



Provincia del Neuquén
Las Malvinas son Argentinas

Número:

Referencia: Recurso - Miguel Ángel Rébora y otras - EX-2021-00945938-NEU-DYAL#SGSP

VISTO:

El Expediente EX-2021-00945938-NEU-DYAL#SGSP mediante el cual el señor **MIGUEL ÁNGEL RÉBORA** y las señoras **SUSANA ELENA UDABE** y **AGUSTINA BOMBARDO UDABE** interpusieron recurso administrativo; y

CONSIDERANDO:

Que el 10 de agosto de 2021 el señor Miguel Ángel Rébora y las señoras Susana Elena Udabe y Agustina Bombardo Udabe, mediante apoderados, interpusieron recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra la Resolución N° 462/21 de la Dirección Provincial de Vialidad (en adelante DPV), que rechazó su reclamo de daños y perjuicios por el daño moral sufrido a causa de un siniestro acontecido el 31 de enero de 2017 en la Ruta Provincial N° 62, en el cual falleció el señor Matías Rébora Udabe, hijo y hermano de los requirentes;

Que en su presentación reprodujeron la reclamación administrativa por la suma de pesos cuatro millones novecientos mil (\$ 4.900.000) oportunamente incoada ante la DPV en concepto de daños y perjuicios y fundaron el recurso contra la referida Resolución N° 462/21;

Que destacaron la legitimación activa para interponer el recurso y describieron los hechos que originaron el mismo, considerando que en base a las constancias obrantes en las actuaciones preventivas en sede penal y judicial no había dudas sobre la responsabilidad del Estado Provincial en la producción del accidente mencionado;

Que peticionaron indemnización por daño moral y por pérdida de chance y plantearon la inconstitucionalidad del artículo 1741° del Código Civil y Comercial de la Nación respecto a la legitimación de Agustina Bombardo Udabe, en su carácter de hermana del fallecido. En cuanto a la norma impugnada, formularon como agravios la inexistencia de prescripción y la existencia de responsabilidad del Estado en el deceso de la víctima;

Que surge de los antecedentes que el 26 de noviembre de 2018 mediante Resolución N° 1065/18 la DPV atribuyó la responsabilidad del siniestro acaecido a la víctima, señor Matías Rébora Udabe, y rechazó el recurso interpuesto por la señora Carolina Alter, en representación del hijo que tenía en común con el fallecido;

Que el 12 de abril de 2021 los peticionantes, mediante apoderados, interpusieron reclamo administrativo

ante la DPV solicitando el resarcimiento por daños y perjuicios por el daño moral sufrido a causa del siniestro acontecido el 31 de enero de 2017 en la Ruta Provincial N° 62, en el cual se produjo el deceso del señor Rébora Udabe;

Que mediante Dictamen N° 50/21 del 02 de julio de 2021 la Dirección General de Asuntos Legales de la DPV sugirió rechazar el reclamo interpuesto;

Que por Resolución N° 462/21 del 26 de julio de 2021 la DPV rechazó el reclamo oportunamente interpuesto por los presentantes. La norma se notificó el 28 de julio de 2021;

Que el 10 de agosto de 2021 los requirentes, mediante apoderados, impugnaron la Resolución N° 462/21 ante el Poder Ejecutivo Provincial, lo que originó el caso bajo análisis;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe advertir que el objeto se circunscribe al control de legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, en tal sentido se procederá a analizar si la Resolución N° 462/21 de la DPV, se encuentra ajustada a derecho;

Que el marco legal aplicable al presente es la Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia del Neuquén, la Ley 1284 y demás normas aplicables al caso;

Que en primer lugar cabe destacar que tal como surge de los antecedentes obrantes en las actuaciones se han aludido y mencionado cuestiones debatidas en un planteo que si bien se generó por el mismo hecho, fue incoado por la señora Carolina Alter, quien no fue parte en el presente trámite y posee una legitimación basada en una causal diferente a los requirentes. Tal presentación ante el Poder Ejecutivo Provincial tramitó por expediente electrónico EX-2021-00046499-NEU-DYAL#SGSP y al respecto se ha emitido el decreto DECTO-2022-338-E-NEU-GPN;

Que en primer lugar, se abordará el agravio referido a que la Resolución N° 462/21 de la DPV consideró como cosa juzgada a la resolución interlocutoria dictada por el juez contencioso administrativo de la ciudad de Zapala el 23 de junio de 2020, en el Expediente N° 20403/2020 caratulado “Alter Carolina c/ Dirección Provincial de Vialidad s/Responsabilidad del Estado” que declaró inadmisibile el proceso por falta de agotamiento de la vía administrativa;

