SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 57

CUIJ: 13-03689883-0/1((010305-54370))

DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION EN J° 13-03689883-0 (010305-54370) MOLINA RAFAEL ANTONIO C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ DAÑOSYPERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

\*105598002\*

En Mendoza, a once días del mes de mayo del año dos mil veintidós, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-03689883-0/1 (010305-54370)**, caratulada: **“DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION EN J° 13-03689883-0 (010305-54370) MOLINA RAFAEL ANTONIO C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ DAÑOSYPERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”**-

De conformidad con lo decretado a fojas 56 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ**; segunda: **DRA. MARÍA TERESA DAY**; tercero: **DR. PEDRO JORGE LLORENTE.**

**ANTECEDENTES:**

A fojas 2/15 se presenta el Dr. Federico Gabrielli, en representación del recurrente Departamento General de Irrigación, interpone Recurso Extraordinario Provincial contra la resolución dictada por la Quinta Cámara Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, a fojas 536 y ss. de los autos n° 54370, “MOLINA RAFAEL ANTONIO C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.

A fojas 26 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, teniéndose su contestación por presentada fuera de término. A fs. 39/40 se hace parte Fiscalía de Estado.

A fojas 49/50 vta. se registra el dictamen de Procuración General del Tribunal, quien aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 55 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 56 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 CUESTIÓN:**¿Es procedente el Recurso Extraordinario Provincial interpuesto?

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

**TERCERA CUESTIÓN**: Costas.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:**

**I-RELATO DE LA CAUSA.**

**1)**A fs. 35/41, en fecha 27/04/2015, se presenta la Dra. Nelly del Carmen Molina en representación del Sr. Rafael Antonio Molina e  interpone demanda por daños y perjuicios contra la Inspección de Cauce denominada “*Mathus Hoyos Tobar Grande Unificada*” como guardián primario de los cauces de riego bajo su jurisdicción y en contra del Departamento General de Irrigación, como autoridad primaria del cauce y en su carácter de guardián secundario, por la suma de $ 800.000 o lo que en más o en menos resulte de las probanzas a rendirse en autos, con más los intereses de ley hasta su efectivo pago.

Relata que el actor es propietario desde el año 1.977 de una fracción de terreno ubicada en Distrito Rodeo de la Cruz (km 11) del departamento de Guaymallén, con frente a  calle Godoy Cruz al N° 9365, de la Provincia de Mendoza, constante de una superficie de 3 has. 540,35 mts.2 según título y de 2 has. 8514,21 mts.2 según mensura.

Señala que la propiedad cuenta con derecho a riego, encontrándose emplazada en en área rural-zona agroturística, empadronada en el CC. 1068 por Río Mendoza, Canal Cacique Guaymallén, Rama Mathus Hoyos, Hijuela Confín Desagüe, P.P. 0215, P.G. 205938, Plano 14829 M con Pozo N° 04/1279 de 6” para riego, R.U.E no inscripto. Precisa que el derecho a riego también figura en la matrícula del Registro de la Propiedad Inmueble.

Indica que el inmueble se encuentra sembrado con frutales (durazneros) de diferentes variedades, ascendiendo a un total de 3.700 plantas, que una mínima parte del terreno cuenta con la casa habitación del encargado e individualiza los lugares donde el actor comercializa los frutales.

Denuncia que en el año 2012 se comienza a construir un barrio al Oeste de la propiedad del actor, y que la última casa se construye sobre la hijuela por la que se recibía el agua, y que es a consecuencia de la falta de riego, en razón de esta construcción, que se empieza a producir el secado de los frutales, con el consiguiente daño en cuanto a la no producción y comercialización del mismo, situación que deja plasmada en una pericia realizada por el agrónomo Galmarini.

Destaca que la situación descripta, construcción de la vivienda en su totalidad, le impidieron al actor ejercer el derecho que ostenta.

Expone que dicha situación fue puesta en conocimiento tanto del tomero encargado de la hijuela, en forma verbal, ante la Inspección de Cauce en forma personal y ante la Asamblea de Regantes, el 31 de mayo de 2013, cuando se constituyó la Asamblea Ordinaria de Usuarios para Tratamiento de Balance y Rendición de Cuentas del ejercicio 2012, en la que expuso su situación, sin recibir respuesta. Dice que mientras esperaba una solución realizó una constatación mediante acta notarial.

Añade que en fecha 21 de diciembre de 2013 emplazó al Departamento General de Irrigación y a la Inspección de Cauce a que se le habilitara la servidumbre de acueducto obstruida, también con resultados negativos.

Endilga responsabilidad a la accionada por el daño sufrido por la falta de intervención oportuna ejerciendo las facultades de policía del agua, otorgada por la Ley General de Aguas y Ley N° 6.405.

El monto indemnizatorio de $ 800.000 está conformado por la suma de $ 600.000 de daño material y $ 200.000 de lucro cesante.

**2)**A fs. 57/66 contesta demanda el Departamento General de Irrigación (en adelante DGI), solicitando su rechazo.

  Solicita la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial, fundando su pretensión respecto de la aplicación de la nueva ley de fondo e indicando que deben intervenir las autoridades administrativas y en su caso, una vez finiquitada esta etapa administrativa, podrá intervenir lo judicial.

En cuanto a los hechos, señala que el actor es un asiduo mal pagador de su servicio de riego y que la razón por la que en su momento dejara de recibir el agua estriba, por un lado, en que le fue cortado el servicio durante bastante tiempo, y por el otro, porque el actor nunca ha realizado las labores necesarias para recibir el riego.

Detalla la cantidad de cuotas que dejó de pagar desde el año 1988 hasta el año 2014, indicando que a la fecha de contestar la demanda el actor mantiene una pequeña deuda no cancelada.

Denuncia que la propiedad del actor también tiene un pozo de aguas subterráneas (N° 04/1279) con una inmensa deuda desde el año 1997 hasta el 2012, que fuera saneada por el accionante en fecha 2/10/2012.

Reflexiona acerca de la responsabilidad que se le endilga, cuando el mal de la finca del actor, al no recibir agua de riego, fue por su exclusiva responsabilidad.

Expone como segundo punto que el actor nunca se preocupó por mantener el inmueble en condiciones para recibir el agua. Indica que el mismo no se ocupó de mantener limpio y en condiciones la transitividad del cauce de agua desde el punto de toma (hasta donde llega la obligación de la demandada) hasta su propiedad.

Indica que el actor realizó el pago el día viernes 26/4/2013 y que el acta notarial la realizó el día 30/4/2013, siendo este un martes, aclarando que la rehabilitación del servicio no es automática.

Exterioriza que el actor podía no pagar el derecho de riego superficial o abonarlo siempre atrasado porque seguía regando a través de su pozo, puesto que de otro modo no se explicaría cómo es que, no habiendo pagado el derecho de riego por años, de modo de tener que hacer un plan de pago desde el año 1987 al 2012, pudiera seguir manteniendo supuestamente vivos los cultivos.

