

## Recurso Extraordinario Provincial Accion De Danos Y Perjuicios Empresa Prestataria Del Servicio De Gas Caída En Un Pozo

### JURISPRUDENCIA

Recurso extraordinario provincial. Acción de daños y perjuicios.

Empresa prestataria del servicio de gas. Caída en un pozo

Se rechaza el recurso extraordinario provincial interpuesto y se confirma la sentencia que atribuyó a la empresa prestadora del servicio de gas la responsabilidad por la caída del actor en un pozo en la calle sin señalizar, al constatarse que la demandada había estado realizando obras de distribución del servicio de gas en la zona, para cuya concreción debían realizarse pozos en la calzada, y sin que haya logrado acreditar la finalización definitiva de la obra.

En Mendoza, a diez días del mes de mayo de dos mil dieciocho, reunida la Sala Primera de la Excm. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-00630693-9/1 (010305-52285), caratulada: "DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA S.A. EN J° 118859/52285 PASTRAN, BALDOMERO FABIAN C/ ECOGAS S.A. S/ D. Y P. (ACCIDENTE DE TRÁNSITO) P/ REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACIÓN»- De conformidad con lo decretado a fojas 84 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE; segundo: DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ; tercero: DR. PEDRO JORGE LLORENTE.

ANTECEDENTES: A fojas 17/36, Distribuidora de Gas Cuyana S.A., por intermedio de representante interpone recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación en contra de la resolución dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial, 336/350 de los autos n° 118.859/52.285, caratulados "PASTRAN BALDOMERO, FABIAN C/ ECOGAS S.A. P/ D Y P». A fojas 59 y vta., se admiten formalmente los recursos deducidos y se ordena correr traslado a la parte contraria, quien contesta a fojas 60/62 vta. solicitando su rechazo con costas. A fojas 77/78, obra el dictamen de Procuración General del Tribunal, quien aconseja la admisión de los recursos deducidos. A fojas 83, se llama al acuerdo para dictar sentencia y, a fojas 84, se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal. De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver: PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso extraordinario provincial interpuesto? SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde? TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, DIJO: I.- RELATO DE LA CAUSA. Los hechos relevantes para la resolución del presente recurso son los siguientes: 1.- A fs. 9/13, obra demanda por daños y perjuicios, iniciada por el Sr. Baldomero Fabián Pastran, a fin de reclamar a ECOGAS le abone la suma de \$40.000, correspondientes al perjuicio sufrido al caer en la calzada, el día 13/03/08, por trabarse la rueda delantera de su rodado en un pozo que se encontraba en el pavimento, el cual habría sido realizado por la demandada y que no se encontraría debidamente señalizado. Ofrece como prueba el sumario N° 96, Av. Accidente con intervención Subcomisaría El Algarrobal (identificado en este Tribunal como A.E.V. N° 98.517/4), del cual surge lo siguiente: \* A fs. 1, rola denuncia efectuada por el actor en la cual refiere haber caído en un pozo abierto sobre la calzada, de una profundidad de cuarenta centímetros por un ancho de unos 80 centímetros, por lo que perdió el equilibrio de su bicicleta, expresa que no existía señalización en la esquina, que no estaba iluminado el pozo, ni poseía vallado de seguridad alguno y que fue ejecutado unos dos meses atrás por personal de ECOGAS; \* A fs. 3, obra acta de inspección ocular, de la cual surge que existe en la calle un pozo abierto en el pavimento de un diámetro aproximado de ochenta centímetros y una profundidad de entre 30 a 40 centímetros, relata además que inspeccionado el lugar no se pueden hallar rastros, huellas o indicios que ayuden al esclarecimiento del hecho. 2.- A fs. 27, de los autos principales, contesta demanda Distribuidora de Gas Cuyana, quien niega expresamente todo el episodio que se expone en la demanda desde la existencia misma del pozo, hasta el supuesto accidente y secuelas. Asimismo, niega que su representada hubiera realizado un pozo. 3.- A fs. 39, obra auto de sustanciación de la prueba. 4.- A fs. 138, obra declaración testimonial del Sr. Raúl Ferreyra, quien reconoce ser vecino del actor y sostiene ser testigo presencial del accidente, que el mismo se produjo por un pozo, que no existía ningún tipo de señal, que el diámetro era grande, como un metro, pero la profundidad era más grande todavía, destaca que se veía un caño y que el actor sufrió diversas lesiones. 5.- A fs. 139, obra declaración testimonial del Sr. José Luis Avila, quien refiere ser consuegro del actor, que le informaron que él había caído en el pozo de ECOGAS, que el mismo no tenía ningún tipo de señalización que advirtiera su presencia, que tenía un diámetro de un metro cuadrado. Afirma que el pozo lo hizo ECOGAS y que ellos habían estado trabajando en todo el barrio, haciendo todos los cruces. Desconoce si las camionetas decían ECOGAS, pero sabe que ellos andaban haciendo los pozos y relata que en la ropa de los obreros no decía ECOGAS. Manifiesta que hicieron un túnel y por ahí pasaron la red de gas, que nadie se lo dijo pero él lo vio cuando estaban realizando la red de gas. Indica que trabaja en la minera Luján, pero reconoce

