

SÁENZ VALIENTE, MARÍA HAYDÉE C/CIDES HNOS. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS

21/03/2005

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, sala 1ª

En la ciudad de Azul, a los días 21 del mes de Marzo de dos mil cinco, reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala I, doctores Guillermo L. Céspedes, Hernán R. Ojea y Leticia A. Fortunato de Serradell, para dictar sentencia en los autos caratulados: "SÁENZ VALIENTE, MARÍA HAYDÉE C/ CIDES HNOS. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", y conforme con la desinsaculación de ley que oportunamente se practicó, resultó que dichos señores Jueces deben votar en el siguiente orden: Doctores CESPEDES-FORTUNATO DE SERRADELL-OJEA.-

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 657/672?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Doctor CESPEDES, dijo:

l) a) Que la accionante ha planteado demanda reclamado la indemnización de daños y perjuicios contra la sociedad "Cides Hnos." y/o la Municipalidad de Olavarría, que se evalúa en la suma de \$148.000, en razón de los graves trastornos respiratorios que sufre producto de la contaminación ambiental a la que se encuentra expuesta por residir en las proximidades del basurero municipal. Que cuatro años antes de radicarse la demanda se comenzó a quemar basura y ante las molestias que ello ocasionaba se efectuaron reclamaciones a los demandados, sin resultado. A principios de 1997 detectó la actora los primeros síntomas a su enfermedad respiratoria la que fue luego confirmada por estudios médicos. Que las emanaciones de humo y olores nauseabundos cubren una amplia zona desplazando de acuerdo a la dirección del viento afectando tanto a las personas como impregnando los bienes de la casa. Pide daño emergente, daño moral, psíquico, daño ecológico, a la integridad corporal y gastos por tratamiento actual y futuro.-

b) Que la Municipalidad de Olavarría al contestar la demanda opone excepción de prescripción considerando que ha expirado el plazo previsto por el art. 4037 del Cód. Civil; y, al oponerse al reclamo, sostiene que en el año 1997 se adjudicó la tarea de zanjeo y tratamiento de residuos domiciliarios a la firma "Cides Hnos.". Desconoce la quema intencional de residuos más allá de los producidos por las altas temperaturas estivales sofocadas rápidamente sin mayor inconveniente que los propios derivados de la actividad; rechazando responsabilidad solidaria con la contratista.-

c) Esta, al responder, niega las afirmaciones contenidas en la demanda y que la actora sea vecina del basural sino que su casa está a más de 800 metros de aquel lo que hace imposible que el humo la pudiera afectar; niega que se quemaron residuos durante todo el día y que el único humo se debe a ocasionales fuegos producido por el accionar de cirujas y que es mínimo y no resulta peligro para la salud, y que el único incendio que se produjo en el basural fue el 30 de octubre de 1998, provocado por desconocidos que quemaron neumáticos y otros elementos y el humo que se produjo de manera abundante fue llevado por el viento en dirección a la ciudad de Olavarría y no hacia la vivienda de la actora constituyendo un hecho ocasional del que se valió ésta para demandar.-

II) Que la sentencia hace lugar a la acción en punto a responsabilidad, no así en cuanto a los rubros y montos reclamados, los que prosperan parcialmente, por un total de \$37.000. Que en cuanto a la reparación del daño físico se lo fija en la suma de \$16.000; el daño moral en \$10.000; los gastos de tratamiento en \$3.000; el denominado daño ambiental en \$8.000; desestimándose el daño psicológico. Aplica intereses desde la mora que sitúa en marzo de 1997 hasta el 06/01/2002, conforme la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones a 30 días; desde entonces hasta el pago la que resulte de promediar las sumas de las tasas activas y pasivas de la citada institución. Establece que ambos condenados resultan obligados hacia el actor por el total por ser la obligación concurrente, indistinta o conexas. Asimismo, dispone el cese inmediato de la realización de quemas en el predio destinado al basural municipal como de cualquier actividad que implique la libranza de elementos contaminantes al exterior bajo apercibimiento de clausura. Con costas a los demandados vencidos.-

Que en punto a la responsabilidad, el primer fallo luego de señalar la protección del medio ambiente tanto en la Constitución Nacional como la Provincia (art. 41 de la primera y art. 28 de la segunda) menciona numerosos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios que han tratado el tema entre los que menciona la opinión del recordado civilista Bustamante Alsina al sostener que dada la insuficiencia de la norma del art. 2618 C.C. resulta indudable ser de aplicación el art. 1113 en que dispone la responsabilidad por vicio o riesgo de la cosa, funcionando el factor objetivo pudiendo dirigirse la acción contra el dueño o quién tenga la guarda de la cosa, quien debe probar la interrupción del nexo causal entre el daño y el riesgo ("Responsabilidad Civil por Daño Ambiental", L.L., t. 1994-C01052).-

Que a partir de allí hace notar la adjudicación a la codemandada "Cides Hnos." por parte de la Municipalidad de Olavarría de la obra de "Zanjeo y Tratamiento de Residuos Domiciliarios", celebrándose contratos que fueron prorrogados hasta el 30 de abril de 1999.-

Que en cuanto a la quema de basura a partir de 1997 provocando humo y olores que alcanzaban la vivienda de la actora como así las de los vecinos del basural municipal, alude a la prueba testimonial de fs. 444, 478, 479 y 481, como así a actas notariales agregadas en la demanda y la pericia del Ing. Jaureguierry y acta de reconocimiento judicial de fs. 423. Relativo al nexo causal entre los efectos de quemas e incendios en el

basural, provocados o espontáneos y la afectación sufrida por la actora refiere al informe de fs. 467, como así a la pericia médica del Dr. Astigueta obrante a fs. 602/604 y 611. Anota respecto a la valoración de la prueba cuando se trata de daños provocados al medio ambiente donde tiene trascendencia la prueba presuncional, debiendo ser resarcido aunque se manifieste en personas sensibilizadas.-