Añade que en los registros del Departamento General de Irrigación el derecho de riego superficial del accionante figura como DESAGÜE, como así también en la escritura pública de fecha 29/12/1977, indicando que a la fecha no se realizó ninguna presentación administrativa a efectos de cambiarla.

Expresa que, ya sea que se califique el derecho de riego como de desagüe o eventual, debe aplicarse el art. 124 de la Ley de Aguas, en cuanto se trata de un negocio jurídico aleatorio, en virtud del cual el Estado no responde por su falta o disminución.

**3)** A fs. 87 se hace parte el Sr. Juan Antonio Allaca, Inspector de la Inspección de Cauce Mathus Hoyos Tobar Grande Unificada y a fs. 93 hace lo propio Fiscalía de Estado, adhiriendo a la defensa de la DGI.

**4)** La sentencia de primera instancia rechaza la demanda. Razona del siguiente modo:

- La situación por la que se reclaman daños y perjuicios ha quedado consolidada a la luz de las normas contenidas en el Código Civil de Vélez, ante ello es que corresponde la aplicación de lo dispuesto en el antiguo cuerpo legal con relación al tema en análisis.

- Por su parte la Ley N° 8968 (publicada en Boletín Oficial el día 11/05/17) que rige la responsabilidad patrimonial del Estado en la Provincia de Mendoza por los daños causados por sus actividades específicas de Poder Público, no resulta aplicable a la presente causa por cuanto la invocada obligación resarcitoria es anterior a la entrada en vigencia de la ley provincial.

- La Ley General de Aguas 1884 en art. 27 señala que: “*Sólo podrá suspenderse el uso del agua en los casos siguientes: 1. Cuando sea necesario hacerse algún trabajo en al canal de su servicio, apertura de desagües o arreglo de compuertas. 2. En los casos de derrumbe del canal o abandono de la toma. 3.****Como pena impuesta por la Superintendencia, el Subdelegado de Aguas o los inspectores de canales o hijuelas, a los que incurran en mora en el pago de los impuestos que le correspondan****, no cumplan con la apertura de los canales o las hijuelas particulares, no satisfagan el valor de los trabajos que por disposición de esta ley deberán practicarse por cuenta de los interesados en canales, hijuelas”.*

- De las fotografías acompañadas por el actor (certificadas por escribano público en fecha 30 de abril de 2013) surge que se dispuso suspensión del servicio de dotación de agua.

- A su vez, el Departamento General de Irrigación acompañó un informe donde se detalla cómo el actor fue sacando distintos planes de pagos (desde el año 2001), por aguas superficiales, teniéndoselos muchas veces a los mismos como caducos (ver fs. 238 del año 2001 caduco, a fs. 237 vta. del año 2008 caduco, a fs. 239 del año 2007 caduco) (cfr. fs. 237/241). Ello lleva a concluir que, en base a la normativa expuesta, el Departamento General de Irrigación estaba facultado para realizar el corte del servicio.

- Respecto a la construcción en el terreno del vecino, en  la absolución de posiciones obrante a fs. 354 el Inspector Juan A. Allaca señala que ante el reclamo del actor: “… *se habló con el propietario del predio y comitente de la obra que estaba pensada, haciendo que el cauce de la servidumbre pasase en forma subterránea por debajo de la construcción, comprobándose que la circulación del agua por la servidumbre no se vería afectada*”.

- En la absolución de posiciones de fs. 334/343 el Superintendente del Departamento General de Irrigación coincide con lo señalado por el Inspector de Cauce en cuanto a que el vecino procedió a entubar el curso del agua, bajo la tierra, cumpliendo con las exigencias que se le indicaron. Precisa que no hubo ninguna falta de parte del Inspector de cauce (fs. 343 vta.).

- El vecino del actor, Sr. Ricardo Darío Páez, responde a la segunda pregunta para que diga si la Inspección de Cauce Mathus Hoyos Tobar Unificada alguna vez le solicitó que habilitase el paso del agua de riego de una servidumbre que se dirigía hacia la propiedad del actor que: “*sí, de hecho está canalizado por mi lote, los 30 mts. Que son de mi lote están canalizados, me habían dado incluso las especificaciones que tenía que ser de 40 x 40”.* A la tercer pregunta respecto del estado de la servidumbre el testigo señala que: “*dentro de mi lote canalizado como dije y limpio, ahora la parte de la calle no se le ha hecho mantención nunca a eso”* (fs. 295). En este punto, su declaración resulta coincidente con las absoluciones de posiciones de los demandados, respecto que se realizó una obra a efectos de mantener el cauce del agua y el testigo reconoce las fotografías obrantes a fs. 68/76, de las que surge la existencia de la obra de servidumbre a efectos de permitir el paso del agua.

- A fs. 260 el Sr. Juan Carlos Álamo en su declaración testimonial señala a la Cuarta pregunta que: “*si mal no recuerdo el inspector le aclaró al Sr. Molina, en ese momento, de que el Sr. Molina es responsable de la mantención de la limpieza del cauce interno, o sea de que es de la compuerta hacia la propiedad, no solo el Sr. Molina si no todos los regantes tienen esa obligación. Por más que no esté en uso, cualquiera sea la circunstancia, o no tenga el turno, o no reciba el agua, lo tiene que mantener limpio”*.

- En dicha declaración se pone de manifiesto que el actor tenía conocimiento que debía de mantener limpio el cauce interno.

- Por su parte, en la absolución de posiciones del actor a fs. 222 el mismo señala que: “*Nunca le debí a Irrigación, sí tengo pozo que está destruido, pero de años…*”. El actor reconoce que tiene un pozo pero destruido.

- A fs. 314 el testigo Sr. Roberto Carlos Castillo señala que el actor ha sido su patrón y responde a la quinta sustitución que: “*sí, que hicieron el barrio en la finca de al lado, y taparon la hijuela que estaba al fondo, no se pudo regar porque la finca de Rafael tenía un pozo y estaba roto, entonces no entraba el agua del riego de la hijuela, el pozo estaba adentro de la finca, pero al estar roto no andaba”.*

- En la pericia de fs. 269/271 se constata el estado de los cultivos, pero no se indica a qué se debe la falta de riego.

- Se concluye entonces, de la valoración de los elementos de prueba acompañados en la presente causa, que no existe responsabilidad por parte de los demandados y que la demanda debe de ser rechazada.

- En primer lugar el actor es una persona que ha tenido deudas con el Departamento General de Irrigación, y en base a ello el organismo se encuentra legalmente facultado para suspender el uso del agua, conforme a la normativa *ut supra* indicada. A mayor abundamiento, del informe de deuda más actualizado obrante a fs. 172 surge que el actor mantiene deudas con el organismo desde el año 2015 por el derecho de pozo y por aguas superficiales por el ejercicio 2016 y débitos varios a la fecha del mismo (21/12/2016).

