SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA PRIMERA

PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 56

CUIJ: 13-02063101-9/1((010302-54535))

DEPARTAMENTO GRAL DE IRRIGACION EN J° 250.699/54.535 BANCO JOSE LUIS C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

\*105692414\*

En Mendoza, a dieciséis días del mes de Mayo de dos mil veintidós, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa **N° 13-02063101-9/1 (010302-54535)**, caratulada: **“DEPARTAMENTO GRAL DE IRRIGACION EN J° 250.699/54.535 BANCO JOSE LUIS C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL”.**

De conformidad con lo decretado a fs. 55 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. PEDRO JORGE LLORENTE; segundo: DR. JULIO RAMON GOMEZ; tercera: DRA. MARÍA TERESA DAY.

**ANTECEDENTES:**

A fojas 11/21 vta. el Departamento General de Irrigación, por intermedio de representante, interpone recurso extraordinario provincial en contra de la resolución dictada por la Segunda Cámara en lo Civil, Comercial, de Minas, de Paz y Tributario a fojas 433/437 de los autos n° 13-02063101-9, caratulados “BANCO JOSÉ LUIS C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”.

A fojas 38 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien, a fojas 39/42 vta., contesta solicitando su rechazo.

A fojas 48/49 vta. obra dictamen de Procuración General del Tribunal, que aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fojas 54 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 55 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 Extraordinario Provincial interpuesto?

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

**TERCERA CUESTION**: Costas.

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

**I. RELATO DE LA CAUSA.**

Los hechos relevantes para la resolución de la presente causa son los siguientes:

- Autos N° 250/699/54535, caratulados “Banco, José Luis c/ Departamento General de Irrigación p/ D y P”.

1- A fs. 76/88 obra demanda interpuesta por José Luis Banco, Kevin Alexander Banco, Julia Concepción Farina, en contra del Departamento General de Irrigación, por la suma de $224.833, en concepto de daños y perjuicios sufridos el 01/04/12, cuando ocurrió una inundación masiva en su domicilio como consecuencia del desborde del canal Tapón Moyano, que pasa justo enfrente del inmueble de los actores, lo que ocasionó daños en los bienes materiales y persona de los actores.

Atribuye las inundaciones de la propiedad al deficiente o negligente control y vigilancia en el manejo de la compuerta, prueba de ello es que tenía el candado puesto al momento de la inundación y estaba semi-cerrada, lo que fue causa eficiente del daño sufrido por los actores, por efecto del taponamiento, que efectuaba sobre el caudal de agua proveniente de la lluvia acaecida esa noche, que no fue una lluvia extraordinaria, y la acumulación de basura por arrastre, por efecto de la falta de mantenimiento y abandono en la limpieza del cauce.

2- A fs. 123/133 contesta demanda el Departamento General de Irrigación, solicitando el rechazo de la acción interpuesta. Afirma que la compuerta estaba en perfectas condiciones, pero que un canal por el que sólo debía venir agua, venían una serie de objetos que obstruyeron el libre fluir del agua. El hecho generador del daño fue la conducta de terceros, por quienes Irrigación no debe responder, ya que los daños se sufrieron no por el agua, sino por la basura. El hecho de que arrojen basura en los cauces es previsible, pero inevitable porque no puede controlarse cada metro de los 14000 km de riego.

Indica además que la limpieza de los canales sólo puede hacerse durante la corta, que es la suspensión del servicio de riego mientras se concretan esas labores y ello se hace durante los meses de invierno. El resto del año no pueden ser limpiados los canales porque el agua está circulando por ellos. Además, la obligación de limpieza sobre los cauces menores pesa sobre los usuarios o regantes.

Opone lo que denominaría una falta de legitimación sustancial pasiva. En primer lugar porque la obligación de hacerse cargo de la limpieza de los cauces pesa sobre los regantes reunidos en la Inspección correspondiente y, en segundo lugar, porque el ente a cargo de las aguas de lluvias o aluvionales es la Dirección de Defensa contra Aluviones, por Ley 2797, ya que el DGI tiene jurisdicción sólo sobre los canales de riego y, únicamente sobre las aguas de dotación que distribuye el DGI, éste tiene control y administración. El DGI no está a cargo de las aguas aluvionales ni de las obras aluvionales, destinadas a impedir o morigerar los efectos dañinos de aquel tipo de aguas.

Refiere finalmente que también hay culpa de la víctima por la construcción de un puente vehicular sobre el canal Tapón Moyano, sin autorización del Departamento General de Irrigación, ni cumplir los mínimos extremos para su construcción, como que no se dejó el suficiente despeje, esto también contribuyó a obturar el cauce.

