

//tencia No. 132

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

Montevideo, siete de mayo de dos mil quince

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "D., K. Y OTROS C/ INTENDENCIA DE CANELONES Y OTRO - REPARATORIO PATRIMONIAL POR RESPONSABILIDAD ADM. POR OMISIÓN - DAÑOS Y PERJUICIOS - CASACIÓN", IUE: 180-83/2005, venidos a conocimiento de esta Corporación, por mérito al recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia Definitiva DFA-0005-000234/2014 SEF-0005-000049/2014, dictada el 2 de abril de 2014 en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do. Turno.

RESULTANDO:

1º) Que por la referida decisión el órgano de segundo grado falló declarando mal franqueada la apelación del rechazo de la excepción de caducidad. Revoca la sentencia apelada y en su lugar, desestima la demanda. Sin especiales condenas procesales (fs. 629/637).

Por su parte, el pronunciamiento de primer grado, emanado del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3er. Turno, por Sentencia Definitiva DAU-0465-000350/2013 SEF-0465-000051/2013 del 20 de junio de 2013

declaró la falta de legitimación pasiva del co-demandado Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Acogió parcialmente la demanda y en su mérito condenó a la Intendencia Municipal de Canelones al pago de U\$S15.000 por concepto de daños y perjuicios más intereses legales desde la demanda hasta su efectivo pago (fs. 572 a 580 vto.).

2º) A fs. 641 y ss. los actores interponen recurso de casación señalando que en el caso se reclamaron tres faltas de servicios: la inexistencia de calles, de que el padrón estaba enclavado frente al mar en una zona sin calles; que dicha zona era inundable; y el deterioro y riesgo de la finca por el cambio de cauce del Arroyo Solís Grande, aspectos que fueron acreditados en autos.

Señalan que la Intendencia de Canelones incumplió con las obligaciones derivadas de la Ley de Centros Poblados No. 10.723 así como con las impuestas por la Ley No. 9.515, al no efectuar la apertura de las calles de acceso al padrón de los accionantes, así como tampoco ejecutar las obras de mantenimiento necesarias para evitar que el predio de los actores sufriera inundaciones y los deterioros que provocó el cambio de cauce del Arroyo Solís Grande.

En cuanto a la inexis-

tencia de calles, los recurrentes plantean que realizaron varios trámites solicitándole a la I.M.C. que se construyera un acceso a la vivienda, lo que está dentro de la competencia de la Comuna según la Ley de Centros Poblados (No. 10.723 de 21/4/1946 en la redacción otorgada por la Ley No. 10.866 de 25/10/1946), así como por la Ley No. 9.515 de 28/10/1935 "Ley Orgánica Municipal", art. 35 numerales 25 y 38.

Señalan asimismo que en autos quedó debidamente acreditada la omisión administrativa, el daño, así como la relación causal entre ambos.

Respecto a que dicha zona era inundable indican que tal extremo surge de la declaración coincidente de los testigos propuestos, así como de la circunstancia de que a pesar de los trámites para encontrar una solución tanto la Intendencia como el Ministerio fueron omisos, lo que llevó al deterioro del inmueble.

Sostienen que la Comuna ha incumplido con el art. 35 numeral 17 de la Ley Orgánica Municipal que determina que en ningún fraccionamiento hayan predios privados inundables, coincidente con la Ley de Centros Poblados (Nos. 10.723 y 10.866, art. 13 nral. 3°).

En cuanto al deterioro y

riesgo de la finca por el cambio de cauce del Arroyo Solís Grande, señalan que no son hechos fortuitos, imprevisibles e irresistibles sino totalmente previsibles, ya hace muchos años se comenzaron las gestiones para evitar que sucediera, advirtiéndole a la Intendencia de Canelones y al M.V.O.T.M.A.

Es la existencia de un daño causado directamente por el acto o hecho administrativo requisito esencial para que exista responsabilidad.

En definitiva, solicitan que se haga lugar a la demanda en todos sus términos (fs. 645 vto.).

3º) Que, conferido traslado, fue evacuado por el representante de la co-demandada Intendencia de Canelones y la representante del M.V.O.T.M.A., quienes solicitaron que se confirme en todos sus términos la Sentencia No. 234/2014, indicando esta última que en caso de revocarse, se la absuelva de toda responsabilidad, por carecer de legitimación pasiva respecto del reclamo de autos, sin perjuicio de acogerse la excepción de caducidad interpuesta (fs. 650 a 652 vto. y fs. 654 a 670 respectivamente).

4º) Por Interlocutoria del 3 de junio de 2014, el Tribunal concedió el recurso de casación interpuesto y la elevación de los autos para

ante esta Corporación, donde fueron recibidos el día 17 de julio de 2014 (cfme. nota de fs. 677).

