



ACUERDO N° 29. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los nueve (9) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno, en Acuerdo, la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia integrada con los señores Vocales doctores Evaldo Darío Moya y Roberto Germán Busamia, con la intervención del señor Secretario Civil Joaquín Antonio Cosentino, procede a dictar sentencia en las actuaciones caratuladas **"GONZÁLEZ, MARIO ALBERTO c/ ROMANO, DANIEL ALBERTO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** (Expediente JNQC13 N° 513.714 - Año 2016), en trámite ante la Secretaría Civil.

ANTECEDENTES:

El actor -Sr. Mario Alberto González- dedujo recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley (fs. 396/414) contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones -Sala II- de esta ciudad, que revocó la sentencia de primera instancia que había acogido la excepción de prescripción y, asimismo, rechazó la demanda intentada por el actor, imponiéndole las costas al apelante vencido (fs. 384/393vta.).

Fundó la impugnación en los artículos 18 y 15 - incisos "a", "b" y "c"- de la Ley N° 1406.

Corrido el traslado del recurso, contestó la parte demandada solicitando se declaren inadmisibles los remedios deducidos y, subsidiariamente, para el hipotético caso de admisión formal, se rechacen, con costas (fs. 418/420).

A través de la Resolución Interlocutoria N° 101/20, este Tribunal Superior de Justicia declaró inadmisibile el recurso de Nulidad Extraordinario y admitió el de Inaplicabilidad de Ley, en el marco del artículo 5 de la Ley N° 1406.

Por su parte, la Fiscalía General propició la procedencia del recurso por Inaplicabilidad de Ley por violación a la ley -artículo 15, inciso "a", de la Ley N° 1406- (fs. 433/436).



En tal sentido, refirió que el recurrente invocó que se violaría el derecho de defensa, al no haberse garantizado el cumplimiento de todas las etapas procesales en la decisión de fondo sobre el reclamo objeto de la presente litis.

Destacó que la Cámara de Apelaciones no se habría limitado a resolver la impugnación -obrante a fs. 366/378- contra el acogimiento de la excepción de prescripción decidido en la sentencia, sino que habría ido más allá de lo autorizado por los artículos 271 y 277 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén (CPCyC) al analizar la cuestión de fondo y rechazar la demanda interpuesta, mediante razones ajenas a la apelación y su tratamiento.

Entendió que el motivo casatorio se encuentra configurado. Y que en anteriores oportunidades en las que vertió opinión -previas a la resolución por la Sala Procesal Administrativa de este Tribunal Superior de Justicia- en las causas "Oyanarte, Rodolfo c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Expediente OPANQ1 N° 4966/2014) y "Alfaro, Hilaria Agustina y otros c/ Provincia del Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Expediente OPAZA1 N° 6415/2016) postuló que se revoquen las sentencias de grado que declaraban prescriptas las acciones entabladas, y en lo que aquí interesa, sostuvo que *"... al no haberse expedido el Sr. Juez de grado sobre el fondo de la cuestión, se devuelvan a su origen las actuaciones para que se dicte un nuevo pronunciamiento, a fin de no privar de instancia a quien resulte perdidoso ..."*.

Señaló que en ese mismo sentido se expidió este Cuerpo mediante los Acuerdos N° 103/18 y N° 56/19 en dichas causas, ambas del registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Asimismo, afirmó que también lo hizo a través de su Sala Civil, en Acuerdo N° 1/15 "Campos", citando los argumentos pertinentes, y que en idéntica senda también se



observan los Acuerdos N° 19/09 "Quintulaf" y N° 13/18 "Vilches", entre otras, del registro de la Secretaría Civil.

Concluyó que la Cámara de Apelaciones sentenciante no podía, so riesgo de violentar el principio de revisión garantizado por la doble instancia de conocimiento, decidir sobre la cuestión de fondo objeto de la demanda; y que, al hacerlo, resolvió más allá de la litis planteada en la apelación.

Con dichos fundamentos propició la procedencia del recurso al constatar la configuración del vicio -violación de la ley- y estimó que carecía de virtualidad el análisis de los restantes motivos casatorios invocados por el recurrente.

Firme la providencia de autos y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: I) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley? II) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? III) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el señor Vocal doctor **Evaldo Darío Moya** dice:

I. A fin de dar tratamiento al asunto a decidir, considero necesario efectuar una breve síntesis de los extremos relevantes de la causa.

1. El actor -Sr. Mario Alberto González- en su carácter de único heredero y administrador judicial de la sucesión de su padre y del inmueble "Establecimiento Frutícola Las Retamas" de San Patricio del Chañar, promovió demanda contra el Sr. Daniel Alberto Romano, por ser este último dueño, guardián y cotitular registral del establecimiento frutícola lindero.



Señaló que ambas partes no solo son vecinos, sino que también forman parte del Consorcio de Riego y Drenaje de San Patricio del Chañar (en adelante "el Consorcio").

Como consorcistas -agregó- deben afrontar los gastos y tareas que demandan la conservación de canales de riego principales, secundarios, terciarios, comuneros y comunes, para beneficio común de todos los terrenos dominados por canales, de acuerdo a la superficie de tierras con concesión de riego que sean de su propiedad.

Añadió que el ente en cuestión tiene organizado un sistema de limpieza de los canales que permite el uso racional de agua para riego, y que cada consorcista debe ocuparse de la limpieza de la superficie del canal que el Consorcio le asigna.

Dijo que el 23/08/13, empleados y personal vinculados al establecimiento frutícola del demandado realizaron trabajos de limpieza del canal terciario comunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Consorcio.

Manifestó que el accionado fue designado por el Consorcio para realizar las tareas de limpieza en 250 m2 del canal comunal que atraviesa su chacra y que continúa hacia el sur.

Indicó que las tareas de limpieza habrían comenzado el 23/08/13 por la mañana y fueron realizadas durante toda esa jornada, utilizándose un sistema de quema de hojas y residuos vegetales que se encontraban acumulados.

Alegó que el demandado y sus dependientes habrían omitido apagar completamente las brasas, lo que ocasionó que, luego de haberse retirado el personal, las cenizas se avivaran con el viento, provocando un incendio que afectó y dañó más del 50% de la vegetación existente en los cuadros 2 y 3 de su chacra.



Expresó que los bomberos extinguieron el fuego registrado en su establecimiento (cuadros 2 y 3), en los cuales había plantaciones sanas y en plena producción de frutales de manzana Granny, afectando el incendio una cantidad de 564 árboles y 30 postes de espalderas.

En cuanto a la responsabilidad del demandado, dijo que en el carácter de dueño de la cosa y responsable directo con presencia personal diaria y permanente en su chacra, ordenó a sus dependientes proceder a la limpieza del canal de riego señalado por el Consorcio de regantes, cumpliendo la reglamentación -estatuto- que rige el funcionamiento del Consorcio, del cual forma parte como socio y usuario.

Señaló que fue en ejercicio de los atributos propios de dueño que ordenó a sus dependientes el cumplimiento de las tareas inherentes al cuidado y producción de su establecimiento frutícola y que en definitiva provocaron el incendio en la chacra.

Agregó que todo ello se enmarca en el contexto de responsabilidad objetiva o teoría del riesgo creado, consagrada en los artículos 1753 y 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), puesto que la actividad desarrollada puede ser considerada como riesgosa por los medios empleados (fuego).

Afirmó que correspondería encuadrar jurídicamente a la pretensión en los artículos señalados, debido a que se trata del daño causado por una actividad riesgosa -incendiar acequias o canales-, en conjunción con la actividad humana negligencia e impericia en el cuidado que debió adoptarse durante la práctica.

Reclamó la suma de \$1.378.544,85.- (pesos un millón trescientos setenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro con 85/00), en concepto de: (i) costos de destronado, movimiento de suelos y nivelación; (ii) costos de plantación;



(iii) lucro cesante de la plantación afectada y (iv) costos de la nueva plantación hasta obtener retorno.

Por último, citó jurisprudencia en apoyo de su tesis y ofreció prueba.

2. El Sr. Daniel Alberto Romano se presentó y opuso excepción de prescripción de la acción (fs. 84/90vta.).

Argumentó que el actor equivocó el derecho aplicable al reclamo debido a que lo fundó en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), cuando correspondería que el caso sea regido por las normas del viejo Código Civil.

Afirmó que ello sería determinante porque el plazo de prescripción varía. Explicó que de acuerdo a lo normado por el artículo 4037 del antiguo Código Civil sería de dos años, mientras que el artículo 2561 -segundo párrafo- del CCyC establecería un plazo de tres años.