3- A fs. 136/137 asume la defensa Fiscalía de Estado.

4- A fs. 374/378 obra sentencia de primera instancia que rechazó la demanda. Analiza que la vivienda de los actores se encuentra por debajo del nivel de la calle y de la vereda y la casa contigua está más alta, por lo que no se vio afectada por la inundación. Hace lugar a la defensa de falta de legitimación sustancial pasiva deducida por la demandada, por cuanto no es de su responsabilidad velar por el adecuado escurrimiento de las aguas pluviales, por más que éstas aprovechen el cauce de los canales de riego, que sí son de su competencia. Y en subsidio, por cuanto no se ha acreditado que la factura y la colocación de la compuerta en cuestión fuese defectuosa, encontrándose probado que el taponamiento del cauce, producto de la tormenta, se debió al arrastre de las aguas de elementos arrojados en la vía pública por terceros inescrupulosos, por quienes el Departamento General de Irrigación no debe responder y que las ramas pudieron haber sido desprendidas de los árboles por la tormenta y luego arrastradas por las aguas de lluvia.

4- Apela la actora.

5- La Cámara hace lugar al recurso de apelación y, en consecuencia, admite la demanda, condenando al Departamento General de Irrigación a abonar a la parte actora la suma de $200.000, con más intereses. Funda la resolución de la siguiente manera:

-Legitimación sustancial pasiva del Departamento General de Irrigación como guardián del cauce y de la compuerta en los términos del art. 1113 2° C.C.

-Cita el precedente “Agrícola Monserrat...” del mismo Tribunal en el cual se interpretó que tanto la Dirección de Hidráulica como el Departamento General de Irrigación resultan responsables por los daños sufridos por la actora, por la calidad de guardián del cauce matriz, de la circulación de las aguas fluviales y de la defensa aluvional. Afirma que, en relación al DGI, la causa legal es que es la propietaria del cauce, siendo responsable de su mantenimiento y por ostentar el poder de policía sobre los mismos (art. 1113 C.C.).

-La causa adecuada del daño sufrido por la actora en su vivienda y en los elementos que detalla radica en el vicio o riesgo de la compuerta. Surge de los testimonios rendidos en el expediente que son coincidentes en el sentido de que el modo en como estaba la compuerta, recién arreglada y elevada la altura de la chapa más el candado, causó que al atorarse el tronco el agua no pudiera pasar por la parte superior de la misma y se desbordó.

-La demandada (DGI) resulta responsable en los términos del art. 1113 C.C. y para liberarse de responder debe acreditar causa ajena.

-El tronco que se atoró en la compuerta no constituye un caso fortuito ajeno a la actividad del Departamento General de Irrigación. Es un hecho previsible y que, muy probablemente, se hubiera podido evitar si la compuerta hubiese estado en posición correcta, buenas condiciones de confección y sin candado. La demandada no ha probado la inevitabilidad y ajenidad del casus.

**II-ACTUACIÓN EN ESTA INSTANCIA.**

**a) Agravios del recurrente.**

El Departamento General de Irrigación solicita la revocación de la sentencia de Cámara. Argumenta de la siguiente manera:

-Existe un error en la sentencia porque el agua siempre pasa por debajo de la compuerta y nunca por arriba. Es por ello que los dichos referidos a la responsabilidad de Irrigación, por la altura de la compuerta, son erróneos.

- La noche de la tormenta la compuerta no impedía el paso del agua, porque estaba abierta, eso es lo que afirma la notaria. Lo que impide el paso del agua es la basura acumulada en el lecho del cauce contra la compuerta y no la altura de ella. La compuerta en sí no es viciosa ni riesgosa. Es una cosa inerte que se encuentra asentada en un canal, con una finalidad precisa y delimitada, cual es la regulación del regadío.

- La participación activa en este caso la desempeñan dos circunstancias que de ninguna manera pueden ser atribuidas a mi mandante: las lluvias y la basura que terceros ajenos a la litis producen sobre los cauces.

- En relación al candado, sostiene que, en nuestra provincia, a donde el agua es escasa, para evitar el robo de ella, las compuertas de los canales siempre se encuentran con candados para que sólo pueda operarlas quien está autorizado para ello, es decir, el tomero por orden de la Inspección de Cauce. Que exista un candado no dice nada sobre una posible responsabilidad de la demandada.