5º) Conferida vista al Sr. Fiscal de Corte en Dictamen No. 03136, sostuvo que el recurso en vista no podrá prosperar, por lo que corresponde su rechazo (fs. 680 y 681).

6º) Previo pasaje a estudio, se acordó sentencia en forma legal (Auto No. 1505, del 27 de agosto de 2014, fs. 683).

7º) Atento a que el Sr. Ministro Dr. Julio César Chalar cesó en su cargo el día 5 de noviembre de 2014, se procedió a la correspondiente audiencia de integración, recayendo el azar en la Sra. Ministra Dra. Alicia Castro (fs. 686 y 692).

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia, integrada y por mayoría legal, considera que procede anular la recurrida en los aspectos que se enunciarán.

II) En primer lugar corresponde señalar que la recurrente en casación no expresó agravios relativos a la ausencia de condena del Ministerio de Transporte y Obras Públicas derivada de la falta de legitimación activa dispuesta en primera instancia.

En su mérito, y pese a

entender que la responsabilidad relativa a los daños y perjuicios derivados de las consecuencias acaecidas en la vivienda por el cambio de cauce del Arroyo Solís Grande corresponde por mitades a ambas administraciones co-demandadas, solamente se hará lugar respecto de la Intendencia de Canelones por la referida ausencia de agravios útiles respecto del M.V.O.T.M.A.

III) De autos surge plenamente acreditado que el padrón propiedad de los actores se encontraba debidamente incluido en el plano de fraccionamiento del Balneario Jaureguiberry de 1937, realizado por el Agrimensor Néstor Silvera, por lo que eran aplicables a su respecto las exigencias previstas por la Ley No. 9.515 (cfme. pronunciamiento de primera instancia, considerando 4, fs. 577).

Asimismo, surge probado que el inmueble se encontraba enclavado en una zona inundable, sin acceso por vías públicas transitables (a 200 mts. se encontraba la calle más cercana), lo que generó los perjuicios regulados en el fallo de primera instancia, relativos a la imposibilidad de uso normal de la finca por parte de los actores. Si se coteja esta realidad con el plano de fraccionamiento del balneario resulta absolutamente claro el incumplimiento de sus cometidos por la Intendencia, impuestos por la Ley No. 9.515.

Conforme reiteradamente ha señalado la Corte la responsabilidad del Estado es subjetiva. Responde cuando el servicio no ha funcionado, ha funcionado mal o tardíamente, e indirectamente cuando se configura falta personal de sus funcionarios, ya sea por la violación de una regla de derecho o por culpa, siendo menester constatar la ocurrencia del daño reclamado y el nexo causal existente entre éste y la supuesta falta de servicio o su mal funcionamiento. El daño debe estar vinculado al comportamiento del obligado. La conducta de uno -acción u omisión-, debe ser la causa eficiente o productora del evento dañoso que sufre el otro. El daño debe ser consecuencia directa del hecho del ofensor (Cf. Gamarra, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, Vol. 1, págs. 309-310) (Sentencia No. 125/95, entre otras).

El plano de fraccionamiento del Balneario Jaureguiberry, -donde se ubica el bien propiedad de los actores- levantado en julio de 1937 por el Agr. Néstor Silvera e inscripto en la Dirección General de Avalúos con el No. 185 el 19 de julio de 1937 (fs. 1) fue exhibido al testigo Ing. Agr. F. L. -quien se desempeñaba como Sub Director General de Urbanismo de la Intendencia de Canelones- expresando que el mismo había sido aprobado "... en esas condiciones, como otros tantos de la Costa de Oro y de la ciudad de

la Costa de Canelones (fs. 342)" (fs. 420 vto.). Y no obstante admitir que las referidas tareas de realización, conservación y reparación de las calles corresponde a la Intendencia, expresa que la situación de autos no habría sido solucionada por "...la capacidad de respuesta económica que los municipios de Canelones en los últimos 60 años, para responder a las carencias de infraestructura que los vecinos reclaman y...siempre se ha priorizado con criterios en función de la necesidad y disponibilidad" (fs. 421).

En función de ello, resulta claro que estaba dentro de los cometidos de la Intendencia de Canelones proyectar las calles y caminos vecinales y departamentales, así como su reparación y arreglo (art. 35 de la Ley No. 9.515, numerales 25 y 38), por lo que al no haberlo realizado, hace nacer su responsabilidad por falta del servicio confiado a su gestión y dirección.