Esgrimió que teniendo en cuenta la fecha invocada por el actor (en que la que se habría producido el presunto incendio -23/08/13-) la prescripción bianual de la acción habría operado cuanto menos -dijo- a las 24 hs. del día 24/08/15, sin que durante todo ese tiempo hubiese existido alguna causa de suspensión o interrupción del plazo, tal como lo prescribiría el artículo 4037 del antiguo Código Civil.

Adicionó que la única constitución en mora del presunto deudor fue supuestamente remitida en fecha 28/08/15 y recepcionada el 31/08/15, con posterioridad a que hubiera prescripto la acción.

Subsidiariamente, contestó demanda.

En cuanto a la responsabilidad atribuida a su parte, aseveró que si bien resulta titular dominial del 25% del inmueble, ello responde a la donación de nuda propiedad con reserva de usufructo que hicieron sus padres, siendo su madre Josefa Mikeska quien explotaría en un 100% la actividad frutícola que se desarrolla en el inmueble.



Afirmó que, a la fecha indicada, era ella quien explotaba la chacra y tenía todo el personal a su cargo.

Añadió que no participó directa o indirectamente -por la actuación de personas a su cargo- en la realización de las labores que la contraria indica como desencadenantes del supuesto incendio de su chacra, y que no tuvo conocimiento si realmente se realizaron las tareas de limpieza del canal.

Agregó que no puede atribuírsele responsabilidad en su carácter de propietario de inmueble rural colindante, toda vez que el daño de ninguna manera provino de la cosa en sí -inmueble lindero-, sino que comenzó y se propagó siempre dentro del inmueble del actor.

Señaló que la situación por sí sola de integrar el Consorcio, de ninguna manera puede tornarlo responsable del acaecimiento del evento dañoso y mucho menos si el presunto incendio no se generó dentro del inmueble de su propiedad.

En relación al restante fundamento de la atribución de responsabilidad -por los hechos del dependiente- dijo que no tiene nada que ver con la actividad frutícola y/o agropecuaria desarrollada por su madre, y que todo el personal que cumple funciones se encuentra a cargo de ella, por lo que no podría atribuírsele responsabilidad con sustento en el artículo 1113, primer párrafo, en virtud de no haber participado directamente, ni por intermedio de personas a su cargo, en la supuesta limpieza del canal de riego y posterior quema de residuos, todo lo que habría acaecido -dijo- dentro del inmueble de propiedad del actor.

3. El traslado de la excepción fue contestado por el actor (fs. 94/99vta.). Argumentó que la pretensión se encuadró en el esquema contractual y que, por ello, por aplicación de cualquiera de los regímenes -cita los artículos 4023 del Código Civil de Vélez Sarsfield y artículos 2537 y 2561, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación, la acción no se encontraría prescripta.



Señaló que la conducta generadora del daño que se le endilgaría al demandado fue ejecutada en cumplimiento del plan prestacional surgido del ámbito al que pertenecen ambas partes -Consortio de Riego-.

4. La sentencia de primera instancia admitió la excepción opuesta por el demandado (fs. 351/358vta.). Argumentó que a fin de dilucidar la naturaleza jurídica de la acción promovida por el actor -extracontractual o contractual- debía estarse al escrito de demanda.

Expresó que si bien allí se expuso el marco legal en el que se produjo el accidente, al endilgar responsabilidad lo hizo invocando responsabilidad objetiva con sustento en los artículos 1753, 1757 y 1758 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).

Señaló que recién al momento de contestar el traslado de la excepción, el actor atribuyó responsabilidad contractual al Sr. Romano, y que así intentó modificar la naturaleza de la acción.

Consideró que los hechos no pueden invocarse al mismo tiempo como ilícitos de naturaleza contractual y extracontractual, en virtud de lo establecido por el artículo 1107 del Código Civil; y que se aplicaría dicho artículo si el hecho es ajeno al contenido del contrato.

Concluyó que debía estarse a los términos en que fue promovida la demanda y, por lo tanto, entendió que se trataba de una acción resarcitoria de daños y perjuicios, fundada en la responsabilidad extracontractual -artículos 1109 y 1113 del Código Civil de Vélez Sarsfield-.

Agregó que, a mayor abundamiento, la prueba también sustentaría dicho extremo, en tanto surge -dijo- que se está ante la presencia de un hecho -incendio- que se encuadra en la responsabilidad objetiva del demandado por el hecho del dependiente.



En función de tales argumentos, teniendo en cuenta que el hecho que se invocó como generador del daño se produjo el 23/08/13, de acuerdo a la certificación de bomberos agregada a fs. 318, por aplicación del artículo 4037 del Código Civil de Vélez Sarsfield, consideró que la acción se encontraba prescripta.

5. El actor apeló esa decisión y expresó sus agravios a fs. 366/378, replicándolos la contraria a fs. 380/382vta..

6. La Cámara de Apelaciones dictó sentencia a fs. 384/393vta.. Revocó la decisión respecto del acogimiento de la prescripción, e ingresó al tratamiento de la cuestión debatida, para concluir en el rechazo de la acción de daños y perjuicios.

Entre los argumentos relativos a la prescripción de la acción, señaló que llegó a esa instancia firme la aplicación del Código Civil derogado que establecía un régimen diferenciado respecto del régimen de responsabilidad.

Agregó, que en la demanda el fundamento jurídico expuesto por el actor fue el que otorga el nuevo CCyC, que plantea la responsabilidad civil unificada (artículos 1753 y 1757).

Expresó que si bien se hizo el encuadre normativo bajo el nuevo código, dando por sentada la unificación de los regímenes de responsabilidad, lo cierto es que la inclusión de la problemática en el marco contractual del estatuto que regía el Consorcio también estaba planteada desde el inicio.

A ello añadió que lo que el actor hizo al contestar la prescripción fue reforzar los argumentos relativos a la vinculación que guarda con el demandado, a partir de la figura del Consorcio de riego.

Luego del análisis de dicho estatuto, concluyó que se trata de un contrato plurilateral, en el que cada una de las partes adquiere derechos y obligaciones respecto de todas las demás.



Argumentó que el artículo 5 del estatuto definió los miembros del Consorcio, y siendo el demandado consorcista, le resultaban exigibles sus obligaciones.

Expresó la sentencia que el hecho en el que se fundó la demanda y que el actor considera probado, es que en el cumplimiento de su obligación de limpiar el canal, un dependiente del demandado desplegó una actividad riesgosa que culminó en daños a su propiedad.

Calificó a la obligación de limpiar los canales de riego, como de resultado, debido a que se le exige un efecto concreto, mantener el canal libre de escollos que puedan impedir el curso de agua, y que la misma debe efectuarse en condiciones que no afecten las propiedades linderas a su cauce.

Señaló que la obligación del consorcista es asimilable a la del transportista, en cuanto al deber de seguridad; y que, en definitiva, el actor lo que le está reprochando es que la obligación que le cabía al demandado se cumplió violando el deber de seguridad, pues no tuvo en cuenta que el método escogido no era el más adecuado, ni las condiciones climáticas.

Con esos fundamentos estableció que la acción no se encontraba prescripta, en tanto la relación jurídica se presentaba en la órbita contractual.

La sentencia continuó el análisis y concluyó que había un escollo para el progreso de la acción.

Entendió que el actor no acreditó que el incendio haya sido provocado por un dependiente del Sr. Romano y en ocasión de encontrarse realizando tareas de limpieza del canal de riego.

Afirmó que no había coincidencia en la causa generadora del incendio, y que la versión del actor solo encontraría sustento en las pruebas testimoniales del Sr. Pelagatti y del Sr. Morales.



Le restó valor probatorio al primero de ellos -ingeniero Pelagatti-, indicando que éste resultaba sumamente asertivo sobre el origen del incendio en la acequia, pero que dicho convencimiento solo encontraría apoyo en lo que le habría contado el propio actor. Señaló que el testigo conocía al accionante en razón de efectuar recorridas para la firma Tres Ases, cuando trabajaba para esa firma.

Agregó que sus manifestaciones de orden técnico no podían ser tenidas en cuenta desde ese vértice, ya que su participación en el proceso era como testigo y no como ingeniero agrónomo.

Añadió que tampoco sería determinante su opinión respecto del origen del fuego o su propagación al no tener la especialidad requerida.

En relación al segundo testimonio -Sr. Morales- señaló que se encontraba comprendido en las generales de la ley, al haber sido empleado en la chacra del Sr. González en la época de los hechos. Consideró que la referencia a que se trataba de empleados de Romano y que siempre lo veía a él y a aquellos, sin poder recordar el nombre de ninguno, restaría cierta credibilidad al testimonio para poder formar convicción con el grado de certidumbre requerido para imputar el hecho al demandado.