- Teniendo en cuenta la finalidad constitucional de administración del recurso hídrico que detenta Irrigación y que la red hídrica de la provincia cuenta con más de 12.000 kilómetros de canales, es irrazonable exigir a Irrigación que mantenga la red hídrica despejada de obstáculos durante los 365 días del año. Esa exigencia es de cumplimiento imposible e importaría un sacrifico antieconómico y desproporcionado.

- Son los propios usuarios asociados en las inspecciones de cauce quienes deben mantener el cauce limpio. Así lo prevé el art. 1 de la Ley 6405. Dicha carga resulta exigible sólo respecto del agua de riego y no, como ocurre en autos, del agua de lluvia.

- En Mendoza existen canales de distinta naturaleza, algunos para distribución de agua para consumo humano y regadío y otros para drenaje, es decir, como defensa aluvional. Es incomprensible que se castigue a Irrigación por un supuesto daño causado por el agua de lluvia. Esta solución implica no comprender cómo funciona en la Provincia el sistema de regadío con independencia del sistema de defensa pluvial y aluvional.

- Intertanto se desarrolló la distribución de agua para riego el canal estuvo inmaculado y no se rebalsó ni atoró el agua en ningún momento. El turno de riego se extendió desde el 28 de marzo al 1 de abril en horas de la mañana, durante el cual no se registró ningún atoramiento en la compuerta, terminando el turno con el canal limpio.

- Invoca la existencia de culpa de la víctima o de terceros por los cuales no debe responder la demandada, ya que el ingreso de agua a la propiedad de los actores se debió a errores en la construcción de puentes y en la altura de las viviendas involucradas, la del actor estaba más baja, hechos que no pueden hacer nacer responsabilidad resarcitoria en contra de Irrigación.

- La existencia de un cauce frente a la vivienda de los actores no hizo más que paliar los daños que de seguro habrían sido mayores en caso contrario.

- La comparación con el fallo”Agrícola Montserrat” se basa en una falacia porque la sentencia hace responsable a Irrigación por un evento ocurrido por las aguas de la lluvia y no del regadío, basándose en un caso en donde la responsabilidad no derivó de la lluvia, sino de la rotura o rompimiento de un canal. Los casos no son comparables y no puede aplicarse idéntica consecuencia en uno u otro caso.

**b) Contestación del recurrido.**

La actora solicita el rechazo del recurso interpuesto. Sostiene que la Cámara tomó como plataforma fáctica para su rechazo el fallo Agrícola Monserrat, por cuanto el juez de primera instancia rechaza la demanda basada en la falta de legitimación pasiva de la demandada. Afirma que hay pruebas que no puede eludir el tribunal, so pena de incurrir en arbitrariedad. Se trata de los elementos decisivos, como lo son las testimoniales obrantes en autos, todas coincidentes en relación a la estructura viciosa de la compuerta al momento del siniestro. Destaca que toda la prueba testimonial producida ha sido coherente, completa, circunstanciada y verosímil, por lo que ha sido tenida en cuenta por la Cámara al sentenciar. Por lo demás, el recurso de la demandada exige ingresar en aspectos puramente fácticos, vedados a la vía extraordinaria, tampoco se ha demostrado la existencia de error en la subsunción de los hechos o interpretación de las normas. La recurrente omite decir que la compuerta había sido modificada elevándose su altura, meses antes al siniestro, modificándose así su estado anterior, el cual permitía el paso de agua por arriba si aumentaba su caudal, evitando así ningún anegamiento. De hecho, después de que se inundara la zona, la misma demandada volvió a modificar la compuerta retornándola a su estado anterior (tipo guillotina), lo que surge de las testimoniales rendidas. Indica que la responsabilidad de las inspecciones de cauce, conforme la reforma introducida por la Ley 6405, no excluye la responsabilidad primigenia que le corresponde al Departamento General de Irrigación con fundamento en la constitución de Mendoza, la Ley de Aguas y leyes complementarias, lo cual surge también de los arts. 9, 23 y cc. de la Ley 6405. Sostiene que una vez que el agua de lluvia circula por canales, cauces, acueductos, desagües o superen los límites de una propiedad privada o discurran por barrancas o ramblas cuyos cauces sean de dominio público, su jurisdicción pesa sobre el Departamento General de Irrigación y ello fue lo que ocurrió en autos. Finalmente menciona que el recurrente no ha demostrado en la ocurrencia de los hechos que la altura de la casa tenga incidencia causal activa en la causa del desborde del canal Tapón Moyano.

