



ACUERDO Nº 88. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, **Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y MARIA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención de la Secretaría Subrogante de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora María Guadalupe Losada**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"MONZALVEZ NICOLAS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **Expte. n° 2372/2008**, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal **Doctor RICARDO TOMÁS KOHON** dijo: I.- A fs. 8/9 se presenta el Sr. Nicolás Monzalvez, con patrocinio, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén.

Relata que el 25 de septiembre del 2006, aproximadamente a las 21:30 horas, circulaba a bordo de su vehículo por la calle Bejarano en dirección sur, y al llegar a la intersección con calle 12 de Septiembre impactó en una zanja profunda que se encontraba en el asfalto, sin señalización alguna.

Afirma que como consecuencia del accidente, el vehículo sufrió rotura de las cubiertas del lado izquierdo, las llantas y el tren delantero.

Dice que cuando se encontraba esperando la grúa que trasladaría el vehículo, aproximadamente a las 00:15 horas concurrió al lugar una persona que manifestó ser de apellido Carrasco, Director de Obras Civiles de la Municipalidad de Neuquén, quien colocó un caballete de madera.

Señala que la reparación del vehículo ascendió a \$1.313.

Sostiene que impugna el Decreto N°0029 de fecha 11/01/2008 por resultar nulo, por falta de motivación, y la



Resolución N°0499 de fecha 21/11/06 por idénticos motivos, solicitando se decrete la nulidad de dichas normas y se reconozca la responsabilidad de la demandada.

Alega que hubo incumplimiento de la accionada al deber de velar por la seguridad de los vecinos de la comuna - omisión administrativa-.

Indica que como entidad comunal, la Municipalidad es la encargada de cuidar los espacios públicos, en el caso la vía pública, de manera tal que no constituya un riesgo para quienes la utilizan.

Afirma que conforme averiguaciones realizadas, la zanja habría sido abierta por el E.P.A.S para realizar alguna reparación. Sin embargo no sólo no fue reparada, sino que además no se colocó ningún tipo de señalización que advirtiera de la misma, constituyendo un serio peligro para la comunidad que circulara por esa arteria.

Sostiene que la Municipalidad tiene el control de la vía pública y debe velar por la seguridad de los vecinos de la ciudad. Señala que es por esa razón que previo a la apertura de una zanja se debe solicitar el permiso de la Municipalidad, para que tome conocimiento y procure todas las precauciones del caso. Aún ante la falta de aviso, que en todo caso será una cuestión de la Municipalidad y E.P.A.S, debe controlar que no se abran zanjas clandestinamente.

Dice que el derecho lesionado, consiste en la pérdida patrimonial sufrida en virtud de la rotura que sufrió el vehículo.

Solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

II.- A foja 19 y vta., por medio de la RI N° 6437/08 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario a fs. 31/32, se corre traslado de la demanda a fs. 33.



IV.- A fojas 41/45 la Municipalidad de Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de la negativa de rigor, plantea como cuestión de fondo, excepción de falta de legitimación pasiva.

Señala que se desprende de la lectura de la demanda y la prueba acompañada, que la conducta desplegada por el EPAS, fue el hecho determinante del presunto daño, en virtud de ser el único responsable de ejecutar la obra, según la Ley Provincial 1763.

Sostiene que no existe responsabilidad del ente municipal en virtud de que el vicio de origen del daño fue la rotura de la acera por parte de un tercero por quien no se debe responder: esto es, una empresa provincial que realiza una zanja en la vía pública sin la previa comunicación a la Municipalidad de Neuquén, y sin dar cumplimiento con la Ordenanza Municipal, por lo que nada tiene que ver la Municipalidad con el supuesto evento dañoso.

Indica que la persona jurídicamente responsable es el EPAS, no sólo por el hecho que le es imputable la acción que provoco el daño, sino que actuó antijurídicamente por omitir el deber de cumplir con lo establecido en la Ordenanza N° 10.009, es decir la obtención de la correspondiente autorización como así también la señalización de la zanja realizada en la vía pública.