Adicionó que tampoco resultaba conducente la pericia realizada, debido a que es de varios años después del incendio, y se enfocaba a dar cuenta de la existencia de daños en las plantaciones pero no resultaba válida para acreditar el origen del fuego, ni el mecanismo de propagación.

Finalmente, concluyó que no había ninguna constancia objetiva ni de que el Sr. Romano haya tenido dependientes a su cargo en aquella fecha, trabajando concretamente en el inmueble, ni tampoco que el incendio que causó los daños haya derivado del cumplimiento defectuoso de la obligación de mantener limpio el canal.



Con esos argumentos el Tribunal de Alzada, revocó la decisión respecto del acogimiento de la prescripción, y no obstante, rechazó la demanda.

7. El actor impugnó la decisión mediante los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley, con sustento en los artículos 18 y 15 -incisos "a", "b" y "c"- de la Ley N° 1406 (fs. 396/414); siendo solo este último declarado admisible (fs. 428/431vta.).

Afirmó que la impugnación se derivaría de dos cuestiones esenciales. La primera de ellas sería la supuesta violación al derecho de defensa debido a que la Cámara de Apelaciones habría dictado sentencia en exceso de los agravios llevados por su parte, que solo se habría agraviado respecto de la prescripción.

Y, como segunda cuestión, refirió a la interpretación errónea del artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén (CPCyC) y a la valoración sesgada de la prueba.

En orden al encuadre en las previsiones de la Ley N° 1406, en el marco del inciso "a" del artículo 15 -violación de la ley-, atribuyó a la decisión que violaría los artículos 271, 277, 164 y 34, inciso 4°, del CPCyC.

Señaló que no se habría respetado la naturaleza del recurso presentado, en violación a los artículos 271 y 277 del ritual, al asumir como propias facultades que le son prohibidas, como la de resolver sobre temas que su parte -única apelante- no habría planteado.

Argumentó que también el Tribunal de Alzada se desentendió del expreso pedido de su parte de recusar al juez de grado, y la consecuente remisión del expediente a primera instancia, criterio que -dijo- ya habría sido utilizado por la misma Sala en ocasión de resolverse el planteo por él efectuado a fs. 125/130.

Cuestionó que avanzaría en el dictado de una sentencia sobre el fondo del asunto, sin motivar ni fundar



dicha parte del fallo, y que habría esbozado un criterio muy particular sobre los resultados probatorios obtenidos.

Expresó que lo resuelto implicaría una verdadera "*reformatio in peius*", debido a que no obstante haber resultado exitosa su apelación respecto de la excepción de prescripción, se rechazó la acción intentada.

Agregó que el fallo trataría una de las cuestiones fundamentales acreditadas por su parte, la responsabilidad contractual en la que se ubica el hecho generador del incendio, y que luego habría concluido que el reclamo fuera rechazado por insuficiencia probatoria, resolviendo -dice- sobre temas que no integrarían el plexo de agravios por él invocados.

Indicó que dicha actuación excedería las facultades que la ley le otorga a los jueces, conforme el artículo 34, inciso 4, del CPCyC.

Por otra parte, en el marco de la causal del artículo 15, inciso "b", de la Ley N° 1406, invocó la errónea interpretación de los artículos 386 y 441 del CPCyC, relativos a la sana crítica e interpretación sobre las generales de la ley.

Esgrimió que la decisión se apartaría de una correcta interpretación de las reglas de la sana crítica, en tanto el juez debe valorar la prueba libremente, pero dicha valoración debe sujetarse a las reglas de la lógica y de la experiencia.

Indicó que no se tendría en cuenta prueba esencial, violentado el artículo 386 del CPCyC.

Señaló que los jueces arribarían a una conclusión claramente equivocada, en tanto partirían de presupuestos erróneos.

Afirmó que resultaría un error interpretar que los testigos Pelagatti y Morales se encontraban comprendidos en las generales de la ley.



Dijo que el primero de ellos habría concurrido a prestar declaración como testigo experto por su conocimiento de las labores culturales que se realizan en las chacras antes, durante y después de las cosechas anuales, y por su conocimiento personal de las chacras de las partes.

Agregó que el segundo de ellos, al momento de prestar su declaración testimonial, no era dependiente del actor, lo cual surgiría del interrogatorio preliminar, por lo que mal podría interpretarse que le comprendían las generales de la ley, y que no podría descartarse sin ningún argumento el testimonio de quien sería el único testigo presencial del hecho dañoso.

Manifestó que el único que habría aportado una teoría del caso es el actor, y que ésta fue probada por testimonios, informes de bomberos y del Consorcio de Riego, y por la pericial técnica, y que no podría haberse iniciado el incendio de otro modo que a partir de la quema de hojas realizada por el dependiente del Sr. Romano.

Añadió que se habría probado el incendio, la vinculación de ambas partes con el Consorcio, las responsabilidades que surgían para el demandado del Estatuto y que la causa del incendio fue el fuego utilizado por el dependiente -formal o ilegal del demandado- para limpiar los canales que tenía asignado.

Adicionó que la conclusión respecto de que el Sr. Pelagatti no habría tenido conocimiento directo del hecho, y que Morales no sería creíble porque le adjudican encontrarse incluido en las generales de la ley, resultaría un razonamiento forzado, que prescindiría de un testimonio dirimente.

Afirmó que se habrían valorado de manera deficiente pruebas fundamentales y esenciales para resolver el conflicto, y que se habrían señalado los errores lógicos de la sentencia, en cuanto a la valoración integral de la prueba y las



incoherencias que surgirían de la misma, poniendo de resalto lo que sería una actividad jurisdiccional impropia que descartaría prueba de modo arbitrario y con argumentos falaces y confusos, que se apartarían de las reglas de la sana crítica.

Definió que la infracción consistía en no merituar pormenorizada y armónicamente la prueba colectada, y que ello transgrediría el artículo 386 del CPCyC.

A continuación, denunció que la sentencia resultaba arbitraria, por no reunir las condiciones mínimas para satisfacer adecuadamente el derecho a la jurisdicción, en el marco de la causal del artículo 15, inciso "c", de la Ley N° 1406.

Refirió nuevamente a la valoración parcial y sesgada de la prueba, sosteniendo que no habría sido valorada en su integridad, reiterando los argumentos esgrimidos en la anterior causal casatoria.

Transcribió parte de la sentencia a los efectos de expresar su crítica aludiendo a la presencia de una contradicción en el razonamiento lógico de la decisión.

Aludió al sesgo de confirmación de la argumentación sostenida en la decisión calificándolo como un error sistemático del razonamiento inductivo.

Alegó que los magistrados habrían seleccionado la información, ignorando la restante que confirmaría la posición de su parte, tornando a la sentencia en injusta y arbitraria.

II.1. Una vez hecha la reseña introductoria y esbozados los principales argumentos que sustentan el recurso casatorio, corresponde ingresar al tratamiento de la cuestión aquí traída.

De acuerdo al orden metodológico que considero apropiado, comenzaré abordando la causal de absurdo probatorio, en tanto ésta controvierte la base fáctica de la causa, atacando a la sentencia que consideró que no han sido



probados los extremos invocados en la pretensión para admitir la acción.

Valga precisar que este Cuerpo ha caracterizado la arbitrariedad por este motivo legal como *"...el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica, en violación de las normas jurídicas aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica ..."* (Acuerdo N° 19/98 "Cea", del registro de la Secretaría Civil).

La problemática sometida conlleva establecer si se configura el vicio denunciado al concluir la sentencia en crisis que no se encuentra acreditado que el incendio haya sido provocado por un dependiente del Sr. Romano y en ocasión de encontrarse realizando tareas de limpieza del canal de riego, argumentos que fundaron el rechazo de la pretensión.

A tal efecto, la decisión consideró que no había coincidencia en relación a la causa generadora del incendio y que la versión del actor solo encontraría sustento en dos testimonios, a los que les restó valor probatorio.

Entendió que tampoco resultaba conducente la pericia de fs. 159/163 debido a que se trataba de una pericia realizada varios años después del incendio y que se enfocaba en dar cuenta de la existencia de daños en las plantaciones pero no resultaba válida para acreditar ni el origen del fuego, ni el mecanismo de propagación.

Indicó que no había ninguna constancia objetiva de que el Sr. Romano haya tenido dependientes a su cargo en aquella fecha, ni tampoco de que el incendio que causó los daños haya derivado del cumplimiento defectuoso de la obligación de mantener limpio el canal.