**c) Dictamen de Procuración General del Tribunal.**

Este organismo dictamina sugiriendo el rechazo del recurso interpuesto, considerando que el recurso es una mera discrepancia con las conclusiones a las que arribó la Cámara. Refiere que el impugnante era legitimado sustancial pasivo y responsable como guardián del cauce y de la compuerta en los términos del art. 1113 C.C., que la causa del daño radica en el vicio o riesgo de la compuerta, que el día de la inundación estaba baja, con candado puesto y elevada la altura de la chapa, lo que ocasionó que se atorara un tronco y se desbordara el agua. El tronco atorado no era un caso fortuito, sino previsible y se habría podido evitar con la compuerta en la posición correcta, buenas condiciones y sin candado. Tiene por acreditado el comportamiento o posición anormal de la cosa, es decir que se hallaba en malas condiciones, mal ubicada, resbaladiza, etc, considerando que la cosa inerte -compuerta- tuvo participación activa en la producción del daño injusto sufrido por los accionantes.

**III-LA CUESTION A RESOLVER.**

Esta Sala debe resolver si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que atribuye responsabilidad a Irrigación por los daños causados en una vivienda por una inundación ocasionada por el desborde de un canal de riego. Para así resolver considera que el Departamento General de Irrigación es guardián del cauce y resulta responsable en los términos del art. 1113, no habiéndose acreditado la causa ajena, porque el tronco atorado en la compuerta no es un caso fortuito ajeno a su actividad y se hubiera podido evitar con la compuerta en una posición correcta, buenas condiciones de confección y sin candado.

**IV-SOLUCION AL CASO.**

**a) Principios liminares que rigen el recurso extraordinario provincial.**

Tiene dicho este Tribunal que, "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).

"La arbitrariedad también existe en los casos de análisis erróneo (cuando el error es inexcusable) ilógico o inequitativo del material fáctico. La omisión o merituación torcida de prueba decisiva, relevante, esencial y conducente para la adecuada solución del litigio, hace que el fallo no sea una derivación razonada de lo alegado y probado en la causa, agraviando el art. 18 de la Constitución Nacional" (L.S. 238-392).

El recurso de inconstitucionalidad -hoy recurso extraordinario provincial- 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). En conclusión, la tacha de arbitrariedad es improcedente si se funda en una mera discrepancia del recurrente con la apreciación de los hechos y la interpretación de la prueba efectuada por los jueces de grado.

El criterio expuesto resulta aplicable igualmente luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil, Comercial, Tributario de Mendoza, a partir de febrero de 2018, el cual contempla, de manera expresa, en su art.145, inc. III, que el recurso extraordinario provincial que el código autoriza, es de interpretación y aplicación restrictiva, en razón de la naturaleza especial de esta instancia.

**b) Derecho aplicable.**

Atento la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional (Ley 26944), del Código Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Responsabilidad del Estado Provincial (N° 8968) corresponde analizar la normativa aplicable al caso.

Entiendo que no corresponde aplicar la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional, ni la provincial, por cuanto ellas no se encontraban vigentes a la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, esto es, el 01/04/2012 y tampoco se encontraba vigente en ese momento el Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que los presupuestos de la responsabilidad deberán regirse por el Código Velezano.

En este sentido se ha afirmado que “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” (“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes” - Segunda Parte – Aída Kemelmajer de Carlucci – Ed. Rubinzal Culzoni – 1° edición – Santa Fe – 2016 – Página: 232).

Por el contrario, corresponde aplicar a las consecuencias (intereses y pautas de cuantificación) el Código Civil y Comercial de la Nación desde el 1 de agosto de 2015. En este sentido explica la Dra. Kemelmajer de Carlucci que “hay que distinguir entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o la extensión, sea fijándolo en dinero o estableciendo las bases para su cuantificación en la etapa de ejecución de sentencia.”(Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.”, Segunda parte, Rubinzal Culzoni, Bs.As., 2016 p 234.). De esta manera se resolvió en diversas causas, entre ellas Expte N° 13-00640398-5/1, “Livellara...”, 08/05/2017; Expte. N° 13-01905989-2/1, “Cinquemani”, 20/03/18).

**c) Análisis de la causa.**

Anticipo mi opinión, discordante con lo expuesto por la Procuración General del Tribunal, por cuanto entiendo que el recurso interpuesto debe ser admitido, por las razones que expondré a continuación.

-Legitimación sustancial pasiva.

En primer lugar es dable afirmar que, si bien la cuestión a decidir en el presente recurso extraordinario no se vincula a la mentada legitimación sino, con la existencia de riesgo o vicio en la cosa (compuerta) y la configuración de una eximente de responsabilidad del guardián, autorizada en el art. 1113 del CC, cual sería el caso fortuito, fuerza mayor o el hecho de un tercero por quien no debe responder el Departamento General de Irrigación, resulta importante realizar una referencia somera a la legitimación sustancial pasiva de éste.