Afirma que es a través de esa ordenanza que la Municipalidad ejerce el debido control de las roturas en calzadas y veredas, por lo que se exige en el art. 3.6.5.1 la obtención de las autorizaciones como así también la correspondiente señalización a los fines de la prevención de accidentes, asegurándose a través del área correspondiente la debida vigilancia de los lugares en los cuales se solicitó la respectiva autorización.



Dice que es por ello que frente al incumplimiento del pedido de autorización y de señalización, ante el supuesto de rotura de calzada resulta como único responsable el organismo provincial público que ejecutó la obra.

Aclara que ante la denuncia, el municipio procedió inmediatamente a la señalización, cumplimentando su obligación de velar por la seguridad de la comuna, según lo dispuesto por la Ordenanza N° 10009 art. 3.6.5.15, es decir, su deber de vigilancia una vez anoticiada del hecho de la zanja sin señalización.

Solicita la citación del EPAS y peticiona se haga lugar a la excepción interpuesta.

V.- A fs. 46 se corre traslado de la contestación de demanda, excepción y citación de tercero, la que es contestada por la actora a fs. 47.

Señala que no tiene objeciones que formular a la citación de tercero y aclara que en caso que no se acredite las imputaciones que la demandada le atribuye al EPAS y se rechace la acción contra el tercero, las costas se impongan a la Municipalidad de Neuquén.

Luego, rechaza la excepción. Alega que la Municipalidad reconoce que debe ejercer el control de las calles y velar por la seguridad de sus ciudadanos, y que por ello señaló ni bien recibió la denuncia de la existencia de la calle.

Señala que la Municipalidad sostiene que existe una ordenanza que dispone que correspondía que el EPAS le comunicara la apertura de la zanja.

Dice que en consecuencia, no quedan dudas de que la Municipalidad es responsable por la seguridad, dado que por ello se impone la obligación de peticionar una autorización previa a realizar la apertura.

Sostiene que la eventual omisión en la que pudiere haber incurrido el EPAS no quita frente al suscripto la



responsabilidad, por ser responsable directo, y en todo caso podrá repetir la indemnización que deba abonar en estos autos y sancionar el incumplimiento de la ordenanza.

Además, afirma que desconoce el incumplimiento, debiendo presumir que el permiso se requirió.

VI.- a fs. 55 mediante R.I 24/2010 se hace lugar a la citación del tercero.

A fs. 66 se presenta el EPAS, se limita a solicitar que se lo tenga por presentado, parte y con domicilio constituido.

VII.- A fs. 69 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 222.

A fs. 227/230 obran los alegatos producidos por la parte demandada.

VIII.- A fs. 233/236 dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia se haga lugar a la demanda.

IX.- A fs. 255 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

X.- En primer lugar, corresponde abordar la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la demandada. Mediante esta defensa, lo que se controvierte, es la existencia de la *legitimatío ad causam*, esto es, que quien demanda, o aquél contra quien se demanda, no revisten la condición de personas idóneas o habilitadas por la ley, para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

La Municipalidad introduce la defensa en virtud de sostener que el evento dañoso fue consecuencia de la conducta desplegada por un tercero por el cual no debe responder. Alega que el E.P.A.S fue el único responsable de ejecutar la obra. No obstante, de la demanda en traslado se advierte con claridad que se le imputa a la demandada responsabilidad en el hecho por un deber que recae sobre la propia comuna, el deber



de seguridad sobre los habitantes en el ejido urbano municipal.

De esa manera, lo cierto es que el argumento utilizado para plantear la falta de legitimación en tanto que otra persona habría realizado la obra, en nada varía la responsabilidad que se le imputa, y por eso, se impone el rechazo de la defensa de falta de legitimación como fue planteada.

XI.- Tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida encuentra su origen en la responsabilidad extracontractual del Estado por "falta de servicio", constituida por el supuesto accionar defectuoso o incorrecto del Municipio demandado. La irregularidad del servicio que señala el actor, consiste en la omisión de prestar debidamente el poder de policía sobre las calles del ejido urbano, fundando el actor la responsabilidad en que "la municipalidad es la encargada de cuidar los espacios públicos, en el caso la vía pública, de manera tal que no constituya un riesgo para quienes la utilizan. En el caso de autos la accionada omitió tal deber".