Seguidamente, señaló que no perdía de vista que atento a la particularidad del hecho generador del daño, esto es un incendio, no se podía exigir una prueba directa e indubitable del origen, pues en la mayoría de los casos es de muy difícil obtención, pero sí era preciso encontrar presunciones convincentes que permitan establecer, de alguna manera, el origen del fuego para concluir acerca de la relación de causalidad.

Añadió que no se logró acreditar que la conducta desencadenante pueda reprocharse a un dependiente del demandado y así el nexo causal -dice- estaría ausente, no habiéndose demostrado la injerencia del dependiente del Sr. Romano, el cual tampoco pudo ser identificado.

Concluyó que no había nexo causal entre lo sucedido, el incendio y los resultados -daños-, a través de una conducta cuya autoría pueda reprocharse de algún modo al demandado.

2. Para emprender la tarea, es necesario destacar que no mereció cuestionamiento de las partes en esta etapa extraordinaria el encuadre dado en la sentencia respecto del vínculo contractual en el marco del Consorcio de Riego y Drenaje El Chañar, del cual deriva la obligación cuyo cumplimiento defectuoso fue atribuido por el actor al demandado y habría originado el reclamo de autos.

Es lo que, en definitiva, llevó a considerar en la decisión que la acción no se encontraba prescripta, en tanto los jueces entendieron que lo que el actor le reprochaba al demandado era que, la obligación que le cabía al consorcista de limpiar el canal se habría cumplido violando el deber de seguridad inherente a la misma.

Asimismo, llega firme a esta instancia la aplicación del Código Civil de Vélez Sarsfield a fin de resolver la cuestión controvertida.

Además, tampoco mereció cuestionamiento el análisis jurídico efectuado en la decisión respecto del Consorcio de



Riego, que fue allí caracterizado como un ente público no estatal regido por un estatuto, que contaría con una serie de atribuciones delegadas por el Estado provincial para gestionar un recurso natural. Así tampoco, su ubicación en el ámbito de los contratos (artículo 1137, Código Civil de Vélez Sarsfield) plurilaterales, y que los consorcistas no tienen la posibilidad de no ser parte del mismo si reúnen las condiciones para ello.

En esta senda, llegó firme también la calificación del demandado como "consorcista" por ser condómino del inmueble denunciado, y las características de la obligación que le cabía de limpiar el canal que atraviesa la chacra del actor.

Frente a ello, corresponde entonces aquí comprobar si el razonamiento que elabora la decisión en torno a las condiciones y circunstancias en que se produjo el incendio se encuentran vinculadas al cumplimiento de la obligación de limpiar el canal de riego -como lo sostiene el actor-; o si, por el contrario, ello no se encuentra acreditado en autos, como lo estimó la decisión.

Como se expresó, a fin de verificar la presencia del vicio denunciado debe existir un error grave y ostensible cometido en la conceptuación, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar las pruebas o los hechos susceptibles de llegar a serlo, con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico-formal e insostenible en la discriminación axiológica como para que este Tribunal Superior de Justicia pueda alterar el sentido de la decisión cuestionada.

Ahora bien, delineados los aspectos centrales de la sentencia considero que el recurrente logra demostrar la presencia del vicio invocado.



Pasaré a explicar esta afirmación.

De acuerdo a la decisión en crisis, la cuestión se centraría en la ausencia de acreditación del nexo causal de la conducta desencadenante del incendio, y que ella pueda ser reprochada a un dependiente del Sr. Romano.

Para así concluir, restó eficacia probatoria a dos de los testigos, el Sr. Morales y el Sr. Pelagatti.

Respecto del primero de ellos, dijo que "... tampoco aporta certeza el testimonio del Sr. Morales, pues en primer lugar se encuentra comprendido en las generales de la ley al haber sido empleado en la chacra del Sr. González en la época de los hechos, y en segundo término la referencia a que se trataba de empleados del Sr. Romano y que siempre los veía a él y a aquellos, sin poder recordar el nombre de ninguno, resta cierta credibilidad al testimonio para formar la convicción con el grado de certidumbre requerido para imputar el hecho al demandado ..." (fs. 392).

Luego, indicó que "... a lo dicho cabe agregar que desconoce quien es la Sra. Josefa Mikeska, quien a la postre y de conformidad al informe obrante a fs. 171 de la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores es la empleadora de quienes se desempeñaban como peones en aquel momento ..." (fs. 392/392vta.).

Y, a continuación, expresó que "... El Sindicato puntualiza: '... a fin de informarle la nómina de empleados declarados por la firma JOSEFA MIKESKA CUIT 27038604541 al período 08-2013...' indicando a continuación los números de CUIL de 11 trabajadores y culmina destacando: 'Se informa que el Sr. Daniel Alberto Romano, CUIT ... no aparece inscripto en nuestros registros' ...".

"... Asimismo, los números de CUIL indicados por UATRE coinciden casi en su totalidad con los indicados por la AFIP -fs. 203- bajo el rubro Nómina salarial informada a Agosto de 2013 por la contribuyente Josefa Mikeska, agregando



el organismo recaudador que el Sr. Romano no declaró personal en relación de dependencia en ese período ...".

"... Aun cuando los testigos se encuentren afectados por las generales de la ley, ello no impide que sus declaraciones resulten atendibles, pero es cierto que ello condiciona fuertemente la valoración del testimonio pues en esa tarea la parcialidad o imparcialidad con las partes del proceso es determinante, más aun cuando no encuentran sustento probatorio en otras constancias del expediente ...".

"... Tampoco resulta conducente la pericia del Ingeniero Fragueiro (fs. 159/163) pues se trata de una pericia realizada varios años después del incendio y que se enfoca a dar cuenta de la existencia de daños en las plantaciones pero no resulta válida para acreditar ni el origen del fuego ni el mecanismo de propagación ...".

"... En esa senda, no hay una ninguna constancia objetiva ni de que el Sr. Romano haya tenido dependientes a su cargo en aquella fecha, trabajando concretamente en el inmueble, ni tampoco que el incendio que causó los daños haya derivado del cumplimiento defectuoso de la obligación de mantener limpio el canal ..." (fs. 392vta./393).

Sin embargo, la conclusión relativa a que no habría ninguna constancia objetiva en el expediente respecto de que el incendio hubiere acontecido en ocasión del cumplimiento defectuoso de la obligación, no resulta acertada, en tanto no se advierte que la prueba aportada haya sido valorada integral o dinámicamente. De lo contrario, no se hubiera concluido respecto de la ausencia de acreditación de tales extremos.

En efecto, respecto de la actividad frutícola desarrollada en la chacra, el mismo demandado al momento de contestar la carta documento agregada a fs. 316 (cuya autenticidad fue corroborada por el informe del correo oficial a fs. 148/151), expresó que *"... Asimismo niego en forma terminante que la causa del incendio por Ud. descripta sea*



atribuible a personal dependiente de mi establecimiento frutícola, máxime que el fuego conforme lo aseverase se provocó en horas de la noche, desconociendo el suscripto bajo que circunstancias y quien o quienes dieron origen al evento dañoso ...".

Es así que la defensa invocada por el demandado, quien señaló que la chacra era explotada por su madre -quien tenía registrados a su nombre todos los empleados-, aparece contraria a sus dichos en el intercambio epistolar.

Además, el testigo Sr. Héctor Federico Corbould (acta agregada a fs. 264), al ser consultado sobre si sabe a qué se dedicaba el Sr. Romano en el año 2013, afirmó que "... él se ocupaba de un taller que tiene la familia, para atender sus propios camiones ..." (testimonial filmada, ver 1'10'').

De allí que el demandado no pueda desvincularse de la actividad comercial desarrollada en la chacra, no solo porque así lo asumió expresamente en la Carta Documento obrante a fs. 316, sino que además del testimonio surge que la actividad se presentaba como una unidad comercial familiar en la que el Sr. Romano tenía participación, además de la cotitularidad dominial del inmueble, no obstante el usufructo reservado a la Sra. Mikeska.

Por otra parte, de acuerdo a la metodología de funcionamiento del Consorcio de Riego, que surge de ambos testimonios -Sr. Pelagatti y Sr. Morales- (y se condice con lo estipulado por las cláusulas 39 y 40 del Estatuto obrante a fs. 209/219vta.) cada consorcista debe limpiar el tramo de canal que se le asigna, y si no lo ejecuta oportunamente, el Consorcio lo puede realizar cargando los costos al consorcista que ha incumplido sus obligaciones.

El testigo Sr. Morales refirió que todos los años se hace la limpieza de canales por orden del Consorcio, en el mes de agosto, y que cada cual tiene sus metros para hacer la limpieza (cfr. testimonial filmada 2'10'').



