que el inspector informara que existía el transformador, que luego de que el EPRE y Edemsa le solicitaran al Intendente la adopción de medidas para que se respetara la zona de seguridad no se modificaron las circunstancias, y que, además, se trataba de un elemento observable a simple vista para los inspectores de la Comuna.

En el caso que aquí se examina, constatada la presencia del tendido de media tensión, la accionada activó de manera inmediata los mecanismos destinados a que no se continuaran con las obras cuya proximidad a la línea generaban peligro de incendio o electrocución, con lo que se advierte también en esta etapa de su actuación -conforme las facultades que la legislación reseñada le reconoce- un accionar adecuado y regular, adoptándose las medidas necesarias para prevenir daños.

En este aspecto, no podría exigirse que la Comuna solicitara informes a las prestatarias de servicios cada vez que se peticiona una nueva obra, en tanto ello no surge de ninguna norma expresa, excedería notoriamente los deberes y competencias que le atribuye la Ley 1079 (L.O.M.) y lo dispuesto por su Código de Edificación, e importaría un sacrificio desproporcionado en relación a la utilidad que se consigue, teniendo en cuenta que existe normativa específica que coloca en cabeza de otros profesionales la obligación de recabar estos datos, los que deben ser arrimados al expediente municipal.

Los agravios planteados en relación al incumplimiento por parte de la Comuna de lo dispuesto en el Capítulo V.B.5, Tomo II del Código de Edificación y Ordenamiento Territorial de la Municipalidad de Guaymallén (CEOT), no merecen favorable acogida, en tanto no demuestran arbitrariedad en el análisis de los hechos y pruebas, ni la inaplicación o errónea interpretación de esa norma que haya conducido a la solución contraria a los intereses del recurrente.

Cabe reiterar aquí lo ya expuesto en relación a que es imprescindible, a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a sus pretensiones. Consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido, sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (LS 67-227; LA 86-153; 98-197).

Por otro lado, tiene dicho este Tribunal que no basta para configurar un agravio en sentido técnico, la sola afirmación o explicitación de una tesis jurídica, sin la necesaria impugnación de los fundamentos esenciales de la sentencia (LA 91-157; 93-101; 95-261; 95-299; 95-38; LS 105-432).

Esa disposición establece: “El Departamento Ejecutivo, previa reglamentación, podrá disponer que se verifique la totalidad de las documentaciones técnicas presentadas; o que se realice un control por muestreo o limitar la supervisión a cuestiones urbanísticas, de seguridad y salubridad pública en forma global, asegurando los aspectos formales para registrar toda la documentación previo al inicio de las obras…”.

La diferenciación que plantea el censurante entre “verificación” y “supervisión” no se deriva del texto de la norma ni demuestra que la sentencia haya inaplicado o interpretado erróneamente la misma.

La conclusión que esgrime, relativa a que el cumplimiento de esa norma habría permitido a la Comuna imponer los retiros obligatorios al realizar un verdadero control sobre los planos y su correspondencia a cuestiones de seguridad, no se hace cargo de lo ya expuesto, en relación a que de la documentación presentada no surgía la presencia del electroducto que determinó la restricción, ni antes ni después de la presentación del plano de mensura.

Tampoco tiene en cuenta aquella afirmación que las inspecciones de obra que se realizaron antes de detectarse la irregularidad, conforme al expediente acompañado, recaían sobre aspectos contructivos y se ajustaban a la documentación acompañada por el propio interesado, por lo que no se advierte allí tampoco un ejercicio irregular del poder de policía derivado del incumplimiento de aquella disposición.

Lo propio acontece con el agravio que propugna que la accionada debió conocer el tendido de media tensión en tanto el Tomo I, Capítulo. III.G. del CEOT le confierefacultades para autorizar la colocación de postes y alumbrado, y por tanto EDEMSA debió solicitarle permiso para hacerlo. Tal como apunta la recurrida en su contestación, esa norma no permite sostener que, con tal autorización para colocar postes, nazca un deber expreso o implícito de la Comuna de conocer la tensión -y sus consecuencias para el dominio privado- de los cables que pasarán en definitiva por allí.

La crítica consistente en que tales restricciones deben hacerse cumplir por las Comunas -no obstante ser fijadas por la Ley 5518, cuya autoridad de aplicación es el EPRE-, destacando como hecho revelador de ello que EDEMSA emplazó al Intendente a paralizar la obra, tampoco logra torcer el resultado de la decisión ni demuestra la irregularidad achacada al servicio.

Tal como vengo sosteniendo, de las constancias del expediente municipal surge que ese poder fue ejercido de manera adecuada, según la documentación e información con la que contaba el Municipio -sin actuar de manera defectuosa ni irregular- hasta el momento en que se constató la restricción, a partir del cual se paralizaron los trabajos y se adoptaron las medidas del caso para que la obra se ajustase a tales limitaciones, conforme las facultades y competencias que el propio recurrente le reconoce.

Por último, no se me escapa que puede asistir razón a la censurante en cuanto a que debió afrontar erogaciones inesperadas en virtud del estado de avance de la obra al momento en que se constató el obstáculo; sin embargo, ello no es atribuible a un accionar defectuoso por parte de la aquí demandada, quien, como he venido señalando, actuó con la debida diligencia en todos los tramos analizados, teniendo en cuenta los medios con los que contaba, la naturaleza de su actividad y las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En definitiva, la sentencia impugnada no exhibe los vicios que se le endilgan, debiendo por tanto ser mantenida como acto jurisdiccional válido.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO RAMÓN GÓMEZ y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:**

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, por haber sido planteado para el caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO RAMÓN GÓMEZ y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede.

**A LA TERCERA CUESTION EL DR. PEDRO J. LLORENTE, DIJO:**

Las costas deben ser impuestas a la recurrente, por resultar vencida. (art. 36 CPCCTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. JULIO RAMÓN GÓMEZ y MARÍA TERESA DAY, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**S E N T E N C I A :**

Mendoza, 05 de Setiembre de 2021.

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

**R E S U E L V E :**

I. Rechazar el recurso interpuesto a fs. 6/34 y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada por la Segunda Cámara Civil de la Primera Circunscripción Judicial a fojas 540 y ss. de los autos n° 54.598, caratulados: “CALABRIGO MARIA T. C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.

II. Imponer las costas a la recurrente, por resultar vencida. (art. 36 CPCCTM).

III. Regular honorarios profesionales correspondientes a esta instancia a los Dres. Alberto M. LASCANO, en la suma de pesos ONCE MIL SETECIENTOS TREINTA Y UNO ($11.731); Luis R. LASCANO, en la suma de pesos TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO CUATRO ($39.104); María Belén MOYANO, en la suma de pesos CINCO MIL VEINTISIETE ($5.027); María Belén BOLINAGA, en la suma de pesos DIECISÉIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE ($16.759) (arts. 2, 3, 9 inc. i), 15 y 31 L.A. y ley 5394).

NOTIFIQUESE.

|  |  |
| --- | --- |
| DR. PEDRO JORGE LLORENTEMinistro | DR. JULIO RAMON GOMEZMinistro |

|  |
| --- |
| DRA. MARÍA TERESA DAYMinistro |