- Por lo demás, surge de las fotografías agregadas a fs. 68/76 reconocidas por el testigo a fs. 295, de las declaraciones testimoniales y de las absoluciones de posiciones de los demandados que en el terreno del vecino se realizó una obra de manera tal que no se entorpezca el tránsito del agua por la servidumbre.

- Se acreditó además que la Inspección de Cauce no se mostró pasiva ante el reclamo del actor, por lo que se le solicitó al vecino que adaptara la obra y es por ello que se adecuó la servidumbre para que no se interrumpiera el curso del agua (ver fs. 295, 354, 343 y fotografías de fs. 68/76). Por lo tanto no hay hecho atribuible en tal sentido a la demandada.

- En tercer lugar el actor denuncia que las obras se realizaron en el año 2012, el acta ante escribano acompañada como prueba es de fecha 30 de abril del año 2013 y la demanda se interpone el 27 de abril de 2015.

- En este punto, alguien que está interesado en evitar un daño o evitar que el mismo sea mayor acciona rápidamente; y relacionado con ello cae sobre el actor el deber de prevención (art. 1.710 del nuevo Código Civil y Comercial). Del mismo surge  la exigencia de no agravar el daño ya producido,  pues el sujeto obligado no ha de esperar el reclamo indemnizatorio, ni el dictado de una sentencia para reparar el perjuicio, sino que, estando a su alcance hacerlo, debe evitar que el daño ya causado se agrave. Las fechas de las actuaciones antes descriptas demuestran que el accionar del actor no pretendió evitar el daño.  Es decir que el accionante, no ha acreditado que haya tomado las medidas necesarias para evitar o disminuir el daño. El actor debió extremar, en tiempo oportuno, los recaudos para que sus plantaciones no se secaran.

- Respecto de la tacha de testigo al Sr. Raúl Alejandro Dalposo realizada por la actora a fs. 136/137 por ser empleado de la  Inspección de Cauce y a la que la demandada se opone, cabe decir que no son descalificables los testigos por el hecho de trabajar para una de las partes, si se reconoce seriedad y credibilidad a sus dichos. De su declaración no se infiere que haya parcialidad, y el mismo declara respondiendo de manera concisa y objetiva. Por lo expuesto la tacha debe ser rechazada con costas.

**5)** Apela el actor y la Cámara revoca la sentencia, con los siguientes fundamentos:

- Más allá de las alegaciones de las partes, lo importante es determinar si las demandadas incumplieron con las facultades o deberes que la normativa vigente le atribuye o le impone, es decir, si actuaron conforme a la ley que las autoriza, sea en forma reglada, sea en forma discrecional. Analizando el material probatorio, se advierte que ello no ha ocurrido, por lo que se propondrá revocar el fallo impugnado.

-  No está controvertido que el Sr. Molina es un regante debidamente empadronado ante el Departamento General de Irrigación (ver fs. 2 a 8  y 24/25/26 de autos)  y como tal con derecho a disponer del agua de riego para sostener los cultivos de su propiedad, de acuerdo a la normativa vigente. La sentencia de primera instancia refiere que el actor era un mal pagador, apoyando la postura asumida por las accionadas quienes se ampararon en esta circunstancia para deslindar su responsabilidad, sosteniendo que si se secaron los árboles frutales fue porque no pagaba el servicio de agua.

- El accionante ha reconocido atrasos en los pagos mensuales, a lo largo de los años lo cual surge de las planillas acompañadas por la parte demandada y también de los informes de pago obrante a fs. 166/172, siendo que se le cortó el suministro de agua (ver fotografía de fs. 11 y 12, constatado por la escribana María Andrea Álvarez ( fs. 9)). Ante dicho corte el actor canceló la deuda, pero el servicio no le fue restituido, conforme lo constata la misma escribana.

- Pero más allá de esta circunstancia de corte de agua por falta de pago en la fecha que solicitó el acta de constatación (30 de abril de 2013), lo cierto que no está acreditado en autos desde cuándo ocurrió ello y durante cuánto tiempo, ya que no existen actos administrativos aportados por las demandadas que justifiquen la suspensión de la dotación de agua.

- Mas esta situación en la que se amparan los organismos estatales para resistir la pretensión no es la alegada por Molina en su demanda, sino que su reclamo deriva de la falta de cumplimento de los deberes de aquellos al no cumplir con su función de controlar que los cauces de riego estuvieran expeditos para que el agua llegara hasta su propiedad con normalidad, pues denuncia que la hijuela que conducía el agua hasta ella quedó obstruida a partir de la construcción de viviendas en el predio lindante al suyo, hecho que se consolidó en 2012 y que reclamó ante las autoridades encargadas del suministro del recurso. Primero con el tomero, quien es la persona que tiene trato directo con los regantes pues es su obligación anunciar los turnos de riego. Luego lo manifestó ante la asamblea de regantes cuyas autoridades no prestaron atención a sus quejas lo que surge del acta labrada por la escribana Mariana Álvarez que rola a fs. 31/32 de autos. Con posterioridad, según aduce el DGI al contestar demanda, los reclamos fueron atendidos ya que hablaron con el vecino Páez para que entubara el cauce lo cual hizo, aduciendo que fueron diligentes en su accionar para resolver el problema, lo cual el magistrado de grado tiene por cierto. Mas del resto de las pruebas incorporadas a la causa no se puede coincidir con dicha conclusión.

- En las fotografías obrantes a fs. 68/76 que fueran acompañadas por la misma demandada, se ve claramente que las obstrucciones no sólo consistían en un puente que fue canalizado por el vecino referido, sino que la servidumbre de acueducto tenía un trayecto de muchos metros (ver foto satelital de fs. 77/78 también agregadas por la accionada) y estaba tapada con distintas construcciones.

- Adviértase que los reclamos por las construcciones comenzaron en el 2012, que la asamblea de regantes fue celebrada el día 31 de mayo de 2013 donde quedaron plasmadas las quejas del actor en acta extraprotocolar de constatación ya referida y que ante la falta de respuestas envió en diciembre de 2013 las cartas documentos a ambas demandadas solicitando la habilitación de la servidumbre obstruida no teniendo respuesta alguna de los entes.

- Por ello se coincide con el apelante en que no se podía exigir mayores actuaciones a aquél para que se atendieran sus solicitudes a contrario de lo que sostiene el Sr. Juez de grado, pretendiendo que realizara una serie de acciones preventivas del daño, al decir que “debió extremar en tiempo oportuno los recaudos para que sus plantaciones no se secaran”, sin decir cuáles y olvidando que estamos en presencia de un agricultor que asiste a la ruina paulatina de sus plantaciones y cuyos recursos más simples para actuar era el de dirigirse personal y directamente a las autoridades que dirigen y administran el caudal de riego dentro de la comunidad de la cual es parte y no pretender la promoción de engorrosos procedimientos administrativos de reclamación o acciones judiciales como lo sugiere el magistrado. Además, es sabido que por las características desérticas de nuestro suelo, los frutales y muchas especies de árboles no autóctonos implantados en él pierden vitalidad cuando carecen del riego conducido en forma regular y terminan secándose en un corto lapso si ello se prolonga.