Recordemos que para que se configure el supuesto de responsabilidad por falta de servicio, es necesaria la presencia de determinados requisitos, a saber: a) imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; b) falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; c) existencia de daño cierto; y, d) relación causal entre el hecho y el daño (cfr. Acs. 1237/06, 24/12, 91/12 entre otros).

Como se dijera en el Acuerdo N° 1452/2007, la responsabilidad directa invocada por el actor, basada en la falta de servicio, requiere de una apreciación en concreto. Debe tenerse presente que "el ejercicio del poder de policía, ya se trate del relacionado con vías públicas, o con otras expresiones de su ejercicio, no siempre corresponde llevarlo a



cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del lugar, del objeto o índole de la actividad o de las personas; en fin, depende de las circunstancias específicas del caso. En lo atinente a su ejercicio, el poder del policía es contingente, circunstancial; no es uniforme, fijo o igual en todos los casos o situaciones; varía o puede variar según el supuesto de que se trata" (Marienhoff, Miguel, "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del derecho público", ED boletín del 9/9/1996).

XII.- Frente al plano probatorio de autos, puede tenerse por acreditado que el día 25 de septiembre del año 2006, ocurrió un accidente en el cual un rodado impactó con una zanja que se encontraba sobre la calzada sin señalización en la intersección de las calles Bejarano y 12 de septiembre, dentro del ejido urbano municipal.

Al respecto, se cuenta con la exposición policial obrante a fs. 129/131 (coincidente con el hecho relatado en la demanda), el comprobante de traslado en grúa del rodado desde el lugar del accidente agregado a fs. 171, y con las actuaciones administrativas dónde es el propio Director General de Obras por Administración de la Municipalidad quien informa que "el día 25 de septiembre de 2006 se atendió a última hora un reclamo por rotura de pavimento rígido de calle Bejarano y 12 de Septiembre (sector sur de las vías de ferrocarril) el cual no contaba con señalización alguna".

Conforme surge de la normativa, y afirma la actora, es la Municipalidad quien tiene el poder de policía sobre la vía pública debiendo velar por la seguridad de los ciudadanos dentro del ejido urbano municipal. Específicamente sobre el poder de policía, la Constitución Provincial, en el art. 273 inc. a), dentro de las atribuciones de los municipios, menciona el mantenimiento de las calles, uso de calles, tránsito y vialidad. Asimismo, los arts. 16 inc. 5, 85 inc. 13



COM, se refieren al poder de policía municipal, y en especial, el art. 142 COM, menciona la potestad indelegable del ejercicio por parte del Municipio del poder de policía en el ejido para garantizar la seguridad, la convivencia, la moralidad, la salud, un ambiente sano y equilibrado, el interés económico colectivo y el bienestar general de sus habitantes, sin perjuicio de las atribuciones y la amplitud de facultades conferidas por la Constitución Provincial.

Como se repara, el mandato jurídico a cargo de la Municipalidad es de carácter general indeterminado.

No obstante, a los efectos de garantizar efectivamente el cumplimiento de su función de poder de policía sobre la vía pública y velar por la seguridad de quienes transitan por allí, en lo que respecta a obras ejecutadas por privados y organismos públicos sobre la vía pública, se establecen obligaciones a cargo de estos últimos. Así es que, mediante un mecanismo de control de la Municipalidad sobre las obras ejecutadas por terceros en el ejido urbano, se permite en definitiva cumplir con el deber genérico de garantizar la seguridad de los ciudadanos.