Que considera "Cides Hnos." debe responder por ser contratista de una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del C.Civil, dado que las emanaciones de humo del basural provocaron a la actora una rinitis crónica o en su caso agravaron la que ya sufría.-

Con relación a la Municipalidad rechaza la prescripción del plazo bienal del art. 4037 C.C., considerando que promovida demanda el 03/11/98 y estimando acreditado que la demandada comenzó a sufrir los efectos del humo en marzo de 1997, por lo que no transcurrió el plazo referido.-

En punto a responsabilidad se aprecia su conocimiento del incumplimiento de "Cides Hnos." del contrato de concesión en torno a la existencia de fuego en el basural y el consiguiente humo, lo que debió motivar ejerciera el poder de policía al respecto.-III) Que recurren todas las partes, la actora lo hace a fs. 711/712; "Cides Hnos." a fs. 713/720 y la Municipalidad a fs. 721/729, habiendo contestado únicamente la actora a fs. 731/738.-

a) Que con relación a la queja de "Cides Hnos.", se considera no probado el exceso en la normal tolerancia de la actividad desarrollada por la empresa, conforme lo dispone el art. 2618 C.C. y tampoco de su incumplimiento de las normas de la licitación, siendo que al contrario en ningún momento el poder de policía ejercido por la Municipalidad tuvo reproches, ni se le aplicaron sanciones. Que las citas de antecedentes jurisprudenciales sobre contaminación ambiental hechas en la sentencia se refieren a la provocada por la industria privada que queman sus desechos para librarse de la basura, lo que no es aplicable al caso. Hace notar la equivocación de considerarla adjudicataria de la licitación de recolección de basura, cuando nunca tuvo esa actividad, sino que lo era de realizar el zanjado y enterramiento de ella. Dice que hasta que ocurre esta la basura se encuentra a la intemperie con el consiguiente riesgo de incendios provocados o espontáneos; que en todo caso debe ser de la Municipalidad la responsable por la decisión de la instalación del basural en ese predio. Que asimismo cuestiona que la enfermedad de la actora se deba a las emanaciones de humo del basural, cuando ello no ha quedado acabadamente probado con las pericias médicas por lo que no está acreditada la relación de causalidad. Hace notar asimismo la distancia de la morada de la actora del basural -más de 800 metros- la falta de otros casos de enfermos en la misma zona pudiendo obedecer la enfermedad de la actora a muchos otros factores. Recalca la falta de prueba de la relación de causalidad, ante la generalización resultante de la prueba pericial médica acerca de si la causa de la enfermedad era el humo y emanaciones provenientes del predio donde se depositan los residuos o se debía a otras causas no determinadas.-

b) Que la queja de la Municipalidad comienza por referirse al rechazo de la prescripción por ella opuesta ya que sostiene ha sido la propia actora quien reconoce que desde hacía aproximadamente cuatro años se comenzó con la quema de basura por parte de la firma "Cides Hnos.", aspecto que se considera no ha sido indagado debidamente por el primer sentenciante limitándose a concluir subjetivamente que la demandante comenzó a sufrir los efectos del humo provocados por las quemas del basural en marzo de 1997, sin tomar en cuenta aquellas relevantes manifestaciones de la actora en el marco de los actos propios, no siendo relevante las endebles conclusiones del perito médico Dr. César J. Astigueta, destacando al menos la imprecisión y falta de certeza de la verdadera fecha de acaecimiento del evento dañoso. De allí que propicia deba hacerse lugar a la prescripción de la acción.-

bb)Asimismo se considera absolutamente abstracto disponer en el punto 2 del resolutorio el cese inmediato de la realización de quemas en el predio destinado al basural municipal ubicado en la chacra 451 de Olavarría frente a la luz de ser hecho público y notorio en la ciudad que en el relleno sanitario involucrado en el objeto de la litis se tapó la zanja que faltaba el 30/09/99, comenzándose al día siguiente un nuevo relleno sanitario en otro sitio.-

bbb) Que también se considera que el desarrollo de las actividades cumplidas en el predio del basural municipal no coincide con la infundada imputación de que permanentemente emanaba humo producido por la quema intencionada de los residuos, ya que más allá de pequeños focos de incendio debido a las altas temperaturas de verano, rápidamente atacados y extinguidos, no se han producido más inconvenientes que los propios de la actividad de trascendencia comunitaria pero que no pueden generar daño a la salud de las personas, al margen de los incendios de magnitud como puede ocurrir en cualquier otra actividad. Reconoce que la reparación de daños en materia ecológica realza las dificultades relativas a la prueba y a la causalidad. Critica el encuadramiento de la responsabilidad fundada en los términos del art. 1113, segunda parte al reputar que la actividad desarrollada en el basural pueda ser considerada cosa riesgosa, sin tener en cuenta las modalidades cumplidas en el basural donde en el mejor de los casos se está frente a un supuesto aislado y de escasa incidencia ya que a partir de la propia pericia médica -desconocida e impugnada, por la recurrente- solo habría un porcentaje de incapacidad de la actora levemente superior al 1%. Con referencia a la prueba se critica haberse apoyado exclusivamente en los testigos propuestos por la actora sin tener en cuenta los ofrecidos por el municipio, considerando carecen de valor probatorio las actas y fotografías acompañadas; particulariza la queja en las pericias realizadas por el ing. Jaureguiberry y el médico Astigueta y en particular ésta última a la que se enrostra no poder determinar el origen de la rinitis máxime tratándose de una persona alérgica como es la actora, criticándose la no consideración del testimonio del Dr. Amadeo Papa con otro enfoque que el del perito judicial. Asimismo cuestiona la consideración del reconocimiento judicial de fs. 423, cuando el basural ya se encontraba inactivo por lo que no pueden otorgarse valor probatorio a las "huellas" de quema. Finalmente aprecia no es de aplicación analógica la ley 25.612, tal como se sostiene para condenar en base al concepto de cosa riesgosa. En torno a los daños sostiene que bajo ningún aspecto puede admitirse el monto de la condena que resultan exorbitantes.-

c) Que la queja de la actora se refiere a los montos de las indemnizaciones, los que considera significativamente bajos.-