- Tampoco se coincide en la valoración que realiza por el tiempo en que demoró en interponer la demanda, toda vez que lo que importa es que el derecho cuya tutela se pretende no esté prescripto.

- Así, se debe tener por acreditado que existió una falta de servicio por parte de las demandadas, la que consistió en no cumplir acabadamente con las funciones a su cargo antes y después de las denuncias del actor. Lo primero porque se advierte el incumplimiento del deber de vigilancia a su cargo toda vez que deberían haber impedido que construcciones inadecuadas obstruyeran un cauce  de riego, y la falta de servicio se manifiesta en el incumplimiento por parte de la Administración de una conducta deseable o esperable, toda vez que se evidencia una omisión a un mandato expreso establecido en la ley.

- Y lo segundo deriva de un reproche por no haber condicionado o dirigido adecuadamente las conductas de los terceros que terminaron siendo los agentes dañadores inmediatos, lo que a su vez es considerado omisión mediata o indirecta. El artículo 47 de la Ley de Aguas dispone que: “El dueño de todo predio está sujeto a recibir en este las aguas que descienden naturalmente de predios superiores, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello. No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial. Y por su parte el artículo 48 dice: “En el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante que la grave”. Por último el artículo 156 dispone que quien obstruya el curso de un desagüe pagará una multa.

- No existen constancias en la causa de que los entes demandados hayan cumplido con la normativa vigente, por el contrario la desidia es palmaria y el deber de eficiencia de las organizaciones burocráticas complejas, también. (CSJN, Fallos, 330:2748, de 2007, autos: *“Serradilla, Raúl A. c/Provincia de Mendoza y otros”*).

- Esta postura encuentra también apoyo en las testimoniales rendidas en la causa. El tomero Dalposo y el Sr. Raúl Thome, miembro de la asociación de regantes, reconocen haber hablado con el vecino de Molina respecto a una obstrucción de la servidumbre, lo que ocurrió después de la asamblea de fecha de mayo de 2013. En igual sentido el inspector de cauce, Sr. Juan Allaca, al absolver posiciones refiere que con motivo de la denuncia en la asamblea de regantes habló con el dueño de la casa que obstruía el cauce quien entendió el reclamo e hizo que la servidumbre pasara en forma subterránea por debajo de la construcción. El testigo Gabriel Torandell -vecino de la zona y regante- manifiesta que la servidumbre por la que accede el agua de riego desde el canal Confin desagüe hasta la finca del Sr. Molina, “es un desastre, porque el cauce está obstruido desde la calle Torrontegui hasta todas las propiedades que tenemos para allá, el cauce está en pésimas condiciones. Está el asentamiento y en frente está el cauce que está destruido”. También contesta que tiene entendido que al actor le edificaron en la entrada de la propiedad, que el cauce estaba obstruido y que le levantaron una pared medianera. Por su parte el vecino Ricardo Paéz, (fs. 295), reconoce las fotografías que obran a fs. 68/76, como partes de su casa, su patio su entrada y la parte que corresponde a la parte de atrás que llama “camping”. Refiere que realizó un entubamiento de 40' por 40' de acuerdo a las indicaciones dadas por la inspección de cauce, siendo que en su lote está limpio pero que en la calle no se le ha hecho nunca mantención. Coincidiendo Roberto Castillo (fs. 314) confirma que trabajaba en la finca para el actor, que hicieron un barrio en la finca de al lado y taparon la hijuela que estaba al fondo, no se pudo regar porque el pozo estaba roto y no entraba el agua de riego de la hijuela. Reconoce que ahora “está todo seco”.

- Así, se advierte que los encargados de fiscalizar el flujo normal del agua por los cauces de riego no lo hicieron, pues tendrían que haber evitado la construcción de las obras sobre la hijuela que dotaba de agua a la finca del actor y que actuaron sólo apáticamente con posterioridad a los reclamos, cuando el daño ya estaba consumado, por lo que se concluye que está comprometida la responsabilidad de las demandadas al verificarse una falta de servicio con base en el art. 1112 del Código Civil, y que ésta guarda relación de causalidad directa con el daño invocado.

- Dicho ello corresponde analizar los daños cuyo resarcimiento se reclama. El actor demanda por la suma total de $ 800.000, la que discrimina en $ 600.000 por daño material y $ 200.000 por lucro cesante. Acompañó un dictamen pericial privado del ingeniero agrónomo Humberto Galmarini (fs. 29) quien refiere que concurrió a la finca del actor el día 30 de abril de 2013, describe las variedades de los durazneros, informa que las plantas tienen una marcada decrepitud y que de no restablecerse el riego pronto las mismas se secarán irremediablemente. Señala que el daño ocasionado en la campaña 2012-2013 es del 100% para la producción, calculando la pérdida en dicha campaña en alrededor de $ 150.000, que no se podría volver a cosechar hasta el año 2017, por lo que considera que el lucro cesante se extendería por lo menos por cuatro años calculando que la pérdida económica por producción es de $ 600.000, a lo que debería sumársele los gastos de la plantación más el mantenimiento habitual consistente en podas, fertilizaciones, agroquímicos y combustibles hasta el año 2017.

- A fs. 269/271 se agrega el informe pericial del ingeniero agrónomo designado en autos, quien contesta todos los puntos sometidos a peritaje y estima la pérdida de la cosecha desde el periodo de 2012 a 2017, fraccionándolos por año de producción, en 280.000 a 300.000 kg, mas no indica las sumas de dinero a que dicha estimación equivaldría.

- A fs. 283 el representante de la DGI presenta un escrito caratulado: “salvedades a la pericia”, el que no puede ser tomado técnicamente como una observación ni como una impugnación a la misma y tampoco al contestar la demanda cuestionó el importe reclamado como indemnización.

- Se considera que al reclamar los montos y los rubros el actor ha invertido los mismos, pues debe considerarse el lucro cesante en la suma de $ 600.000 y el daño material en $ 200.000, lo que surge no sólo de la pericia por él acompañada sino también de la practicada en autos.

- Los daños están acreditados, pues se perdieron las cosechas desde el período 2012 hasta que se practicó la pericia en el año 2017. También se acreditó que el Sr. Molina comercializaba los frutos frescos en el mercado cooperativo de Godoy Cruz del cual es asociado, donde tenía dos puestos de venta (fs. 28) lo que se corrobora con las testimoniales brindadas por los Sres. Luis Carrasco a fs. 304 y Vanina Villca a fs. 313.

- Así, se estima que la demanda debe prosperar por la suma total reclamada de $ 800.000.

Contra esta decisión se alza el Departamento General de Irrigación, mediante el recurso formalmente admitido.