no tener conocimiento respecto de redes de gas y de materiales que se utilizan. 6.- A fs. 198/198, obra pericia de ingeniero mecánico que destaca que el pozo se encontraba sobre el costado oeste de calle Moisés Stubert, metros antes de llegar a la intersección con calle Gral. Paz, tenía un diámetro aproximado de 80 centímetros y una profundidad aproximada de entre 30 y 40 centímetros. Aclara que al momento de la colisión la visibilidad no era buena, con sectores de escasa o nula iluminación de luz de mercurio y que, en función de las constancias obrantes en autos, no existía señalización alguna que indicara la existencia del pozo. Asimismo, al contestar las observaciones a fs. 262 indica que no tiene la certeza de que realmente fuera ésta la empresa que a cargo de los trabajos en el lugar. 7.- A fs. 243, obra declaración testimonial del Sr. Abel Néstor Godoy, quien reconoce ser empleado de ECOGAS, siendo su cargo supervisor de obras. Manifiesta que el 4 de diciembre se hizo el acta de transferencia y antes del 25/12, el acta provisoria, que implica que la obra está terminada y solo resta su habilitación con gas. Niega deficiencias de señalización en la obra y que para fecha 13/03/08 hayan habido trabajos pertenecientes a la obra de gas en la esquina de General Paz y Stubert, afirmando que ésta última era de tierra. 8.- A fs. 244, obra declaración del Sr. Gustavo Adolfo Maceira, el cual afirma también ser empleado de la empresa ECOGAS, siendo líder de obras externas e internas al momento de la declaración. Refiere que el rol de ECOGAS respecto de la obra de construcción de la red de Distribución de Gas en El Algarrobal es la supervisión técnica, control y mantenimiento de las redes y operación. Indica que el comitente de esas obras fue el Ministerio de Infraestructura y la contratista fue una U.T.E. ICEO - Catalcon. Niega deficiencias de señalización en la obra. Además, relata que el acta de recepción provisoria fue el 18/12/2007 y que, para el 13/03/08 no existían trabajos en el lugar porque la obra estaba terminada. Finalmente, menciona que para fecha 04/12/07, ECOGAS se hizo cargo de la operación y mantenimiento de la red, mediante transferencia de los derechos de la obra. 9.- A fs. 290/293, obra sentencia de primera instancia, la cual hace lugar a la demanda deducida por el actor, condenando a ECOGAS S.A. a abonar la suma de PESOS DIEZ MIL QUINIENTOS (\$ 10.500). 10.- A fs. 294, apela la actora y, a fs. 297 y 298, hacen lo propio demandada y sus letrados por su propio derecho. 11.- A fs. 336/350, obra sentencia de Cámara, la cual rechaza el recurso de apelación interpuesto por ECOGAS S.A. y hace lugar parcialmente al recurso planteado por la parte actora. Argumenta, en cuanto es materia del presente recurso, lo siguiente: \* Los testimonios de los Sres. Godoy y Maceiro no enervan las declaraciones prestadas por los Sres. Ferreyra y Ávila, ni descalifican las constancias del acta policial, la cual resulta suficiente para dar por acreditada la existencia y dimensiones del pozo, que provoca la caída de la actora. \* Las declaraciones de los Sres. Godoy y Maceiro deben valorarse teniendo en cuenta que se trata de empleados en relación de dependencia con la parte demandada y además se trata de dos personas interesadas en que se considere real la versión de la accionada, respecto a la inexistencia del pozo y de que las obras se encontraban concluidas, desde que el primero era supervisor de obra y el segundo líder de obras externas e internas. \* No puede aceptarse los dichos de estos testigos sobre la inexistencia de pozos en la zona desde el momento que pesaba sobre ellos el control de la correcta realización de la red de gas. \* No puede tampoco darse por probada la conclusión total de la obra, ya que en el mes de diciembre se habría realizado la transferencia y la recepción provisoria de la obra, la que no excluya que pudieran quedar posibles pozos sin estar completamente tapados. \* Además, los testigos no dan razón de sus dichos debiendo tenerse presente que la transferencia definitiva y la firma de un acta de entrega provisoria debieron ser acreditadas mediante prueba instrumental o informativa. \* Resulta insuficiente para descalificar el testimonio de Ferreyra que refiriera dimensiones diferentes del tamaño del pozo, cuando el testigo lo vio de noche, concuerda en la falta de señalización y procuraba ayudar a la víctima. \* Tampoco resulta relevante que Ávila hubiera manifestado que el personal que trabajaba en la obra no tenía logos ni distintivos de ECOGAS, pues no se encuentra controvertido que la obra la realizaba un tercero. \* Al haber quedado acreditada la participación de ECOGAS en la obra de distribución de gas de El Algarrobal y que para ello se realizaban pozos, no resulta aceptable el planteo de falta de legitimación sustancial pasiva porque nunca se probó la conclusión definitiva de la obra en debida forma, por lo que la demandada después de la entrega provisoria, reviste la condición de guardiana respecto de la obra y del pozo que provoca el accidente. II- ACTUACIÓN EN INSTANCIA EXTRAORDINARIA. A) AGRAVIOS DE LA RECURRENTE. Recurso de Inconstitucionalidad La quejosa aduce que en la sentencia recurrida no se ha efectuado una valoración crítica de las pruebas producidas en la causa, violando el principio de congruencia en razón de no atenerse a todo lo alegado y debidamente probado y admitido en la causa. Expresa que: \* La sentencia de Cámara no se hizo cargo del principal planteo impugnatorio: la errónea aplicación del art. 1113 C.C. al haber hecho responsable a la demandada como dueña o guardiana de un pozo en la vía pública, el cual es un bien del dominio público perteneciente a la municipalidad. \* ECOGAS es dueña y guardiana exclusivamente de la red de distribución que se encuentra dos metros bajo tierra. No es dueña ni guardiana de la calzada, bajo cuya superficie se encuentran distintos tendidos de redes, tales como los de agua y cloacas. Lo expuesto surge de la reglamentación vigente para obras de gas (NAG 113), art. 28 y de la Ley Orgánica de Municipalidades 1079, art. 11. Nada dijo la sentencia de Cámara sobre este embate impugnativo. \* La sentencia de primera instancia contiene marcados errores de apreciación y valoración de las pruebas testimoniales que fueron convalidados por la Cámara. Los testigos Godoy y Maceira declararon sobre cuestiones distintas del Sr.