En este sentido, la Ordenanza Municipal N° 10.009, en el bloque temático N° 5, Capítulo 1, reglamenta en materia de roturas de calzada en su art. 3.6.5.1, que "toda obra en la vía pública en propiedad privada municipal que implique excavaciones, zanjas o pozos, roturas de pavimento en calzadas y/o en veredas, excavaciones de cualquier naturaleza, cambio, agregado de postes, equipos, plantel, conductores o redes en general, deberá tramitar su autorización por la Municipalidad de Neuquén, en el ámbito del área de Control de Redes. Las mismas podrán ser por: a) conexiones individuales domiciliarias a redes de servicios. b) ejecución de obras lineales (instalaciones o extensiones de redes aéreas, subterráneas o superficiales). c) colocación, cambio, reparación de postes. e) ídem de equipos, planteles, líneas".



Concretamente respecto de las reparaciones y mantenimiento de calzada, además de obligarse a quienes realicen obras en la vía pública a tramitar una autorización ante la Municipalidad, el art. 3.6.5.4 de la Ordenanza Municipal N° 10.009, dispone que "en todo tipo de trabajos por mantenimiento y/o reparación de redes emplazadas en la vía pública, que produzcan las roturas mencionadas, la empresa prestataria del servicio debe efectuar la reparación acorde a la regla del arte y realizar la correspondiente señalización y balizamiento diurno y nocturno en prevención de posibles accidentes al tránsito vehicular y peatonal".

En idéntico sentido se expide por su parte, la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, a la que adhirió la Municipalidad de Neuquén mediante la ordenanza N° 7510/96. Esta dispone en su art. 23 que "cuando la seguridad y/o fluidez de la circulación estén comprometidas por situaciones u obstáculos anormales, los organismos con facultades sobre la vía que deben actuar de inmediato según su función, advirtiéndolo del riesgo a los usuarios y coordinando su accionar a efectos de dar solución de continuidad al tránsito. Toda obra en la vía pública destinada a reconstruir o mejorar la misma, o a la instalación o reparación de servicios, ya sea en zona rural o urbana y en la calzada o acera, debe contar con la autorización previa del ente competente, debiendo colocarse antes del comienzo de las obras los dispositivos de advertencia establecidos en el Sistema Uniforme de Señalamiento. Cuando por razones de urgencia en la reparación del servicio no puede efectuarse el pedido de autorización correspondiente, la empresa que realiza las obras, también deberá instalar los dispositivos indicados en el Sistema Uniforme de Señalamiento Vial, conforme a la obra que se lleve a cabo".

Así las cosas, surge claro que si bien recae sobre el municipio velar por la seguridad de los habitantes que



transitan por la vía pública como mandato jurídico indeterminado, cuando existan obras realizadas por privados u entes públicos como consecuencia de reparación de redes emplazadas sobre la vía pública, pesa sobre ellos la obligación de informar al Municipio, tramitar una autorización y cumplir con la correspondiente señalización -como mandato jurídico determinado-. Tal es así, que la normativa nacional prevé incluso que cuando la reparación responda a una situación urgente que imposibilite tramitar la autorización, la empresa que realiza las obras también deberá instalar los dispositivos de señalización.

En este marco entonces, cobra relevancia que es la propia actora quien indica en su demanda que "conforme averiguaciones realizadas, la zanja habría sido abierta por el E.P.A.S para realizar alguna reparación. Sin embargo no sólo no fue reparada, sino que además no se colocó ningún tipo de señalización que advirtiera de la misma, constituyendo un serio peligro para la comunidad que circulara por esa arteria".

En igual sentido, obra el informe suscripto por un funcionario público municipal a fs. 10 del expediente administrativo, que afirma que el E.P.A.S se encontraba realizando tareas de reparación en ese lugar frente al Reclamo documentado con N° 46.734.

Así, admitiéndose que fuera el E.P.A.S quien realizó el pozo, y teniendo en cuenta que en los supuestos de reparación o mantenimiento de redes emplazadas en la vía pública recae sobre las empresas el mandato jurídico determinado de señalar, la responsabilidad a analizar aquí -dónde no ha sido demandada esta última-, girará en torno a la actuación de la Municipalidad en cumplimiento con el deber genérico de garantizar la seguridad de los habitantes dentro del ejido urbano.



Es importante señalar que "La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar..." (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY 12/03/2007).