**II-ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA**

**a) Agravios del recurrente.**

Se queja en primer lugar de que la sentencia no haya declarado desierto el recurso de apelación, como solicitó su parte ante la Alzada, ya que de su lectura surge que es una mera disconformidad con el criterio con el que resuelve el a quo y no constituye una crítica razonada de la sentencia.

Refiere que la sentencia es arbitraria y no ajustada a derecho, además de condenar por un monto que no se ha demostrado.

Indica que se ha omitido valorar el hecho de que el agua (cuando el regante se encontraba al día), ha sido puesta a disposición en el punto de toma, y que fue el actor quien no realizó las acciones necesarias a fin de poder tomar el turno –como desmalezar y limpiar el cauce desde ese punto hasta su propiedad-.

Expresa que el mismo accionante lo reconoce con la documentación que aporta (acta que rola a fs. 19), en la que la escribana observa que “por el cauce ubicado sobre calle Buenos Vecinos, ha comenzado a correr agua, por lo que el Señor Molina coloca la compuerta correspondiente para que el agua se dirija a su propiedad”, tomando fotos de ello. Señala que ese es justamente el punto de toma del actor, y se aprecia que el agua llegaba hasta allí.

Cita los artículos 144 a 148 de la Ley de Aguas y expresa que era su carga mantener limpia la hijuela desde el punto de toma a su propiedad, indicando que no recorrió la hijuela con la escribana, para especificar dónde se encontraría obstruida, para no revelar el incumplimiento de los deberes a su cargo.

Recuerda las testimoniales del Sr. Dalposo, tomero que acompañó al inspector de cauce a hablar con el Sr. Molina, del Sr. Thomé y del Sr. Alamo, quienes dieron cuenta del problema de limpieza de cupo.

Critica que la resolución haya tomado la actitud morosa del accionante como algo secundario, comparando el uso del recurso hídrico al de un servicio como cualquier otro, destacando que el art. 27 de la Ley de Aguas establece la sanción de no entregar el turno cuando exista mora o el regante no cumpla las obligaciones a su cargo. Destaca que los incumplimientos apuntados facultan a la Administración a suspender el suministro de agua y demás obligaciones a su cargo, ya que las obligaciones del concedente están sujetas al cumplimiento de las cargas de la concesión. Puntualiza que el pago en tiempo y forma del tributo resulta indispensable a los fines de garantizar los principios sobre los cuales se asienta la administración del recurso hídrico.

Se extiende en cuanto a los principios de autosuficiencia, equidad y eficiencia del recurso hídrico y hace hincapié en que tanto el DGI como la inspección de cauce realizaron todo lo que correspondía a partir de la queja del actor, esto es, se apersonó en la construcción vecina y exigió el libre escurrimiento de las aguas, lo que se ha acreditado en autos con las testimoniales que menciona, la absolución de posiciones del Inspector Allaca y del Superintendente del Departamento General de Irrigación y las fotografías que detalla. Concluye así que no hay hecho atribuible a la demandada.

Arguye que el problema no fue la construcción del barrio aledaño, sino el incumplimiento de las cargas inherentes al regante, quien sólo pretende derechos sin carga alguna.

Destaca que la Cámara no valora adecuadamente las pruebas existentes y la conducta observada por el actor. Que denuncia que las obras se realizaron en el año 2012, el acta ante escribano se practicó en abril de 2013 y la demanda se interpuso en el año 2015.

Reflexiona que quien está interesado en evitar un daño o prevenir uno mayor acciona rápidamente, recayendo sobre su parte el deber de prevención (art. 1710 CCCN).

Expresa que en todo el tiempo que pasó desde el año 2012 a la interposición de la demanda (2015) el supuesto regante perjudicado no realizó un reclamo administrativo, y la Cámara lo único que valora al respecto es que al tiempo de la demanda la acción no esté prescripta.

En cuanto a los daños, cuestiona que la sentencia los tenga por acreditados cuando no hay prueba de ellos, así como tampoco de los exorbitantes montos de condena.

En este aspecto, apunta que la pericia no indica concretamente el daño que supuestamente habría sufrido el actor, ni realiza una estimación económica de ellos, y que no se puede fundar en una supuesta pericia de parte, que no es imparcial.

Reprocha la afirmación relativa a que el actor habría invertido los montos solicitados (daño material y lucro cesante), justificando ello en un error cuando se presentó la demanda, lo que es inaceptable.

Cuestiona que la sentencia sostenga que están probados los montos, sin expresar concretamente qué prueba lo respaldaría, arguyendo que la decisión se debe basar en hechos concretos y probados y no en someras presunciones, lo que torna nulo el juzgamiento por arbitrario.

**III-LA CUESTION A RESOLVER.**

Corresponde a esta Sala decidir si resulta arbitraria la sentencia que condena a las demandadas a resarcir al actor los daños que invoca haber sufrido a raíz de la falta de servicio en la que habrían incurrido al no llevar adelante las acciones necesarias para permitir el libre escurrimiento de las aguas hasta su propiedad.

IV-**SOLUCION AL CASO**

Adelanto que el recurso debe prosperar, en tanto se advierte que la resolución ha incurrido en una arbitraria valoración de la prueba aportada en orden a demostrar los presupuestos de la responsabilidad que se endilga, incurriendo en afirmaciones dogmáticas que no se sostienen en las constancias objetivas de la causa.

Explicaré las razones de mi decisión, siguiendo en esa tarea el criterio de la Corte Federal 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).

La sentencia impugnada tiene por acreditada la falta de servicio, como factor de atribución de la responsabilidad estatal, al considerar que no se han cumplido las funciones a su cargo ni antes ni después de los reclamos del actor.

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, también ha afirmado 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).

Quien alega responsabilidad del Estado por falta de servicio debe cumplir con “la carga procesal de individualizar del modo más claro y concreto que las circunstancias del caso hicieran posible cuál ha sido la actividad que específicamente se reputa como irregular, vale decir, describir de manera objetiva en qué ha consistido la irregularidad que da sustento al reclamo, sin que baste al efecto con hacer referencia a una secuencia genérica de hechos y actos, sin calificarlos singularmente tanto desde la perspectiva de su idoneidad como factor causal en la producción de los perjuicios, como en punto a su falta de legitimidad” (Fallos 317-1233).

En el caso el accionante, a los efectos de demostrar el hecho fundante de su pretensión (que el agua de riego no llegaba a su heredad a raíz de la falta de servicio consistente en no adoptar las medidas necesarias para permitir la llegada del agua a su heredad) y el daño invocado (secado de frutales y sus consiguientes consecuencias patrimoniales), ha aportado, entre otros elementos, un acta de constatación que tuvo lugar el 30 de abril de 2013; un informe de parte, en el que un ingeniero agrónomo expresa que concurrió a la finca en esa misma fecha; un acta de constatación de fecha 31 de mayo de 2013, en la que se deja constancia que el actor expone su situación ante la Asamblea Ordinaria de Usuarios; testimoniales y las cartas documento enviadas a las accionadas el 21 de diciembre de 2013.