IV) a) Que sobre el concepto de daño ambiental ha señalado Bustamante Alsina: "Toda actividad humana individual o colectiva que ataca los elementos del patrimonio ambiental causa un daño social por afectar los llamados "intereses difusos" que son supraindividuales, pertenecen a la comunidad y no tienen por finalidad la tutela del interés de un sujeto particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. "Agregando, para lo que aquí interesa, "Debemos, sin embargo, aclarar que "daño ambiental" es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una colectividad en cuyo caso hablamos de "impacto ambiental", sino que se refiere también al daño que al medio ambiente ocasiona de rebote (par ricochet) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular que ataca un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado" ("Derecho Ambiental", págs. 44/45).-

En este mismo sentido ha explicado Trigo Represas que "El bien ambiental es un bien colectivo, pudiendo distinguirse entre el "macro-bien" constituido por el medio ambiente global y "micro-bienes" que son las partes de la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora;...Ahora bien, en relación al "macro-bien" que es el medio ambiente en general y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso para accionar; en tanto que con relación a micro-bienes puede darse una doble situación: existe un interés difuso y al mismo tiempo un "derecho subjetivo". Y más adelante, luego de referirse al daño moral colectivo, dice que: "...simultáneamente, el daño al ambiente también puede traer aparejado un ataque, actual o potencial, a la integridad psicofísica de los individuos y aún a su patrimonio susceptible de llegar a configurar un daño -material y moral- cierto, personal del accionante y lesivo de un interés legítimo suyo, jurídicamente protegido....Verbigracia constituye en efecto un hecho científicamente comprobado, que la contaminación atmosférica influye en estados patológicos como: asma, bronquitis crónica, cáncer de pulmón, neumonías e incluso enfermedades coronarias y lesionar al sistema nervioso...Y de tales afecciones a la salud puede derivarse un daño patrimonial indirecto -art. 1083 "in fine" C.C.- tal como ocurre con los gastos implicados por la curación de la enfermedad, o en las ganancias frustradas en virtud de la incapacitación para el trabajo consecuente del perjuicio a la salud o a la integridad física; como asimismo un daño moral, por el dolor físico o espiritual provocado por la lesión o enfermedad, la angustia y el miedo soportados, o en fin el sufrimiento acarreado a la víctima" ("Responsabilidad Civil por Daño Ambiental", J.A. 1999-IV-1187). El mismo autor ha señalado que "Entre otros factores deteriorantes del entorno pueden señalarse como los más comunes o frecuentes...a...b) infección del aire respirable mediante humos..." ("La Defensa del Ambiente en la Pcia. de Buenos Aires", JA 1998-IV-1050).-

Que, en consecuencia, la presente acción cuyo reclamo indemnizatorio de daños personales se asienta en el agravio al medio ambiente que se dice provocado por el humo que provendría de la quema del ex-basural municipal el que habría afectado la salud de la actora, ha sido fundado y resuelto merituándose se trata de una cuestión enmarcada en el derecho ambiental lo que, por ahora en un plano de hipótesis y más allá de la suerte de la demanda, aparece indisputable.-

IV b) Lo que sí debe desde ya quedar recortado de la litis es la inexistencia actual de un interés difuso eventualmente protegible y solo pendiente de análisis la posibilidad de afectación de un derecho subjetivo, cuando se advierte de la prueba señalada por la Municipalidad recurrente que el basural relacionada con éste pleito ha sido desactivado a fines del año 1999.-

Esto último también nos sirve para hacer otra precisión preliminar y es que no es aplicable en el caso lo dispuesto por la nueva ley ambiental N° 25.675, en vigor a partir del 28/11/2002. Además de ser posterior a los hechos aquí juzgados, ha señalado Leonardo F. Pastorino que: "Los daños al ambiente en sí mismos son aquellos que no dependen de la afectación concreta a la salud, vida o bienes de los seres humanos. Se trata del instituto más novedoso que nace con el auge del interés por la protección ambiental en las últimas décadas del siglo pasado. En cambio los daños que por reflejo de ese ambiente deteriorado se transmiten y representan como daños concretos en las personas y en sus bienes son aquellas alcanzados por la legislación civil clásica, que, de todos modos y ante la complejidad del fenómeno ambiental, debe modificar sus institutos y principios interpretativos. Considero que la ley 25.475 legisla únicamente sobre los primeros a los que llama daños al ambiente de incidencia colectiva...la ley 25.475 no resuelve la situación que puede darse entre la pretensión de recomposición por ella regulada y las pretensiones particulares tendientes a reparar los perjuicios personales" ("El daño ambiental en la ley" 25.475, J.A. 2004-II-1305). En el mismo sentido Mario F. Valls, señala que "Tampoco se refiere esta ley a otras indemnizaciones que corresponda pagar a cada damnificado" ("La Ley General del Ambiente..." JA 2003-III-1300).-

IV c) Que a partir de ello Trigo Represas en el trabajo citado, recuerda los cuatro elementos o presupuesto de la responsabilidad civil: la existencia de un daño causado; un obrar antijurídico o ilícito; la relación de causalidad y la imputabilidad o de algún factor de atribución subjetivo u objetivo apta o idónea reputada por la ley para generar responsabilidad; para recalcar que es el daño el presupuesto central puesto que sin el perjuicio no puede pensarse en la pretensión resarcitoria por ausencia de "interés", por lo que sería superfluo entrar a indagar el resto de los presupuestos que más arriba se han enumerado.-

V) Que a esta altura del análisis, teniendo presente que el municipio codemandado ha apelado contra la desestimación de la excepción de prescripción que articulara, considero apropiado tratarla ahora, si bien aclarando que, dado no tratarse de obligaciones indivisibles ni solidarias las atribuidas a los demandados, de prosperar no aprovecharía al litisconsorte no oponente, por jugar independientemente (art. 595 C.Civil; Martínez, "Procesos con sujetos múltiples", pág. 78). Y también que, por lo expuesto más arriba en el capítulo III bb, debe descartarse la posibilidad de continuar el daño al medio ambiente, aunque destacando que la acción a que ello da lugar es imprescriptible; voto del Dr. Roncoroni, como juez de Cámara-C. 1ª CC, La Plata, Sala III, 09/02/95, "Almada", LL B. A. -II-1996-54).-

