



ACUERDO N° 44. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los diecisiete días del mes de octubre de dos mil diecinueve, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores OSCAR E. MASSEI y MARIA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Secretaria de Demandas Originarias, **Doctora Luisa Analía Bermúdez**, en los autos caratulados: "**ENCINA THELMA MARINA C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA**", Expte. OPAÑO2 3272/2011, venidos en apelación y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI dijo:**

I.- Son recibidas las actuaciones en esta Sala Procesal Administrativa, mediante nota de elevación que luce a fs. 613, con motivo del recurso de apelación articulado por la actora Sra. Thelma Encina (fs. 597/605), contra la sentencia definitiva de primera instancia dictada a fs. 584/594 que decide el rechazo de la demanda.

El recurso comienza con un breve relato de los antecedentes del caso y continúa con la expresión de agravios, en base a los cuales entiende que corresponde revocar la sentencia de grado y hacer lugar a su reclamo indemnizatorio de daños.

En su primer agravio, señala que la sentencia contiene una errónea valoración de la prueba en general y, en particular, de la testimonial e instrumental acompañada.

Dice que a fin de probar sus alegaciones, respecto a las particularidades del hecho, lugar y fecha de ocurrencia, ofreció la declaración de dos testigos: uno de ellos era su padre y, el otro, el Sr. Idizarri que es su pareja.

Expresa que la declaración del Sr. Encina fue descartada por la Magistrada recién en oportunidad de dictar la sentencia, con fundamento en lo dispuesto por el art. 427 del C.P.C. y C., pese a que ninguna de las partes formuló oposición en los términos del art. 428 del C.P.C. y C.



Señala que ello constituye una clara violación al derecho de defensa de su parte, en tanto al momento de dictar sentencia, la Sra. Jueza, procede a descartar la declaración testimonial del Sr. Encina, privando a su parte de una prueba producida y que considera esencial para demostrar sus afirmaciones.

Menciona que de haber sido excluido en la oportunidad procesal pertinente, seguramente hubiera intentado sustituir al testigo o, hubiera reforzado sus dichos con otras pruebas.

Agrega que el art. 427 del C.P.C. y C. admite excepciones cuando es un medio insustituible. Afirma que en el caso esa excepción debe operar, en tanto, por encontrarse la parte impedida de ofrecer, sustituir o recurrir a otras pruebas, el medio de prueba descartado se transforma en insustituible; por ello, solicita que se analice la declaración testimonial del Sr. Encina.

Continúa y expone que la declaración del Sr. Idizarri fue erróneamente valorada, desde que se la califica de parcial por la relación reconocida en el testimonio. Dice que tal afirmación es arbitraria por cuanto, de la lectura del acta, no surgen elementos que corroboren tal afirmación.

Destaca que ambos testimonios dan cuenta con claridad del lugar de acaecimiento del hecho y la producción de los daños reclamados, surgiendo la imparcialidad de los testigos de sus propias declaraciones.

Completa este agravio con una crítica al modo en que la Jueza de Grado valoró la documental aportada por su parte.

En este punto señala que, la demandada, no la desconoció en debida forma limitándose a un desconocimiento genérico; en consecuencia, sostiene que por aplicación del art. 48 de la Ley N° 1305 y 356 del C.P.C. y C., cabe presumir su veracidad.



Afirma que la documental aportada por su parte y las testimoniales son suficientes para acreditar la producción del accidente en el lugar, fecha y hora denunciados en el escrito inicial.

Dice que, contrariamente a lo afirmado por la sentenciante (referido a la falta de indicios del traslado y atención médica), con el certificado obrante a fs. 4 -que no fuera expresamente desconocido por la demandada- se tiene por probado el traslado y atención en el Hospital Castro Rendón.