En la primera acta de constatación mencionada (abril de 2013), la escribana interviniente expresa que “en el trayecto desde que ingreso hasta el final del lote observo una gran cantidad de árboles de durazno totalmente secos, y manifiesta el requirente que es imposible su recuperación por la falta de agua.” (fs. 9/10).

El informe del ingeniero agrónomo da cuenta de que a esa fecha se observaba “una marcada decrepitud de las plantas, a tal punto que de no poder restablecer la provisión de agua de riego prontamente, las mismas se terminarán secando irremediablemente” (fs. 29/30).

Es decir que según estas pruebas, acompañadas por el actor, el daño ya existía en abril de 2013.

Ahora bien, lógicamente, si el accionante pretendía atribuir el daño sufrido a la demandada, debió haber producido prueba que acreditara que con anterioridad a esas fechas (en la que el daño ya estaba producido) no recibió el agua riego; además, debió demostrar que ese hecho (no recibir agua de riego) respondía a un accionar ilegítimo de la Administración y, en adición, que esa conducta se extendió por un período de tiempo tal que razonablemente permitiera aseverar que tuvo idoneidad para provocar el perjuicio, es decir, que existió una relación causal adecuada con el daño.

Pues bien, a mérito de las pruebas aportadas, no puede sostenerse válidamente que tales extremos hayan quedado suficientemente acreditados como para desplazar las consecuencias dañosas a las accionadas, lo que convierte a la sentencia en arbitraria.

Veamos. La decisión afirma que “más alla de esta circunstancia de corte de agua por falta de pago en la fecha que solicitó el acta de constatación, el 30 de abril de 2013, lo cierto que no está acreditado en autos desde cuándo ocurrió ello y durante cuánto tiempo ya que no existen actos administrativos aportados por las demandadas que justifiquen la suspensión de la dotación de agua.”

Este punto, y aun cuando no luzca como un argumento dirimente de la sentencia, ésta parece colocar en cabeza de la accionada la demostración de extremos que no era su carga probar. Ello así, en tanto el actor denunció que la falta de provisión de agua de riego se debía a la obstrucción que produjo la construcción vecina, sin alegar en ningún momento la ilegitimidad de la decisión que condujo al corte, la que, en todo caso, debería haber sido declarada con anterioridad o de manera simultánea a intentar la acción por daños y perjuicios si sobre esa base pretendía accionar (CSJN, *“Alcántara Díaz Colodrero, Pedro c/ Banco de la Nación Argentina s/ juicios de conocimiento”*, Fallos: 319:1476; 336:1529).

Sin perjuicio de ello, el Departamento General de Irrigación aquí recurrente, al contestar demanda, aportó prueba de la que puede colegirse que el accionante había incurrido en mora en numerosas oportunidades, que existían varios planes de pago caducos y que el día 1/10/2012 se emitió una boleta para el pago de cuotas vencidas que databan incluso del año 1987, y que incluía hasta períodos del año 2012 (cfr. fs. 50/53). También surge de la prueba aportada que al momento de interponer la demanda (2015) existía una deuda correspondiente a ese año.

En este aspecto, entonces, corresponde acoger el agravio del recurrente en cuanto señala que la sentencia no ha tenido en cuenta los antecedentes de mora del accionante, y debe señalarse en este punto que no parece ser una exigencia exorbitante ni desproporcionada esperar que el regante, que reclama los daños derivados de una falta en el servicio, acredite al menos encontrarse al día con el pago del canon que le confiere justamente ese derecho que considera violado, carga que no ha cumplido el reclamante en esta causa. Al contrario, la censurante ha demostrado numerosos y frecuentes incumplimientos en los pagos, lo que diluye sensiblemente la fuerza del reclamo.

Aclaro que la constatación de la escribana no contribuye a sustentar el reclamo del accionante por cuanto, tal como de ella surge, en el lugar de toma que se ubica por calle Buenos Vecinos se encontraba un cartel que indicaba suspensión de la dotación de agua en virtud de lo dispuesto por el art. 27 de la Ley General de Aguas (el que prevé entre otras causales de corte la mora en el pago), y el accionante manifestó en esa oportunidad que “estaba cortado por falta de pago”, exhibiendo, según relata la notaria “boletas de pago originales, de fecha 26/04/2013, donde se regulariza la mora”, las que no han sido aportadas a este expediente.

Recuerdo que esta acta tuvo lugar el día 30/04/2013 (día martes) y la fecha de pago de la boleta que la notaria relata (y que no se sabe qué períodos morosos incluía) data del día viernes anterior, por lo que el hecho de que ese día no llegara agua a su heredad no puede tomarse como un dato incontrastable de que la falta de provisión se debía a la falta de servicio que endilga a la accionada, puesto que bien pudo responder a una demora en la restitución del servicio que había sido legítimamente suspendido, a tenor de los propios dichos del actor, por falta de pago.

Por su parte, ni esa acta, ni la del día 31/05/2013, ni las cartas documento de diciembre de ese año, ni el informe del ingeniero agrónomo acompañado por la actora permiten demostrar, tal como señalé anteriormente, la ilegitimidad de la decisión administrativa y menos aún que la misma se extendiera por un período de tiempo que razonablemente pudiera conducir al secado, casi irreversible según el informe de parte, de los frutales que allí se encontraban implantados.

Ello en tanto, reitero, no se ha aportado prueba idónea e incontrastable de la que pueda derivarse que el actor se encontraba al día con sus obligaciones, lo que exigía una mínima diligencia ya que hubiera bastado acompañar las boletas de pago del canon.

Sigue diciendo la sentencia que esa situación de corte del servicio “no es la alegada por Molina en su demanda, sino que su reclamo deriva de la falta de cumplimento de los deberes de aquellos al no cumplir con su función de controlar que los cauces de riego estuvieran expeditos para que el agua llegara hasta su propiedad con normalidad, pues denuncia que la hijuela que conducía el agua hasta ella quedó obstruida a partir de la construcción de viviendas en el predio lindante al suyo, hecho que se consolidó en 2012 y que reclamó ante las autoridades encargadas del suministro del recurso. Primero con el tomero, quien es la persona que tiene trato directo con los regantes pues es su obligación anunciar los turnos de riego. Luego lo manifestó ante la asamblea de regantes cuyas autoridades no prestaron atención a sus quejas lo que surge del acta labrada por la escribana Mariana Álvarez que rola a fs. 31/32 de autos. Con posterioridad, según aduce el DGI al contestar demanda, los reclamos fueron atendidos ya que hablaron con el vecino Páez para que entubara el cauce lo cual hizo, aduciendo que fueron diligentes en su accionar para resolver el problema, lo cual el magistrado de grado tiene por cierto. Mas del resto de las pruebas incorporadas a la causa no puedo coincidir con dicha conclusión.”