En relación a esta cuestión se ha afirmado que “encuadra en la noción de guardián, la situación de quien tiene la cosa bajo cuidado porque la ley le impone la obligación de guardarla para que no cause daño; o sea, la de aquel a quien el ordenamiento le exige la vigilancia activa, el mando, el contralor y la dirección autónoma, aunque no la ejecute por sí mismo. El art. 1113 del Código Civil admite una noción bifrontal de guardián: por un lado, aquellos que tienen un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor de la cosa; y por el otro, aquellos que reciben un beneficio económico. De los arts. 187 y 193 de la Constitución Provincial, se extrae expresamente que la facultad de las comunidades de regantes no impide el control de las autoridades superiores de Irrigación; o sea, la autarquía de las comunidades de regantes no implica que la D.G.I. está impedida de ejercer control sobre los cauces, integrando las comunidades de regantes el sistema de aguas que tiene a la cabeza a la D.G.I.” (Expte.: 93423 - DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN EN J° BAZZANI DE ZATTARA...” - Fecha: 10/12/2008 - Ubicación: LS395-184).

De esta forma, se ha afirmado en relación a las funciones del Departamento General de Irrigación que "...los canales, cauces o acueductos, sólo pueden conducir agua concedida si han sido ordenados o construidos con aprobación expresa de las autoridades (art. 2 L.G.A). Por su parte la derivación de canales secundarios se hace por medio de tomas cuyo nivel es fijado por el Departamento de Aguas (art. 143); la limpieza de los canales se hace en los días que lo dispone el Departamento de Aguas (art. 144); Superintendencia de Aguas o el Ministro de Gobierno aprueban los gastos para la realización de obras en los canales hasta sus últimas derivaciones (art. 148)... La administración del agua está bajo la dirección general del D.G.I. (art. 189 L.G.A); las inspecciones de cauce son sólo parte de esta administración (art. 189 inc. 5); tan es así que el Inspector debe cumplir las órdenes que reciba de la Superintendencia para el mejor servicio del canal (art. 189 bis última parte); puede ser multado por la superintendencia (art. 221 i);desempeña las comisiones que fuesen encomendadas por el surperintendente para el mejor servicio público (art. 224), etc.". Concluyéndose que "aún cuando las comunidades de regantes tengan personalidad propia y no sean típicamente "dependientes", ello no excluye la responsabilidad del D.G.I, que como se ha visto tiene también sobre las hijuelas el poder de vigilancia, gobierno y control". (Expte. N° 45.763 "Departamento Gral de Irrigación en j. Vidal, Héctor ", Fecha: 29/05/89 - L.S. 209-259).

En el fallo “Abrego” se analizó la situación luego de la sanción de la Ley N° 6405 (B.O 21/8/96) mencionándose que “el mismo texto legal se encarga de dejar establecido el control ejercido por el Departamento General de Irrigación. Así el art. 1 establece que: "La administración, uso, control, conservación, mantenimiento y preservación de los canales, hijuelas y desagües de riego de la Provincia así como de las aguas que son conducidas por los mismos estarán a cargo de las Inspecciones de Cauces, con sujeción a lo dispuesto en el Capítulo Único Sección Sexta, Departamento General de Irrigación, de la Constitución de la Provincia...". Por su parte el art. 2 al establecer los caracteres de las Inspecciones de Cauce afirma que: "Las Inspecciones de Cauce son personas de derecho público sin fines de lucro, gozarán de autarquía y plena capacidad para actuar en los ámbitos del Derecho Público y Privado. Eligen sus autoridades, elaboran sus presupuestos, conforme con lo dispuesto por el art. 187 de la Constitución Provincial....". (Expte.: 74929 - “DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIóN EN J: ABREGO CRUCEÑO, EMILIA...” - Fecha: 31/07/2003 – SENTENCIA - Ubicación: LS325-202).

En ese precedente se dejó claro que la Ley 6405 “ha terminado con la polémica referida a si las comunidades de riego tenían o no personería jurídica, concediéndosela expresamente, y le ha otorgado autarquía, dándole sus propios recursos y la administración de los mismos, pero de ninguna manera ello implica que están fuera del control del organismo máximo del agua. Es más, en su art. 16 al regular sobre la naturaleza jurídica de las Inspecciones de Cauce, de manera expresa establece que están bajo la supervisión del Departamento General de Irrigación, de conformidad a lo establecido por el art. 187 de la Constitución Provincial”. (Expte.: 74929 - “DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIóN EN J: ABREGO CRUCEÑO, EMILIA...” - Fecha: 31/07/2003 – SENTENCIA - Ubicación: LS325-202).