Que asimismo y de conformidad a lo resuelto por la Corte Nacional, cuando no existe contrato que vincule al Estado -como en el caso con relación a la accionante- la prescripción de la acción del particular por los daños causado por hechos o actos administrativos es de dos años (art. 4037 C.C.), sin que quepa distinguir sobre el

carácter legítimo o ilegítimo de la actividad estatal generadora del perjuicio (fallos 323-4065; 322-496; 320-1081, etc.), conclusión que es aplicable a los supuestos en que se trate de una omisión la generadora del daño que se imputa al Estado (CNCont. Adm. Fed. Sala 3ra., 09/04/2003, "Graiver", J.A. 2003-IV-743; fallo del que extraigo aquellos antecedentes de la CSN).-

Que reiteradamente se ha resuelto que la prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito corre desde el día en que se produjo, pero si el daño sobreviene algún tiempo después de haberse producido el hecho que la causa, corre desde que aparece y se exteriorice el perjuicio (Boragina Juan C. "Prescripción Liberatoria", pág. 1159), por lo que debe computarse a partir del momento que el reclamante tomó conocimiento de los daños que pretende se indemnicen (Rodríguez B. Claudia, "El comienzo del plazo de la prescripción liberatoria según la Corte Suprema", JA 1999-III-1188, N° 23, 22/05/97, "Cooper Oil Tool Arg. C/ Buenos Aires Pcia.").-

Que, como consecuencia de lo expuesto, aprecio que el agravio no debe prosperar dado que la argumentación sostiene que el "dies a quo" se sitúa en la denuncia de la actora sobre la época en que comenzaron las humaredas provocadas por las quemas en el basural Municipal, lo que no implica haber conocido el daño en su salud que ellas le provocaran, según aquí se reclama, lo que no está probado ocurriera antes de la considerada por primera instancia.-

VI) a) Que, en el caso, aprecio es necesario priorizar el establecimiento de la existencia del hecho -en rigor de los hechos ya que se denuncia la afectación atmosférica provocada por el humo proveniente de periódicas quemas en el ex basural municipal, que primera instancia ha considerado acreditados.-

Que si bien median -como lo recalca el agravio de la Municipalidad- testimonios que niegan la existencia de las referidas quemas, dos de estos, los de los Sres. Ricardo A. Giordano (fs. 457) y Nélsón M. Di Giacomo (ver fs. 459/460), provienen de funcionarios municipales (se hace notar que el primero reconoce la existencia de dos incendios "fundamentales" uno de los cuales duró varios días y un importante esfuerzo para dominarlo) con responsabilidad en la vigilancia y control del funcionamiento del "basural" relativo a las obligaciones del contratista codemandado.-

Ello los hace, a mi juicio, no confiables a tenor de su innegable interés en el resultado del pleito (arts. 384 y 456 C.P.C.C.), afectando la fuerza probatoria, dando lugar a lo que se ha considerado ineptitud subjetiva de dichos testimonios (Devis Echandiá, "Teoría General de la Prueba Judicial", T. II-120) siendo más evidente el del primero ya que iba todos los días a controlar el "basural" y emitía órdenes de servicio a la contratista (fs. 509/517).-

Queda en consecuencia el testimonio aislado de Eduardo Morey (fs. 585) quién solo reconoce la existencia de un incendio. Como se aprecia no conoce al menos el otro que hemos visto fuera incluso admitido por el inspector de obra Municipal Sr. Ricardo A. Giordano, ni los admitidos como menores espontáneos y esporádicos por los mismos demandados.-

Frente a él están las declaraciones, sobre los que se apoya el fallo, de María del Carmen Ojeda (fs. 478) Iris M. Arce (fs. 479/480) Inocencio A. Felco (fs. 481) y María del Carmen -todos como Morey vecinos de la zonquienes son contestes en afirmar las frecuentes quemas y consiguiente humareda que afectara sus viviendas como así también la de la actora. Inclusive la Sr. Arce atribuyéndose ser delegada del barrio luego de relatar las reuniones que se hicieron para tratar el tema con los afectados da cuenta de haberse levantado firmas y hecho una presentación por escrito en la Municipalidad; además de otras presentaciones personales de ella y vecinos.-

Que, a mi juicio, éstos testimonios coincidentes son veraces y preferibles al de Morey (los otros dos por las razones expresadas, no los considero), por sostener, además, una versión que es, como se verá, corroborada (art. 384 C.P.C.C.).-

En efecto, aún cuando el Ing. Jaureguiberry (fs. 549 p.c.) en alguna medida se haya excedido en su cometido por lo que tomo solo como prueba indicaría su recogimiento de testimonios de vecinos de las cavas (no identificadas) y del jefe de Bomberos de Olavarría, ellos han dando cuenta de la frecuencia de incendios en el basural, lo que le ha servido para decir -en otra aspecto que volverá a ser analizado- que el contratista no cumplía con el art. 12 de la Cond. General del Contrato que no permitía el quemado de ningún tipo de basura (art. 163, inc. 5º C.P.C.C.).-

Que a fin de evaluar la fuerza probatoria de las actas notariales levantadas según constancias de fs. 16/17 y 19/21 con fechas 06/08/1998 y 03/10/1997, respectivamente, se constató que desde el basural municipal se estaba quemando basura a cielo abierto y que el humo iba en dirección a la vivienda del Sr. Hailand, sobre lo que fueron tomadas las fotografías obrantes a fs. 1/18, 27 y 30/32 todas las cuales tienen la intervención del escribano como consta con su sello y firma, lo que fuera anunciado en el acta por el escribano para resguardar su autenticidad.-