Y continúa: “En las fotografías obrantes a fs. 68/76 que fueran acompañadas por la misma demandada, se ve claramente que las obstrucciones no sólo consistían en un puente que fue canalizado por el vecino referido, sino que la servidumbre de acueducto tenía un trayecto de muchos metros (ver foto satelital de fs. 77/78 también agregadas por la accionada) y estaba tapada con distintas construcciones.”

Tales conclusiones no se compadecen con las constancias de la causa. Las fotografías obrantes a fs. 68/76 no acreditan que la hijuela haya estado tapada, sino por el contrario, se observa que fue canalizada de manera subterránea en algunos tramos, lo que fue reconocido a su vez por el vecino Sr. Páez en su declaración testimonial (fs. 296). Las fotografías de fs. 71 y 72 -las únicas de las que podría derivarse un descuido, si se quiere, en el mantenimiento-, no permiten inferir linealmente que el flujo de agua se haya encontrado impedido o sustancialmente disminuido.

Asimismo, aun cuando la obstrucción haya existido efectivamente -como más adelante analizaré-, era carga del demandante probar que se produjo en la fecha por él alegada -2012-, o al menos con anterioridad a abril de 2013 -fecha en que se ha constatado el estado decrépito de las especies cultivadas- y por un período de tiempo más o menos prolongado como para provocar ese desenlace (relación causal), prueba que no se ha producido en este pleito.

La resolución en crisis continúa indicando que “ los reclamos por las construcciones comenzaron en el 2012, que la asamblea de regantes fue celebrada el día 31 de mayo de 2013 donde quedaron plasmadas las quejas del actor en acta extraprotocolar de constatación ya referida y que ante la falta de respuestas envió en diciembre de 2013 las cartas documentos a ambas demandadas”.

Si bien la queja en la asamblea de regantes en mayo de 2013 se encuentra acreditada con el acta de constatación (fs. 31) y las cartas documento fueron enviadas en diciembre de ese año (fs. 20/23), no hay ninguna constancia de la premisa inicial a partir de la cual el juzgador estructura su razonamiento: que tal situación se haya iniciado en el año 2012 y que hayan existido reclamos en tal fecha. No acreditado este hecho, todo el silogismo sobre el que se construye la decisión cae y la conclusión deviene arbitraria.

En otras palabras, las pruebas que refieren que el daño existía en el año 2013 no sirven de nada si no se acredita que la falta de provisión de agua ocurrió con anterioridad a ese momento y por un período de tiempo lo suficientemente extenso como para provocarlo. Ello, sin necesidad de ingresar en la cuestión atinente a la configuración del factor de atribución (falta de servicio) en tanto de la prueba aportada no puede tenerse por acreditado ni siquiera el hecho en que el accionante monta su pretensión.

La prueba documental se refiere al año 2013, cuando el secado de los frutales ya había ocurrido. Además, como se señaló más arriba, del acta de constatación de abril de 2013, aportada por el interesado, surge que en esa época la Administración había suspendido el servicio por falta de pago, por lo que el hecho constatado de que no llegara agua a su heredad no puede ponerse en relación causal con la obstrucción -y consiguiente falta en el servicio- que alegó en su demanda.

Sin perjuicio de que lo hasta aquí expresado resulta suficiente para revocar la sentencia venida en revisión, y en cuanto al alegado obstáculo para el escurrimiento de las aguas que el accionante señaló en su demanda, surge de la prueba aportada que las autoridades concurrieron a hablar con el vecino que había iniciado las obras luego de los reclamos que el actor sí ha logrado acreditar en este proceso.

Efectivamente, las testimoniales aportadas dan cuenta de que a raíz de tales reclamos, las autoridades se dirigieron a hablar con el vecino, quien no presentó oposición alguna y procedió a entubar el cauce para permitir el paso del agua.

Así, el testigo Dalposo, quien indicó ser tomero (distribuidor de agua), aunque no del Confín Desagüe (correspondiente al actor), relató que acompañó al inspector de cauce Sr. Allaca a hablar con el actor sobre una queja relativa a que una casa de un barrio aledaño que se estaba construyendo le estaba obstruyendo el acceso al agua de riego. Indicó que le dijeron “que el agua podía llegar hasta su propiedad, le llevamos el agua, pero teníamos un problema de limpieza de cupo, y tenía que limpiar lo perteneciente a él, llegó el agua, pero no con fuerza, por problema de limpieza de cupos”. A la pregunta formulada por la actora relativa a si previo a esa inspección, sabe si el Sr. Molina realizó denuncias y reclamos respecto a la construcción que le obstruía su cauce, respondió que específicamente no le constaba y que él le había llevado agua a la propiedad, pasando por dos propiedades el agua, pero llegó (fs. 136).

El testigo Sr. Thome, ingeniero agrónomo, a la pregunta para que diga si sabe y cómo le consta que el actor en calidad de usuario haya reclamado ante la Asociación la obstrucción de su cauce, respondió que “en una Asamblea de Usuarios de la Rama Mathus Hoyos reclamó el Sr. Molina”. Preguntado para que aclare si se le dio alguna respuesta o si se tomó alguna medida al respecto, contestó que fue “con el Inspector a hablar con el propietario de un lote por donde pasaba la servidumbre, y manifestó que no tenía problemas con que pasara la servidumbre por el lugar” (fs. 140).

Por su parte, el Sr. Ortiz, técnico en la Asociación Segunda Zona de Riego, en la que se encuentra la Inspección Rama Mathus Hoyos Tobar Grande unificada, que es la inspección que entrega el agua para la propiedad del Sr. Molina, preguntado para que diga en cuántas oportunidades concurrió a la propiedad y si observó en alguna de ellas la construcción realizada sobre la entrada de agua en la propiedad del Sr. Molina, respondió: “en tres oportunidades fui, en la segunda oportunidad se notificó para que se reabriera la servidumbre y se canalizara, y en la tercera oportunidad se corroboró los trabajos que se habían hecho sobre las mismas.” Aclara que se notificó al propietario que vive colindante con la propiedad del Sr. Molina. Preguntado para que diga si hay constancia de esa notificación y de los trabajos que se realizaron documentados, contestó que “se hizo la notificación verbal porque se le da un plazo perentorio para que restituya la servidumbre, indicándosele que dicha servidumbre se encuentra demarcada en los planos de mensura y por lo tanto deber respetarse y hacerse obras como mencioné que fue la canalización de la misma en el tramo coincidente con el límite de la propiedad de este señor que fue notificado”. “Están documentado los trabajos de canalización, a través de fotografías que están acompañadas en el expediente”. Preguntado para que indique el testigo a tenor de la respuesta anterior a las fotografías que hace referencia, en cuál de esas fotografías se observa el trabajo que menciona, respondió “en la número 10 de fs. 75” (fs. 211).