Es decir que, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera caberle a ambos organismos en forma concurrente y en el ámbito de su competencia, el contenido de los deberes y facultades de cada entidad es diverso y por ello, el accionante debe individualizar de manera específica y concreta cuál es el incumplimiento que achaca a la Administración y a cada organismo interviniente (Departamento General de Irrigación – Inspección de Cauce), como así también, demostrar la vinculación causal de cada uno de esos incumplimientos atribuidos a cada órbita con el daño. No puede tratarse los deberes de ambos organismos como si fueran difusos o indistintos, ya que, una cosa es el deber primario de la Inspección de Cauce y otra, el deber de contralor que, entre otras funciones, pesa sobre el Departamento General de Irrigación.

- Análisis de la responsabilidad del Departamento General de Irrigación. Precedente relevante. Eximentes.

Un precedente que resulta relevante a los fines de resolver el presente caso, ya que guarda con él algunas similitudes y ha sido mencionado en el recurso, lo constituye el fallo “Sartori” *(Expte. N° 93.559, caratulada: “DPTO. GRAL. DE IRRIGA-CIÓN EN J° 11.024/128.353 SARTORI ALBERTO...” - Fecha: 21/05/09)*se analizó la responsabilidad del Departamento General de Irrigación ante el desborde de un cauce de agua, ocasionado porque un tercero había arrojado allí una cuantiosa cantidad de basura proveniente del desmonte, el día antes a la inundación del campo por cuyos daños se reclamaba.

En esa oportunidad se sostuvo que el tribunal de la instancia anterior había omitido “toda referencia al hecho generador del daño, cual es la conducta absolutamente desaprensiva de una persona que, en zona rural, aguas arriba, tira a un cauce de agua el resultado del desmonte”. Asimismo se dijo que “el hecho del tercero (consistente en arrojar la basura proveniente del desmonte en los cauces de agua) es indudablemente, un hecho no imputable al DGI (en la tesis doctrinal menos exigente), y también reviste los caracteres exigidos por la Corte Nacional. Me explico: en Buenos Aires a nadie le sorprende que personas físicas y jurídicas contaminen el Riachuelo; en cambio, en Mendoza, una provincia con una antigua tradición y cultura relativa al cuidado del agua, no responde a la conducta media de cualquier obrero rural desmontar y tirar cuantiosa basura al cauce de agua (por eso, el testigo dice que “nunca había ocurrido una cosa así porque nadie tira el desmonte al cauce del agua”)”. *(Expte. N° 93.559, caratulada: “DPTO. GRAL. DE IRRIGA-CIÓN EN J° 11.024/128.353 SARTORI ALBERTO...” - Fecha: 21/05/09).*

Allí se consideró también que “aún previsible, el hecho es inevitable para la autoridad guardiana o co-guardiana de los cauces de agua. Como dice la demandada, apoyada por un ingeniero que trabaja bajo su ámbito, y además es de público y notorio, Mendoza tiene 12.000 Km. de cauces de agua, elementos vitales para el desarrollo de la economía regional. Es razonable exigir al DGI ejercer la policía del agua de modo tal que esos cauces estén limpios y puedan soportar lluvias aún extraordinarias y otros acontecimientos naturales, pero no que pueda controlar eficientemente cada hecho de individuos concretos que, en contra de lo que resulta la conducta esperable, puedan provocar en las hijuelas de agua un resultado como el descripto a través de toda la prueba antes reseñada. Tengo también en cuenta que el hecho del tercero se produjo un viernes, en hora de tarde/noche, produciéndose el anegamiento de la finca del actor pocas horas después”. (Expte. N° 93.559, caratulada: “DPTO. GRAL. DE IRRIGACIÓN EN J° 11.024/128.353 SARTORI ALBERTO...” - Fecha: 21/05/09).

- Aplicación de esos principios al presente caso.

Entiendo que las mismas consideraciones son aplicables al caso en examen. Me explico.

La Cámara consideró que el Departamento General de Irrigación era guardián del cauce y resultaba responsable por el art. 1113 CC, por no haber acreditado la existencia de una causa ajena, dado que el tronco atorado en la compuerta era un hecho previsible, que no resultaba ajeno a su actividad y, de conformidad con la valoración probatoria efectuada por ese tribunal, se hubiera podido evitar si la compuerta hubiera estado correctamente confeccionada, en una posición adecuada y sin candado.