Al Consorcio de Riego se le pidió que informara a estos autos si el 23 de agosto de 2013 el Sr. Romano tenía a su cargo la limpieza de los canales de riego linderos e internos de los establecimientos frutícola Las Retamas, titularidad del Sr. Mario González, aproximadamente 250 metros del canal interno de la chacra 31 lote C2.

La respuesta de la entidad fue afirmativa, -obra a fs. 221 (punto b)-, y no fue observada por ninguna de las partes.

Lo apuntado resulta relevante, en tanto lo ubicaría al demandado el día del incendio en el lugar concreto donde se habría originado el mismo, y que ocasionó los daños en la chacra del actor.

Nótese que el origen del incendio no ha sido en cualquier lugar de la chacra del Sr. González, sino en el punto observado por el perito a fs. 162vta., que coincide con la parte del canal que le correspondía limpiar al titular dominial de la chacra lindera, que valga para el caso, era el Sr. Romano.

En relación a ello, el experto afirmó que "... en cuanto al punto de referencia cartesiano del incendio, luego de haber relevado el predio, en el único lugar donde se observa daño por incendio, aparte de los frutales ya mencionados es en el tramo sur del canal comunero de riego del Consorcio a aproximadamente 15 metros al sur del partidor de agua (foto n° 5), correspondiéndole el siguiente geoposicionamiento aproximado: Latitud Sur 38°35'58.98'' y Longitud Oeste 68°19'41.17'' ...". Ello puede observarse a través de un gráfico en el informe pericial de fs. 159.

Asimismo, cabe señalar que el testigo Sr. Morales afirmó haber visto cuando un dependiente del demandado prendía fuego hojas en el canal de riego. Dijo que él "... se encontraba en el lugar ... yo pasé estaba trabajando más al fondo y el muchacho estaba limpiando adentro del canal y tenía



fuego ...". Se le preguntó quién es el muchacho y afirmó que *"... el que estaba trabajando para el Sr. Romano ..."*.

Cabe destacar que la importancia para el caso del testimonio radica no en la identificación de la persona que el testigo dice ver, sino más bien en la actividad que estaba desarrollando para el demandado, esto es la limpieza del canal.

Continuó su declaración indicando que *"... yo pasé lo vi ... ya era mediodía, me fui y en ese momento él quedó trabajando ... Después se inició, no sé qué descuido tuvo él o dejo fuego cuando se fue ... así que después ya tuvimos el desastre del incendio ..."*.

Para luego afirmar nuevamente que *"... El trabajador del Sr. Romano se puso a quemar hojas, tenía fuego ..."* (cfr. testimonial filmada, 2'01'' a 3'19'').

No obstante, la decisión sostuvo que *"... aún cuando los testigos se encuentren afectados por las generales de la ley, ello no impide que sus declaraciones resulten atendibles, pero es cierto que ello condiciona fuertemente la valoración del testimonio, pues en esa tarea la parcialidad o imparcialidad con las partes del proceso es determinante, más aun cuando no encuentran sustento probatorio en otras constancias del expediente ..."*.

Cabe señalar que los argumentos utilizados para restar eficacia probatoria al testimonio, no resultan valederos debido a que el testigo reconoció que era empleado al momento de los hechos y no así en el de la declaración.

La finalidad del interrogatorio preliminar radica en identificar al testigo, verificar si se trata de un testigo excluido por la edad o el parentesco, y valorar, en su oportunidad, la atendibilidad de su testimonio.

En relación a esto último, obsérvese que en la práctica se desechó el testimonio como si careciera de todo poder de convicción. Se le dio un tratamiento similar al del



testigo excluido por la ley, a pesar que el testigo afirmó haber visto una persona limpiando el canal y prendiendo fuego.

Ello no resulta admisible, especialmente cuando el testigo no incurre en contradicciones, es objetivo y no aparecen indicios serios de parcialidad que permitan descalificarlo.

Vale señalar que se trataba del único testimonio que podía dar cuenta del origen del incendio, en tanto el restante testigo ofrecido por el actor -Sr. Martín González-, no declaró en autos por tratarse de un testigo excluido (cfr. resoluciones de fs. 267 y 272). En la tesis del actor, estos dos testigos serían testigos presenciales que habrían estado en la chacra junto con el accionante al momento de los hechos.

Es por ello que se observa que la prueba exigida por la decisión para lograr la convicción suficiente sobre el origen del incendio, se vuelve de imposible producción.

Por otro lado, en relación a la puntual actividad desplegada para limpiar el canal, el Sr. Morales declaró que el método utilizado por el dependiente del Sr. Romano no sería adecuado.

El ingeniero Sr. Andrés Pelagatti confirmó tal afirmación, en tanto al ser consultado sobre si había habido negligencia o error humano en la producción del evento, refirió que si, porque es conocido que hay otros métodos para limpiar los canales y quienes lo realizan deben saber que un día de viento no se puede hacer con fuego (cfr. testimonial videofilmada 5').

Luego, respecto de la metodología de limpieza, dijo que cada usuario tiene distintos métodos para limpiar. En forma mecánica puede sacar las hojas y limpiar con una pala, que es el método más recomendable; y después quemando, en realidad está permitido pero se sabe que el día de viento no se puede quemar, y además hay que tener un montón de recaudos



que no los puede obviar. Todos conocen eso ..." (cfr. testimonial filmada 8'55'').

Agregó, al ser consultado si la quema de hojas era un método apropiado, que no, que no es apropiado (cfr. testimonial filmada 9'35'').

El testigo dijo que "... Justo ese año en agosto hubieron varios casos por la imprudencia de efectuar mal la limpieza de los canales ..." (cfr. testimonial filmada 10'01'').

De todo lo expuesto, se pone en evidencia que no resulta una derivación acertada la conclusión de la Cámara de Apelaciones respecto de la ausencia de todo dato objetivo relativo a que el cumplimiento defectuoso de la obligación, violando el deber de seguridad inherente al cumplimiento del contrato haya causado el incendio que produjo los daños al actor.

Como así tampoco lo afirmado respecto de la ausencia de acreditación de que el Sr. Romano haya tenido dependientes a su cargo en aquella fecha, trabajando concretamente en el inmueble.

En este último punto, conviene destacar que carece de relevancia a los fines del presente -como se dijo un trámite que persigue la demostración de daños derivados del cumplimiento de obligaciones contractuales en el marco del Consorcio- si se trataba de un dependiente, es decir un trabajador registrado para el Sr. Romano, o si quien estaba realizando la tarea lo hacía por encargo de este último bajo otro tipo de relación jurídica, o si se trataba de un dependiente de la Sra. Mikeska que por indicación de los titulares de la explotación comercial cumplía la obligación inherente a la titularidad del dominio, esto es la limpieza del canal.



En todos los casos, se encuentra acreditado que el incendio se produjo como consecuencia de la actividad que desarrolló la persona al momento de limpiar el canal de riego.

Con todo lo antedicho, tengo por acreditado que el incendio se produjo en el marco de cumplimiento de la obligación.

Por ello, no cabe más que concluir que quién limpiaba el canal respondía a quienes debían cumplir con la obligación de limpiarlo, máxime teniendo en cuenta que tampoco se ha invocado y menos aún acreditado que respondía a algún otro sujeto o entidad, de manera tal que pueda romperse el nexo de causalidad para eximir al demandado de responsabilidad.

Lo expuesto de ninguna manera implica alterar la carga probatoria que le cabe al actor, sino ponderar con sustento en la prueba producida -prueba informativa al Consorcio-, que ese mismo día el demandado debía realizar estos trabajos en la chacra del actor.

En este escenario, y conforme a las pautas de funcionamiento del Consorcio previamente señaladas, no habiendo el accionado invocado ni demostrado que la actividad la estaba realizando un tercero por orden del propio Consorcio -ajeno a sí mismo- ni tampoco acreditado que la limpieza la realizó otro tercero extraño que pudiera romper el nexo de causalidad, no cabría más que concluir que la actividad de quema de hojas -limpieza del canal- se estaba realizando en cumplimiento de la obligación inherente al contrato.

Es que a nadie más le cabía dicha obligación.

Es por ello que pierde sentido si efectivamente se trataba de un dependiente del Sr. Romano, toda vez que la atribución de responsabilidad, como se dijo, no se da en el marco del artículo 1113 primer párrafo del Código Civil de Vélez Sarsfield -responsabilidad por el hecho del dependiente-, sino por el cumplimiento defectuoso de la obligación asumida



en el marco del contrato del Consorcio de Riego (artículos 512 y 519 del Código Civil de Vélez Sarsfield).