Ferreira, por lo cual la sentencia es arbitraria al afirmar que las declaraciones de los primeros no alcanzan para enervar los dichos del segundo y las constancias del acta policial. \* La única contradicción es de la declaración del Sr. Ávila consuegro del actor, quien sin dar razones de sus dichos afirma que el pozo existente en el lugar corresponde a una obra de la red de gas. Esa declaración es incompatible con los dichos de Godoy y Maceira y tampoco surge del AEV ningún elemento que vincule a la demandada con la ejecución del pozo. \* La sentencia de Cámara analiza exclusivamente la supuesta subjetividad de los testigos Maceira y Godoy y no hace análisis de subjetividad alguno de los testigos del actor, siendo que Ávila es consuegro del actor y Ferreira, vecino del mismo. \* La única prueba sobre la ocurrencia del accidente es el testimonio del vecino Ferreira que difiere notablemente con las características del pozo descritas en el acta policial, ya que atribuye al pozo un tamaño de un metro de diámetro y más de un metro de profundidad y afirma que el actor trabó la rueda en el pozo. No obstante, si tales hubieran sido las dimensiones del pozo, el ciclista habría caído en su interior. \* Además, ninguno de los testigos, ni Ferreira ni Ávila fueron mencionados por el actor como testigos del hecho en oportunidad de interponer la denuncia policial. \* La sentencia de Cámara incurrió en arbitraria descalificación de los testigos Maceira y Godoy que son testigos más que idóneos porque teniendo a su cargo la inspección de las obras, son quienes están en mejores condiciones que ningún otro para informar tal extremo. Asimismo, se trata de dependientes que se desempeñan como funcionarios de una empresa prestadora del servicio público, ente público no estatal y a su respecto considera aplicable la jurisprudencia conforme la cual los agentes estatales pueden concurrir como testigos en los litigios en que sean parte las reparticiones y debiendo presumirse la veracidad. \* Ambos testigos (Maceira y Godoy) coinciden en que la obra terminó en diciembre de 2007, momento en el cual se produjo la recepción provisoria de la obra, tres meses antes del accidente y que en ese momento no había pozos en el lugar, ni trabajos relacionados con la obra de gas. \* La recepción provisoria significa que la obra se encuentra totalmente ejecutada, liberando a la constructora de los vicios aparentes, salvo las deficiencias que expresamente se dejen salvadas en el acta, comenzando el plazo de garantía por los vicios ocultos que debe reparar la constructora. \* Si se considera que los testimonios son contradictorios entre sí, y sin que pueda darse crédito a unos sobre otros, debe prescindirse de la prueba testimonial. \* No se ha podido demostrar que las lesiones del actor las haya sufrido por caída en dicho pozo, ni tampoco que haya sido la demandada la que ejecutó el pozo, ni que ella se a dueña o guardiana del mismo. Recurso de Casación: Sostiene la demandada que se aplicó una norma que no correspondía, art. 1113 C.C. y que se dejó de aplicar la que sí correspondía, Ley N° 1079, con los siguientes argumentos: \* Relata que ECOGAS es dueña y guardiana exclusivamente de la red de distribución de gas natural que se encuentra dos metros bajo tierra y que opera y mantiene a los fines de la prestación del servicio público a su cargo. \* No es dueña ni guardiana de la calzada, bajo cuya superficie se encuentran distintos tendidos de redes para la prestación de los distintos servicios públicos domiciliarios. \* El fallo recurrido dejó de aplicar las normas técnicas del servicio de gas (NAG 113, art. 28, conforme el cual la responsabilidad por la reparación de los pavimentos y otras instalaciones de superficie es de responsabilidad compartida entre el contratista y el futuro usuario) y la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 1079, art. 11, en virtud del cual la municipalidad ejerce jurisdicción sobre los bienes de uso público municipal, como las calles).