En su segundo agravio sostiene que es erróneo desligar de responsabilidad al Municipio demandado; que quedó demostrado que la vereda no cumplía las condiciones reglamentarias de seguridad exigidas en la Ordenanza N° 10009 y que, la Municipalidad, no ejerció el poder de policía en la materia en tanto otorgó un certificado final de obra de dicha acera, pese a las graves irregularidades de la misma.

Indica que un diligente control del estado de las veredas, en un sector céntrico de la ciudad, le hubiera permitido a la demandada detectar que la obra y/o el certificado final no se ajustaban al ordenamiento, activando las medidas de adecuación a la Ordenanza N° 10009.

Agrega que aún en el caso que el propietario del lote hubiese decidido realizar con posterioridad alguna modificación -como la colocación de los listones de cerámicos antirreglamentarios- tuvo que requerir autorización al Municipio o, en su defecto, ante la violación a la norma por parte del vecino, el órgano de control debió observar la realización de la obra sin autorización y actuar en consecuencia; afirma que nada de ello ocurrió.

Concluye que la demandada no cumplió los deberes a su cargo establecidos en la Ordenanza N° 10009 y, en consecuencia, no puede desligarse de la responsabilidad en la producción de los daños denunciados.



Finalmente, entiende que en base a los agravios expresados, corresponde revocar el fallo de primera instancia y hacer lugar a su reclamo indemnizatorio.

II.- Sustanciado el recurso y vencido el plazo para contestarlo sin que obre respuesta, a fs. 613 se ordena la remisión de la causa.

III.- A fs. 619/623 el Sr. Fiscal General propicia se declare improcedente el recurso y que se confirme la sentencia de grado.

Respecto a la exclusión del testimonio del Sr. Encina, recuerda que ello está contenido en el art. 427 del CPCyC, agregando que dicho dispositivo no formula distinción alguna con relación a quien fuera el oferente del testimonio.

Sobre el testimonio del Sr. Idizarri, sostiene que si bien la inexistencia de vínculo marital no permitiría su exclusión, lo cierto es que la relación -reconocida por las partes- resta valor probatorio a su relato, máxime cuando el mismo no se encuentra corroborado por otros medios probatorios o constancias de la causa.

No observa que la sentencia impugnada hubiera dañado el derecho de defensa de la actora al desestimar y analizar, respectivamente, aquellos testimonios.

Señala que la imposibilidad de sustituir la declaración de un pariente excluido -condición que algunos de los sectores de la doctrina procesalista admiten como excepción para la prohibición contemplada en el código de rito- no resulta argumento válido para considerar la declaración del padre de la actora; patentiza que no fue invocado en la etapa procesal oportuna por dicha parte que éste era el único testigo del hecho; dice que ello también resulta aplicable al testimonio del concubino.

Agrega que, por el día, horario y lugar en que el siniestro habría tenido lugar, debieron haber otros testigos del supuesto hecho dañoso que no tuvieran vinculación por



parentesco con la accionante; incluso, dice, ello fue reconocido al expresar agravios ya que propuso que de haber sabido que el testimonio de su padre iba a ser excluido habría convocado a otros testigos.

Expresa que lo anterior revela que el padre y concubino de la actora no eran testigos insustituibles y demuestra la insuficiente actividad probatoria desplegada por su parte en lo relativo a la acreditación del accidente y su mecánica.

Respecto a la prueba documental, estima que dado que el Municipio desconoció la que fue acompañada al escrito de demanda, no advierte que estén dados los presupuestos para aplicar los apercibimientos previstos en los arts. 48 de la Ley 1305 y 356 inc. 1º) del CPCyC.

Advierte que más allá que el fallo impugnado haya encontrado acreditada la existencia de la lesión en el codo derecho de la actora, tal circunstancia no resulta suficiente para acoger la demanda ya que, como bien marca la sentencia, no se ha probado la existencia del accidente en el lugar, día y hora y con la mecánica denunciada por la demandante.