Que en este punto, tal como lo entendieron los presentantes, se incurrió en un error al citar en el acto administrativo cuestionado lo decidido en un expediente judicial en el cual no fueron parte, aun cuando coincidan el hecho que lo originó y la demandada;

Que por otro lado y sin perjuicio de lo dicho en el párrafo precedente, les asiste razón a los requirentes en cuanto a que en el expediente judicial señalado no existe cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión, tal como surge de la Resolución Interlocutoria N° 54/20 del 22 de octubre de 2020, cuyo considerando IX indicó lo siguiente: “... *En suma, dado que la decisión recurrida se considera ajustada a derecho, en tanto la vía administrativa no se ha agotado en debida forma y por ello la instancia judicial no se encuentra habilitada, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. A todo evento, debe señalarse también que la solución que se impone adoptar, en modo alguno puede ser interpretada como un impedimento de acceso a la justicia, en tanto de cumplirse con los requisitos legales y constitucionales previstos en el ordenamiento procesal de aplicación, nada obsta a que la cuestión vuelva a ser traída a los estrados judiciales (cfr. art. 183 inciso e) punto 3) de la Ley N° 1284).*”;

Que respecto a la prescripción referida en la Resolución N° 462/21 de la DPV se destaca desde ya que también tienen acogida favorable los fundamentos esgrimidos en el recurso administrativo interpuesto;

Que la resolución recurrida consideró prescripta la acción procesal administrativa tomando el plazo de dos (2) años previsto en el inciso b) del artículo 191° de la Ley 1284. Tal artículo establece: “*Plazos. El plazo de prescripción de la acción procesal administrativa, salvo los casos contemplados por leyes especiales, es*

de: a) Cinco (5) años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas. b) Dos (2) años para impugnar actos anulables. Es imprescriptible la acción para impugnar actos inexistentes”;

Que el hecho administrativo es un accidente que se produjo en circunstancias de ejecutarse una obra por la Administración Pública Provincial sobre la Ruta Provincial N° 62, según se desprende del cuarto considerando de la Resolución N° 462/21 de la DPV. De este modo y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 191° recientemente citado, la prescripción de la acción administrativa derivada del accidente ocurrido el 31 de enero de 2017 se produciría el 31 de enero de 2023, al sumarse un año en razón de la interrupción derivada del reclamo presentado el 12 de abril de 2021, según dispone el artículo 193° de la Ley 1284. Así, erróneamente se ha aplicado el plazo de dos (2) años en la norma atacada, el cual hace referencia al plazo para impugnar actos anulables, mientras que el de cinco (5) años es para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas;

Que no obstante, si bien les asiste razón a los recurrentes en cuanto a que no se encontraba prescripto el plazo respectivo y que no les resulta aplicable lo actuado en una cuestión totalmente ajena a ellos, corresponde ahora analizar el planteo principal del que requieren respuesta relativo a la responsabilidad del Estado Provincial;

Que en primer término cabe señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), Ley 26.994 vigente desde el 01 de agosto de 2015, dispuso en su artículo 1765° que: *“La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”*;

Que así, en lo que respecta a la responsabilidad del Estado no resultan en principio aplicables las previsiones del CCyCN y aun no se sancionó en la Provincia del Neuquén una ley especial que la reglamente, tal como sí acontece en el ámbito nacional por medio de la Ley 26.944 de Responsabilidad Estatal (en adelante LRE). Por lo que dicho tópico deberá regirse por las directrices dictadas por el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ), en virtud del artículo 65° de la Ley 1305;

Que resulta asimismo aplicable la Ley 1284 y la jurisprudencia dictada por el TSJ atento a la cuestión de índole de derecho público local, conforme al precedente “Barreto” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

Que la responsabilidad extracontractual del Estado habilita para su tratamiento sistémico dos (2) variantes según se origine en la actividad ilegítima o ilícita o en su obrar legítimo o lícito;

Que en el presente caso cabe centrarse en la responsabilidad extracontractual del Estado Provincial por actividad ilegítima o ilícita, la cual supone el menoscabo a un derecho ocasionado por una acción u omisión antijurídica estatal, es decir contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. A este respecto el factor de atribución es objetivo y específico, denominado falta de servicio;

Que la LRE en el artículo 3° inciso d) define a la falta de servicio como: *“... una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”*;

Que en este sentido, ponderar el obrar defectuoso o irregular de un órgano estatal consiste en comparar en términos abstractos la conducta esperada por la norma o la diligencia esperable del agente, con los hechos concretos acreditados en las actuaciones;

Que a fin de calificar adecuadamente la conducta estatal que se reprocha cabe concluir que los hechos atribuidos a la Administración Pública Provincial se enlazan con el supuesto de responsabilidad extracontractual por actividad ilícita originada en una posible falta de servicio;

Que en efecto los recurrentes expusieron que existió por parte del personal perteneciente a la DPV un accionar totalmente irresponsable y desentendido de las posibles consecuencias dañosas que podían causar

los trabajos que se estaban ejecutando sobre la traza de la Ruta N° 62, al punto de no cortaren forma completa el tránsito vehicular en la zona en que se iban a realizar voladuras con dinamita, no dar aviso a Gendarmería Nacional ni a Parques Nacionales para que cerraran el Paso Internacional Carirriñe, como se hizo en días anteriores y posteriores a la producción del accidente que costó la vida de Matías Rébora Udabe, no ubicar previo al sector de voladuras carteles indicadores, todo lo cual entendieron que configura la evidente “falta de servicio” que origina la responsabilidad del Estado en la producción del accidente;

Que ingresando al análisis de los presupuestos de la responsabilidad estatal, corresponde mencionar que el Estado Provincial es responsable siempre que sea posible acreditar: 1) la existencia de un daño injusto, cierto, debidamente acreditado y mensurable en dinero; 2) que el acto, hecho u omisión pueda ser imputado al agente u órgano estatal; 3) que exista relación de causalidad directa e inmediata entre el daño ocasionado y la conducta estatal y 4) que dicha conducta comisiva u omisiva constituya una falta de servicio (BALBIN, Carlos F.; “Manual de Derecho Administrativo” 3ª edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters La Ley, CABA, 2015; ISBN N° 978-987-03-3001-1; página 630. TSJ Neuquén, “Lardani I. Leonardo y otro c/ EPAS y otro s/ Acción Procesal Administrativa”, Expediente N° 4546/13, Acuerdo N° 92 del 15/03/18);

Que el daño resarcible es el daño jurídico entendido como todo menoscabo a los derechos, siempre que no exista un deber legal de soportarlo o se encuentre autorizado por el ordenamiento jurídico;

Que el daño jurídico debe ser cierto, no meramente conjetural o hipotético, además tiene que estar debidamente acreditado, ser mensurable en dinero y constituir un injusto, es decir el particular no tiene el deber de soportarlo;

Que por otro lado la indemnización es el resultado que provoca el evento dañoso. El propósito de la indemnización es restablecer al damnificado a la situación anterior al hecho antijurídico y se traduce en el nacimiento de una obligación en sentido técnico: obligación de dar sumas de dinero o cosas, de hacer o de no hacer;

Que por lo tanto el resarcimiento siempre posee sustancia patrimonial, aunque el interés subyacente puede no tenerlo;

Que en función de lo expuesto resulta indubitable e indiscutible la existencia del hecho dañoso, con acreditación -aparente- de la relación de causalidad adecuada y que la conducta de los agentes constituyó una falta de servicio, toda vez que importó una actuación o prestación irregular o deficiente de parte del Estado Provincial en cumplimiento de sus funciones o servicios;

Que en orden a ello se clausura toda discusión en torno a la ocurrencia del hecho antijurídico dañoso, así como respecto a la participación y autoría de los agentes intervinientes en ejercicio de sus funciones. Por lo que la discusión deberá centrarse en lo sucesivo, en cuanto a los fines estrictamente resarcitorios, a la extensión de la indemnización, así como a determinar otros aspectos típicos de la responsabilidad civil con incidencia en la determinación de la misma, tales como la convergencia de concausa o concurrencia del hecho de la víctima o de terceros ajenos;

Que la doctrina tiene dicho que: “*Son cuestiones revisables por el juez civil, entre otras: I. la existencia e incidencia concausal del hecho de la víctima o de un tercero extraño; II. la relación causal adecuada entre el hecho del agente y el daño cuya reparación pretende el demandante, por no ser éste una consecuencia inmediata o mediata previsible de aquél; III. Los hechos admitidos en sede penal no relacionados con la condena dictada contra el imputado*” (Pizarro – Vallespinos; “Manual de Responsabilidad Civil”; Tomo II; Rubinzal Culzoni Editores; páginas 469 - 470);

Que aun cuando la Ley de Procedimiento Administrativo 1284 tenga previsto un capítulo relativo a la apertura a prueba en el marco del procedimiento administrativo y que en tal sentido los recurrentes ofrecieron documental, instrumental e informativa, la complejidad del asunto traído a consideración así como el cumplimiento de un imperativo ético impone a la Administración Pública Provincial el deber de someter su accionar al juicio de un tercero imparcial que, en caso de considerarlo viable, lleve a cabo la

tarea de justipreciar el daño que se atribuye al Estado Provincial;

Que al respecto la doctrina señala que: *“La administración carece de organización adecuada para justipreciar la prueba para evaluar daños y perjuicios producidos de origen extracontractual. También es claro que la evaluación del daño moral, de corresponder debe ser hecha por la justicia y no por la administración. Su estructura no está en condiciones de evaluar daños y perjuicios en un caso concreto, salvo situaciones en que se trata de pequeñas sumas que se confieren de modo más o menos generalizado...”* (Gordillo, Agustín; “El reclamo administrativo previo”, Tomo IV; Capítulo 12; página 556, https://www.gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo12.pdf);

Que asimismo se destaca que el monto reclamado por los requirentes por la suma de pesos cuatro millones novecientos mil (\$ 4.900.000) no obedece a alguna liquidación, detalle o presupuesto que hayan acompañado, por lo que también en este aspecto existe una orfandad probatoria tal que impide dar curso a lo peticionado;

Que por los motivos precedentemente aludidos corresponde ventilar este tipo de cuestiones en sede del Poder Judicial, para que en caso de considerar procedente la responsabilidad del Estado Provincial determine el quantum indemnizatorio;

Que por último respecto al planteo de inconstitucionalidad del artículo 1741° del Código Civil y Comercial de la Nación interpuesto por los presentantes, no obstante no resultar esta la instancia idónea para resolver el mismo, no corresponde aquí emitir opinión al respecto de conformidad con el principio de división de poderes;

Que en este sentido la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho: *“A tenor del principio de división de poderes, cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial.”* (PTN, Dictamen N° 85 del 13/05/2013);

Que el control de constitucionalidad en nuestro sistema es el mecanismo por el cual se busca garantizar la supremacía constitucional establecida en el artículo 31° de la Constitución Nacional y teniendo en cuenta que según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación este control es la primera y principal misión que corresponde ejercer a ese tribunal, se concluye que el Poder Ejecutivo no puede realizar control de constitucionalidad alguno sobre las leyes, por cuanto ello corresponde al Poder Judicial;

Que más aún, el control de constitucionalidad en nuestro sistema es difuso por lo que debe ejercerse dentro de un caso o controversia judicial - lo que excluye el control genérico o abstracto - y la inconstitucionalidad debe ser alegada y probada por parte legitimada, según lo ha establecido la abundante jurisprudencia existente al respecto;

Que en consecuencia, en virtud del principio de división de poderes que se desprende del principio republicano de gobierno consagrado en el artículo 1° de la Constitución Nacional y en el artículo 1° de la Constitución Provincial, no le corresponde al Poder Ejecutivo, en el marco de las atribuciones emanadas del artículo 214° de la Carta Magna Provincial, expedirse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes emanadas del Poder Legislativo;

Que así el artículo 241° de la Carta Magna Provincial establece lo siguiente: *“El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva para conocer y resolver: a) En las cuestiones que se promuevan directamente ante el mismo, en caso concreto y por vía de acción sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”*;

Que en consecuencia los interesados deberán concurrir por la vía judicial idónea para ello;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas corresponde rechazar en todas sus partes el recurso administrativo interpuesto por el señor Miguel Ángel Rébora y las señoras Susana Elena Udabe y Agustina Bombardo Udabe contra la Resolución N° 462/21 de la DPV;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que los requirentes se consideren con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno mediante el Dictamen DICFC-2022-40-E-NEU-AGG;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1º: RECHÁZASE en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por el señor MIGUEL ÁNGEL RÉBORA y las señoras SUSANA ELENA UDABE y AGUSTINA BOMBARDO UDABE, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2º: Notifíquese a los interesados lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 3º: El presente decreto será refrendado por el señor Ministro Jefe de Gabinete.

Artículo 4º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.