Que sea un tercero el requiriente de la diligencia no mengua su valor probatorio como lo pretende el municipio apelante, toda vez que una vez realizada la diligencia ella tiene el valor probatorio que resulta de su texto y la comprobación personal del escribano y conforme lo dispuesto por los arts. 979, inc. 2º y 993 del Cód. Civil, siendo por otra el encomendante parte vecino del lugar como resulta del acta de reconocimiento judicial y croquis obrante a fs. 423/424.-

Las fechas de dichas comprobaciones son suficientemente anteriores a la demanda como para tenerlas en cuenta y la graficación de las fotografías demuestran que se estaba lejos de hacerse el relleno diario de las zanjas como resultaba obligación contractual de la concesionaria y motivara las órdenes de servicio levantadas por los funcionarios municipales antes referidos con motivo de las inspecciones realizadas.-

Como resumen de lo expuesto y hecha la valoración de la prueba en su conjunto, reitero que considero acreditada las frecuentes humaredas provocadas por la ilegal quema de basura, no pudiendo considerarse que la distancia de la vivienda de la actora -alrededor de 800 metros- impidiera su afectación la que si tendría la variable de la dirección del viento y la precipitación a la superficie del material que era portador.-

VI b) Que el estudio siguiente debe apuntar a la existencia del daño a la salud alegada por la demandante lo que se aprecia acreditado -aunque destacándose se trata de una afección leve- atento a que la pericia del Dr.

Astigueta practicada a fs. 602/604 donde señala que la rinitis crónica de la actora consiste en una inflamación crónica de la mucosa de las fosas nasales, presentando una incapacidad parcial y permanente del 1,6%. - O sea que la existencia del daño a la salud, aparece suficientemente probado (art. 1068 C.C.; art. 375 C.P.C.C.).-

VI) c) Que en cuanto al nexo causal existente entre el hecho, consistente en el daño al medio ambiente provocado por la repetición de la quema de residuos y consiguiente humaredas y la lesión a la salud de la actora, debe recurrirse a la pericia médica practicada en autos, como así a los exámenes médicos que da cuenta del informe corriente a fs. 467.-

Que con relación a la primera se trata de la realizada por el Dr. Astigueta a fs. 602/604, explicación de fs. 611 y audiencia de fs. 635/636.-

Que en la primera, además de la definición de la dolencia -rinitis crónica- ya analizada se dice que la inflamación es inespecífica. "Por lo tanto pueden haber sido causada por la exposición al humo". Aclarando que "el tipo de afección que padece la actora es de carácter crónico y recurrente" y agregado a fs. 604 que "Si bien los antecedentes de la patología aguda, la actora presentaba características clínicas correspondientes a los de una rinitis química como las descriptas en el certificado médico de fs. 467, los estudios posteriores realizados por este perito no permite afirmar que se trate con certeza de esa afección". En cuanto a sustancias del humo que pudieran producir una rinitis química, éstas estarían dadas por la combustión del caucho, del polietileno y la explosión de envases de aerosoles. "Con relación a la posibilidad de que la rinitis padecida por la actora obedeciera a causas alérgicas y no químicas -postura de la defensa- se informa que "Si bien los análisis realizados arrojan valores un poco por arriba de lo normal tampoco son de tal magnitud que se pueda confirmar el diagnóstico de certeza de una atopia". Esta posición fue sostenida al dar explicaciones a fs. 611, concluyéndose que "Por lo tanto con los valores obtenidos de ninguna manera pueda asegurarse que la paciente tiene predisposición a padecer alergias". En la precitada audiencia y con relación a lo que aquí se está analizando contestó que se entiende por rinitis crónica "la irritación de las mucosas nasales producido por el contacto con sustancias químicas que no posee elementos de certeza para decir, ni que fuera alérgica ni química. Que con los elementos que tiene casi podría descartar que fuera alérgica y que clínicamente, por los antecedentes que hay en autos existe alta chance que fuera química. No lo puede asegurar. Y más adelante que el 60% de las rinitis no tienen causas alérgicas" y que dentro de ese 60% hay varias calificaciones entre las que se encuentra la rinitis química. Que hay otras causas de rinitis no alérgica como ser las relacionadas con alteraciones anatómicas, congénitas, las relacionadas con los operados de laringe, las relacionadas con determinada medicación, que no encontró en esta paciente y que hay un pequeño porcentaje de causas indeterminadas que no pueden descartar en el caso..."-

Que de las palabras y párrafos resaltadas adrede se advierte que por eliminación el experto si bien no ha llegado a una definición totalmente asertiva acerca de la causa de la rinitis crónica que sufre la accionante, si asevera que hay una alta chance que tuviese origen químico.-

Por otra parte conclusión similar existe en la prueba informativa rendida por el Dr. Candido Cordo, cuando diagnosticara presuntivamente rinitis química; y más asertivas del Dr. Ricardo Bevilaqua al diagnosticarle directamente "rinitis química" (fs. 467).-

VI d) Que sobre la relación de causalidad se ha señalado que no es aquella que exige una "certidumbre total" una seguridad absoluta: se trata de acreditar una posibilidad cierta, una probabilidad en grado de razonabilidad y que la incertidumbre científica no debe conducir a la incertidumbre jurídica, respondiendo esa dualidad "de enfoques científico y jurídico a una orientación jurisprudencial muy arraigada en bastantes países, según la cual la relación de causalidad resulta probada cuando los elementos de juicio suministrados conducen a "un grado suficiente de probabilidad" o "alta probabilidad" que forma parte del "criterio de probabilidad o teoría de las probabilidades, en virtud de la cual el demandante deberá únicamente establecer una considerable probabilidad de presencia del nexo causal, agregándose que la aplicabilidad de dicha teoría a este tipo de causas, constituye un plus de protección (Néstor Alfredo Cafferata, "Daño ambiental. Legitimación. Acciones. Presupuestos de responsabilidad. Breves reflexiones. A propósito del temario a tratarse en las XI Jornadas Bonaerenses de Jóvenes Abogados", L.L. B.A. 2000-970).-