La recurrente sostiene que la compuerta no es viciosa ni riesgosa y que lo que ocasiona el daño son dos circunstancias ajenas a Irrigación, cuales son la basura acumulada en el lecho del cauce, arrojada por terceros, y la tormenta, no la altura de la compuerta, ya que el agua siempre pasa por debajo y no por arriba. Refiere que el candado nada tiene que ver con la responsabilidad, ya que siempre se utilizan candados para evitar el robo del agua. Menciona que es irrazonable exigir a Irrigación que mantenga la red hidríca despejada de obstáculos durante los 365 días del año, siendo que existen más de 12.000 kilómetros de canales. Manifiesta que son los propios usuarios asociados en las inspecciones de cauce quienes deben mantener el cauce limpio (art. 1 de la ley 6405) y que esa carga resulta exigible sólo respecto del agua de riego y no del agua de lluvia. Destaca que mientras se distribuyó el agua de riego el canal estuvo limpio. Finalmente, invoca la existencia de culpa de la víctima o de terceros por quienes no debe responder, por los errores de construcción de puentes y altura de la vivienda del actor.

En función de la prueba rendida en autos, entiendo resulta arbitraria la sentencia de Cámara que atribuye responsabilidad al Departamento General de Irrigación, ya que se encuentra debidamente acreditada la eximente de responsabilidad (hechos de terceros por quienes no debe responder). En efecto, del acta notarial labrada por la Escr. Daffunchio surge que el señor Banco refirió que “el canal que pasa por su vereda es el canal Moyano, que la noche anterior desbordó, prueba de lo cual, la vereda se encuentra totalmente llena de barro y ramas. La casa del señor Banco es esquina con la calle Ropolo, a la altura de esa esquina en el canal hay una compuerta pintada de color azul. Esa compuerta se encuentra semi-abierta, pero no permite el paso del agua, puesto que la abertura se encuentra completamente llena de basura, tales como un tronco, un nylon negro, muchas ramas de árboles, incontables botellas plásticas, latas y un neumático, entre otras”. Asimismo, a fs. 65/69 se encuentran fotos de lo relatado. Igualmente, de los dichos del Sr. Ricardo Daniel Marin, tomero de la zona, (fs. 174) surge que él fue al lugar el día siguiente de la inundación y encontraron un tronco trabado contra la compuerta, que el agua de riego no estaba circulando en el momento de la inundación, que la compuerta estaba levantada del todo, que los vecinos rompieron el candado y que el problema era el tronco. Asimismo, el Sr. Juan Antonio Allaca -fs. 175- afirma que había un tronco de importantes dimensiones obstruyendo la compuerta y que dicho tronco no estaba mientras ellos utilizaron el sistema de riego, del 28/03 al 01/04 en la mañana, que no hubo ningún inconveniente de atoramiento en la compuerta, que ellos terminaron el turno con el canal limpio.

No surge de las declaraciones de los vecinos que la basura, ramas y/o troncos estuvieran allí desde antes de la tormenta, sino que ellos atribuyen exclusivamente la ocurrencia del hecho a la compuerta, a su criterio, mal hecha.

De lo expuesto se deduce que, al igual que en el precedente Sartori existe un hecho de un tercero por quien el Departamento General de Irrigación no debe responder, consistente en aquellos que arrojaron basura, ramas y/o troncos en el canal, ya sea que ella haya sido arrojada allí por un tercero o arrastrada hasta ese lugar por efecto de la tormenta, lo cual podría configurar también la causal de fuerza mayor, ya que, si bien es previsible que puedan producirse tormentas que ocasionen el arrastre de esos objetos y provoquen el taponamiento del canal, ello es inevitable si tenemos en cuenta, al igual que se consideró en el precedente Sartori, la existencia de 12.000 Km. de cauces de agua, los cuales resultan vitales e imprescindibles para el desarrollo de la economía regional de la provincia y que, en el caso, se encontraban expeditos para el paso del agua el mismo día de la tormenta en la mañana, lo que surge de las afirmaciones del testigo Allaca (fs. 175), que la actora no ha logrado desvirtuar.

Tampoco se ha logrado demostrar que la compuerta resultara deficiente o inadecuada para el cumplimiento de su función o que resultó ser la causal de la inundación. Entiendo que esta circunstancia no puede considerarse probada por la mera afirmación de los testigos (Jorge Raúl Quiroga -fs. 167/168-, Antonio Hugo Forquera -fs. 169-, Juan Francisco Paez -fs. 170/171-), quienes son vecinos de la zona pero no han acreditado ningún conocimiento específico en la materia que los califique para emitir un juicio crítico acerca de la virtud o cualidades de la compuerta.