El testigo Alamo, tomero de la hijuela del actor, indicó que acompañó al inspector de cauce Sr. Allaca a hablar con el actor sobre una queja relativa a que una casa de un barrio aledaño que se estaba construyendo le estaba obstruyendo el acceso al agua de riego, indicando que “pasa el agua, había obstruido lo que iban a limpiar los mismos propietarios de las casas...”, añadiendo luego que “el inspector le aclaró al actor que es responsable de la mantención de la limpieza del cauce interno...” (fs. 260)

El testigo Torandell, regante del lugar, preguntado para que diga si durante los turnos de riego ha visto pasar agua frente a la toma del Sr. Molina, contesta: “ahí no lo puedo decir porque está más lejos que mi toma, y no sé si el agua ha pasado por enfrente de la propiedad, y si van a ver el cauce no va a estar porque el cauce está obstruido.” Preguntado para que dé una imagen del estado en que se encuentra la servidumbre por la que accede el agua de riego hasta la finca del actor, contesta: si le doy una breve imagen, es un desastre, porque el cauce está obstruido desde la calle Torrontegui hasta todas las propiedades que tenemos para allá, el cauce está en pésimas condiciones. Está el asentamiento y en frente está el cauce que está destruido.” Añade luego: “por lo que tengo entendido le edificaron sobre la entrada de la propiedad, fuimos una vez y estaba obstruida la entrada del cauce, le habían edificado una pared medianera, creo” (fs. 261).

La Sra. Villca, testigo ofrecido por el actor, sostuvo en su declaración del año 2017 que ella trabajaba en la feria de Godoy Cruz y que le consta que el actor tenía dos puestos y que comercializaba duraznos. Preguntada para que diga si sabe desde qué fecha el actor no comercializa sus productos y si sabe el motivo, contesta que ella dejó “de trabajar hace cinco años en la cooperativa, de ahí eran dos años para atrás más o menos, siete años, el motivo sé que tuvo un problema en la finca por falta de riego, se secó la producción” (fs. 313).

El Sr. Castillo sostuvo que trabajó en la finca del accionante a partir del año 2003 aproximadamente y también menciona que ahora está todo seco y que “taparon la hijuela que estaba al fondo, no se pudo regar porque la finca de Rafael tenía un pozo y estaba roto, entonces no entraba el agua de riego de la hijuela...” (fs. 314).

Si bien los últimos testigos dan cuenta de que existió un problema con el vecino del accionante que comenzó a realizar construcciones que impedirían el flujo normal del agua, lo cierto es que también ha quedado demostrado que las autoridades del agua, a partir de los reclamos realizados por el actor en ese sentido y que han quedado acreditados en esta causa, se dirigieron al lugar y dieron solución al reclamo, realizando acciones necesarias e idóneas para que la obstrucción no existiera.

Por lo demás, reitero, aun cuando el problema hubiera existido realmente, la relación causal adecuada no queda acreditada si no se demuestra que ocurrió con anterioridad a la configuración del perjuicio y por un período de tiempo lo suficientemente prolongado para provocar el daño constatado en el año 2013, extremos que a tenor de las testimoniales rendidas tampoco han sido demostrados.

En conclsuión, teniendo en cuenta que las pruebas documentales datan todas del año 2013 (abril en adelante), no parece razonable derivar únicamente de dos testimoniales aportadas por el accionante no sólo la existencia del hecho fundante de la pretensión, sino también su relación causal adecuada con el daño y con la falta de servicio como factor de atribución.

Tal como se indicó al inicio de este voto, es carga del actor demostrar los extremos en que se asienta la responsabilidad civil que achaca a las accionadas, carga que evidentemente no ha cumplido atendiendo a los hechos en que funda su pretensión y las pruebas que han sido incorporadas a la causa.

En definitiva, entiendo que la sentencia impugnada resulta arbitraria y no puede sostenerse como acto jurisdiccional válido, en tanto ha valorado irrazonablemente las pruebas aportadas a la causa y ha realizado afirmaciones dogmáticas, que no se condicen con las constancias objetivas del proceso.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARÍA TERESA DAY y PEDRO JORGE LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:**

Atendiendo al modo en que se resuelve la cuestión anterior, corresponde revocar la sentencia impugnada.

Colocada esta Sala en posición de Cámara, se advierte que los agravios planteados en la Alzada por el actor apelante han sido tratados a lo largo de la primera cuestión de esta sentencia, al analizar la responsabilidad de las accionadas. Así, la cuestión referida al corte de servicio y a las obras en el terreno vecino ha sido suficientemente analizada y desarrollada, por lo que conforme al criterio señalado al inicio de este voto, no resulta necesario ingresar en las cuestiones atinentes a la prevención del daño y al pozo fuera de funcionamiento, en tanto la sentencia de primera instancia se sostiene suficientemente en los demás argumentos que no han sido rebatidos por el quejoso.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación planteado y confirmar la sentencia de primera instancia.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARÍA TERESA DAY y PEDRO JORGE LLORENTE, adhieren al voto que antecede.

**A LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:**

De conformidad al resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas de la instancia extraordinaria a la parte recurrida vencida (art. 36 CPCCTM).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARÍA TERESA DAY y PEDRO JORGE LLORENTE, 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, 11 de mayo de 2.022.-

**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 :**

**1)** Hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto a fs. 2/15 y en consecuencia, revocar la sentencia dictada por la Quinta Cámara Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, a fojas 536 y ss. de los autos n° 54370, caratulados: “MOLINA RAFAEL ANTONIO C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, la que quedará redactada del siguiente modo:

“**I.-** Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 415 por el Sr. Rafael Molina, confirmando la sentencia venida en revisión.”

“**II.-** Imponer las costas de alzada al apelante vencido (art. 36 CPCCTM)”.

“**III.-** Regular los honorarios de segunda instancia, a los Dres. Pablo DE BERNARDI, en la suma de pesos CATORCE MIL CUATROCIENTOS ($ 14.400); Juan Carlos MASINI, en la suma de pesos VEINTICUATRO MIL ($ 24.000); Luciano PELTIER, en la suma de pesos VEINTICUATRO MIL ($ 24.000) y Gonzalo MADRAZO, en la suma de pesos TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS ($ 33.600), sin perjuicio de los complementarios e IVA en su caso (arts. 2, 3, 13, 15 y 31 LA y art. 33 inc. III del CPCCTM).”

**2)**Imponer las costas de la instancia extraordinaria al actor recurrido, por resultar vencido (art. 36 CPCCTM).

**3)**Regular los honorarios profesionales a los Dres. Federico GABRIELLI, en la suma de pesos CATORCE MIL CUATROCIENTOS ($ 14.400); Pablo DE BERNARDI, en la suma de pesos VEINTICUATRO MIL ($ 24.000) y Fabián A. BUSTOS LAGOS, en la suma de pesos VEINTICUATRO MIL ($ 24.000) (arts. 2, 15 y 31 LA).

**NOTIFIQUESE.**

|  |  |
| --- | --- |
| DR. JULIO RAMON GOMEZMinistro | DRA. MARÍA TERESA DAYMinistro |

|  |
| --- |
| DR. PEDRO JORGE LLORENTEMinistro |

LIDAD