En ese contexto, resulta ajustado a derecho el razonamiento de primera instancia, cuando señaló que de acuerdo a los cometidos legales de la Ley de Centros Poblados y Ley Orgánica Municipal, le correspondía al municipio, subdividir predios, así como aprobar el trazado, apertura y mantenimiento de caminos o calles. Competencia exclusiva y reservada a los Gobiernos Departamentales, que de acuerdo al principio

de especificidad, se debe ceñir todo organismo público, sin poder excusarse -como aconteció en autos-, en la falta de recursos financieros.

Asimismo, y en cuanto al segundo aspecto objeto de agravio en este mismo *item*, surge de la probanza de autos que el inmueble además de encontrarse sin acceso directo a vías de tránsito público, se encontraba en zona inundable, tal como se desprende del relevamiento fotográfico obrante en autos de fs. 4 vto./5 vto. y fs. 95/108 vto. y de las declaraciones testimoniales de las Sras. V. a fs. 400, K. fs. 401/402 vto. y G. fs. 403 vto., coincidentes con el mismo.

Por lo que, no obstante haber percibido la Comuna el pago de la tasa de conservación de calles (cfme. recibo emitido por la Intendencia de Canelones incorporado en fs. 171) no efectuó las obras necesarias para evitar los perjuicios sufridos por los actores, a pesar de las reiteradas gestiones efectuadas por los mismos para su realización (cfme. fs. 149, 150, 153, 154 vto./156, 170).

Si el plano de fraccionamiento del Balneario Jaureguiberry aprobado por la Intendencia, fue realizado por el Agrimensor Néstor Silvera en el año 1937, la autoridad municipal debió antes de aprobar el fraccionamiento, evaluar las

condiciones del lugar, las calles a trazar, así como su ubicación en zona inundable, implementando los mecanismos necesarios para que los vecinos contaran con servicios básicos, como ser calles y caminos.

De allí que deba responder frente a los promotores como lo dispusiera de forma totalmente ajustada a derecho el sentenciante de primer grado, quien luego de un pormenorizado análisis de la probanza obrante en autos afirma que: "*Indudablemente entendemos que se acredita en autos que la zona donde se ubica el predio de los actores carecía de calles y mantenimiento, y era zona inundable, siendo clara responsabilidad de la IMC a ese respecto...*" (fs. 579 y vto.).

Resultan trasladables al subexamine las consideraciones expuestas en la Sentencia No. 434/2013, oportunidad en la que se acreditó la falta de servicio, constituida por no haber adoptado las medidas necesarias para prevenir y evitar el proceso de erosión de la faja costera del Balneario La Floresta, incurriendo en omisión, por no adoptar las medidas necesarias y conducentes al contralor y funcionamiento de los espacios públicos adyacentes a los inmuebles de los promotores que, por su sostenido deterioro en el tiempo provocaron los perjuicios reclamados.

En cuanto a la normativa

aplicable, se expresó: "... el art. 35 nal. 21 de la Ley No. 9.515 establece, como competencias del Intendente la de velar, sin perjuicio de las atribuciones del Gobierno Central, por la conservación de las playas marítimas y fluviales, así como de los pasos y calzadas de ríos y arroyos, y de su entorno, prohibiendo la extracción de tierra, piedras y arena en la medida que perjudiquen los terrenos ribereños. En virtud de la norma que viene de señalarse, y lo establecido en el art. 47 de la Constitución, no puede sostenerse que la responsabilidad de la Intendencia de Canelones fuera subsidiaria y/o residual.

De las normas citadas se desprende que se encuentra dentro del ámbito competencial de la Intendencia el velar por la conservación ambiental, por lo que su omisión en este sentido, hace nacer su responsabilidad en el caso.

Como lo señala la Sala, remitiéndose a lo afirmado por el Juez 'a quo': 'estos órganos fueron advertidos de la situación, tal como se destaca en el Considerando IV de la apelada, pese a lo cual no cumplieron con sus cometidos, ni con sus obligaciones de origen legal'".

La Intendencia de Canelones incumplió durante años, y sigue haciéndolo, con las obligaciones impuestas en el art. 35 nrales. 25

(literales A y F) y 38, ya que no ejecutó las obras de vialidad necesarias para el correcto uso del padrón de los actores, conforme lo que surgía del correspondiente plano de fraccionamiento aprobado en el año 1937. Sin dudas, que de acuerdo al marco legal no se puede trasladar un cometido de ese orden en manos de los particulares o desvincularse de la responsabilidad que le cabe al Gobierno Departamental, quien debió ocuparse en lograr una solución del problema cuando ello era posible.

Y, en la medida que, como señaló, el deterioro fue paulatino, comenzándose por las pérdidas de dunas y vegetación, hasta la pérdida total del predio, se configuró una hipótesis de responsabilidad por omisión, dado que ante un proceso permanente, público y continuo que duró años, el Municipio observó un estandar de conducta inapropiado, inverso al que debe seguir el Estado y contrario al desarrollo normal en la ejecución del servicio confiado.