En ese contexto, no advierte agravio alguno para la apelante derivado de la valoración efectuada de la prueba documental incorporada a la causa; dice que, en todo caso, solo refiere a las lesiones que la actora presentaba a marzo de 2008, al estado y a las condiciones de construcción de la vereda pero, insiste, nada aportaría en cuanto al acaecimiento del siniestro denunciado en el escrito de demanda como causa de la reparación reclamada.

Si bien todo ello ya le alcanza para rechazar el recurso, trae a colación que no se probó omisión o conducta antijurídica del Municipio en la medida que no existe constancia de intervención previa de su parte que acredite que la Administración haya conocido, debido conocer o hubiere autorizado el tipo de material y pendiente empleado por el



frentista en la construcción de la vereda; recuerda que las intervenciones de la demandada (actas de intimación y de infracción) son posteriores al 1/3/2008.

En cuanto al factor de atribución de responsabilidad, indica que la ausencia de datos impide evaluar el modo en que la demandada ejerció el poder de policía, salvo a partir de la denuncia de la actora, resultando imposible imputarle responsabilidad por una supuesta falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación que, a la vez, permita demostrar que, de haber sido llevada adelante en la forma debida, el día 1/3/08, la vereda ya habría estado acondicionada de acuerdo a las exigencias reglamentarias.

En definitiva, concluye que la sentencia: 1) en cuanto al tratamiento y valor probatorio asignado a los testimonios del padre y concubino de la actora se ajustó al ordenamiento procesal vigente; 2) que sus conclusiones respecto a la falta de acreditación del accidente denunciado (lugar, día, hora y mecánica) y a la ausencia de responsabilidad de la Administración, encuentran sustento en las diversas constancias y material probatorio incorporado a la causa.

IV.- Corresponde a este Cuerpo -como condición necesaria previa a ingresar a la consideración de los argumentos introducidos como hipotético agravio- la verificación ordenada de la eventual concurrencia de los recaudos y exigencias impuestas por las fuentes de regulación del recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia.

a. Se impone dejar sentado que, en cumplimiento del art. 7 Ley N° 2979, se ha dado cuenta oportuna de la recepción de las actuaciones, con debida notificación a las partes (art. 7 párrafo 1° Ley N° 2979).



b. En los términos de los arts. 6 párrafo final Ley N° 2979 y 4 inciso "a" Ley N° 1305 -texto Ley N° 2979- esta Sala Procesal Administrativa resulta competente para entender en el presente recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia.

e. Realizada la verificación de la forma de concesión del recurso de apelación (cfr. art. 276 CPCyC), no se advierten defectos ni fundamentos para revisar lo decidido en la instancia de grado, en la oportunidad del art. 6 Ley N° 2979.

En lo relativo al contenido de la expresión de agravios presentada por la recurrente, teniendo presente los parámetros mínimos exigidos por el art. 265 CPCyC se concluye que la presentación supera la carga de fundamentación para ser admitida como expresión de agravios, y como tal será tratada y objeto de resolución.

Cumplidos los recaudos exigibles para la intervención revisora que se solicita a este Cuerpo, y verificado que se han superado las exigencias y cargas, sin mengua a garantías procesales, corresponde ingresar a la consideración de los argumentos con los que el apelante insta la revisión del fallo de grado.

V.- En ese marco corresponde analizar el recurso de autos, adelantando que se comparte el dictamen del Sr. Fiscal General.

V.1.- Es que, en relación con el primer agravio, se advierte que, en tanto la postura adoptada por la Jueza de Grado, en cuanto a la valoración de los testimonios rendidos en autos, se ajusta a lo dispuesto por la Ley procesal al respecto, la crítica ensayada no puede ser admitida.

Como fuera señalado, la apelante refiere que la norma admite excepciones cuando la prueba testimonial es un medio de prueba insustituible y entiende que tal situación se



da en el caso, considerando el momento en que la Jueza de Grado decidió excluir la declaración del padre de la actora.