En suma, a los fines de la determinación del vicio denunciado, se verifica que la valoración de la prueba no fue efectuada de manera integral sino solo aisladamente, centrándose en descalificar la eficacia probatoria principalmente de los dos testimonios apuntados, desechándolos sin aportar razones valederas. Ello implica ir más allá del umbral de discrecionalidad propio de la actividad jurisdiccional, que debe necesariamente otorgar razones suficientes y válidas para excluir la cuestión de la esfera subjetiva del juez e incontrolable para las partes.

Este juzgamiento individual de dicho material probatorio, omite su vinculación con los restantes, cuando correspondía ponderar en su múltiple unidad las pruebas arrimadas confrontándolas unas con las otras y todas entre sí.

Me refiero específicamente a la prueba informativa al Consorcio que confirmó que el día 23/08/13 el demandado debía limpiar el canal comunero donde se originó el incendio, el informe de bomberos que da cuenta del incendio en la fecha y en el lugar invocados por el actor (chacra del actor), la pericial de fs. 159/163vta. que ubica el lugar del incendio en el canal comunero, el acta de relevamiento de los daños de fecha 26/09/13 elaborada por personal técnico de la Dirección Provincial de Desarrollo Productivo de la Provincia del Neuquén (agregada a fs. 286/289) y corroborada por informe de dicha dependencia de fs. 158; y los testimonios de los Sres. Morales y Pelagatti, el primero de ellos que habría visto a un dependiente del Sr. Romano quemando hojas en el lugar del hecho a quien no pudo identificar. A ello se suma que fue el propio demandado quien reconoció la titularidad de la actividad frutícola llevada a cabo en la chacra al momento de contestar la carta documento agregada a fs. 316.



En resumen, valorar la prueba no es descomponer individualmente cada uno de los medios de prueba rendidos investigando si por sí solos arrojan acabada convicción aislada, por el contrario, importa entrelazarlos acumulativamente con los restantes elaborando un plexo, un tejido de hechos que se compenetran recíprocamente.

En este sentido, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no corresponde privilegiar ningún exceso ritual manifiesto en la interpretación o valoración peculiar de la prueba que pueda conducir a un fraccionamiento negativo, con el aislamiento de unos medios en relación a otros, restándole, a la sumatoria global, lo que el sentido de cada uno de ellos en particular les hace cobrar fuerza de convicción si están enlazados, en armonía totalizadora, con los restantes (cfr. Fallos: 297:100, 325:1511 y 327:5438).

En base a las consideraciones expuestas, corresponde entonces confirmar la presencia del vicio de absurdo probatorio denunciado al juzgar la inexistencia del nexo causal entre la acción que desencadenara los daños al actor y el cumplimiento defectuoso de la obligación de limpiar el canal de riego por parte del demandado.

En ese contexto, una valoración integral de la prueba producida en el expediente conlleva a reconocer la presencia del vicio de absurdo probatorio, al haber negado la eficacia probatoria de la prueba aisladamente, resultando la decisión arbitraria en perjuicio de los derechos del actor.

En orden a la recomposición del litigio -artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406-, cabe señalar que llega firme a esta instancia el encuadre jurídico dado a la relación entre las partes y a las características de la obligación de limpiar el canal que le cabía al Sr. Romano como titular del dominio de la chacra lindera, que fue calificada por la Alzada como una obligación de resultado.



De lo que se sigue que, al ser la imputación objetiva de responsabilidad, el demandado solo se liberaría con la prueba de la ruptura del nexo causal, extremo que -como ya se explicó con anterioridad- no ha acontecido en el presente.

Es que ninguna hipótesis fáctica respecto de la posibilidad de ruptura del nexo causal ha alegado el accionado al momento de contestar el traslado de la acción, más que referir que la única persona que explotaba el inmueble y que recibía beneficios económicos por dicha actividad era la Sra. Josefa Mikeska, quien -dijo- tiene a su cargo la totalidad del personal que presta funciones en el establecimiento y que lo hacía al momento del evento dañoso (fs. 89vta.).

Lo cierto es que ello resulta irrelevante a tal efecto, de cara a la asunción de titularidad de la explotación frutícola consignada en la carta documento suscripta por el propio demandado.

Es por ello que, teniendo por acreditado que el incendio se produjo en el marco de cumplimiento de la obligación contractual, y el nexo causal entre la conducta imprudente desencadenante del incendio -quema de hojas en el canal- que no fue un método adecuado para las circunstancias de tiempo y lugar en que se ejecutó dicha obligación, lo que propició el origen de un incendio en la chacra del actor; y que debe atribuírsele al demandado al momento de cumplir la prestación debida el día indicado por el Consorcio, resta determinar la existencia del daño y su extensión.

En relación a ello, el actor con sustento en un informe técnico, ha solicitado los siguientes rubros indemnizatorios: costos de destroncado, movimiento de suelos y nivelación, costos de la plantación, lucro cesante de la plantación afectada y costos de la nueva plantación hasta obtener retorno, por un total de \$1.378.544,85.- (pesos un millón trescientos setenta y ocho mil quinientos cuarenta y cuatro con 85/100), más intereses.



Partió su análisis de que se registraba un daño directo del 19% sobre la superficie total del cuadro 2 y del 50% respecto de la superficie total del cuadro 3, pero que la reconversión de las zonas afectadas debía realizarse en la totalidad de los cuadros. Ello, argumentó, en función del estrés sufrido por el resto de las plantas a causa del calor de las llamas propagadas y el requerimiento nutricional, hídrico y de luz que requieren las plantaciones nuevas, las que en convivencia con plantas adultas verían afectado su crecimiento sano.

En concepto de costo de destroncado, movimiento de suelos y nivelación, reclamó la suma de \$21.997.- (pesos veintiún mil novecientos noventa y siete), considerando el total de 2,5 hectáreas.

Asimismo, peticionó los costos de plantación para las 2,5 hectáreas correspondientes a la superficie total de los cuadros 2 y 3 afectados por el incendio, incluyendo postes, frutales y alambrado. Este rubro lo estimó en la suma de \$349.587.- (pesos trescientos cuarenta y nueve mil quinientos ochenta y siete).

Además, peticionó el lucro cesante. Alegó que éste era procedente al devenir improductiva la plantación afectada por el fuego, esto es la pérdida de ganancia y utilidad económica calculada a siete años, siendo ese plazo -dijo- el que requiere la nueva plantación para alcanzar rendimientos similares a la plantación siniestrada. En este ítem estimó el daño en \$435.414.- (pesos cuatrocientos treinta y cinco mil cuatrocientos catorce).

Adicionalmente, solicitó los costos de la nueva plantación. Alegó que debían desplegarse hasta obtener un retorno de la inversión que compense los mismos. Indicó que ese concepto refería a los costos y gastos que la plantación demandaba hasta que la misma genere un retorno del gasto que lo compense. Señaló que desde su siembra y hasta que la



producción de cada nuevo árbol logre reemplazar al quemado, deberán efectuarse gastos de mantenimiento, aplicación de agroquímicos, podas y cuidados hasta que ese árbol adquiera una madurez que le permita dar frutos, los que serán cosechados y vendidos. Este rubro lo computó en \$571.546.-.

La pericia obrante a fs. 159/164 realizada por el ingeniero agrónomo Pedro Martín Fragueiro, confirma los cálculos efectuados por el informe de parte, indicando que los costos a aquella fecha (05/10/17) por las labores de emparejar, destroncar, provisión de plantas y plantación, filas espaldera, postes y alambre ascendía a \$590.523.- (pesos quinientos noventa mil quinientos veintitrés) (cfr. respuesta 4.3, fs. 163).

Asimismo, corrobora también el perito lo afirmado en el informe respecto de la no conveniencia de la reconversión parcial de una superficie cultivada con sustento en que el requerimiento hídrico, de fertilidad de tratamientos fitosanitarios y de labores culturales de la plantación ya establecida era distinto al de la nueva plantación (cfr. punto 4.4 fs. 163).

Ahora bien, corresponde señalar que se encuentra probado en autos que el incendio afectó parcialmente a dos cuadros de la chacra, cuadro N° 2 (19%) y cuadro N° 3 (50%). Ello surge del acta de relevamiento de daños elaborada por personal técnico de la Dirección Provincial de Desarrollo Productivo de la Provincia del Neuquén (agregada a fs. 286/289) y corroborada por informe de dicha dependencia de fs. 158.

Sin embargo, el actor requiere la reconversión total de los cuadros invocando un criterio técnico, que fue ratificado por el perito en el informe agregado a fs. 159/163vta. (fs. 163, respuesta 4.4). Dichos argumentos no han sido puestos en crisis, por lo que no encuentro razones



válidas para apartarme de lo propiciado por el informe técnico.

Es por ello que corresponderá reconocer al actor por los rubros "costos destroncado, movimiento de suelo, nivelación" y "costos de nueva plantación" el monto informado por el perito, esto es \$590.523.- (pesos quinientos noventa mil quinientos veintitrés).

Por otra parte, el lucro cesante constituye la ganancia o utilidad de la que se habría visto privado el actor a raíz de las consecuencias del cumplimiento defectuoso de la obligación de limpiar el canal de riego que cabía al demandado, que derivó en el incendio y las pérdidas al actor.

Sin embargo, cabe señalar que dicho concepto implica una falta de acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiera podido obtener de no haberse producido el hecho, de modo que el reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética.

En relación a ello, se advierte que ningún dato cierto se ha aportado sobre la actividad comercial desarrollada en la chacra, previa al incendio, cuáles habrían sido los ingresos dejados de percibir, de modo tal de poder estimar objetivamente si en el caso operó esa merma patrimonial.

La ausencia de prueba alguna sobre ello deriva en el rechazo del rubro señalado.

Finalmente, reconoceré el costo de mantenimiento de la plantación hasta que ésta se vuelva productiva (costos por cinco años), tal como lo propicia el dictamen de parte, y que fue corroborado por lo informado a fs. 162vta./163.

En función de la proyección de ingresos y costos prevista a fs. 329/330 -informe cuya autenticidad fue corroborada en la declaración testimonial del Sr. Pelagatti-, corresponderá por el rubro reconocer una indemnización por la



suma de \$571.547.- (pesos quinientos setenta y un mil quinientos cuarenta y siete).

En suma, propiciaré que prospere la demanda por \$1.162.170.- (pesos un millón ciento sesenta y dos mil ciento setenta), a lo que deberá adicionarse intereses a tasa pura del 6% anual desde el hecho que ocasionó los daños al actor (23/08/13) y hasta la fecha de la pericia (05/10/17), y a partir de allí y hasta el efectivo pago los intereses deberán calcularse de acuerdo a la a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

3. En función de la solución a la que se arriba en el presente, deviene innecesario el abordaje de los restantes vicios denunciados en el recurso casatorio por parte del actor.

Sin embargo, creo oportuno hacer las siguientes consideraciones respecto del vicio de infracción legal invocado a través del artículo 15 inciso "a" de la Ley N° 1406, cuya procedencia propiciara el Sr. Fiscal General en su dictamen.

La cuestión planteada radica en determinar si la Cámara de Apelaciones luego de revocar la decisión que admitía la defensa de prescripción, debía pronunciarse sobre el progreso o el rechazo de la acción -como lo hizo-, o bien debía reenviar la causa a primera instancia para que el Juez se pronuncie sobre el mérito de la causa.

En relación a ello, el actor argumentó que la Cámara de Apelaciones, al haber dictado sentencia, violaría los artículos 271, 277, 164 y 34, inciso 4, del CPCyC.

Señaló que no se habría respetado la naturaleza del recurso presentado, en violación a los artículos 271 y 277 del ritual, al asumir como propias facultades que le son prohibidas, como la de resolver sobre temas que su parte -única apelante- no habría planteado.



Explicó que sus agravios radicaron en todo el marco de principios protegidos como ser el de congruencia, derecho de defensa en juicio, defensa irrestricta de la doble instancia de evidente rango constitucional -dijo y citó el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional-.

Cuestionó la decisión que avanzaría en el dictado de una sentencia sobre el fondo del asunto, sin motivar ni fundar dicha parte del fallo, sin perjuicio de que debía remitir el expediente a primera instancia a los fines del dictado de la sentencia.

Expresó que lo resuelto implicaría una verdadera "reformatio in peius", debido a que no obstante haber resultado exitosa su apelación respecto de la excepción de prescripción, se rechazó la acción intentada.

Como puede observarse, el asunto aquí traído involucra cuestiones procesales inherentes a la función jurisdiccional del Tribunal de Alzada, sus facultades y límites, y los derechos de los litigantes desde la perspectiva del debido proceso, como principio constitucional y convencional.

Este análisis supone el examen de las limitaciones legales impuestas por la normativa procesal -artículos 271 y 277 del CPCyC- como así también los principios involucrados en la materia, lo que me lleva a realizar un análisis desde dos aristas.

La primera de ellas, desde la competencia y facultades legalmente asignadas a la Cámara de Apelaciones para decidir; y por otro lado, desde el debido proceso constitucional y convencional (artículos 18 de la Constitución nacional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En relación a la competencia del Tribunal de Alzada, es sabido que ésta deriva de la máxima "*tantum devolutum quantum appellatum*".



El artículo 271 del CPCyC establece que "... El Acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del Tribunal o los de la Sala correspondiente -según el caso- y del secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto, el que se emitirá sobre cada una de las cuestiones sometidas a decisión ...".

Por su parte, el artículo 277 del mismo cuerpo normativo contempla en relación a los poderes del tribunal que "... no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones relativas derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia ...".

En relación a ello, este Tribunal Superior de Justicia ha expresado al momento de interpretar el alcance de dichas normas que "... las potestades del Tribunal de Alzada, acorde con la función revisora de la sentencia, quedan circunscriptas a las materias litigiosas postuladas al Juez decisor en primer término, en íntima correlación con el alcance y extensión de los agravios de los justiciables ..." (Acuerdo N° 26/21 "González", del registro de la Secretaría Civil).

Es que "... en apelación el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura ..." (Calamandrei, Piero, *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, t. I., p. 301; citado en Acuerdo N° 26/21 "González", del registro de la Secretaría Civil).



En línea con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en pacífica jurisprudencia que la jurisdicción de las Cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que prescindir de tal limitación –resolviendo cuestiones que han quedado firmes– infringe el principio de congruencia, que se sustenta en los derechos de propiedad y defensa en juicio (cfr. Fallos: 230:478, 231:222, 248:577, 268:323, 301:925 y 338:552).

Así, se pone en evidencia que en tales disposiciones y su interpretación se encuentran comprometidos los principios dispositivo y de congruencia, que describen dos de los rasgos más salientes de nuestro sistema procesal civil.

La doctrina procesalista ha establecido que *"... si el recurso "devuelve" la jurisdicción al tribunal de Alzada, como se dice con vocablos impropios, aunque idea exacta, las normas restrictivas de la competencia de este último deben ser expresas y no a la inversa ..."* (Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, Ediar, Segunda edición, 2009, p.207).

Llevadas estas apreciaciones al caso en examen, se advierte que el recurrente no ha demostrado el agravio concreto invocado.

En efecto, desde esta primera arista el derecho de defensa de las partes no se ha visto restringido, en tanto la parte recurrente pudo ejercer su derecho a ser oído, produjo la prueba ofrecida y tuvo la posibilidad de controlar la restante prueba producida, alegar sobre ella, en el marco de un proceso desarrollado al amparo de la legislación vigente.

Por otro lado, la cuestión involucra también otra faceta del debido proceso constitucional y convencional.



Este enfoque hace necesario traer a colación lo apuntado por el Sr. Fiscal y que encuentra sustento en algunos antecedentes de este Tribunal Superior de Justicia.

El dictamen que propicia la procedencia del recurso por haber constatado el vicio de violación a la ley denunciado, cita antecedentes tanto de la Secretaría de Demandas Originarias como de la Secretaría Civil, en los que se habría reenviado la causa a los efectos del dictado de la sentencia (Acuerdos N° 103/18 "Oyanarte" y N° 56/19 "Alfaro", del registro de la Secretaría de Demandas Originarias; Acuerdos N° 55/07 "Epullan", N° 19/09 "Quintulaf", N° 1/15 "Campos" y N° 13/18 "Vilches", del registro de la Secretaría Civil).

En el caso de "Campos" y "Vilches" se observan dos sentencias en el mismo sentido -acogimiento de la defensa de prescripción- y este Tribunal Superior de Justicia a través de los citados Acuerdos revocó tales decisiones.

Para así decidir, este Cuerpo entendió que revocar la sentencia en la etapa extraordinaria del trámite, y dictar una nueva sentencia afectaba los derechos de los litigantes, en tanto ningún juez previamente había hecho mérito de la prueba, ni se había pronunciado sobre la pretensión intentada.

Se consideró que de hacerlo en la etapa extraordinaria, se privaría a las partes de impugnarlo según el mecanismo dispuesto en el ordenamiento procesal civil (cfr. Acuerdos N° 55/07 "Epullan" y N° 19/09 "Quintulaf" -antes citados-, del registro de la Secretaría Civil).

Asimismo, se aludió -con cita de doctrina especializada- a que el derecho al recurso se encontraba comprendido dentro de la garantía constitucional del debido proceso legal (artículos 21, 63 y concordantes de la Constitución provincial, 75, inciso 22, de la Constitución nacional, y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos



Humanos (cfr. Acuerdo N° 1/15 "Campos" -ya citado-, del registro de la Secretaría Civil).