Como se señalara por la Corte en el pronunciamiento citado ut supra en caso análogo al presente, "*...la circunstancia afirmada por la Sala en cuanto a que los fraccionamientos de los inmuebles de los actores se hayan efectuado de conformidad con las competencias asignadas por la Ley No. 10.723 (y su modificativa No. 10.886)...en nada*

incide respecto de la responsabilidad administrativa que luego les cupo a las demandadas al incurrir en omisión, por no adoptar las medidas necesarias y conducentes al contralor y funcionamiento de los espacios públicos adyacentes a los inmuebles de los actores que, por su sostenido deterioro en el tiempo, provocaron los perjuicios reclamados".

En ese marco legal y probatorio, corresponde concluir que el Gobierno Departamental accionado ha incurrido en falta de servicio (cfme. art. 24 de la Carta) que se tradujo en el prolongadísimo incumplimiento de sus competencias (cfme. Ley No. 9.515), lo cual significó la imposibilidad de que los actores pudieran usufructuar su bien raíz con normalidad.

En su mérito, y respecto de las referidas competencias municipales, corresponde adoptar la solución dispuesta en primera instancia, por la que se condenó a la Intendencia al pago de los daños y perjuicios irrogados a los actores, los que significaron la imposibilidad de uso de su vivienda por períodos prolongados por inundación del predio, así como la complicación inherente a no tener una vía de acceso pública al mismo, debiendo los propietarios ingresar atravesando maleza y zanjas.

Las sumas liquidadas por

este concepto en primera instancia resultan adecuadas, máxime teniéndose presente las prolongadas e infructuosas gestiones que tuvieron que afrontar los actores en la Intendencia de Canelones desde comienzos de la década del 2000, que llevaron a la realización del presente juicio en el año 2005. En este sentido, procede mantener la suma de U\$S15.000 fijada en el pronunciamiento de primer grado.

IV) Respecto a los perjuicios generados por el cambio de cauce del Arroyo Solís Grande, la mayoría de las voluntades que contribuyen a formar este pronunciamiento consideran que la Intendencia de Canelones tiene responsabilidad compartida con el M.V.O.T.M.A., respecto al cuidado de riberas, playas y espacios públicos adyacentes.

De autos surge prueba suficiente que demuestra las gestiones de los vecinos de la zona tendientes a evitar la erosión que sobre playas y terrenos adyacentes estaba provocando el cambio sostenido del cauce del Arroyo Solís Grande. A su vez, ha quedado demostrado en autos que las accionadas no realizaron la menor obra de mantenimiento del referido espacio público a lo largo de todos estos años, dejándolo librado absolutamente a los avatares de la naturaleza.

Sin perjuicio de reconocer

que las tormentas producidas en agosto de 2005 y junio de 2006 generaron, por su magnitud, consecuencias de entidad en bienes del dominio público y privado, no debe perderse de vista que resultó acreditada la falta de mantenimiento de la ribera fluvial y playas, así como de su flora protectora de las invasiones de arenas y playas, por lo que de haberse efectuado el mantenimiento en forma las consecuencias sobre el inmueble de los accionantes podrían haber sido, seguramente, menos devastadoras.

A ello se suma que la Comuna no efectuó una eficaz controversia sobre este extremo, sino que en su contestación de demanda a fs. 181 se limitó a argumentar en base a las dificultades financieras que había atravesado la Intendencia luego de la crisis del año 2002, lo que reitera su representante en la declaración obrante a fs. 421, quien además admite expresamente que el proceso erosivo al menos data de más de 20 años.

Según fuera señalado por la Corte en Sentencia No. 142/2002: *"El artículo 35 citado, en su numeral 21 expresa que es cometido de las Intendencias el de velar por la conservación de playas marítimas y fluviales, así como de los pasos y calzadas de ríos y arroyos, 'haciendo y disponiendo que se hagan las plantaciones destinadas a defender los terrenos de*

la invasión de las arenas y sanear las playas y defender las costas...evitando la destrucción de las zonas boscosas situadas en terrenos ribereños o adyacentes de propiedad municipal que por su conformación hermoseen las costas o resultan defensivas para la conservación de las playas'".

A su vez, en el citado fallo se agrega: "Esta norma está vigente...a pesar de las Leyes Nos. 16.112 y 16.170...a esos efectos puede citarse a Marcelo Cousillas, quien señala sobre el tema: '...pudieron existir en el Uruguay numerosos regímenes normativos generales de alcance únicamente departamental...ya la propia LOM otorgaba esas atribuciones a los gobiernos departamentales, sin perjuicio de la competencia que corresponda a las autoridades nacionales, y de acuerdo con las Leyes que rigen la materia (Nal. 24 del art. 35 de la LOM' (V. 'Fundamentos del Derecho Ambiental Uruguayo', pág. 13)".