En línea con ese razonamiento que tiene presente la peculiaridad de los pleitos relativos al proceso ambiental, señala Carlos E. Camps que en la tarea de la evaluación de la prueba se exhiben novedades y aggiornamientos, refiriendo conceptos dados por el Dr. Juan Carlos Rezzonico -en ese entonces como juez de la Sala 2, de la CC 1ª, La Plata, 27/04/93 en la causa "Pinini de Pérez M. c/ Copetro", (Ja 1993-III-368)- los que luego fueran tomados en la Suprema Corte de la Provincia por el voto del Dr. Juan Carlos Hitters, destacando "el valor excepcional que recibe en los supuestos de daño ambiental la prueba de presunciones"... "en el daño al medio ambiente hay muchos de sutil, de inasible, de cambiante de un momento a otro en la relación de los elementos físicos con las personas y cosas, como para limitarnos a una tosca y rutinaria aplicación de los elementos jurídicos sin penetrar con perspicacia en lo zahori de la cuestión y que evidente que es en ésta materia del daño ambiental donde más ha de evidenciar (el juez) su espíritu sagáz y sensible, diestro para captar una distinta realidad" ("Particularidad del Proceso Civil por Daño Ambiental", JA 1998-IV-968).-

Que de acuerdo a la prueba examinada precedente y el señalado criterio debe por lo tanto concluirse que la actora se ha visto afectada por rinitis química provocado por el humo proveniente de quemadas realizadas en el ex basural Municipal situado en las proximidades de su domicilio.-

VI e) Finalmente con relación al factor atributivo de la responsabilidad ha señalado Cafferata en el último de los trabajos citados que "con relación a la reparación del daño ambiental debemos señalar que en principio el factor de atribución de responsabilidad en materia de daño ambiental es de carácter objetivo (art. 1113, parte 2da. Cód. Civil). Ostenta legitimación activa para reclamar por daño ambiental la persona o personas que hubieran sufrido perjuicio en sí mismo o en sus bienes. Podrán dirigir la acción de reparación por daño ambiental contra los sujetos que degraden el medio ambiente y también contra el Estado cuando hubiere autorizado o consentido la actividad degradante "con cita de Trigo Represas, en el trabajo ya citado más

arriba de "Responsabilidad por daño ambiental", J.A. 1990-IV-1180), agregando más adelante (pág. 973) que también el Estado está sujeto a la responsabilidad general y en especial responde por omisión en el ejercicio del poder de policía que le corresponde en la protección del medio ambiente, art. 1112 C.Civil).-

Sobre la misma materia y en otra de las importantes contribuciones al estudio del tema, ha señalado Trigo-Represas que "En cuanto a los supuestos no encuadrables en el art. 2618, quedan sometidos a los principios generales de la responsabilidad civil extracontractual y en particular a los del régimen de daños causados por el "riesgo" de la cosa del art. 1113, párr. 2 C.C. que también obedece a un factor objetivo de atribución. Y ello es así por cuanto en general la degradación del entorno es provocada "por cosas" ya que en efecto: la contaminación de las aguas proviene habitualmente del vertido en ellas de detergentes insolubles, y la infección del aire respirable se origina fundamentalmente en procesos de emanación de gases y humo, propios de la combustión de todo tipo de maquinarias caseras, industriales, vehículos a explosión, etc...O sea que bien puede afirmarse, parafraseando a Gabriel Stiglitz que el daño al ambiente en definitiva de cosas que desarrollan su funcionalidad generando paralelamente el "Riesgo" de degradación del medio. Por todo lo cual puede concluirse que encuadran dentro de la responsabilidad por "riesgo" de la cosa del segundo párrafo del art. 1113 C.C. todos los perjuicios derivados de cosas que provocan la contingencia de daños ambientales específicos susceptibles de alterar la calidad de vida, con detrimento para la salud y bienestar de la población. Y tal responsabilidad con un entendimiento amplio, compete no solamente al "dueño guardián", sino a todo aquél que se sirva de la cosa o la tenga a su cuidado -art. 1113, párr. 1º C.C. ("La Defensa del Medio Ambiente en la Pcia. de Buenos Aires", JA 1998-IV-1059).-

VI f) Que está probado a mi entender que la concesionaria "Cides Hnos." era guardiana del predio donde realizaba tareas de "zanjeo y tratamiento de Residuos Domiciliarios" de la ciudad de Olavarría vulgarmente llamado "basural".-

No solo eso sino que contractualmente debía cuidar del cumplimiento de la prohibición de quemar la basura, debiendo controlar el ingreso de vehículos y personas al predio, proporcionar un sereno, diseminar matafuegos y diariamente tapan los residuos con una capa de tierra. Esto último -que quitaba la posibilidad de incendios- fue reiteradamente incumplido como lo observara periódicamente funcionarios del Municipio de acuerdo a lo informado por el perito Jaureguiberry a fs. 548/549 y motivó la expedición de numerosas órdenes de servicio a la concesionaria, haciéndole saber.-

Habiendo incumplido la referida obligación y generada humaredas provenientes de la quema de residuos, su responsabilidad en los daños ocasionados que tienen origen en la cosa de la que tenía su guarda, es evidente de conformidad al encuadre legal hecho en un comienzo.-

Que como consecuencia de lo expuesto el recurso de "Cides Hnos." no puede prosperar ya que no puede trasladar su responsabilidad al Municipio de Olavarría que, por lo visto, sería por no haberle controlado su propia actividad lo que es a todas vista inadmisibles de serle opuesto a la víctima. Y a que si bien cierto grado de contaminación es inevitable la degradación del medio ambiente se enrola en la categoría de daño intolerable, por ello el límite de la normal tolerancia según la fórmula del art. 2618 del C.Civil, no es aplicable en los casos de la degradación del medio ambiente es susceptible de afectar la salud (Néstor A. Cafferatta, Trabajo cit. L.L. BA 2000-961 y su cita de Alterini-López Cabana, L.L. 1992-C. 1025, "Los daños en el medio ambiente en la realidad económica"). Esto es lo que se ha considerado probado en el caso, por lo que no cabe oponer se tratara de una situación que debió ser tolerada, cabiendo señalar asimismo que, conforme informa el Dr. Astigueta la posibilidad de la afectación de una sola persona del grupo familiar "podría estar explicado por la variación de la dosis de exposición a la cual está expuesto cada uno de los integrantes y también a características individuales del paciente, como por ejemplo su composición hormonal" (fs. 636).-

VI g) La responsabilidad del Municipio es también evidente.-

En su agravio hace referencia a la imputabilidad objetiva proveniente de lo dispuesto por el art. 1113, segunda parte C.Civil, como si ese fuera el fundamento utilizado para encontrar que también el municipio es responsable de los daños ocasionados a la actora.-

Pero ello no es así, en primera instancia se ha hecho mérito a la proveniente del poder de policía sobre el medio ambiente que le corresponde a la recurrente.-

Y ello es a mi juicio indisputable.-

En efecto, recurriendo a conceptos de la Dra. Graciela Medina al votar en la Sala 1ra. de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, en la causa "Fundación Pro Tigre y Cuenta del Plata c/ Municipalidad de Tigre y otro" (09/06/1998; J.A. 1999-I-278 y sig.), y afrontar la explicación del concepto "poder de policía" y luego de referirse a la definición dada por Linares Quintana en cuanto a la potestad de estado para imponer limitaciones razonables al ejercicio de derechos individuales en virtud de intereses superiores, considera que dicho poder es no solo ejercitable por las Municipalidades a través del dictado de decretos y ordenanzas, sino también mediante la adopción de medidas preventivas tendiendo a evitar su incumplimiento, a lo que se halla obligado en virtud de lo establecido en el art. 108, inc. 5º de la Ley Orgánica Municipal (art. 108, inc. 5º-ley 6769/58).-

Y, en el caso, amén del reconocimiento hecho por los funcionarios cuyos testimonios fueran más arriba analizados en el sentido que controlar diariamente el funcionamiento del tratamiento de los residuos (inclusive sábados y domingo; fs. 457 y fs. 459/460), hay actualmente otra clara imposición legal para que se ejercite el susodicho poder, al ser reglamentada la cláusula 28 de la constitución Provincial que establece la protección, mejoramiento y restauración de los recursos naturales y del ambiente en general en el ámbito de la Provincia. En efecto el art. 6º de la ley 11723 establece que "El Estado Provincial y los municipios tienen la obligación de fiscalizar las acciones antrópicas que puedan producir un menoscabo al ambiente, siendo responsable de las acciones y de las omisiones en que incurran". Luego en el art. 66 se determina la obligación municipal de implementar mecanismos para el manejo de los residuos.-

Como consecuencia de lo que se ha venido exponiendo la responsabilidad del Estado Municipal por omisión del ejercicio del poder de policía ambiental en el caso, es también evidente por lo que debe responder de los daños generados a la actora.-

VII) Yendo a éstos hemos visto que la cuestión a resolver se concreta a los daños sufridos personalmente por la actora.-

a) Ha sido dicho que en los procesos ambientales albergan dos aspectos en las demandas individuales, el primero, necesariamente al lado del interés individual que lo impulsa, contiene a su vez un interés colectivo y difuso: el que poseen todos los integrantes de la comunidad aledaña a la salubridad del medio ambiente que se dice contaminado, sin cuya tutela no puede lograr la de aquél interés particular que no es más que un fragmento o porción del mismo interés supra-individual referido. Pero esta dualidad no resulta excluyente, sino por el contrario acumulativa, el individuo ostenta un interés propio y por añaduría conforma o porta parte de otro interés distinto, colectivo, de pertenencia difusa que también le confiere legitimación para obrar siempre que sea portador de un interés razonable y suficiente (Néstor Alfredo Cafferatta, ob. cit. L.L.B.A. 2000-963). Este, primariamente, apunta al cese de la contaminación.-

aa) Que, hemos visto, la posibilidad de estar defendiendo la accionante un interés -además del propio-colectivo, de pertenencia difusa, se ha esfumado en el caso en razón de haber cesado en el año 1999 la utilización del basural para el depósito de los residuos domiciliarios de la ciudad de Olavarría.-

Que de tal manera circunscripto el litigio y examinando la queja cruzada de la actora y de las demandadas a la procedencia y alcance de los daños personales de aquella, se aprecia que el llamado por la primer sentencia como "daño ambiental", no puede tener cabida ya que, indefinido por primera instancia el fundamento para considerarlo ocasionado, carece de sustento cuando sobre la materia de daños impera la necesidad de su certidumbre, aspecto que, como lo señala Acuña Anzorena, citado por Zannoni, se refiere a la existencia y no a su actualidad o su monto, lo que también es definido como efectividad del daño, el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético ("El Daño en la Responsabilidad Civil", ed. Astrea, pág. 50; ésta Sala causa Nº 37.021, 27/06/1996, "Astiz"; Nº 37.670, 28/02/1997, "García c/ Guinea"; causa Nº 43.558, 20/02/2002, "Carballo", etc.).-

No existiendo definición y menos prueba del daño así calificado -si se atiende a la cita de la demanda (fs. 44/47) la cosa no mejora ya que solo se transcribe jurisprudencia y se confunde el denominado "daño ecológico" con daños personales- no corresponde sea acogida indemnización al respecto (art. 1068 C.C.; art. 375 C.P.C.C.).-

b) Que con relación a los etiquetados como daños físicos, ellos fueron justipreciados en el fallo analizado en la suma de \$16.000 y median los recursos apuntados, habiendo sido reclamados por los trastornos respiratorios que la accionante sufre.-

Que éstos, hemos visto, se encuentran probados y le han ocasionado una rinitis crónica que en punto a generarle una incapacidad parcial y permanente que se ha estimado pericialmente -y sin disputa puntual- en el 1,6% según baremo para incapacidades (fs. 603).-