También se dijo que en el ámbito local el legislador ha estructurado el proceso civil sobre la base de una doble instancia ordinaria, a la que se añade una extraordinaria. Se señaló que *"... si la reglamentación legal del derecho a recurrir la sentencia definitiva ha contemplado este derrotero, no agotarlo -en la especie- conllevaría una lesión al derecho de las partes a un debido proceso. Ello, se reitera una vez más, dado que en el particular supuesto de autos -favorable acogida de la excepción de prescripción- las instancias anteriores nunca hicieron mérito ni se pronunciaron sobre el debate de fondo. De hacerlo en esta ocasión, se privaría a las partes de impugnarlo según el mecanismo dispuesto en el ordenamiento procesal civil ..."* (cfr. Acuerdo N° 1/15 "Campos" -ya citado-, del registro de la Secretaría Civil).

Además se expresó que *"... de seguirse la alternativa contraria, también se provocaría un menoscabo al derecho de las partes a un trato igualitario ante la ley ..."*.

En el supuesto de los antecedentes de la restante Secretaría de este Tribunal Superior de Justicia, conviene señalar que el derrotero procesal y el análisis respecto del cumplimiento del derecho al debido proceso, no resultaría aplicable al presente, en tanto la especial competencia asignada por la Ley N° 2979 -cuyo artículo 10 modifica el artículo 4 de la Ley N° 1305-, determinan la particularidad de aquel trámite y de la competencia de la respectiva Sala de este Tribunal Superior de Justicia, que se aleja de la función casatoria y extraordinaria prevista en la Ley N° 1406.

Los antecedentes señalados tramitados por ante la Secretaría Civil difieren del presente, porque en el caso en examen hay una sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones que valora la prueba y se pronuncia sobre el mérito de la



causa, resolviendo la cuestión litigiosa, lo que no aconteció en aquellos.

Ahora bien, me parece oportuno también señalar que la excepcional facultad de reenvío de la causa a fin de que otro Tribunal dicte la sentencia, o se pronuncie sobre algún aspecto de ésta, solo está asignada legalmente a este Tribunal Superior de Justicia, en tanto el artículo 21 de la Ley N° 1406 prevé que cuando éste lo acogiera -al recurso- casará la sentencia e inmediatamente dictará la que corresponda, resolviendo el litigio, y en caso de que fuera imposible componerlo positivamente enviará los autos a otro Tribunal para que lo decida nuevamente.

Es decir, no es una facultad que esté otorgada por la ley a las Cámaras de Apelaciones, por el contrario, ninguna norma procesal le confiere tal facultad.

En el punto, cabe señalar que la reforma operada por la Ley N° 22434 al Código de Procesal Civil y Comercial nacional, incorporó un párrafo al artículo 253, que siguió la pauta de la doctrina y jurisprudencia imperante, al establecer la prohibición de reenvío en los supuestos en que se declare la nulidad.

Así, se receptó en el segundo párrafo del citado artículo que *"... si el procedimiento estuviera ajustado a derecho y el tribunal de Alzada declarase la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio ..."*.

Dicho agregado no está previsto en la legislación local.

En este sentido, conviene destacar que el reenvío tiene la particularidad de dilatar la culminación del proceso, por lo que razones de economía y celeridad procesales imponen la necesidad de que ello sea dispuesto excepcional y fundadamente, con extrema prudencia, de modo tal de no afectar a los litigantes con la prolongación indebida de los tiempos,



lo que sin duda no se ajusta a una adecuada prestación del servicio de justicia.

De todos modos, ello no obsta que muy excepcionalmente, y sólo cuando la Cámara de Apelaciones no se encuentre en condiciones de dictar sentencia puedan hacerlo, debiendo fundar dicha imposibilidad.

Por su parte, corresponde señalar también que, de manera contraria a lo afirmado por el recurrente, la doble instancia en materia civil no es un imperativo constitucional, salvo cuando las leyes específicamente la establecen (cfr. Fallos: 310:1424 y sus citas).

Así pues, los defensores del tránsito por la doble instancia, por sobre una instancia única, han destacado tres líneas de argumentos, de manera de mostrar el tránsito por múltiples instancias como una garantía para el justiciable. Refieren a que la reiteración del juzgamiento disminuye la posibilidad de error, el juez superior se presentaría como más potenciado que el inferior, y dos órganos distintos ofrecen mayor seguridad (cfr. Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los Recursos Ordinarios*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2ª edición, 2004, p. 98 -el autor cita la obra de Giuseppe Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*-).

En el caso, -como se adelantó- no se ha soslayado el tránsito por la instancia de grado, por el contrario, el Juez de primera instancia determinó la procedencia de la defensa de prescripción en oportunidad de dictar sentencia definitiva, una vez transcurrida toda la etapa probatoria, desplazando la fundabilidad del reclamo por el acogimiento de la excepción. La Cámara de Apelaciones se pronunció sobre los extremos de la pretensión intentada.

Y, asimismo, a la luz de lo acontecido en autos, ha habido un doble juzgamiento, que se pone en evidencia con el resultado acontecido en esta etapa extraordinaria.



Es por ello que teniendo en consideración los argumentos esbozados, no se advertiría en el caso la infracción legal denunciada.

En síntesis, es dable destacar que a pesar de la invocación de afectación a principios tales como de congruencia y dispositivo que hacen a la esencia de los agravios introducidos por el recurrente, no se ha demostrado una real afectación del derecho al debido proceso.

Es por ello que contrariamente a lo alegado por el Sr. Fiscal, en el particular, examinado el derrotero procesal, no se acreditaría el vicio denunciado. Ello sin perjuicio de estimar que el tratamiento del particular resulte innecesario, en función de lo precedentemente resuelto.

III. En relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a este Acuerdo, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de las instancias de origen e imponer las costas de las tres instancias al demandado vencido (artículos 12, Ley Casatoria, y 68 y 279, CPCyC).

IV. En virtud de ello, propondré al Acuerdo: **1. Declarar procedente** el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor (fs. 396/414) y, en consecuencia, **casar** la sentencia de la Cámara de Apelaciones (Sala II), al haberse constatado el vicio de arbitrariedad por absurdo probatorio (fs. 384/393vta.). **2.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, **recomponer** el litigio, revocando la decisión recurrida y haciendo lugar a la demanda deducida por el Sr. Mario Alberto González contra el Sr. Daniel Alberto Romano, condenando a este último al pago de la suma de \$1.162.170.- (pesos un millón ciento sesenta y dos mil ciento setenta), más intereses, de acuerdo a lo indicado en el considerando respectivo, en concepto de indemnización por daños y perjuicios (artículos 512 y 519 del antiguo Código Civil). **3.** Imponer las costas de las tres instancias al demandado en su condición de vencido (artículo 12, Ley



Casatoria, y 68 y 279, CPCyC). **4.** Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios realizadas en las instancias de origen, y regular los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada y en la etapa casatoria en un 35% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia (artículo 15, Ley N° 1594). **MI VOTO.**

El señor Vocal doctor **Roberto Germán Busamia** dice: Comparto las consideraciones formuladas por el doctor Evaldo Darío Moya y la conclusión a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°) Declarar PROCEDENTE** el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor (fs. 396/414) y, en consecuencia, casar la sentencia de la Cámara de Apelaciones (Sala II), al haberse constatado el vicio de arbitrariedad por absurdo probatorio (fs. 384/393vta.). **2°)** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, **RECOMPONER** el litigio, revocando la decisión recurrida y haciendo lugar a la demanda deducida por el Sr. Mario Alberto González contra el Sr. Daniel Alberto Romano, condenando a este último al pago de \$1.162.170.- (pesos un millón ciento sesenta y dos mil ciento setenta), más intereses, de acuerdo a lo indicado en el considerando respectivo, en concepto de indemnización por daños y perjuicios (artículos 512 y 519 del antiguo Código Civil). **3°) IMPONER** las costas de las tres instancias al demandado vencido (artículo 12, Ley Casatoria, y 68 y 279, CPCyC). **4°) DEJAR SIN EFECTO** las regulaciones de honorarios realizadas en las instancias de origen y **REGULAR** los honorarios de los letrados intervinientes ante el Tribunal de Alzada y en la etapa casatoria en un 35% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponde por su actuación en idéntico carácter en primera instancia (artículo 15, Ley N° 1594). **5°) ORDENAR** registrar y



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

notificar esta sentencia y, oportunamente, remitir el expediente a origen.

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. EVALDO D. MOYA
Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO - Secretario