B) CONTESTACIÓN DE LA RECURRIDA. A fs. 60/62, contesta traslado la actora y solicita el rechazo de los recursos interpuestos por la demandada. Argumenta que el actor logró acreditar la existencia y características del pozo donde se produjo el accidente, por medio de testigos y acta de procedimiento policial. Menciona que el actor logró probar asimismo que la razón de la existencia de tal pozo era la realización de trabajos efectuados en la zona por ECOGAS consistentes en la colocación de la red de gas para El Algarrobal y que, en el lugar donde se produce el accidente se efectuaron las obras de tendido de red de gas y que, tan sólo unos meses antes del infortunio, se había realizado la entrega provisoria de la obra. Destaca que la demandada no probó la transferencia y entrega de la obra mediante la documentación pertinente y que, de todas formas, ésta revestiría el carácter de provisoria, manteniendo la responsabilidad por la guarda de los pozos que se hicieron para efectuar las obras de red de gas. Menciona además que los juzgadores tienen libertad para la valoración de la prueba testimonial y que las críticas a los testimonios de Ferreira y Ávila son superficiales y no hacen sospechar de parcialidad. Finalmente, indica que la responsabilidad de los proveedores del servicio debe analizarse bajo la lupa de la Ley N° 24.240. III- LA CUESTIÓN A RESOLVER. La cuestión a resolver consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que hace lugar a una acción interpuesta en contra de Distribuidora de Gas Cuyana S.A., por los daños sufridos como consecuencia de la caída de un ciclista a causa de un pozo en la calzada, considerando que ha quedado acreditada la participación de la demandada en la realización de la obra de Distribución de Gas en la zona, que para ello se efectuaban pozos y que no se ha probado la conclusión definitiva de la obra en debida forma, por lo que la demandada mantenía después de la entrega provisoria la calidad de guardiana de la obra y del pozo que provocó el accidente. IV- ANÁLISIS DE LA CAUSA A) DERECHO TRANSITORIO En este punto cabe destacar que, tanto la legislación de fondo (Código Civil de Vélez), como la legislación de forma (C.P.C. de Podetti), se encuentran derogados, habiendo sido reemplazados por la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el nuevo Código Procesal

Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, razón por la cual corresponde analizar primeramente la legislación que se aplicará al caso. En relación a la legislación de fondo, el criterio al cual ha adherido este Tribunal es el siguiente "los hechos dañosos acaecidos antes del 1° de agosto de 2015 se rigen por el Código Civil. Esta regla rige los siguientes aspectos: (i) todos los presupuestos de la responsabilidad civil como relación creditoria: la antijuridicidad; los factores de atribución; la relación causal y el daño; (ii) la legitimación para reclamar; (iii) la pérdida de chances como daño resarcible, aún si se trata de daños causados en las relaciones de consumo» ("La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurí-dicas existentes" - Segunda Parte - Aída Kemelmajer de Carlucci - Ed. Rubinzal Culzoni - 1° edición - Santa Fe - 2016 - página: 232). En virtud de ello, por aplicación del art. 7 C.C.C.N. y la doctrina precedentemente reseñada, a los fines de la determinación de la responsabilidad y análisis de sus presupuestos, entre ellos, la relación de causalidad del hecho dañoso con los daños, corresponde la aplicación de la ley vigente al momento del accidente (13/03/08), es decir, el Código Civil de Vélez. Asimismo, atento la entrada en vigencia a partir del 01 de febrero de este año del nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario, el cual ha establecido la existencia de un único recurso extraordinario provincial (arts. 145 y ss. del C.P.C.C.yT.M.), entiendo que los recursos interpuestos y admitidos en esta instancia, deben ser tratados en forma conjunta, sin distinción de lo que antes era materia de uno u otro recurso (Inconstitucionalidad o Casación), por no ser aplicable actualmente la diferenciación mencionada.