Específicamente, respecto de la actividad realizada por la demandada, la actora indica que "mientras esperaba la grúa que trasladaría el vehículo y siendo aproximadamente las 00,15 horas, concurrió una persona que manifestó ser de apellido Carrasco, Director de Obras Civiles de la Municipalidad de Neuquén, quién colocó un caballete de madera".

Coincidentemente, informa el Director General de Obras por Administración a fs. 10 del expediente administrativo, que en las últimas horas del día 25 de septiembre de 2006 se atendió un reclamo por roturas en las calles Bejarano y 12 de Septiembre, "se colocó esa misma noche las balizas correspondientes, y al día siguiente (26 de septiembre del 2006) se realizó la reparación con hormigón".

De las constancias administrativas se infiere que la comuna no se encontraba anoticiada de las tareas de reparación o mantenimiento realizadas en el sector, y no se produjo otra prueba al respecto. Por el contrario, ha quedado acreditado que inmediatamente anoticiada del hecho la comuna, se hizo presente a la media noche en el lugar el propio director de Obras Públicas del Municipio a los fines de señalar la existencia de la zanja y que al otro día se realizó la reparación de la calzada.

Así las cosas, lo cierto es que del relato de los hechos y la prueba aportada referenciada, no se vislumbra un actuar irregular por parte del Municipio, dado que la actitud



asumida por la Comuna frente al escenario fáctico descripto se advierte como razonablemente en consonancia con el deber de seguridad sobre los habitantes del ejido municipal.

Debe repararse además que frente a este escenario, y pese a que se le rechazó su reclamo administrativo señalando expresamente que no se encontraban acreditados los presupuestos jurídicos para endilgar responsabilidad al Municipio dado que la zanja la habría realizado el EPAS y que el pozo fue señalado y tapado por parte del Municipio una vez anoticiado, el actor no reclamó ante el organismo señalado y decidió incursionar en sede judicial sólo contra la Municipalidad.

Tanto en sede administrativa como aquí, se evidencia una actitud desinteresada por parte del actor en torno a dilucidar la intervención del E.P.A.S en el evento dañoso, alegando que en vistas del deber genérico de seguridad sobre los vecinos de la comuna, la Municipalidad de Neuquén debe responder independientemente de lo que pudiera corresponder entre E.P.A.S y el Municipio.

Ese desinterés, se hace expreso, cuando citado el E.P.A.S por la Municipalidad, nuevamente la actora opta por continuar con su postura original y deja "aclarado que la citación la ha peticionado la accionada, como así también la atribución de responsabilidad en el hecho que nos ocupa, en caso que no se acredite las imputaciones realizadas -rotura de calle e incumplimiento a la Ordenanza Municipal 10.009- y se rechace la acción contra el tercero, solicito se impongan las costas a la Municipalidad de Neuquén" (fs. 47).

El reproche de responsabilidad que hace el actor, queda reducido entonces a una conducta omisiva por parte del Municipio en su deber de garantizar la seguridad de los ciudadanos comunales, que como se señaló no ha sido acreditada.



No puede dejar de insistirse en que frente a las imputaciones de omisión, máxime en cuestiones referidas a deberes genéricos derivados del poder de policía, se impone al actor una carga argumentativa y probatoria exigente a los fines de aportar prueba clara y contundente, 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 esta temática.

La falta de acreditación del elemento esencial de la responsabilidad del estado -prestación irregular del servicio-, impone el rechazo de la demanda.

XIII.- Las costas del pleito se imponen a la actora perdedora por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). **TAL MI VOTO.**

La Sra. Vocal **Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI** dijo: comparto la solución a la que arriba el Dr. Kohon, como así también su línea argumental, por lo que emito mi voto del mismo modo. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, **SE RESUELVE:**
1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Sr. NICOLÁS MONZALVEZ contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN; **2º)** Imponer las costas al actor vencido (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); **3º)** Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; **4º)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DRA. MARÍA SOLEDAD GENNARI
DRA. MARIA GUADALUPE LOSADA - Secretaria Subrogante