Ahora bien, el art. 427 del CPCyC es claro al prescribir que *"no podrán ser ofrecidos como testigos los consanguíneos o afines en línea directa de las partes, ni el cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, salvo si se tratare de reconocimiento de firmas"*.

Por ende, la claridad del precepto no deja dudas para interpretar algo distinto que no fuera que su padre era un testigo excluido; máxime porque se trata de una prohibición de orden público y como tal, absoluta e indisponible para las partes. Por lo demás, tampoco se soslaya que, al momento de ofrecer la prueba, la actora omitió toda aclaración al respecto, por lo que, en la mejor de las hipótesis, ni siquiera estuvo la posibilidad de adoptar el temperamento que ahora señala que debió haberse seguido.

De todas formas, como se dijo, el texto del artículo citado es claro y no hace distinciones, por lo que la parte asumió el riesgo procesal del ofrecimiento que no es otro que el ser privada de esa declaración.

Tampoco es acertado afirmar que, si tal situación hubiera sido advertida por el Juzgado con anterioridad, podría haber ofrecido otro testimonio en su lugar.

Es que, desde que la exclusión está prevista normativamente ningún reproche cabe realizar a la sentenciante y, además, si resultara aplicable la posibilidad de la "sustitución" en este caso [que está prevista para los casos de aquellos que no pudieran declarar por causa de muerte, incapacidad o ausencia], no se desprende del art. 430 del CPCyC que pueda hacerlo en cualquier momento.

Más allá, si la recurrente está afirmando que podría haber ofrecido otro testimonio en lugar del excluido, todo lleva a inferir que no se trataba de una prueba insustituible -sin perjuicio de no soslayar que no aclaró al



momento del ofrecimiento que se tratara de un testigo necesario o insustituible-.

En el mismo orden de ideas, y por las mismas razones que se vienen brindando, si la persona excluida en virtud del art. 427 del C.P.C. y C. no puede ser ofrecida como testigo, va de suyo que su declaración no puede ser tenida en cuenta al momento de sentenciar; de otro modo, bastaría con que la prueba hubiera sido producida para soslayar la prohibición normativa que, no es ocioso remarcar, no condiciona su aplicación a circunstancia alguna.

Sin ánimo de abundar sobre el particular, la ilicitud intrínseca del testimonio no podría ser saneada de ninguna forma [ni por la providencia que ordenara la declaración, ni por haber sido prestada esa declaración en la causa] ya que, de ese modo, se favorecería, indirectamente, el ofrecimiento de prueba ilícita y la violación del propio ordenamiento que se intenta tutelar mediante la herramienta del proceso. Además, si el juez le otorgara eficacia a una prueba prohibida por el hecho de encontrarse producida estaría modificando la ley que la excluye por lo general por razones de orden público, haciéndola entonces "sólo" prohibitiva en la medida en que la misma no se hubiese producido -hipótesis que no es la prevista- (Cfr. Jorge L. Kielmanovich "Teoría de la Prueba y medios probatorios" Pág. 223/24).

En consecuencia, la solución adoptada en el caso, para el testimonio del Sr. Encina, resulta ajustada a derecho.

Con relación a la valoración de la declaración del Sr. Idizarri, no se aprecia que haya sido incorrecto el análisis valorativo realizado por la Magistrada.

Sabido es que la apreciación de las pruebas debe ser realizada según las reglas de la sana crítica mediante una valoración integral y, si bien la circunstancia de que el testigo se encuentre comprendido en las generales de la ley no debe llevar a desechar de plano la eficacia de su testimonio,



lo cierto es que conlleva una posibilidad de parcialidad que requiere que dicho testimonio deba ser apreciado con mayor rigor crítico al aplicarse las reglas de la sana crítica (Cfr. Palacio, "Derecho Procesal Civil, TIV, pág. 620 y Elena I. Highton - Beatriz A. Arean "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" T. 8 Pág. 249).