Destaco que no se ha realizado pericia mecánica que permita afirmar con certeza que la compuerta tuviera algún defecto en su confección y/o ubicación al momento de los hechos, que hubiera provocado la ocurrencia de ellos. Ciertamente, se trata de un hecho que no es dable de ser apreciado por testigos, sino que requiere una prueba científica que demuestre las características de la compuerta, como debería haber sido y por qué esa circunstancia pudo influir causalmente en el resultado dañoso, máxime si, como en el presente caso, se ha acreditado también la existencia de basura y ramas en el canal, que pudieron ocasionar por sí mismas el taponamiento del cauce de agua. Además, resulta necesario tener en cuenta que estos objetos pudieron inclusive haber sido arrastrados por efecto de la misma tormenta que ocasionó la inundación, por lo que resulta irrazonable exigir al Departamento General de Irrigación que constate y asegure la limpieza absoluta y total de los canales las 24 horas del día, los 365 días del año, incluso mientras se desenvuelve una tormenta, retirando instantáneamente todo objeto arrastrado por ella.

También se ha demostrado la diferencia de altura entre la vivienda del actor y la de los vecinos y la existencia de un puente antirreglamentario (declaración de Juan Antonio Allaca -fs. 175-) construido en su vereda, que pudo haber influido aumentando la posibilidad de producción de inundaciones, lo cual no puede ser descartado en modo alguno si se tiene en cuenta que la casa del vecino no sufrió ningún tipo de daño, ni se inundó en modo alguno.

En virtud de ello, resulta arbitrario atribuir responsabilidad al Departamento General de Irrigación, por los daños provocados por la inundación, por lo que, si mis distinguidos colegas de Sala comparten mi opinión, entiendo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto.

Así voto.

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

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

Atento el modo como se resuelve la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 11/21 y, en consecuencia, revocar la sentencia obrante a fs. 433/437 de los autos N° 13-02063101-9, caratulados “BANCO JOSÉ LUIS C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, la que, en su lugar, deberá disponer el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Así voto.

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

**A LA TERCERA CUESTION EL DR. PEDRO JORGE LLORENTE, 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. JULIO RAMON GOMEZ y MARÍA TERESA DAY E, 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, 16 de Mayo de 2022.

**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.-Admitir el recurso extraordinario interpuesto a fs. 11/21 de estos autos y en consecuencia revocar la sentencia obrante a fs. 433/437 de los autos N° 13-02063101-9, caratulados “BANCO JOSÉ LUIS C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, dictada por la Segunda Cámara en lo Civil, Comercial, de Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial y, en su lugar disponer:

“1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 379 en contra de la sentencia de fs. 374/378, la que se confirma.”

“2.Imponer las costas a la apelante, vencida (art. 36 CPCCTM).”

“3.Regular los honorarios profesionales por la actuación en Alzada de la siguiente manera: a los Dres. Juan Carlos MASINI, en la suma de PESOS DOCE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UNO ($ 12.241); Fabián Alberto BUSTOS LAGOS, en la suma de PESOS DOCE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UNO ($ 12.241); Pablo Alberto DE BERNARDI, en la suma de PESOS SIETE MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO ($ 7.344); German A. VERDIER, en la suma de PESOS DIECISIETE MIL CIENTO TREINTA Y OCHO ($17.138); Carlos Cristian KUNGIS, en la suma de PESOS CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y UNO ($5.141) (Art. 15, 31 Ley 9131).”

**2)**Imponer las costas a la parte recurrida vencida (art. 36 CPCCTM).

**3)**Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia extraordinaria de la siguiente manera: a los Dres. Juan Carlos MASINI, en la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS ($ 45.556), Fabián Alberto BUSTOS LAGOS, en la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS ($ 45.556), Pablo Alberto DE BERNARDI, en la suma de PESOS TRECE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS ($ 13.666); German A. VERDIER, en la suma de PESOS SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO ($63.778); Carlos Cristian KUNGIS, en la suma de PESOS DIECINUEVE MIL CIENTO TREINTA Y TRES ($19.133) (Arts. 16, 31 Ley 9131)”.

**NOTIFIQUESE.**

|  |  |
| --- | --- |
| DR. PEDRO JORGE LLORENTE Ministro | DR. JULIO RAMON GOMEZ Ministro |

|  |
| --- |
| DRA. MARÍA TERESA DAY |