**B) PRINCIPIOS LIMINARES QUE RIGEN EL RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL.** En cuanto a la arbitrariedad fáctica, esta Sala tiene dicho que la misma es canalizable a través del recurso de Inconstitucionalidad, pero con el mismo criterio rector de la Corte Federal, en función de la excepcionalidad del remedio extraordinario y lo dispuesto por el art. 145 del C.P.C.C.yT.M., interpreta restrictivamente las causales. Lo contrario significaría hacer de ésta una tercera instancia ordinaria contraviniendo todo el sistema constitucional recursivo. Por eso, el rechazo del recurso por este Tribunal no significa necesariamente que comparta la solución del fallo, sino tan sólo que está impedido de conocerlo, por resultar irrevisable si no se acredita el vicio de manifiesta arbitrariedad. Parafraseando un voto de los Dres. Petracchi y Caballero podríamos decir que de la calidad de Suprema que inviste la Corte Provincial no cabe deducir que posea una jurisdicción omnicompreensiva, que le permita avocarse al conocimiento de cualquier causa cuya solución no comparta. De adoptarse tal temperamento, se establecería que la Suprema Corte es la depositaria original de todo el Poder Judicial de la Provincia y que todos los demás órganos judiciales lo ejercen por una suerte de delegación, idea errónea a la luz de los principios constitucionales (Ver voto en sentencia del 11/09/1984, Hilaria Pascual c/Blubana SA ED 111-512) (SCJM, Autos N° 73.307 caratulada: Previtera, José Jesús en j° 108.190/26.209 Rey, Alberto y Ot. c/ José Jesús Previtera p/ Cump. de Contrato s/ Inc. Cas., 12/12/2002). Asimismo, en relación al recurso de Casación que regulaban los incs. 3 y 4 del art. 161 del C.P.C. y su nota, se ha decidido que es imprescindible que el recurrente señale en qué consiste la errónea interpretación legal y de qué forma ese vicio ha determinado que la resolución recurrida sea total o parcialmente contraria a las pretensiones del recurrente; consecuentemente, no basta invocar una norma, ni enunciar su contenido sino que el quejoso debe explicitar cuál es la interpretación que corresponde o el principio que debe aplicarse y a qué resultados lleva (LS 67-227; LA 86-153; 98-197). En otros términos, la sola afirmación de una tesis jurí-dica no basta para configurar un agravio reparable por casación, desde que es absolutamente necesaria la demostración del error de interpretación atribuido, a fin de que los argumentos de la queja alcancen la entidad requerida por el Cód. Proc. Civil (LS 127-1; 105-432; 147-442; 156-214). Los criterios expuestos se aplican aún hoy, con la vigencia del nuevo C.P.C.C.yT.M., el cual unificó el recurso extraordinario de Inconstitucionalidad y de Casación, que ahora constituyen un recurso extraordinario provincial único, estableciendo además, en el art. 145 inc. III C.P.C.C.yT.M., que este recurso es de interpretación y aplicación restrictiva, en razón de la naturaleza especial de esta instancia.

**C) SOLUCIÓN DEL CASO.** Anticipo mi opinión, discordante con lo expuesto por la Procuración General de este Tribunal, en el sentido de que los recursos interpuestos deben ser rechazados, por las razones que expondré a continuación. La sentencia recurrida debe analizarse bajo las premisas expuestas en el apartado precedente, no advirtiéndose desde esta óptica que la misma adolezca de los vicios que le han sido imputados, conforme surge de la prueba rendida en la causa. Ello así- en virtud de que, los razonamientos del pronunciante no se muestran como apartados de las constancias objetivas de la causa, no contrarían las reglas de la lógica, ni se apoyan en consideraciones dogmáticas o carentes de razonabilidad, no vislumbrándose tampoco una errónea interpretación normativa, como lo exige la excepcionalidad del remedio intentado. Ciertamente, la Cámara analiza las testimoniales rendidas en la causa, dando las razones por las cuales descarta los testimonios de los Sres. Godoy y Maceira en cuanto a la existencia del pozo en cuestión, por ser éstos empleados de la demandada y pesar sobre ellos el control de la correcta realización de la red de gas. Considera también, que no puede darse por probada la conclusión total de la obra por la recepción provisoria de la misma, la cual, no ha sido acreditada mediante la prueba documental correspondiente y además, no excluye per se que pudieran quedar posibles pozos sin estar completamente tapados. Analiza también las testimoniales de los Sres. Ferreyra y Ávila en relación al contexto probatorio de la causa, cotejándolas con el acta policial y las afirmaciones de los testigos de la demandada. Finalmente, refiere que no resulta

aceptable el planteo de la demandada en cuanto a la falta de legitimación pasiva porque ha quedado acreditada la participación de la realización por parte de ECOGAS de la obra de Distribución de Gas en El Algarrobal y que para ello se realizaban pozos, no habiéndose probado la conclusión definitiva de la obra. Ninguna de las afirmaciones reseñadas aparece como ilógica, arbitraria o normativamente incorrecta. En este sentido, se debe tener presente que "La potestad de seleccionar y valorar el material probatorio configura, en principio una facultad privativa del tribunal de juicio, que sólo puede ser revisada en la instancia extraordinaria en supuestos de arbitrariedad de la sentencia. Por ello, y en tanto no se muestre como arbitrario o absurdo el razonamiento, no corresponde que sea modificado en esta instancia por cuanto involucra la potestad discrecional amplia y exclusiva de los jueces inferiores para la valoración de las circunstancias fácticas». (Expte.: 13008397176 - PREVENCIÓN ART SA EN J. 44.376 COBOS HECTOR FERMIN C/ PREVENCIÓN ART SA P/ ACCIDENTE - Fecha: 14/06/2017 - SENTENCIA - Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 2 - Magistrado/s: PALERMO - VALERIO - ADARO - Ubicación: LS 530-001). La recurrente se abroqueló en sostener que ha habido arbitrariedad en la valoración de la prueba efectuada por la Cámara, que se ha analizado el aspecto subjetivo de las testimoniales de los Sres. Godoy y Maceira, pero no se ha actuado de tal manera con los testimonios de los Sres. Ferreyra y Ávila. No obstante, la queja se vislumbra como una mera discrepancia con lo resuelto por la instancia anterior, sin que haya logrado demostrar el quejoso la configuración de la irrazonabilidad que invoca, sin cuya existencia no es dable a este Tribunal la modificación de la sentencia dictada por el inferior, debido al acotado ámbito de esta instancia extraordinaria. De esta manera, la Cámara ha analizado que los testigos Godoy y Maceira son empleados de la demandada, encargados de supervisar las obras realizadas en la zona, en cuyo marco se habría realizado el pozo en el cual cayó el actor, por falta de señalización del mismo. Como puede advertirse el análisis efectuado por el tribunal de la instancia anterior no resulta en modo alguno arbitrario al considerar que los testigos en cuestión son personas interesadas en que se considere real la versión de los hechos brindada por la demandada, desde que pesaba sobre ellos el control de la correcta realización de la obra de Distribución de la Red de Gas. Cuadra señalar además que los dos testigos de la demandada expresan que la calle Moisés Stubert, en donde se encontraba el pozo, era de tierra (el Sr. Godoy lo afirma al contestar la novena pregunta de su interrogatorio (fs. 243) y el Sr. Maceira al contestar la octava pregunta (fs. 244), cuando en el acta de inspección ocular labrada en el sumario penal, (obrante en autos a fs. 03 del AEV N° 98.517/4), se expresa claramente que la calle Moisés Stuber está asfaltada y el pozo se encuentra en el pavimento, por lo cual, la declaración de estos testigos resulta también contraria a lo que surge del mencionado instrumento público, lo que también hace dudar de la veracidad de los dichos de los mencionados testigos. En relación al testigo Ferreyra, la Cámara considera sus declaraciones, analizando el error en que incurrió en relación a las dimensiones del pozo, pero explicando que restaba relevancia a esa circunstancia porque era de noche y el testigo procuraba ayudar a la víctima, a lo cual agregó que era vecino de la zona, por lo cual, tampoco se vislumbra como inverosímil que haya presenciado el accidente. El hecho de que fuera vecino del actor por sí sólo no invalida su testimonio, como pretende la quejosa. La queja de la recurrente en cuanto a que se trata de un único testigo presencial resulta inconsistente frente a la doctrina y jurisprudencia imperantes en la actualidad conforme la cual el principio "testis unus testis nullus" debe dejarse de lado, pues conforme el principio de la sana crítica racional, la circunstancia de que exista sólo un testigo presencial del accidente no habilita por sí al juzgador a invalidar su testimonio sino solamente a evaluarlo con mayor estrictez, y teniendo en cuenta si el mismo se encuentra reforzado por otras probanzas rendidas en la causa. Este criterio es sostenido por esta Corte, que al respecto ha sostenido que: "En materia de valoración de la prueba, corresponde analizar la testimonial única con mayor rigor que si existieran varias declaraciones en el mismo sentido, aún cuando no corresponda restarle valor absolutamente por esa sola circunstancia» (Expte.: 108045 - PINILLOS LUIS RAFAEL EN J° 119.461/12.612 MORALES EDUARDO JESUS Y OTS. C/ PINILLOS LUIS RAFAEL P/ D. Y P. (ACC. DE TRANSITO) S/ INC. Fecha: 19/05/2014 - SENTENCIA - Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 1. Ídem autos n° 13-00606252-5/1 - BERNAL GREGORIO EN J° 191747 / 13-00606252-5 (010302-51156) BERNAL, GREGORIO C/ GONZALEZ, OSCAR ALFREDO Y OTS. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS P/ REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACION Fecha: 16/09/2016). En cuanto a la declaración del Sr. Ávila, el Tribunal de Alzada también considera el mismo y analiza sus dichos en relación al resto del contexto probatorio de la causa, refiriendo que el hecho de que no pudiera señalar que los empleados llevaban logos distintivos de ECOGAS no resulta determinante, atento que no se encuentra controvertido en esta causa que la obra la realizaba una UTE y no Distribuidora de Gas Cuyana por sí misma. Tampoco se advierte que el hecho de ser consuegro del actor haya influenciado en la declaración del testigo, que sólo refiere que el pozo era de ECOGAS por haber observado los movimientos y trabajos que dicha empresa realizaba en la zona, lo cual no resulta inverosímil ni absurdo. Por lo demás, no es cierto que la única vinculación del accidente y el pozo con la demandada surja de la declaración del testigo Ávila, porque no está discutido que la empresa realizó obras en la zona, las cuales importaron la realización de pozos en la calzada, conforme surge de las propias declaraciones de los testigos Godoy y Maceira. Esta situación es admitida por la propia demandada y puede ser correlacionada con las afirmaciones de los testigos Ávila y Ferreyra, así como con las constancias del acta policial, que

indican la presencia de un pozo en el lugar. Todo ello permite vincular causalmente a la demandada con el daño producido al actor.

Las críticas efectuadas por la recurrente en relación a la valoración de las pruebas testimoniales por los tribunales de grado no alcanzan en modo alguno a demostrar arbitrariedad o ilogicidad en la que habrían incurrido los inferiores, vislumbrándose su planteo como una mera disconformidad con la solución adoptada por las sentencias anteriores, situación que no permite a este Tribunal efectuar una nueva revisión del material probatorio aportado a la causa, ya realizada oportunamente por las instancias de grado. De conformidad con los parámetros apuntados precedentemente, en la especie no se advierte que las pruebas hayan sido valoradas absurdamente. Por ello, aún cuando pueda compartirse o no el razonamiento efectuado en la instancia anterior, el mismo no aparece como arbitrario o ilógico, única causal que admitiría la modificación de la sentencia por la vía excepcional del remedio extraordinario intentado (conf. Expte.: 95.897 - KARZOVNIK ALBERTO SALVADOR Y OT. EN J 33.483/110.697 KARZOVNIK A. Y O. EN J 110.697 PROVINCIA DE MENDOZA C/ KARZOVNIK ALBERTO Y OT. S/ EJE. CAMBIARIA P/ REC. APEL. S/ INC. CAS. - Fecha: 31/05/2010 - SENTENCIA - Tribunal: SUPREMA CORTE - SALA N° 1 - Magistrados: BÍ?HM-SALVINI-LLORENTE - Ubicación: LS 414-089). La demandada se queja además de que ella no es guardiana de la calzada, sino de la red de gas que se encuentra dos metros bajo tierra, sin hacerse cargo de la afirmación de la Cámara en el sentido de que no ha habido conclusión definitiva de la obra, sino meramente provisoria, por lo cual pueden quedar posibles pozos sin estar completamente tapados, aún cuando hubieran concluido los trabajos específicos de conexión del gas. Efectivamente, la única prueba de la existencia de la recepción provisoria de la obra son las afirmaciones de los testigos, cuya subjetividad se ha analizado precedentemente. Ninguna documentación ha acompañado la demandada a fin de acreditar la existencia de la recepción provisoria y la fecha de su ocurrencia, a pesar de que ello no resultaba en absoluto dificultoso para su parte. Además, aún en la mejor hipótesis para el recurrente, es decir, considerando que efectivamente ha habido recepción provisoria de la obra, ello no implica que no pueda existir un pozo en la calzada realizado a causa de la misma obra, o que se haya producido por la deficiente reparación de la calzada, luego de la instalación efectuada. Ello atento que, al no contar este Tribunal con el acta de recepción provisional, no puede determinarse con certeza que dicha recepción lo haya sido sin ningún tipo de observación por algún detalle o inconveniente que debiera subsanar el contratista, conforme lo dispuesto por el art. 75 de la Ley de Obra Pública, dentro de los cuales pudo perfectamente encontrarse el pozo que ocasionó el accidente o haberse efectuado el mismo para arreglar algún inconveniente en la instalación realizada, como tampoco puede aseverarse, por la falta de dicho instrumento legal, que la recepción provisoria de la obra haya sido total y no parcial. En relación al argumento conforme el cual es el municipio quien tiene jurisdicción sobre los bienes del dominio público, como las calles, conforme lo dispuesto por la Ley Orgánica de Municipalidades, ello no empece a que puedan haber responsabilidades concurrentes y que le asista a la demandada responsabilidad como propietaria de la Red de Distribución de Gas, para cuya construcción se realizaron pozos y por el derecho de ocupación y uso de bienes del dominio público que tiene la misma para la colocación de las instalaciones destinadas a la prestación del Servicio Licenciado, en cuyo ejercicio se habría realizado el pozo en cuestión, por lo que considero que la quejosa no ha logrado desvirtuar la vinculación que le fuera atribuida por los tribunales inferiores con los daños sufridos por la actora. En este sentido puede destacarse que, el Decreto Nacional N° 2435/1992, en su artículo 1° otorga a DISTRIBUIDORA DE GAS CUYANA S.A. la licencia para la prestación del servicio público de distribución de gas mediante la operación de los bienes aportados a la referida Sociedad por GAS DEL ESTADO SOCIEDAD DEL ESTADO y los que en el futuro, adquiera o construya con la autorización del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS. Asimismo, el mismo decreto, en su Anexo Parte 1, punto 5.5, se ha establecido que las ampliaciones y mejoras que la Licenciataria incorpore a la red de distribución devengarán ipso iure de su propiedad a partir de tal incorporación. Por otra parte, se establece en el punto 6.1 del Anexo Parte 1 del Decreto N° 2435/1992 que "Mientras esté a su cargo el Servicio Licenciado, la Licenciataria tendrá derecho a la ocupación y uso gratuitos de todas las calles, avenidas, plazas, puentes, caminos y demás lugares de uso público, incluso su subsuelo y espacio aéreo, que fueren necesarios para la colocación de las instalaciones destinadas a la prestación del Servicio Licenciado, incluyendo las líneas de comunicación y las interconexiones con terceros (...)» y, en el punto 6.2., respecto de los trabajos en la vía pública, se dispone que "La colocación en la vía pública y en otros lugares del dominio público de las cañerías de Distribución y demás instalaciones necesarias para la prestación del Servicio Licenciado se ajustará a las normas aplicables y prescripciones generales que rijan sobre la materia (...). Estarán a cargo de la Licenciataria los gastos y daños que dichos trabajos ocasionen a terceros y a los bienes del dominio público y privado del Estado nacional, provincial y municipal». De manera concordante con el artículo reseñado, la Ley N° 5916 dispone en el art. 4 que "(...) la Sociedad Licenciataria podrá usar gratuitamente los caminos, calles, puentes, plazas y demás bienes del dominio público, tanto de jurisdicción provincial como municipal, para colocar cañerías e instalaciones, aéreas o subterráneas necesarias para la prestación del servicio, previa autorización de las respectivas autoridades (...)». Conviene recordar además que en el mismo Anexo Parte 1, punto 4.2.4., se dispone como obligación de la Licenciataria del Servicio, la de operar y mantener la Red de Distribución en condiciones tales que no constituyan

peligro para la seguridad de las personas y bienes de sus empleados, usuarios y del público en general. En virtud de la normativa expuesta, le cabe responsabilidad a la empresa prestadora del servicio en el presente caso, en el cual se ha acreditado que la empresa había estado realizando obras de Distribución del Servicio de Gas en la zona, para cuya concreción debían realizarse pozos en la calzada y se ha demostrado la existencia de un pozo en la calle sin señalizar, que provocó la caída del actor, sin que la demandada haya logrado acreditar la finalización definitiva de la obra. Por ello, aún haciendo mérito del argumento del recurrente en orden a la inexistencia de responsabilidad de Distribuidora de Gas Cuyana como guardiana de la obra luego de la entrega y recepción provisoria de la misma por parte del comitente (hipótesis que, reitero, no ha sido acreditada en el caso), la conclusión a la que se llegaría no se vería modificada, por cuanto le asistirá responsabilidad por la calidad de titular de la Red de Distribución de Gas, para cuya instalación se realizó el pozo en cuestión y en virtud del derecho de ocupación y uso de bienes del dominio público, que detenta la Licenciataria del servicio público, para la instalación de la mencionada red. Finalmente, es dable mencionar que no es aplicable la normativa invocada por Distribuidora de Gas Cuyana, art. 28 de la Resolución NAG N° 113, por la cual pretende eximirse de responsabilidad en el presente caso, atento que la misma consiste en el reglamento para la realización de obras a ejecutar por terceros contratadas por el futuro usuario y supervisadas técnicamente por Gas del Estado, situación que no se da en autos, en donde ha quedado demostrado que la obra consistió en la Distribución de Gas en la zona de El Algarrobal y no una conexión de un futuro usuario a la red de distribución del servicio público. De conformidad a la normativa aplicable al caso y el análisis de la prueba efectuado por los Tribunales inferiores, entiendo que la solución brindada en la sentencia recurrida no resulta arbitraria ni normativamente incorrecta. Siendo ello así, y si mis distinguidos colegas de Sala comparten mi opinión, considero que la sentencia cuestionada debe ser confirmada en esta instancia. Así- voto. Sobre la misma cuestión los Dres. GÓMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede. A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, DIJO: Atento el modo como se resuelve la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 17/36 y, en consecuencia, confirmar la sentencia obrante a fs. 336/350 de los autos N° 118.859/52.285, caratulados: "PASTRÁN, BALDOMERO FABIAN C/ ECOGAS S.A. P/ D. Y P.", dictada por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial. Así- voto. Sobre la misma cuestión los Dres. GÓMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede. A LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE, DIJO: De conformidad con la solución a la que se ha arribado en las cuestiones anteriores, corresponde imponer las costas a la recurrente vencida (art. 36 C.P.C.C.yT.M.). Así- voto. Sobre la misma cuestión los Dres. GÓMEZ y LLORENTE, adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: SENTENCIA: Mendoza, 10 de Mayo de 2018 Y VISTOS: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, RESUELVE: I.- Rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 17/36 y, en consecuencia, confirmar la sentencia obrante a fs. 336/350 de los autos N° 118.859/52.285, caratulados: "PASTRÁN, BALDOMERO FABIAN C/ ECOGAS S.A. P/ D. Y P.", dictada por la Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Primera Circunscripción Judicial. II.- Imponer las costas a la recurrente vencida (art. 36 C.P.C.C.yT.M.). III.- Regular honorarios profesionales de la siguiente manera: a los Dres. María Marta MENEGAZZO, en la suma de pesos DOS MIL SETECIENTOS DOCE (\$ 2.712); Federico A. CATANESE, en la suma de pesos OCHOCIENTOS TRECE (\$ 813) y Gustavo BOULLAUDE, en la suma de pesos MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO (\$ 1.898) (Art. 2, 15 y 31 L.A.). IV.- Dar a la suma de pesos DOS MIL DOSCIENTOS SESENTA (\$ 2.260), de la que dan cuenta las boletas de depósitos obrantes a fs. 39/40, el destino previsto por el art. 47 ap. IV del C.P.C.C.T.M. Notifíquese. Ofíciase. DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE Ministro DR. JULIO RAMON GOMEZ Ministro DR. PEDRO JORGE LLORENTE Ministro 030310E