"De manera que las competencias que en la materia poseen los gobiernos departamentales son perfectamente compatibles y de hecho coexisten sin superponerse con otras asignadas por Leyes especiales: ya sea a entes descentralizados (como la Ley No. 11.907 de creación de O.S.E.) o al gobierno central a través de los distintos Ministerios (Ley No. 14.859

que aprobó el Código de Aguas al M. de Transporte y luego la 16.170 que le transfiere las competencias al de Vivienda".

En función de ello, al surgir de autos fehacientemente acreditado que los vecinos de la zona efectuaron gestiones tendientes a evitar la erosión que sobre playas y terrenos adyacentes estaba provocando el cambio del cauce del Arroyo Solís Grande, así como que las demandadas no efectuaron ninguna obra de mantenimiento durante años, corresponde su responsabilidad al haber privado a los promotores de la chance de no haber padecido la destrucción total de su vivienda.

Corresponde en consecuencia otorgar a los actores el 50% del daño experimentado en su finca en ocasión de las tormentas de 2005 y 2006, ya que (cfme. documental glosada a fs. 87-110, acompañada en escrito de fs. 111-117 en el que se denunciaron hechos nuevos y se reclamó por los actores el daño por la destrucción parcial de su finca, evaluándolo en la suma de U\$S70.000).

En virtud de los fundamentos que vienen de analizarse, y teniendo en cuenta que la Intendencia de Canelones en este punto era igualmente responsable que el M.V.O.T.M.A., procede condenarla al pago del 50% de la pérdida de chance propuesta que

asciende a la suma de U\$S17.500.

V) Las costas, por su orden.

Por estos fundamentos, la Suprema Corte de Justicia integrada y por mayoría legal,

FALLA:

ANÚLASE LA IMPUGNADA, Y EN SU LUGAR, CONFÍRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA EN CUANTO CONDENA A LA INTENDENCIA DE CANELONES AL PAGO DE LA SUMA DE U\$S15.000 POR DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE LA OMISIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CAMINERÍA Y MANTENIMIENTO DE ESPACIOS PÚBLICOS ADYACENTES AL INMUEBLE PROPIEDAD DE LOS ACTORES (COMETIDOS ESTABLECIDOS POR LA LEY No. 9.515, ART. 35 NRALES. 25 Y 38).

CONDÉNASE A LA INTENDENCIA DE CANELONES AL PAGO DEL 50% DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS RECLAMADOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE CHANCE DE EVITAR LA DESTRUCCIÓN DE LA VIVIENDA DE LOS ACTORES POR EL CAMBIO DE CURSO DEL ARROYO SOLÍS GRANDE, ESTIMÁNDOSE EN UN 50% DEL MONTO RECLAMADO A FS. 115 QUE ASCIENDE A U\$S17.500.

AMBAS SUMAS CON INTERESES LEGALES DESDE LA DEMANDA Y HASTA SU EFECTIVO PAGO.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE T. LARRIEUX RODRÍGUEZ
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. JORGE RUIBAL PINO
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIAL: En cuanto a la responsabilidad que se atribuye a la Intendencia por el cambio en la desembocadura del Arroyo Solís Grande, coincidiendo con las sentencias de mérito, entiendo que no le asiste razón a los recurrentes.

Al verificarse la existencia de un verdadero caso fortuito o fuerza mayor que exime de responsabilidad a la demandada (art. 1.322 del C. Civil).

Como enseña Gamarra, el

caso fortuito o fuerza mayor (expresiones sinónimas) constituyen un hecho extraño al ofensor, irresistible e imprevisible, que ocasiona el daño (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, 2a. Edición, pág. 356). Se trata de acontecimientos de carácter extraordinario que se imponen al hombre con una fuerza que no puede resistir.

Refiriéndose a la imposibilidad, el autor citado expresa que ella sólo existe cuando el sujeto se enfrenta a un obstáculo que la fuerza humana no es capaz de superar (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XVII, 2a. Edición, 1999, pág. 180).

Partiendo de estas premisas, parece claro que el desvío del arroyo fue natural, constituyendo un hecho externo, irresistible e imprevisible, idóneo para eximir de responsabilidad a la Intendencia.

Aunque es verdad que la producción del caso fortuito no descarta, de por sí, la culpa (cf. Gamarra, Jorge, Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, ob. cit., págs. 355 y 356), en el caso de autos, entiendo que, dadas las particulares circunstancias del lugar en que esta enclavado el solar, no se puede afirmar que corresponde atribuir responsabilidad a la Comuna, cuando el corrimiento en la desembocadura del Arroyo Solís Grande fue un fenómeno nativo y

fortuito, que si bien incidió en forma causal en la orografía de la zona inmediata a la edificación, no se le puede atribuirle la calidad de elemento productor del daño invocado por los accionantes.

Como se señaló en primera instancia: "... el cambio del cauce del Arroyo Solís Grande comenzó a practicarse muchos años antes, según los testigos a partir de 1996, en que fueron desapareciendo las dunas, se perdió playa y se fue corriendo la desembocadura del Solís Grande en el balneario", como dice el testigo a fs. 401 "... el desvío en el río antes iba hacia el Sur y luego empezó a derivar cada vez más hacia el oeste" (fs. 579 vto.).

Al igual que el Tribunal, opino que no se advierte falta de servicio sino una situación imprevisible e irresistible (fortuito o fuerza mayor) lo que obtura todo nexo causal (fs. 635) y torna improcedente el agravio incoado.

DRA. ALICIA CASTRO
MINISTRA

DISCORDE: Por entender que corresponde desestimar el recurso de casación por no haber mediado infracción o errónea aplicación de la normativa jurídica vigente por parte del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno en la decisión

atacada.

Liminarmente, entiendo que corresponde relevar de oficio la caducidad parcial que afecta el reclamo. De acuerdo con la demanda, la conducta omisiva que se imputa al Gobierno Departamental de Canelones viene desde antes de que el causante de los actores adquiriera el inmueble. Los actores acreditan que su padre compró el inmueble el 11/1/68 y señalan que, según el plano de fraccionamiento del Agr. Néstor Llana de julio de 1937, registrado en Catastro con el No. 185 el 19/7/37, debería haber una calle que pase por el frente de su terreno -entre el terreno y la playa- y hasta una plaza a la vuelta pero ni la calle ni la plaza existieron nunca. Si soslayamos el hecho evidente de que el causante adquirió conociendo las condiciones del bien -en la demanda se afirma que "desde el momento de la compra hasta la actualidad, la situación de la zona sigue siendo la misma" aunque luego se diga que se ha hecho inundable por el cambio de cauce de la desembocadura del Arroyo Solís Grande- no cabe duda de que desde el inicio estuvo en condiciones de exigir la reparación del daño que le causara la inacción del gobierno municipal para resolver el problema de la calle. Algo similar ocurre con la inundación de la zona que fue progresiva y se inició mucho antes de la fecha en que dedujo la demanda. De acuerdo con lo dispuesto

por la Ley No. 11.925 art.39 y corroborado por la Ley No. 16.226 art.22, existe un plazo de caducidad para cualquier reclamación contra el Estado o Gobiernos Departamentales que es de cuatro años desde que el derecho fue exigible. No comparto el criterio que llevó al decisor de primer grado al rechazo de la excepción -tesis de que la omisión continuada es análoga al delito continuado- y como la caducidad es relevable de oficio, tampoco obsta declarararla el hecho de que el Tribunal de Alzada declarara mal franqueado el recurso.

Es cierto que el cómputo de ese plazo se suspende por la promoción de una gestión administrativa con el mismo objeto y hasta que la administración dicte resolución (Ley No. 12.804 art. 376 inc. 6). El 24/6/96 el causante, junto con otros vecinos del balneario iniciaron gestión ante la Intendencia Municipal de Canelones denunciando el desvío del cauce del Arroyo Solís y pidiendo algunas resoluciones a la brevedad. Esa gestión finalizó con una resolución que les fue notificada el 7/10/96 (fs. 318 y vto.), de modo que la invocada inacción municipal respecto del cambio del curso del Arroyo Solís pudo ser reclamada desde esa fecha. Transcurrido el plazo de cuatro años, sólo queda acción para reclamar los daños que hubieran sobrevenido en los últimos cuatro años anteriores a la demanda, esto es posteriores al 31/1/2005. En cuanto a la alegada

omisión respecto de la calle de acceso al predio, resulta acreditado que el 5/3/01 el causante dedujo petición para que se hiciera la calle (fs. 170), debe entenderse que al hacerlo y no dictarse resolución, ha quedado suspendida la caducidad respecto a la reparación de los daños causados en los cuatro años anteriores a esa fecha, más precisamente desde el 1/3/97 en adelante. En ambos casos resulta, a mi juicio, acotado el período por cuyos daños podría, eventualmente, recaer condena reparatoria.

Ingresando al aspecto sustantivo, el Tribunal ha justificado su decisión desestimatoria señalando que no se ha probado el daño ni el nexo causal y que tampoco hay ilicitud. Coincido puntualmente con esa valoración tanto fáctica como normativa entendiendo que es ajustada a derecho, en cuanto a las reglas de valoración de la prueba (*quaestio facti*, no revisable en casación salvo "absurdo manifiesto") y en cuanto al alcance de las obligaciones de hacer del Gobierno Departamental de Canelones. Como se señala por la mayoría, tampoco es revisable en casación la desestimatoria de la pretensión contra el Estado (M.V.O.T.M.A.) por el hecho de que fue absuelto en las dos instancias previas.

Respecto del daño, se dice en la demanda que el causante compró el bien -solar N de

manzana n , que esta sobre la playa- "enclavado en un lugar sin calles, ni acceso posible" y que hoy "toda esa zona...es inundable y permanece en el invierno y veranos lluviosos bajo agua..." (fs. 11). Agrega que el problema que más los aqueja y apremia es el cambio que viene experimentando la desembocadura del Arroyo Solís, que viene a estar "tan cerca que apenas unos pocos metros distan de la ribera del arroyo a la casa", lo cual es claramente un problema superviniente a la compra. Sin embargo, no se señala con la claridad y precisión exigibles (C.G.P. art. 117 nral. 4) cuál sería el daño patrimonial y/o moral que eso les ha causado y que funda el monto reparatorio pretendido. Por más que pueda considerarse evidente que la situación les afecta, para fundar una pretensión indemnizatoria resulta imprescindible indicar cuáles son los daños patrimoniales o morales derivados de esa situación de hecho y que justifican el pedimento de un monto global de U\$S250.000. En la demanda no se habla de pérdida del inmueble -como se argumenta en el recurso de casación- sólo se argumenta que se vieron impedidos de llegar en auto hasta la casa, que su madre hoy persona de edad avanzada "no está en condiciones de transitar 100 metros por dentro de los yuyos, matorrales y zanjas" lo que le impide ir a la casa, que tuvieron que alquilar una vivienda para veranear en otro lado, que la falta de

acceso dificulta también el mantenimiento de la finca puesto que los envíos de las barracas no llegan hasta ella, y que "meses atrás" realizaron reparaciones en la finca incluyendo un camino de acceso pero la proximidad del Arroyo les da miedo, agregando que la barrera de sacos de arena que pusieron en el año 2004 se la llevó una sudestada. En el recurso de casación indican -extemporáneamente- que el daño consistió en la pérdida de la casa, hecho hasta ahora no alegado. No habiendo mediado allanamiento de los co-demandados, los escasos daños articulados en la demanda debieron haber sido probados y, como releva el Tribunal, no se aportó prueba de gasto alguno (de lucro cesante no se habla), ni del daño moral invocado a menos que este último se considere *in re ipsa* por la notoriedad de la situación (lo que no se sostuvo). Y no hay responsabilidad sin daño resarcible acreditado por lo que el juicio del tribunal respecto de la falta de prueba, que dista encuadrar en la teoría del "absurdo evidente", obtura la revisión de la plataforma fáctica en esta vía recursiva.

Adicionalmente, el órgano de alzada señala que no se advierte que los daños que aparecen como efecto de la ubicación costera del predio -en el plano de fraccionamiento citado no se proyecta ninguna calle entre el terreno y la playa- y, en

particular, por el desvío natural de un curso de agua que afecta las condiciones de habitabilidad de la zona sean imputables a las autoridades públicas. Destaca que no se acreditó nexo causal entre la alegada conducta omisiva del gobierno departamental -de tomar algún tipo de medidas para evitarlo- y el daño que se le atribuye. Al enfatizar que se hubiera requerido una pericia, el Tribunal está señalando que no se ha establecido de qué modo debía haber actuado la autoridad municipal para evitar el daño. Posición que comparto, puesto que ni siquiera puede hablarse de un daño por omisión si no se indica con claridad que había un curso de acción que el supuesto obligado debió haber seguido que hubiera permitido evitar el daño.

Por último, no está en discusión que el Gobierno Departamental tiene competencia en materia de vialidad departamental y que también debe velar por la conservación de las playas y el entorno de los ríos y arroyos (Ley No. 9.515 art. 35 nral. 25 literales A y F y nral. 38 y nral. 21 respectivamente) pero es preciso considerar el alcance y finalidad con que la ley les asigna tales cometidos y el hecho de que su ejercicio está sujeto a un delicado balance entre necesidades y recursos, lo cual no habilita a considerar que el hecho de que no haya resuelto hacer una calle donde la pidiera el causante de

los actores o el no haber tomado acciones para contrarrestar de alguna manera el proceso erosivo que producido por agentes naturales afectaba las dunas costeras, pueda ser considerado una falta del servicio. Sólo puede haber falta por omisión cuando se deja de cumplir un deber específico a cargo de la persona estatal demandada y puede reclamarla el administrado que tenga un derecho subjetivo a obtener la prestación.

Al detallar tales cometidos, la ley indica que el Gobierno Departamental debe dictar reglas sobre vialidad y anualmente presentar un plan de obras a ejecutar, pero también debe velar por la conservación de las vías de circulación y espacios públicos existentes en lo que respecta a pavimentación, alumbrado, etc. La calle de acceso al inmueble de los actores nunca existió -ni siquiera estaba proyectada en el plan de fraccionamiento- y tampoco existió jamás la plaza proyectada en ese mismo plano, que nunca formaron parte de ningún plan de obras departamental, sin que -a mi juicio- fuera razón suficiente para sostener que debieron haber sido hechas el interés exclusivo del propietario que, tras comprar un predio sin calle ni plaza, deseaba mejorarlo a costo del erario departamental. La ley es clara que la vialidad queda sujeta a "las necesidades y recursos locales", lo cual es más que razonable cuando se trata de cumplir un conjunto de

objetivos de interés colectivo que compiten por los recursos disponibles. Las competencias atribuidas a órganos estatales suelen señalarse como "poder-deber" y confieren al administrado a veces derechos, a veces interés legítimo en que se realice determinada acción. Lo que, desde la teoría actual significa que, en ocasiones, son normas de acción y en otras normas de fin, que a veces imponen el logro del fin pero otras veces sólo son directrices, esto es, normas de fin que deben ser cumplidas en la mayor medida de lo posible según las circunstancias y preferencias racionalmente ponderadas (Atienza-Ruiz Manero, Las piezas del derecho, Barcelona, Ariel, 1996).

De modo similar, el cometido de cuidado de las playas marítimas y fluviales se refiere a la prohibición de extracción de piedras y arena de esa playa y a disponer o hacer plantaciones para defender los terrenos costeros de la invasión de las arenas. Nada de esto ocurrió aquí sino un fenómeno de erosión fluvial y/o eólica, con pérdida de dunas costeras y avance del arroyo que, si bien hubiera sido adecuado contrarrestar, no resultan claros los medios y recursos a emplear con ese fin. Se trata, a mi juicio, de tomar algunas medidas paliativas de indiscutible índole técnica y es dudoso que a partir de la creación del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y

Medio Ambiente, la resolución del tema estuviera al alcance del gobierno departamental que, ante la inquietud de los vecinos, lo planteó al referido Ministerio. Desde la entrada en vigencia de la Ley No. 16.112 de 30/5/90 compete al Ministerio la "formulación, ejecución, supervisión y evaluación de planes nacionales de protección del medioambiente y la instrumentación de la política nacional en la materia" (art. 2 nral. 7) por lo que la resolución del problema medioambiental era de su competencia y está expresamente prevista la constitución de una Comisión Técnica Asesora de la Protección del Medio Ambiente, integrada por delegados de los organismos públicos y privados, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación, entre los que estarán comprendidos la Universidad de la República y el Congreso Nacional de Intendentes Municipales (art. 10). Lo cual justifica, a mi juicio, la decisión tomada en la oportunidad por la Intendencia Municipal: recabó informe técnico y pidió apoyo al M.V.O.T.M.A.

Compartiendo la opinión citada del Dr. Cousillas, cuyo acierto resulta ratificado por la ulterior Ley No. 18.308 de 18/6/08, la planificación ambiental y el ordenamiento territorial sustentable implica "una función pública que se ejerce a través de un sistema integrado de directrices, programas, planes y actuaciones de las instituciones del

Estado con competencia a fin de organizar el uso del territorio" y a tal fin "reconoce la concurrencia de competencias e intereses, genera instrumentos de promoción y regulación de las actuaciones y procesos de ocupación, transformación y uso del territorio". En suma, se impone reconocer que hay problemas ambientales y de ordenamiento que trascienden la esfera local departamental y requieren la acción conjunta de autoridades territoriales y centrales. Por lo que considero improcedente la condena que se impone al Gobierno Departamental con fundamento en no haber solucionado los problemas causados por el desvío del Arroyo Solís particularmente centrados en la faja costera que, en principio, no es edificable.

Tampoco puede justificarse el reproche al Gobierno Departamental a la luz de lo dispuesto por la Ley No. 10.723 de Centros Poblados de 21 de abril de 1946, posterior a la aprobación del fraccionamiento del balneario. Y ello porque surge de la prueba aportada a la causa que el inmueble no estaba originalmente situado en zona inundable sino que el problema sobrevino mucho después por cambios naturales del arroyo y temporales costeros (según los testigos data del año 2005, fs. 399 a 407).

Por todas cuyas consideraciones me inclino por desestimar el recurso de casación.

DR. FERNANDO TOVAGLIARE ROMERO
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA