

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “**OLIVERA, PATRICIO y otros c/ ADMINISTRACION NACIONAL DE USINAS Y TRASMISORES ELÉCTRICOS – DAÑOS Y PERJUICIOS**” - IUE 2-3581/2017, venidos a conocimiento de este Tribunal por virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia N° 57/2019 (fs. 588 a 591) y contra la interlocutoria N° 3070/2018 (fs. 541) dictadas por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4º Turno, Dr. Carlos Aguirre.

**RESULTANDO:**

1) Por la recurrida - a cuya relación de antecedentes procesales útiles se hace remisión por ajustarse a las resultancias de autos – se desestimó la demanda con costas de cargo de la perdidosa.

2) Contra dicha decisión se alzó la actora, interponiendo recurso de apelación y articulando los agravios que surgen de fs. 592 a 609.

En lo medular, y sucintamente, enumeró sus agravios en que la apelada: no fundó porque rechazó la pretensión principal de que UTE se ajuste a la cota de expropiación; no se consideraron las consecuencias del hecho admitido de que UTE ha mantenido la altura del lago por encima de dicha cota; no analizó la prueba rendida por ambas partes ni la presunción en contra de la accionada; desconoció la legitimidad de reclamar *an debeat* y prescindió de analizar los supuestos configurativos de la responsabilidad en el caso.

Desarrollando tales agravios postuló que la atacada se apartó del principio de congruencia, ya que la demanda contenía una pretensión de mantener los niveles hídricos del lago hasta la cota de expropiación (cota 80m) y adecuación de los



protocolos de manejo de la represa en consecuencia y una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, consistentes en lucro cesante o pérdida de la chance y daño emergente, estableciendo el *an debeatur* y las bases de la liquidación, siendo que en la apelada nada se estableció respecto a la primera de las pretensiones, salvo en cuanto aludió a lo actuado en la audiencia preliminar, lo que dificulta controvertir el rechazo de dicha pretensión.

Entendió probados los hechos expuestos en la demanda, y señaló la existencia de hechos no controvertidos por la contraria, respecto de los cuales rige el art. 137 CGP. Entre éstos reseñó y analizó, conforme a las pruebas rendidas, las ilegítimas inundaciones, el manejo arbitrario de los vertederos, haciendo caudal, en cuanto a este punto, del hecho nuevo y prueba respectiva, rechazados en la instancia anterior.

Defendió la posibilidad, teórica y legal, de solicitar condena en *an debeatur*, por lo cual y conforme a los hechos que acreditó, nada impedía y era deber legal, que la atacada se pronunciara expresa y fundadamente en cuanto a este aspecto.

También imputó a la apelada guardar silencio sobre la existencia de los elementos configurativos de la responsabilidad extracontractual de UTE, los que analizó, así como la prueba que respaldaba su existencia, y señaló que el hecho de la naturaleza, alegado al contestar, como caso fortuito o fuerza mayor no es tal, desde que la contraria tiene a su alcance prever las lluvias y el caudal de agua de la cuenca, y mantener la cota del lago en el nivel deseado, lo que descarta la nota de imprevisibilidad.

Señaló el trato desigual brindado por la sentencia de la instancia anterior a ambas partes, haciendo caudal de falta de colaboración de la demandada en el diligenciamiento de la prueba y no dando cumplimiento a intimaciones que se le practicaran, lo que ingresa en la previsión del art. 142.2 CGP, no haciendo valer la Sede *a quo* la presunción en él establecida.

Finalmente le agravió la condena en costas, habida cuenta de la conducta de su parte durante la preparación y desarrollo del presente, que resulta incompatible con la calificación de culpable ligereza.

**3)** La contraparte evacuó el traslado conferido, abogando por la confirmatoria en los términos de fs. 612 a 641.



4) Por providencia N° 2093/2019 (fs. 642) se franqueó la apelación contra la sentencia definitiva y contra la interlocutoria, y elevados los presentes a este Tribunal (fs. 645), fueron recibidos el pasado 28 de agosto (fs. 645 vto.).

Completado el estudio de precepto, se resolvió dictar la presente decisión.

### **CONSIDERANDO:**

I) El Tribunal dictará decisión anticipada al amparo del art. 200.1 CGP, y con el voto coincidente de sus integrantes (art. 61 de la Ley N° 15.750), acordó confirmar por otros fundamentos la interlocutoria apelada, y confirmar parcialmente la definitiva, por los fundamentos que pasa a exponer.

II) En cuanto a la apelación de la interlocutoria dictada en audiencia complementaria de fs. 539 a 544, es de señalar que tanto la apelante, como la providencia de franqueo, hicieron referencia a la interlocutoria N° 3070/2018, y surge del acta respectiva, que por dicha providencia se desestimó el recurso de reposición y en cuanto a la apelación subsidiaria se hizo caudal del efecto diferido conforme al art. 147 CGP.

También surge de la audiencia indicada que, correctamente la apelante, dedujo recurrencia contra la providencia N° 3068/2018 que no hizo lugar al hecho nuevo alegado en la misma audiencia y prueba que acompañaba.

Adicionalmente, del cuerpo del escrito de apelación, surge que los agravios del apelante guardan relación con la última providencia citada, por lo cual, a fin de evitar un excesivo rigorismo formal y privilegiando la doble instancia, se tendrá por apelada y franqueada la apelación contra la interlocutoria N° 3068/2018 que no hizo lugar al hecho nuevo alegado.

Y en cuanto a los mentados agravios dirigidos a la interlocutoria, es de verse que los mismos se esgrimieron conjuntamente con los expresados en relación con la definitiva, y en apoyo de ambas revocatorias peticionadas.

Para la Sala los agravios respecto de este rechazo debieron dirigirse, concretamente, a defender la admisión del hecho nuevo.

De todas formas, corresponde confirmar la interlocutoria en cuestión, dado que, según se dijo, el hecho nuevo fue alegado en oportunidad de la segunda audiencia complementaria convocada, y el art. 341 num. 2 CGP, en redacción dada



por Ley 19.090, en lo que aquí interesa, dispone que la alegación de hechos nuevos conforme al art. 121.2 CGP y la proposición de nuevos medios de prueba que refieran a los mismos, deben alegarse en la audiencia preliminar, agregando la norma que *“Con posterioridad a este momento no podrán alegarse hechos nuevos anteriores a la audiencia preliminar.”*

Surge del acta de fs. 317 y ss. que la audiencia preliminar se celebró el 24/10/2017, y el hecho nuevo denunciado por la actora a fs. 539 estaba constituido por *“...la resolución del directorio de UTE del 4/9/2014...”*, con lo cual era anterior a la preliminar, y su alegación, conforme al artículo citado, debió realizarse en la audiencia preliminar, fundamento por el cual, se confirmará la interlocutoria apelada.

**III)** Partiendo de tales supuestos se ingresará al sector de la pretensión que refiere a la condena en hacer, consistente en respetar los límites de las expropiaciones, no inundando más allá de la cota 80 m y adecuando los protocolos de manejo de la represa en consecuencia.

En su defensa la accionada, básicamente, sostuvo que no era posible garantizar que el embalse no supere la cota antedicha por razones de fuerza mayor o causas fortuitas, derivadas de un tema climático y de lluvias que afecten la zona y los afluentes o integrantes de la cuenca del Río Negro.

También resulta relevante señalar que la demandada no controvertió que la cota superaba los 80 m en determinados períodos, según sostuvo a fs. 238 vto.-239, como admitió también el Ing. Eléctrico Pablo Vogel, Gerente del Sector Programación de Operación de la demandada, en su declaración de fs. 533 a vto., quien manifestó, además, que el día en que prestaba declaración la cota se encontraba en 80,31 m.

El hecho que en oportunidades la cota superó los 80 m., también fue declarado por los restantes testigos, todos funcionarios de UTE, Ing. Ind. Tozzo, Ings. Civiles Patrone y Plat (fs. 532 a 534 vto.).

Si bien es exacto, como sostuvo la accionada, que la lluvias inciden en el nivel de la cota, no puede desconocerse que surge del Memorandum 16/16 de la Gerencia de Área Planificación de UTE, obrante a fs. 371, que *“El Despacho Nacional de Cargas, con la utilización de reglas operativas apropiadas, es capaz de operar todo el Sistema Eléctrico Nacional respetando la restricción de no superar la cota de 80 metros.”*, con lo cual mal puede sostenerse que la altura de la cota configure caso



fortuito o fuerza mayor.

Conforme a lo anterior el Tribunal revocará la desestimatoria de este sector de la pretensión y condenará a la demandada a mantener los niveles hídricos de la represa Rincón del Bonete hasta la cota de expropiación (cota 80).

**IV)** En cuanto a la condena en daños y perjuicios consistentes en daño emergente y lucro cesante, y en subsidio de este último pérdida de la chance, para la Sala el punto no radica en establecer si nuestro sistema procesal habilita o no la condena en *an debeatur*, lo que a todas luces resulta posible, sino determinar, si en el caso concreto, la actora cumplió con la carga que le impone el numeral 4 del art. 117 CGP, esto es con la narración precisa de los hechos, conforme con la teoría de la sustanciación que consagra la norma.

En el caso, la accionante se limitó a señalar a fs. 160 vto.-161 que los “...perjuicios varían en relación a la producción que se realice en cada campo, no correspondiendo a esta instancia cuantificar el monto del daño generado a cada compareciente. Similar consideración merecen los perjuicios generados a los linderos, afectados por las inundaciones provocadas por UTE, cuya representación hemos asumido a partir de lo dispuesto por el art. 42 del CGP.”

Pues bien, para el Tribunal sí ingresa en la citada teoría de la sustanciación indicar los elementos de hecho que permitan establecer, a la luz de las probanzas rendidas, si procede o no acoger la condena en *an debeatur* solicitada.

Así, a vía de ejemplo, debió indicarse número de hectáreas afectadas en cada caso, producción a la que se destinaban, períodos de las afectaciones.

Ello por cuanto dicha formulación es acorde con el principio de defensa del demandado y el principio de congruencia, no siendo un dato menor que el art. 378 CGP, corolario natural de una condena en *an debeatur*, solo habilita a establecer la suma líquida de la condena, pero no la existencia o no de los perjuicios concretos.

Por otra parte no puede dejar de señalarse que en el caso ventilado ante el Homólogo de 7º Turno y resuelto por sentencia N° 314/2006, citada a fs. 160 y vto., la allí accionante indicó producción a que se dedicaba el campo, el número de hectáreas afectadas y el período aproximado de la inundación y existió condena en suma líquida, con lo cual sus conclusiones no resultan trasladables al presente sin más.



V) Finalmente a la apelante le agravió la condena en costas a su parte recaída en la instancia anterior.

Como ha sostenido, reiteradamente el Tribunal, desde su anterior integración, en Sentencia N° 244/2008:

*“Como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia incluso del propios Tribunal la condena en costas y costos en la sentencia definitiva de conformidad con el art. 56.1 del Código General del Proceso, se remite a lo dispuesto en el art. 688 del Código Civil.*

*La fórmula de esta norma consagra una situación absolutamente nítida de responsabilidad subjetiva, a tal punto que, cada uno de los tres grados de responsabilidad procesal que en él distinguen, la buena fe, la ligereza culpable, la malicia que merece la nota de temeridad, coinciden de manera bastante simétrica con los tres grados de responsabilidad general, la buena fe, la culpa y el dolo...”*

Y partiendo de tal supuesto, no se advierte culpable ligereza en el actuar de la actora que amerite la condena en costas recaída en la instancia anterior por lo cual se la revocará.

**VII)** La correcta conducta de las partes y revocatoria parcial adelantada no ameritan la imposición de especiales condenas en este grado(arts. 688 C.C. y 56 y 261 C.G.P.).

Por los fundamentos expuestos, normas citadas y lo dispuesto por los arts. 197, 198 y 257 del C.G.P., el Tribunal **F A L L A:**

**CONFÍRMASE POR OTROS FUNDAMENTOS LA INTERLOCUTORIA APELADA.**

**CONFÍRMASE LA SENTENCIA DEFINITIVA, EXCEPTO EN CUANTO DESESTIMÓ LA CONDENA A HACER, EN LO QUE SE LA REVOCA Y EN SU LUGAR SE CONDENA A LA DEMANDADA A MANTENER LOS NIVELES HÍDRICOS DE LA REPRESA RINCÓN DEL BONETE HASTA LA COTA DE EXPROPIACIÓN (COTA 80 M) Y EN LA CONDENA EN COSTAS IMPUESTA A LA ACCIONANTE, EN LO QUE SE LA REVOCA Y EN SU LUGAR SE ESTABLECE QUE LAS COSTAS DEL GRADO ANTERIOR CORRAN EN EL ÓRDEN CAUSADO.**



**SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN LA INSTANCIA.**

**HONORARIOS FICTOS: \$ 30.000.**

**NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.**

DRA. NILZA SALVO – DRA. TERESITA MACCIÓ – DRA. BEATRIZ VENTURINI -  
MINISTRAS.

ESC. ROSARIO FERNANDEZ – SECRETARIA LETRADA.