Que, siguiendo las pautas del fallo de la Corte Nacional citado en la demanda a fs. 44vta., ha señalado ésta Sala que: "el resarcimiento de los daños comprendidos en el concepto de incapacidad debe abarcar no solamente la laborativa sino también las consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco más amplio, habiéndose expresado en ese sentido la Corte Nacional ("Toscano", 07/02/95, L.L. 1995-D-92), que debe tenerse en cuenta la persona en su integridad con su multiforme actividad, debiendo computarse y repararse económicamente toda lesión sufrida sea en sus facultades culturales, artísticas, deportivas, comunitarias, religiosas, sexuales, etc." (causa Nº 35.014 "Vargas", 01/05/94).-

Más recientemente dicho Alto Tribunal ha reiterado el criterio señalando que: "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida "y que" para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los defectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación (C.S.N, 21/05/2002, "Camargo", J.A. 2003-II-279)"; (causa de esta Sala Nº 47.204 "Sosa" -S- del 06/10/2004).-

Que por lo tanto, teniendo en cuenta la edad de la víctima al tiempo de la demanda (28 años), sexo, ocupación, antecedentes propios y de otros Tribunales propongo sea reducida la indemnización a la cantidad de \$9.000.-

c) Que analizando el daño moral entre sus distintas conceptualizaciones se ha considerado que constituye toda modificación disvaliosa del espíritu ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, afectando el equilibrio anímico de la persona; y que el sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista daño moral, aunque si una de las manifestaciones más frecuentes; tiende a paliar angustias y afecciones padecidas por la víctima; significa un injusto ataque a la integridad física entendida como derecho a la personalidad y en definitiva como lo sostiene Carlos A. Ghersi, se trata de una lesión a los sentimientos (Mónica B. Hise y Gabriela A. Rosello, "Daño Moral", J.A. 1999 -I- 1065).-

Y también que la lesión espiritual de la víctima cuando promedia ilícito y lesión física, se presume "in re ipsa" (C.N.Civ. Sala B., 30/5/01, "Bonilla Zulema c/ Transporte Automotores Plaza" J.A. 2002-II- síntesis); (causa Nº 46.359 "Oliver" -S- del 26/12/2003).-

Que, en consecuencia, teniendo en cuenta la afección a la salud de la actora, tratamiento que debió seguir y su prolongación, propongo al acuerdo, recurriendo también como en el anterior rubro a antecedentes propios y de otros Tribunales, que la indemnización por daño moral se disminuya a la suma de \$7.000 (art. 1078 C. Civil).-

d) Que con relación a los gastos de tratamiento, visitas médicas y medicación que debió sufragar la actora hasta el momento de la demanda como así también los ulteriores y futuros de su tratamiento, han sido probados mediante la pericia médica e informe de fs. 467 (del Dr. Cordo) y determinados en la suma de \$3.000.-

La queja de la actora refiere que además de las consultas deben tenerse en cuenta los medicamentos y traslados, como así que el tratamiento debe ser continuo.-

Que en cuanto a las visitas médicas anteriores, aparecen reflejadas en el citado informe cobrándose por cada una de ellas \$50. Con relación a la posteriores y como se ha dicho, tratándose de un daño futuro no se precisa la seguridad que sobrevendrá sino un suficiente grado de probabilidad (Zavala de González Matilde, "Daños a las Personas". Integridad Psicofísica", pág. 104). Las variaciones que puedan producirse en cuanto a la frecuencia de visitas médicas, no pueden ser predeterminadas como lo expresa el perito Dr. Astigueta. En razón de ello y tratándose de una dolencia crónica, estimo justo elevar el concepto a la cantidad de \$4.000.-

VIII) Que, como consecuencia de lo que se ha venido diciendo, propongo al acuerdo confirmar la sentencia recurrida en lo que respecta al rechazo de la prescripción y a la responsabilidad de las demandadas proveniente de obligaciones concurrentes o indistintas, no estimándose deba pronunciarse el Tribunal sobre la posibilidad de regreso o repetición entre ellas, dado que solamente se ha expresado una reserva por parte del Municipio (punto IX de la contestación de la demanda y 3 del petitorio de la expresión de agravios (fs. 729). Y que se modifique el monto total de la condena como consecuencia de desestimarse el denominado "daño ambiental", disminuyéndola a la cantidad de \$20.000.-

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores FORTUNATO DE SERRADELL y OJEA, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

A LA SEGUNDA CUESTION, El señor Juez Doctor CESPEDES, dijo:

Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior deberá confirmarse la sentencia de fs. 657/672 en lo que se refiere al rechazo de la prescripción opuesta y a lo decidido sobre la responsabilidad atribuida a los codemandados, modificándose el monto de la condena el que se reduce a la cantidad de \$20.000, quedando firme lo demás dispuesto. Con relación a las costas, propongo que las de primera instancia sigan impuestas a los demandados atento la naturaleza del reclamo; el principio de reparación integral y a ser, en definitiva vencido; y que las de la Alzada sean soportadas en el orden causado a mérito del resultado de los recursos (art. 68 C.P.C.C.; causas SCBA, Ac. 37590 "Genta de Cabrera"; esta Sala causa N° 35.920, 05/02/90 "Urraco", Sala II, N° 40563, "Gascon" 22/10/99) y que se difiera la regulación de los honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51, ley 8904).-

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores FORTUNATO DE SERRADELL y OJEA, votaron en análogo sentido.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC., se Resuelve:

Confirmar la sentencia de fs. 657/672 en lo que se refiere al rechazo de la prescripción opuesta y a lo decidido sobre la responsabilidad atribuida a los codemandados. Modificar el monto de la condena fijándolo en la cantidad total de \$20.000 que dando firme lo demás resuelto. Con costas, de primera instancia impuestas a los demandados y las de la Alzada en el orden causado. Difiérese la regulación de los honorarios para su oportunidad. Notifíquese y devuélvase.

CESPEDES - FORTUNATO DE SERRADELL - OJEA