Además, tratándose de un testigo único, su testimonio debe ser apreciado con mayor rigurosidad aun, analizando el mérito de esa declaración mediante un confronte con todas las circunstancias de la causa.

En el caso del Sr. Idizarri, el vínculo afectivo que lo une con la actora obligó a la juzgadora a examinar con mayor rigurosidad su declaración a fin de determinar si esa situación alteraba la objetividad de su testimonio.

En ese contexto, brindó las razones que la llevaban a estimar que el testimonio carecía de la objetividad necesaria y, confrontadas ahora esas razones con la declaración prestada, no es posible asumir como equivocada o errónea la valoración efectuada; más, porque ante las circunstancias relatadas por el testigo, la Jueza entendió necesario concordar su testimonio con otros medios probatorios y el resultado fue negativo.

Desde otro lado, no puede ser recibida la crítica referida a la valoración probatoria de la prueba documental -acompañada por la parte actora- fundada en que la negativa genérica por parte de la demandada implicó su reconocimiento.

Es que, más allá que la demandada desconoció la documental que fue acompañada al escrito de demanda, la documental cuyo reconocimiento tácito pretende la recurrente no involucra documentos en los que tuvo intervención la demandada (ni como destinatario ni como partícipe de su confección) sino que se trata de constancias de atención médica en el Hospital Castro Rendón.



En este punto, vale señalar que si bien la sentencia recurrida tuvo por probado que la Sra. Encina el día 1-3-2008 se lesionó su codo derecho; que por dicha lesión recibió tratamiento médico hasta agosto del mismo año y que posee una limitación en la movilidad del brazo derecho como secuela, lo cierto es que no tuvo por acreditado que, dicha lesión, se produjera en las circunstancias denunciadas por la accionante.

Y, las constancias obrantes a fs. 4/5 no fueron corroboradas con la informativa dirigida al Hospital Castro Rendón.

Nótese que, a fs. 276, dicho nosocomio informó que en la historia Clínica de la paciente Encina Thelma Marina (Nro. 117994) no registra atención médica el día 1-3-2008 y agrega que el número de historia clínica consignado por la actora corresponde a otra paciente.

Tampoco se encuentra probado el traslado en ambulancia que, supuestamente, llevara a la Sra. Encina desde el lugar en que se produjo la caída hasta el hospital -según refiere la actora en su demanda y el Sr. Idizarri- y que, fuera solicitada por una señora que se encontraría en el lugar del hecho.

Dicha información fue solicitada al Hospital Castro Rendón en el oficio que obra diligenciado a fs. 273 (se le requería: copia de la historia clínica de la Sra. Encina, todo antecedente vinculado con el accidente del 1-3-2008 y detalle del lugar en que fuera socorrida mediante ambulancia de esa institución), el que fue respondido a fs. 276/279.

Con posterioridad a ello, la oferente de la prueba no efectuó petición alguna.

Con lo anterior, no se aprecia que haya sido equivocada la valoración de la prueba al momento de sentenciar por parte de la Magistrada; y, desde dicho vértice,



corresponde desestimar la tachas efectuadas al fallo que giran en torno a la errónea valoración de los elementos probatorios.

VI.- El segundo agravio se direcciona a cuestionar que se desligara de responsabilidad a la demandada, con fundamento en que no hay constancias de que el Estado Municipal, haya conocido, debido conocer o autorizado este tipo de material o construcción para la vereda, sin ahondar mayormente en el tema.

La recurrente sostiene que el error está en omitir considerar que, de conformidad a la Ordenanza Nro. 10009, el Municipio es responsable por el poder de policía que debe ejercer y, ante su omisión de control, es plenamente responsable por los daños que su inacción cause.

A tal fin señala que el Municipio otorga el permiso de construcción o remodelación de veredas y debe verificar que la misma se realice en cumplimiento a las normas previstas en la citada Ordenanza y que, en caso de que el vecino decida modificarla sin autorización, el Órgano de Control debe actuar en consecuencia y nada de ello ocurrió.

Concluye que recurriendo a la prueba testimonial, documental e informativa para acreditar la relación con el daño invocado por la actora, se desprende la relación de causalidad necesaria entre el acto negativo del Municipio, al otorgar el certificado final de obra a una construcción con materiales antirreglamentarios u omisión en el debido ejercicio del poder de policía, demostrada con la utilización de baldosas resbaladizas en una vereda de mayor pendiente que la permitida, provocándose así la caída de la actora y los daños reclamados (cfr. fs. 605).

Ahora bien, sin perjuicio que, de acuerdo a lo analizado anteriormente, no se encuentre mérito para descalificar el razonamiento que llevó a la Magistrada a fallar del modo en que lo hizo [al no tener por acreditado que el evento dañoso se produjera en las circunstancias



denunciadas por la actora], a fin de dar acabada respuesta a la crítica formulada, no es ocioso recordar que este Tribunal ha forjado una copiosa jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado, destacando, en causas análogas al presente, que incumbe al actor una carga argumentativa y probatoria tendiente a acreditar la prestación irregular del servicio, puesto que de otra manera se corre el riesgo de tomar decisiones que no se compadezcan con la razonabilidad y previsibilidad que debe guiar la prudencia judicial en la temática (cfr. Ac. N° 88/17 autos "Monzalvez").

En este mismo orden de ideas, no es exigible al Municipio demandado un ejercicio de ese poder de policía de un modo tal que pueda prever todo tipo de accidentes en la vía pública y que su responsabilidad se active frente a cualquier supuesto; antes bien, el ejercicio irregular o defectuoso de su función se configurará en la medida que se acredite que, efectivamente, no ha cumplido con su obligación; y la obligación generadora de responsabilidad será antijurídica cuando sea razonable esperar que actúe de determinada manera para evitar daños en las personas o bienes de particulares.

Repárese que, en ese contexto, se inscriben las consideraciones formuladas en el fallo en punto a la falta de acreditación sobre alguna intervención previa al accidente que dé cuenta que, el Estado municipal, haya conocido, debido conocer o autorizado el tipo de material o construcción de la vereda que, de acuerdo a la posición actoral, provocó el evento dañoso.

Al respecto, el esfuerzo probatorio de la actora se direccionó a requerir a la demandada los antecedentes relacionados con el reclamo N° 316 realizado ante la Dirección de Obras Particulares. No obstante, no es posible inferir desde qué momento se encontraba la vereda en esa condición, si fue realizada previa autorización o sin ella y, tampoco, si en



algún momento anterior -a la fecha indicada por la actora- se recibió algún reclamo o denuncia en la Municipalidad.

En estas condiciones, a las que se suman las consideraciones efectuadas por el Sr. Fiscal General en su dictamen, no se observa que haya sido errado el temperamento seguido por la Magistrada al no encontrar configurado un supuesto por el que la demandada deba responder.

Y, no siendo atendibles los agravios traídos, la conclusión a la que arriba la sentenciante en el decisorio apelado no es susceptible de ser modificada.

VII.- Por todo ello, corresponde el rechazo íntegro de la apelación en cuanto ha sido materia de agravio y cuestionamiento, con la consecuente confirmación del fallo de grado, con costas a la recurrente (art. 68 CPCyC).

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, se regulan en el 25% de lo que se fije para sus honorarios de primera instancia (art. 15 L.A.). **ASÍ VOTO.**

La señora Vocal **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI** dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, como así también sus conclusiones, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora, con costas a su cargo. **2°)** En consecuencia, confirmar la sentencia de grado obrante a fs. 584/594, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento. **3°)** Regular los honorarios del letrado interviniente en esta Alzada, en el 25% de lo que se le regule en primera instancia (art. 15 L.A.). **4°)** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Con lo que se dio por finalizado el acto que, previa lectura y ratificación, firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría que certifica.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dr. OSCAR E. MASSEI - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria