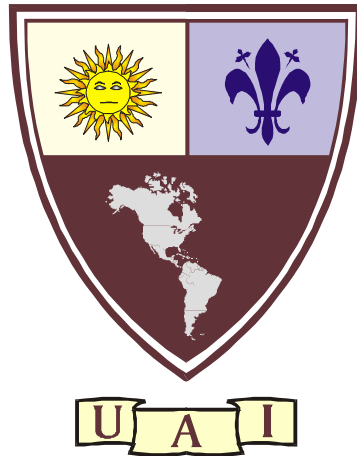


UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas



**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS
CONCESIONARIOS VIALES**

HORACIO GABRIEL DISTEFANO
ABOGADO
FEBRERO - 2003

INDICE:

I) RESUMEN	1
II) OBJETIVOS.....	1
II.1) GENERALES.....	1
II.2) ESPECIFICOS.....	1
III) REFERENTE TEORICO.....	1
III.1) ANTECEDENTES HISTORICOS	1
III.2) INICIOS DE LA CONCESIÓN	2
III.3) CONTRATO DE CONCESIÓN	3
III.4) ASPECTOS DEL REGIMEN VIGENTE	5
III.5) OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	10
III.6) CONSTITUCIONALIDAD DEL PEAJE	12
III.7) OBLIGATORIEDAD DEL PAGO	13
IV) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD.....	14
IV.1) POSTURA ADOPTADA POR LA CORTE.....	18
IV.2) OPINIÓN.....	18
V) EL PRINCIPIO “FAVOR VICTIMAE”	20
VI) FACTOR DE ATRIBUCIÓN	20
VI.1) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD	21
VII) APLICACIÓN DE LA LEY 24240.....	23
VIII) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	25
IX) RESPONSABILIDAD EN ALGUNOS SUPUESTOS.....	28
X) CASOS JURISPRUDENCIALES.....	38
XI) ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS	70
UN CASO REAL DE PENDIENTE RESOLUCIÓN JUDICIAL.....	76
CONCLUSIÓN	87
CITAS BIBLIOGRAFICAS.....	89
BIBLIOGRAFÍA	90

I) RESUMEN.

En éste trabajo sobre Responsabilidad Civil de los Concesionarios viales por accidentes ocurridos en rutas, se realiza una investigación sobre que es el peaje desde un punto de vista legal, la responsabilidad por daños derivados del mismo y la búsqueda de soluciones prácticas al controvertido tema de los animales sueltos en los corredores viales. Se analizan los antecedentes de la concesión de las rutas de nuestro país, el contrato de concesión entre el Estado y los Concesionarios, las obligaciones de las partes y la discutida naturaleza jurídica del peaje, para centrar la discusión en la Responsabilidad Civil en los accidentes de tránsito ocurridos en rutas concesionadas por peaje.

Se brindan datos estadísticos y actuales sobre esta materia, y se realiza el estudio de casos reales, algunos de ellos de pendiente resolución judicial.

II) OBJETIVOS.

II.1) GENERALES.

Investigar sobre la Responsabilidad Civil de los Concesionarios Viales y su alcance.

II.2) ESPECIFICOS.

Analizar la responsabilidad civil de los Concesionarios Viales por accidentes ocurridos en rutas sometidas al sistema de peaje.

Investigar cual es la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad en sus diferentes posturas.

Estudiar la responsabilidad que le cabe a los mismos ante la presencia de animales sueltos.

III) Referente teórico

III. 1) ANTECEDENTES HISTORICOS.

La institución del peaje es antigua, ya existía en Egipto y en Persia; se la aplicaba también en Roma, en tiempos de la República, conocida como portorium.

En el sistema feudal, conformado una vez desaparecido el Imperio carolingio, el príncipe detentaba el poder político en los territorios que le pertenecían. El derecho de propiedad sobre las tierras otorgaba a sus titulares potestades sobre quienes habitaban en sus pertenencias y sobre todos los que transitaran por ellas. Es así como nacen los primeros

tributos fundados en el uso de los caminos. El poder derivado del carácter de propietario facultaba a percibirlos. Los tributos más conocidos fueron los “portazgos” (pasajes de puentes).

En la Edad Moderna, Inglaterra otorgó concesiones a corporaciones o asociaciones para la construcción de caminos que se costeaban mediante el cobro del peaje por los concesionarios.

Pasando a este siglo, numerosos son los ejemplos que pueden darse sobre la utilización de este sistema. Sin pretender ser exhaustivos podemos citar los siguientes: en Estados Unidos, para la construcción, entre otras obras, del puente New York – New Jersey; del “Pennsylvania Turnpike”. En México, para la carretera México – Cuernavaca y Cuernavaca – Taxco. En Brasil lo ha puesto en práctica el Estado de San Pablo (rutas Anhanguera).

Todas estas modalidades tributarias también tuvieron vigencia en nuestro país tanto antes como después de la sanción de la Constitución Nacional.

Los antecedentes expuestos – aunque someramente – muestran el enrizamiento histórico de este instituto financiero.(1)

III.2) INICIOS DE LA CONCESION.

Hace doce años, el Dr. Roberto Dromi, quien en esa época ostentaba el cargo de Ministro de Obras Públicas de la Nación optó por un financiamiento vial basado en el sistema de peaje.

Por ello, en el año 1990 las rutas necesariamente debieron concesionarse y entregarse a empresas privadas porque el propio Estado Nacional era impotente para mantener en condiciones óptimas de transitabilidad las rutas, que en su gran mayoría estaban evidentemente deterioradas.

Cabe destacarse que, con el sistema de Peaje, el Estado sigue siendo el propietario de las rutas, pero ya no se ocupa del mantenimiento, el mismo ha sido delegado en los concesionarios viales. Y la Dirección Nacional de Vialidad ahora pasó a funcionar como un órgano de control de las concesiones, es decir, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los concesionarios.

Esta diferencia, también ha repercutido en el ámbito de la responsabilidad civil, ya que anteriormente, no había dudas de que la responsabilidad era eminentemente estatal;

mientras que ahora, en algunos casos existen dudas respecto de si la responsabilidad es del Estado o del concesionario.

Antes el Estado era el único sujeto pasivo de los reclamos entablados por los usuarios que sufrían accidentes de tránsito como consecuencia de deficiencias del sistema carretero; mientras que ahora, dos son los sujetos contra los que esos usuarios pueden reclamar, el Estado y el concesionario, y en cada caso concreto habrá que determinar las eventuales responsabilidades de cada uno de ellos.

III.3) CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA:

El contrato de concesión de obra pública es un modo de ejecución de la obra pública, por el cual la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, a la que se la remunera otorgándole por un plazo la explotación de la obra pública que se construya (2). Es una excepción al principio del efecto relativo de los contratos (*res inter alios acta*), pues sus efectos se extienden a los administrados ajenos a la relación contractual que deben pagar al concesionario el precio de la obra. Es decir, se trata de un contrato de derecho público -específicamente de derecho administrativo- mediante el cual el Concedente, representado por el Estado otorga a un Tercero -el concesionario- la explotación, administración, construcción, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras; estando facultado el concesionario a cobrar una tarifa de peaje a los usuarios del sistema.

Este peaje se emplea para la financiación de obras destinadas al uso publico directo e inmediato, porque precisamente pagarán el peaje aquellos que utilicen la obra. Cuando se emplea este instituto financiero, el concesionario está facultado a explotar la obra para obtener así el pago de su precio. Recién cuando el contratista a través de esa explotación amortizó los costos de la obra, ésta pasa a poder del Estado. Sin perjuicio de ello, la obra pública una vez construida por el concesionario forma parte del dominio público.(3)

Debe entenderse, entonces, que el peaje es la contribución o pago que el concesionario de una obra pública, destinada al uso público directo e inmediato, tiene derecho a exigir de los administrados que utilizan esa obra.

Este contrato es aleatorio para el concesionario, pues los beneficios dependen de un hecho incierto: los ingresos durante el plazo de la concesión.

Las concesiones de obras públicas con cobro de tarifas o peaje están reguladas básicamente en el orden nacional por las leyes N° 17.520 y 23696.

El art. 1° de la ley 17.520 define el contrato de concesión de obra pública mediante el pago de peaje en los siguientes términos:

“El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje ...”.

La ley 23.696 agregó dos párrafos al citado artículo:

“Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva ...”.

A su vez, dichas normas se integran con otras leyes, decretos, resoluciones ministeriales y documentos, entre los que se pueden citar:

Pliego Técnico Particular (PTP).

Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación y sus aclaratorias (PCP).

Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación de Concesión de Obra Pública y sus aclaratorias (PBC).

Pliego de Condiciones Generales para la ejecución de la obra.

Pliego de Condiciones Básicas para la conservación, mantenimiento y operación.

Reglamento de Explotación.

Reglamento del Usuario.

Adjudicación.

Oferta del Ente Concesionario, las aclaraciones y ampliaciones aceptadas por el Concedente.

Es dable destacar que la ley 17.520 recibe el nombre de ley de concesiones de obras publicas con cobro de tarifas o peaje, y paradójicamente los concesionarios de peaje no construyeron hasta el momento ningún kilómetro de obra nueva.

En lo relativo a la fijación de las tarifas de peaje, dicha ley en su artículo 3 inc. 1 establece: “...Que el nivel medio de las tarifas de peaje no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido...”. Esto es que las tarifas viales deben guardar relación estricta con los ahorros de costos de los usuarios producto de mejoras en los servicios viales.

En el contrato de concesión de rutas el Estado reconoce al concesionario, sin garantizar utilidad, el mantenimiento en la ecuación económico-financiera de un “ítem” que es la prudente ganancia del empresario privado.

Esa prudente ganancia del empresario, significa que la eventual rentabilidad no exceda de la relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión.

Es por ello, que si las ganancias son considerablemente mayores que las inversiones -como ocurre en las concesiones de peaje-, debe procurarse un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje.

Como señala Montes de Oca, en un trabajo de investigación muy importante titulado: “Peajes: 2003 – 2018. un negocio ilegal de 7.000 millones de dólares”, “las utilidades obtenidas por los concesionarios son excesivas según se puede comprobar con la certificación del Contador Hugo Alfonso Vence del 19/8/97 en base a los Estados Contables presentados a la Inspección General de Justicia, que arrojó los siguientes resultados:

SERVICIOS VIALES S.A. (Macri) obtuvo el 101% de ganancia neta de impuestos en 1995. En 1996 fue de 92%. En ambos caso se trata de utilidades netas después de impuestos y calculadas sobre capital integrado; CONCANOR S.A. (Aragón) obtuvo el 103% anual en 1995; CAMINO DEL ABRA S.A. (Balpala S.A., Equimac) ganó el 90% en 1995; SEMACAR S.A. (Dycasa S.A. y Perales Aguiar) ganaron el 81% en 1994 y el 61% en 1995; Nuevas Rutas S.A. (Necon-Chediak) ganaron el 54% en 1995; CAMINOS DEL

OESTE S.A. (Techint) ganó el 45% en 1995; COVICENTRO S.A. (Roggio) ganó el 38% en 1996.

Concluye el autor diciendo que lo expuesto demuestra que los concesionarios obtienen ganancias desmesuradas impropias de un servicio público monopólico”.

III. 4).- ASPECTOS DEL RÉGIMEN VIGENTE

Hemos dicho que las fuentes jurídicas del sistema de mantenimiento y construcción de rutas por peaje residen en la ley 17.520 modificada por la ley 23.696 y su decr.-regl. 1105/89 - en forma genérica -, y en los decrs. 823/89 y 2039/89, que contienen los contratos adjudicados en forma específica. En este punto, nos interesa particularmente señalar algunos aspectos del régimen establecido por esas normas.

a) Competencia para otorgar las concesiones.- La ley 17.520, centraliza en el Gobierno Nacional todo lo referente al otorgamiento de concesión de obra pública. La concesión se hará por decreto del Poder Ejecutivo.

En la “VII Conferencia Nacional de Abogados”, celebrada en Corrientes, en 1965, se había arribado a la conclusión adversa: “es un sistema a utilizar, cuando a juicio del legislador sea el medio para lograr una vía de comunicación determinada, por lo que es aconsejable hacerlo para cada obra mediante ley especial”.

En virtud del nuevo texto del art. 1º de esa ley (segundo párrafo, incorporado por ley 23.696 -art. 58-), en cualquier caso, las concesiones onerosas o gratuitas, siempre que las inversiones a efectuar por el concesionario no fueren a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de aquél, podrán ser otorgadas por el Ministro de Obras y Servicios Públicos mediante delegación expresa del Poder Ejecutivo Nacional.

b) Concesionarios.- Según el art. 1º de la ley 17.520, las concesiones podrán otorgarse a favor de “sociedades privadas o mixtas o a entes públicos”. En los casos de sociedades constituidas o en formación a los efectos de ejecución de los contratos, el art. 4º del decr. 2039/90, otorga a los adjudicatarios de las concesiones de referencia, la excepción prevista

en el art. 31 de la ley 19.550. Se modifica así un aspecto del régimen aplicable a las sociedades comerciales a fin de aumentar la capacidad financiera de la concesionaria.

c) Procedimientos de selección del cocontratante.- De acuerdo al art. 4º de la ley 17.520, modificado por el art. 58 de la ley de Reforma del Estado, las concesiones de obra pública se otorgarán por uno de estos procedimientos:

1. Licitación pública;
2. Contratación directa con entes públicos o sociedades de capital estatal;
3. Contratación con sociedades privadas o mixtas. En tal caso se admitirá la presentación de iniciativas que identifiquen el objeto a contratar, señalando sus lineamientos generales. Si el ente público concedente estimare que dicha obra es de interés público, y que su ejecución bajo el régimen de estas leyes es viable, podrá optar por el procedimiento licitatorio o bien por el concurso de proyectos integrales. El autor de la propuesta iniciadora (aquella que sea tomada como base para el procedimiento de selección que se seguirá) goza de una situación de privilegio en lo que respecta al acto de adjudicación: en todo caso en que las ofertas presentadas fueren de equivalente conveniencia, será preferida la que presentó la iniciativa (decr.1105/89, art. 58, inc. k). De existir una oferta más conveniente, el autor de la iniciativa y el de la oferta más ventajosa, podrán mejorar sus respectivas propuestas.

La ley 13.064 (régimen legal de obras públicas) y sus decretos reglamentarios, son de aplicación en todo lo que resulte pertinente.

d) Objeto.- La ley 17.520 permite que se otorguen concesiones para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos que ella misma fija -art. 1º-. Al respecto, el agregado de la ley 23.696 (concordantemente con el art. 5º del decr. 823/89), aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la mejora, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento, explotación y administración de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de

fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras.

El objeto de la concesión determina el monto de las inversiones a realizar por el concesionario, incidiendo, en consecuencia, sobre el importe del peaje. De ahí que el nuevo art. 1º de la ley 17.520 establezca que “...se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje”.

Cuando la concesión no tuviere por objeto la construcción de una obra nueva, deberán fijarse en los instrumentos contractuales las tareas, servicios y obras mínimas a ejecutar de acuerdo al estado actual de cada tramo a conceder, los que deberán estar determinados con carácter previo al inicio del cobro del peaje (para no desvirtuar el sistema), como así también todas las restantes prestaciones a realizar durante el plazo de la concesión. Asimismo deberán fijarse las pautas de mantenimiento orientadas a la continua operatividad de las rutas, seguridad vial y a la prestación de un adecuado servicio al usuario.

e) Modalidades.- Las concesiones podrán ser, según lo dispuesto por el art. 2º de la ley 17.520 y el art. 9º, inc. a) del decr. 823/89:

1. Onerosas.- El concesionario se compromete a abonar al ente concedente un canon determinado - generalmente en forma mensual – o una participación en los beneficios.
2. Gratuitas.- La concesión es otorgada independientemente de toda otra prestación en dinero a cargo de alguna de las partes.
3. Subvencionadas.- El Estado se obliga a una entrega inicial durante la construcción o a abonar un canon determinado -generalmente en forma mensual- al concesionario durante la explotación. No se considerará subvencionada la concesión por el solo hecho de otorgarse sobre una obra existente (art. 2º según ley 23.696).

Para definir la modalidad a adoptarse se tendrá en cuenta la ecuación económico financiera de cada emprendimiento, a los efectos de que exista una igualdad

proporcional entre la remuneración del contratista privado y la inversión a realizar por el mismo.

Se entiende que la compensación del concesionario debe consistir siempre y esencialmente, en el cobro del peaje siendo las subvenciones y anticipos medidas excepcionales y complementarias.

Resulta conveniente que la Administración otorgue subvenciones cuando las obras financiadas por este sistema tengan baja rentabilidad -de acuerdo a la estimación de la recaudación mediante estudios de los volúmenes de tránsito, costos de las obras a construir, de las tareas de mantenimiento de rutina y mejorativo a ejecutar, costos operativos, etcétera- a fin de que el peaje a pagar por los administrados no sea elevado. Esto, sin perjuicio de que se pacte la obligación de reinversión del concesionario o de participación del Estado en el caso de que los ingresos resulten superiores a los previstos (art. 3º, ley 17.520).

Sucede que cuando las obras ofrezcan una gran rentabilidad económica el cobro del peaje bastará como estímulo necesario para lograr que la iniciativa privada esté dispuesta a colaborar con la Administración. Pero cuando se pretenda extender el sistema será necesario otorgar otros alicientes (v.gr., beneficios económicos y fiscales importantes). Es así que el art. 6º de la ley faculta al gobierno para otorgar determinados descuentos y exenciones fiscales a los inversores que se dediquen a la explotación de las concesiones.

Otro incentivo para despertar el interés de los particulares en el sistema consistente en conceder una garantía de tránsito mínimo contemplando la rentabilidad previsible de cada construcción o trabajo. Sin embargo, no nos parece el incentivo adecuado para estimular el aporte de capitales privados, ya que en definitiva implica asegurar las ganancias a obtener por el concesionario mediante la explotación, trasladando el álea o riesgo propio de la actuación empresarial al Estado. Con buen criterio el decr. 823/89 eliminó la posibilidad de su inclusión (art. 9º, inc. b).

f) Fijación y reajuste del monto tarifario.- El contrato de concesión deberá definir: las bases tarifarias y los procedimientos a seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas (art. 7º, ley 17.520).

1. Fijación de la tarifa.- En dicho sistema de peaje, el particular satisface una suma de dinero cada vez que usa la obra pública. El monto del peaje a abonar por el usuario se relaciona con la duración de la concesión, de tal manera que si el concesionario dispone de un largo período para la explotación el peaje deberá ser reducido y viceversa.

Es posible que el Estado quiera fijar un plazo breve para la concesión y otorgue subvenciones para que el peaje sea menos elevado. En todo caso, el nivel medio de las tarifas no podrá exceder al valor económico medio del servicio ofrecido (art. 3º, inc. 1º).

Al ente concedente le corresponde fijar la tarifa de peaje (como así también los puestos de peaje a instalarse y los porcentajes de la tarifa total a cobrar en cada uno de ellos) a los efectos de asegurar su razonabilidad. Ello no obsta a que se faculte al concesionario para efectuar temporarias rebajas en los valores tarifarios de acuerdo a los criterios comerciales o técnico-económicos que considere oportuno aplicar, de acuerdo a lo establecido en los pliegos de condiciones, sin que tales rebajas impliquen modificaciones del canon que se compromete a abonar (concesión onerosa) o de la subvención a percibir (concesiones subvencionadas) o del plazo de la concesión.

La tarifa a pagar no debe ser discriminatoria, sino uniforme para todos los usuarios que se encuentren en las mismas condiciones, de lo contrario se quebraría la “igualdad” o “uniformidad” que es esencial en la prestación de un servicio público.

2. Reajuste del régimen de tarifas.- Los pliegos de condiciones deben fijar los procedimientos a seguir para el reajuste de las tarifas, a fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato.

Puede también incorporarse al contrato, una cláusula de reducción de la base tarifaria para el caso de producirse un incremento sustancial y sostenido en los volúmenes de tránsito -mayor al previsto-, o acordar un plan de mejoras del nivel del servicio ante tal eventualidad.

g) Periodo concesional.- El plazo de la concesión debe constar en el instrumento contractual (art.7º, ley 17.520).

La ley de obras públicas realizadas por el cobro de tarifas o peaje no establece un plazo máximo de duración para estos contratos..

La Administración al fijar el monto del peaje tiende a establecer el lapso posible dentro del cuál el concesionario obtendrá el reintegro de su capital e intereses. La explotación de la obra y consecuentemente el cobro del peaje han de cesar cuando el costo de la obra haya sido totalmente satisfecho.

h) Extinción de la concesión.- La concesión de obra pública concluye, normalmente, por la expiración del plazo por el cual fue otorgada. Puede terminar también por la configuración de alguna de las causas de extinción anormal de los contratos administrativos, que sea aplicable.

La administración puede proceder al rescate de la concesión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (interés público), pero ello dará lugar a la indemnización íntegra de su cocontratante, en virtud del principio de intangibilidad de la remuneración del contratista particular (art.17, Const. Nac.).(4)

III. 5).- OBLIGACIONES DEL LAS PARTES

Las obligaciones del Estado y del concesionario nacen de las normas citadas en el Capítulo II-Título 6; de ley 17.520 y son:

a. Estado

* Entregar al concesionario el terreno o la obra en concesión;

* Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un Órgano de Control , que está integrado por funcionarios de la Dirección Nacional de Vialidad y de una firma consultora privada. Creados para tutelar los derechos de la parte más débil de la relación, el usuario.

Lo que resulta contradictorio, es que estos entes sean Juez y al mismo tiempo defender los intereses de los usuarios. Además ello se agrava si tenemos en cuenta la dependencia económica de los entes u órganos de control, financiados en la mayoría de los casos con recursos provenientes de las mismas empresas a quienes ellos tienen que controlar . Ni

mentar además, que dichos entes son dependientes del poder político, lo que juega en perjuicio de los usuarios. Por ejemplo, los 5 integrantes del directorio de la Occraba (órgano de control de las concesiones de la red de accesos a la ciudad de Bs. As.) son elegidos por el poder ejecutivo nacional.

b. Concesionario

- * Construir la obra (camino y demás instalaciones), o reconstruirla cuando se trate de una vía ya trazada al momento de la concesión;
- * mantener y conservar la obra ;
- * adoptar durante la vigencia del contrato todas las medidas que fueren necesarias para evitar daños a los bienes, a las obras que se ejecuten y/o exploten, y a las personas que las utilicen;
- * estar provisto de todas las instalaciones, equipos y personal necesarios para las tareas de construcción y mantenimiento de la obra;
- * prestar los servicios en forma ininterrumpida durante las 24 horas y con un alto nivel de eficiencia ;
- * adoptar las medidas adecuadas para que no circulen unidades o equipamientos que por sus características comprometan la marcha de los usuarios;
- * ejercer el poder de policía sobre el corredor vial, limitado al control de carga de los vehículos que transiten por el mismo, y detención de aquellos rodados que no abonen el peaje, según lo dispuesto por el Decreto N° 1.446/90, que hace referencia al control de pesos y medidas;
- * ejercer el poder de policía y seguridad de tránsito en forma supletoria ante la ausencia de autoridad pública, conforme lo normado por el art. 29 del Reglamento de Explotación;
- * colocar señalizaciones de emergencia en los casos de suspensión total o parcial del tránsito vehicular;
- * auxiliar a personas y vehículos involucrados en casos de accidentes ;
- * recibir, registrar, tramitar y contestar denuncias y reclamos deducidos por los usuarios;
- * pagar al Estado el canon correspondiente, cuando el negocio hubiere sido pactado onerosamente;
- * entregar la obra al Estado en perfectas condiciones de uso y conservación una vez finalizada la concesión.

III. 6).- CONSTITUCIONALIDAD DEL PEAJE

La constitucionalidad de este instituto financiero ha sido puesta en duda varias veces y constituye un debate todavía abierto. Se ha sostenido que viola la libertad de tránsito garantizada por la Constitución Nacional (arts. 9º a 12).

Entendemos que el peaje como medio de financiar la construcción y/o conservación de obras públicas es perfectamente constitucional. Lo que la Constitución tiende a prohibir en sus arts. 9º a 12 es el gravamen a la circulación o tránsito interprovincial o al exterior.

El peaje, aun cuando se aplica a vías de comunicación entre dos o más provincias, no equivale a los derechos de tránsito abolidos por la Constitución. Ello resulta así porque es el precio que se paga en virtud del uso de un canal, de una carretera, autopista, puente, etcétera. Es el instrumento empleado para costear la construcción y/o conservación de una obra pública y no la consecuencia de la circulación interprovincial.

Son los usuarios de la obra pública quienes habrán de abonarlo como contraprestación o pago por la construcción y/o mantenimiento de la misma. Por eso la cuantía del importe a pagar depende de la magnitud de los capitales invertidos por el explotante que corresponde reintegrar, y de ahí que deba existir siempre una proporción razonable entre lo que el concesionario aporta real y efectivamente a la comunidad y lo que va a recibir de ella en forma de peaje.

Algunos autores entienden que la validez constitucional del peaje está condicionada por la existencia de otra vía posible de uso gratuito. Sin embargo, creemos que atento a las necesidades urgentes que vienen a satisfacerse a través de su adopción no debe considerárselo un requisito *sine qua non*. Es preferible que el Estado afecte a este sistema tramos de gran rentabilidad económica - a pesar de la ausencia de una vía alternativa - y destine el canon producto de las concesiones viales onerosas a construir o mantener el resto de la red vial - de escaso tránsito - donde la tarifa de peaje se tornaría antieconómica.

Así lo entendieron nuestros Constituyentes, que supieron diferenciar el derecho de peaje cuando se lo aplicaba como un impuesto por considerarlo sólo en ese caso inconstitucional, a igual conclusión se llegó en la “VII Conferencia Nacional de Abogados” (1965).

Esta es la interpretación que se impone teniendo en miras la cláusula del progreso, inserta en el art. 75, inc. 5º y 18) de la Constitución Nacional, y considerando a esta modalidad

como una alternativa válida para la construcción y conservación de obras públicas, la mayoría de las veces imposibles de realizar por otro sistema.

III. 7) OBLIGATORIEDAD DEL PAGO DE LAS TARIFAS

La circulación de vehículos perteneciente a los usuarios que utilizan las rutas concesionadas significa para estos últimos la inevitable obligación de pagar la tarifa de peaje establecida. La facultad de fijarla corresponde a la autoridad de aplicación designada en el mismo decreto que establece la concesión a favor de un determinado concesionario.

La discusión acerca de la obligatoriedad del pago del peaje está actualmente superada a través de la doctrina señalada por la Corte Suprema de Justicia en “Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L.”, según la cuál la percepción del peaje por parte del concesionario, no viola ningún principio constitucional.

La autoridad de aplicación, es la que tiene la facultad de modificar la tarifa y de disponer lo necesario para su percepción en el caso de que dicho pago fuera evadido.

El cobro de multas supone el ejercicio de la actividad de policía, propia y exclusiva de la autoridad de aplicación a favor pero no a cuenta del concesionario, quien, solamente puede percibir la tarifa establecida e impedir el tránsito de vehículos que no reúnan las características correspondientes. Por ello si el usuario opone resistencia o no abona la tarifa en el puesto de peaje, no podrá el concesionario hacer uso de ninguna medida de fuerza para cobrarla.

La sanción que origina la evasión referida es la multa, sin perjuicio de aplicarle otras sanciones adicionales a quienes se resistan a su pago pero, en cualquier caso, ello es de resorte exclusivo de la autoridad de aplicación en el ejercicio de la actividad de policía.

El considerando 12 en la sentencia dictada en los autos “Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L.”,- al tratar el aspecto relacionado con las personas que pueden ser obligadas al pago del tributo – sostiene que: “A que personas puede alcanzar un tributo? La Constitución exige igualdad (art. 16) y equidad y proporcionalidad en relación a la población (art.4). De estas exigencias no surge que el trato deba ser uniforme para cada individuo, sino que equitativamente la contribución será impuesta de modo igual a quienes estén en condiciones iguales y sin concentrarse caprichosamente sobre la población de determinadas provincias.

También tiene decidido la Corte en el mismo fallo, que no es requisito necesario para la validez del contrato de concesión, la existencia de vías alternativas argumentando que su exigencia ineludible importaría una contradicción con el principio rector que inspira el sistema de peaje.

Luego, más adelante el mismo fallo establece que : “... debe añadirse lo sostenido por esta Corte en orden a que no es necesario que la ruta alternativa gratuita ofrezca las mismas ventajas que la onerosa.”

Como puede advertirse en los párrafos transcritos, nuestro mas Alto Tribunal ha resuelto el debate sobre la constitucionalidad del peaje con fuertes argumentos jurídicos y sin disidencias de ninguno de sus miembros; ello unido la calidad del fallo, autoriza a presumir que la doctrina no será modificada en el corto y mediano plazo, aún cuando varíe la composición del más Alto Tribunal de la República.

Para intentar el recupero del peaje evadido podrá recurrirse a la fotografía del automóvil eludiendo el pago del peaje, constituye un indicio que deberá corroborarse con otros medios de prueba para conformar así la cabal demostración del hecho en cuestión. Así solo si existieran otros indicios serios graves y concordantes, la fotografía podrá constituir entonces prueba presuncional que evalúe el juez. (art. 163, inc. 5, apart. 1º, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación).(5)

IV.) NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PEAJE

Pese a la magnitud de vínculos jurídicos diarios, que el sistema de peaje genera a través de los numerosos corredores viales de masiva utilización para el desplazamiento cotidiano de gran parte de la población en todo el territorio nacional, no existió un correlativo desarrollo de nuestra doctrina sobre aspectos fundamentales de la problemática de esta institución. Existen dos posiciones antagónicas bien definidas que tratan de explicar el origen jurídico del peaje. Una postura civilista, que considera al peaje como un precio que paga el usuario al concesionario por el uso del corredor vial, de donde deriva su índole contractual; y otra visión que afirma la esencia tributaria del instituto en cuestión, infiriéndose su esencia extracontractual; subdiviéndose esta última, entre los que dicen que es una tasa y los que propugnan que es una contribución especial.

La cuestión no es meramente teórica. No es indiferente la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo concesionario – usuario, como contractual o no. En el primero de los supuestos el plazo de prescripción para las reclamaciones emergentes sería de 10 años y en el segundo de los supuestos, sería aplicable el art. 4037 del C. Civil, o sea dos años.

La amplitud de responsabilidad del concesionario si se aplica la normativa referida a ilícitos extracontractuales (arts. 1109 y 1113 del C. Civil) es notoriamente más extensa que la que pudiera surgir de la categorización de la relación como contractual ya que en estos supuestos, solamente se respondería por las prestaciones prometidas en el contrato que resulten incumplidas por el concesionario vial.

Además de lo expresado, surgirán diferencias referidas a la extensión de la responsabilidad en orden a las consecuencias inmediatas, mediatas y remotas derivadas del incumplimiento, conforme se caracterice a la relación como contractual o extracontractual.

a) Tesis contractualista

Esta teoría tiene como antecedente el fallo de la Sala F, dictado en mayo de 1992 , con voto de la Dra. Conde, en los autos “Abba, Miguel A. y otra c. Huarte S.A. y otros s. sumario” , en el cual la litis se origina en un accidente sufrido por un usuario a causa de una mancha de aceite existente en la autopista AU-6. La sentenciante dijo: “...la responsabilidad que se deriva del incumplimiento de la obligación de mantener en debida forma de conservación esa vía frente al automovilista, es de naturaleza contractual y no extracontractual, porque el actor accedió a la autopista mediante el pago al concesionario de una suma en concepto de peaje, como contraprestación por hacer posible la circulación en los términos del contrato administrativo de concesión...”.

Por lo tanto, la tesis de la naturaleza privada considera que entre concesionario y usuario se da una vinculación contractual del tipo de adhesión. Así por ejemplo Vázquez Franco para quien la naturaleza jurídico privada de la relación del concesionario con el usuario tiene su apoyo en la idea del contrato de índole civil, sometido por tanto al derecho común y a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Ello así, y según la autora citada, no se concibe la posibilidad de relaciones jurídico-administrativas entre particulares.

La tesis contractualista, defendida por prestigiosos civilistas como es el caso de Jorge Bustamante Alsina, Eduardo Raúl Scolara, Juan Carlos Boragina y Jorge A. Meza, obtuvo

apoyo mayoritario en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Pocosal celebradas en septiembre de 1996. Se analizó en una de sus comisiones, el tema “Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos”. En esa oportunidad se aprobó entre otros el siguiente despacho: “Cuando el servicio es prestado por empresas concesionarias, la relación jurídica contractual se rige por los principios constitucionales y las normas del derecho privado.”

Debe tenerse presente que la relación contractual se da entre el usuario directo y el concesionario por lo que los terceros son ajenos a ese vínculo. Respecto de terceros la responsabilidad sería extracontractual. Así por ejemplo si como consecuencia del accidente el usuario fallece y demandan sus herederos por derecho propio.

Como una variante dentro de la tesis contractualista, encontramos la opinión sostenida por Eduardo Scolaro, quien pregona la responsabilidad del concesionario frente al usuario pero limitando la deuda a las obligaciones asumidas expresamente en el contrato de concesión, ya que se constituye un vínculo triangular propio de la estipulación a favor de terceros en el que el usuario es el beneficiario del nexo concertado entre el estipulante (el Estado) y el promitente (concesionario) (Scolaro, Eduardo, Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del concesionario de peaje, por daños sufridos por el usuario).

a.1 Responsabilidad contractual amplia del Concesionario en base al incumplimiento de una obligación de seguridad.

La postura adoptada por esta corriente distingue entre la naturaleza jurídica de la relación trabada entre la Administración y el concesionario, y la naturaleza del contrato que se celebra entre éste y el usuario.

La primera -concesión de obra- sería de derecho público y se regiría por las leyes aplicables al caso, el contrato de concesión celebrado, y el reglamento de explotación.

A su vez, la relación contractual entre el concesionario y el usuario sería de “derecho privado”. Entre ellos se concertaría un contrato de peaje (al que se suele identificar ora con la locación de obra, ora con la locación de servicios, ora -mayoritariamente- con un contrato atípico).

En el marco de este negocio, el peaje equivaldría al precio que el usuario pagaría al concesionario, como *contraprestación* por el servicio asumido por éste.

Este contrato de derecho privado generaría para el concesionario dos obligaciones destacables, a saber: a) una obligación principal o típica, cual sería la de habilitar al usuario el tránsito por el corredor vial; y b) una obligación de seguridad, por los daños que éste pudiera sufrir durante la circulación vehicular a través del trayecto concesionado.

La violación de cualquiera de estos deberes negociales, haría nacer, indistintamente, una deuda de responsabilidad contractual.(6)

b. Tesis extracontractualista

Posición defendida entre otros por Manuel Sarmiento Güemes, Patricia Pilar Venegas, María Fabiana Compiani, Gonzalo López del Carril, y Juan Poclava Lafuente.

A nivel jurisprudencial se suele citar el caso “Carnelli, Juan c./ Nuevas Rutas S.A.” fallado por la Sala G de la Cámara Nacional Civil en fecha 7 de junio de 1995. También la Sala III de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Rosario en sentencia N° 4 del 10 de febrero de 1997 consideró que la cuestión tiene naturaleza extracontractual en un caso que tuvo que dirimir sobre una cuestión de competencia.

En los considerandos del fallo se lee: “que el Tribunal Colegiado expone que el asunto es de índole estrictamente contractual, basado en el derecho que tiene el usuario a encontrar la vía en condiciones de absoluta normalidad y que se halle resguardada la garantía y la seguridad en la circulación. Que el Tribunal Colegiado, para sostener tal tesis, debió precisar puntualmente y describir la fuente jurídica de las obligaciones de la accionada, y de las que sería acreedora la actora, en tren de determinar nítidamente – máxime ante la tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Estado Nacional c/ Arenera El Libertador (Fallos: 314:595)- la existencia del contrato que menciona. Efectivamente, no toda obligación o derecho tiene necesariamente base contractual, cuestión que como se dijo, el tribunal colegiado debió haber dilucidado circunstanciadamente”. En base a tales argumentos la cámara consideró que debía seguir entendiendo en la causa el tribunal con competencia en materia extracontractual.

Esta es la teoría a la que responden la mayoría de los administrativistas; difiriendo los mismos si se trata de una tasa o de una contribución especial. Corrientemente la doctrina está conteste en clasificar a los tributos en tres categorías:

- a. Impuestos: “Es una prestación pecuniaria, obtenida de los particulares autoritariamente, a título definitivo, sin contrapartida y para la cobertura de las cargas públicas” .
 - b. Tasas: “Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio público inherente al Estado individualizado en el contribuyente. Su producto no debe tener un destino ajeno al servicio que constituye el presupuesto de la obligación” .
 - c. Contribuciones: dada la afectación especial de los fondos recaudados en concepto de peaje, destinados a solventar la construcción y mantenimiento de la obra pública.
- Así, Villegas manifiesta que “conforme lo demuestra la experiencia actual, los fondos recaudados mediante el peaje se utilizan específicamente para financiar la construcción y conservación de los medios de comunicación vial y, en general, para el mejoramiento de este tipo de infraestructura, está por demás justificado que los singularizados usuarios de tales obras públicas paguen la contribución especial denominada ‘peaje’” .

IV. 1) POSTURA ADOPTADA POR LA CORTE SUPREMA

Nuestro más Alto Tribunal ha sentado su postura en el fallo “Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L. s. cobro de pesos” , esbozando “Cuando la función del Estado a cumplir es la construcción, mantenimiento o mejora de una obra pública, parece de toda evidencia adecuada, a la luz de las exigencias constitucionales, que las personas obligadas al pago sean determinadas entre aquellas que de algún modo se relacionan con la obra, sea usándola, beneficiándose de cualquier modo en razón de su existencia y funcionamiento, aún de modo potencial, pues las funciones del Estado se determinan por el modo en que la Constitución Nacional establece, lo que basta para que deba aquel cumplirla, sin necesidad de aquiescencia de los individuos ni el anudamiento de necesarias relaciones sinalagmáticas, al modo de los contratos”.

En definitiva, la Corte, en este pronunciamiento no se define en sentido preciso, exhibiendo una suerte de oscilante o ambivalente consideración, que desde la inicial afirmación de considerar “*En los hechos al peaje como substancialmente similar al precio pagado por un servicio*”, termina relativizando la afirmación anterior con el remate final: “*Lo que no debe inducir al error de considerarlo desde un punto de vista meramente*

contractual". Como disculpa de lo que consideramos una imprecisión de la Corte, en este aspecto, cabe señalar que el Alto Tribunal, en el pronunciamiento, se está refiriendo a otra cuestión, la de la constitucionalidad del peaje, y define admitirla, calificándola como una de las contribuciones a las que se refiere el art. 4º con la diferencia de afectarla a un destino específico y delegar su percepción a un particular: el concesionario, a cambio de las obligaciones que él mismo asume ante el Estado en el contrato por el cual se le concede la explotación vial.

Dicho de otra manera, el tema del sumario del fallo extractado, constituye el abordamiento tangencial de este tema, dentro de un discurso que apunta no a definir la naturaleza jurídica de la relación, sino justificar la constitucionalidad de la atribución del Estado de percibir peaje de los usuarios de un camino, en determinadas circunstancias.(7)

IV. 2) OPINIÓN

Considero que la responsabilidad del peaje es de orden contractual, por lo tanto adhiero a la postura contractualista, ya que el automovilista sólo accede al uso del camino mediante el pago del peaje, el que no es un tributo, entre otras cosas, porque en su valor incluye el IVA y sería absurdo pensar que sobre un impuesto se cobrara otro.

Asimismo, se sostiene que hay un "convenio de adhesión", de naturaleza privada, con desigualdad de posiciones entre las partes, mínimamente morigerada por la intervención de la Administración Pública, por lo que se concluye en que el contrato de peaje genera al concesionario dos obligaciones: la principal habilitar el tránsito del corredor y la segunda de "seguridad" por los daños que se pueda sufrir durante la circulación.

La Sala F de la Cámara Nacional Civil resolvió: "La circunstancia de que una autopista sea del dominio público del Estado, no importa que la municipalidad deba responder por los daños que sufran los terceros por las condiciones deficientes de mantenimiento que reconozca aquélla. Ello, así, pues la transferencia de la guarda jurídica de la autopista a una unión de sociedades empresarias responsable de su conservación y mantenimiento, libera a la municipalidad de toda responsabilidad en ese sentido. La obligación que se deriva del incumplimiento de la obligación de mantener en debida forma de conservación una

autopista frente al automovilista, es de naturaleza contractual y no extracontractual, porque el automovilista accede a ella mediante el pago al concesionario de una suma de dinero en concepto de peaje, como contraprestación por hacer posible la circulación en los términos del contrato administrativo de concesión, que le otorgó la explotación, concesión y mantenimiento de la obra" (Cám. Nac. Civ., Sala F, 15-5-92, "Abba, Miguel y otra c/Huarte S.A. y otros", L.L. del 2-9-92).

El fallo remarca la "obligación del concesionario, como sujeto pasivo de la obligación de resarcir ante la falta de mantenimiento" y libera al Estado concedente, recordando que, en este caso, se demandó a la Municipalidad y a la concesionaria a raíz de un accidente ocurrido por una mancha de aceite que existía en la capa asfáltica de la autopista. Al comentar el fallo Bustamante Alsina sostuvo "Que no es en ningún caso aplicable la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa prevista en el art. 1113 del Código Civil, pero no por el argumento del fallo según el cual la Municipalidad como propietaria de la autopista se habría desprendido de su guarda jurídica, sino porque la preexistente relación jurídica contractual con la concesionaria excluye la responsabilidad extracontractual y, además porque esa vía de circulación vehicular no es en si misma una cosa peligrosa o riesgosa. Se trata de una cosa inerte que puede comportar riesgo en el uso por defecto de mantenimiento y por imprudencia de los conductores, lo cual significa atribuir responsabilidad a la culpa pero no al riesgo" (Bustamante Alsina, J. Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circulaba por ella, L.L. 1992-D-194).

V.) EL PRINCIPIO “FAVOR VICTIMAE”

Siguiendo a Vázquez Ferreyra, podemos sostener como punto de partida que, si lo que estamos tratando es la eventual responsabilidad por daños de los concesionarios de rutas e incluso del propio Estado concedente, más allá de toda la normativa y los principios propios del Derecho Administrativo, el acento lo tenemos que poner en la relación responsable- víctima y en particular en los principios y normas propias del Derecho de Daños.

En la actual visión de la responsabilidad civil, se ha pasado desde la tradicional visión de una deuda de responsabilidad a una nueva óptica que visualiza un crédito de indemnización; hoy ya no se centra la atención en el daño injustamente causado, sino en el daño injustamente sufrido; ha cobrado, en definitiva, cada vez mayor importancia el principio protectorio de las víctimas, llamado por algunos favor victimae.

Este principio obedece a la moderna evolución de la materia que ya no mira del lado del autor del acto, sino del lado de la víctima; satisface el interés de conseguir fácilmente el resarcimiento del daño.

El Derecho ya no dirige como antes su mirada al autor del daño, sino que más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca reparar el mal sufrido.

En conclusión, se busca en punto a las víctimas de los perjuicios un derecho que las contemple, que las mire obsesivamente, que haga del daño la base o punto de partida de la construcción reparadora. Y la conclusión parece simple: al damnificado le es indiferente que el perjuicio se lo haya causado un particular o el Estado.

VI.) FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La doctrina es pacífica a la hora de ubicar la responsabilidad de los concesionarios frente a los usuarios de rutas, dándole un fundamento objetivo a la misma.

Ahora bien, quiénes consideran que la responsabilidad del concesionario es extracontractual, la fundan en el art. 1113, párr. 2º, parte 2ª del Cód. Civil, en cuanto consagra la responsabilidad civil objetiva por el riesgo o vicio de las cosas. Por lo tanto, “una vez demostrado el nexo causal, deberá aplicarse el art. 1113, párr. 2º, parte 2ª del Cód. Civil y el responsable sólo podrá eximirse probando la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder o el caso fortuito; es decir el corte de la cadena causal.”

Manuel Sarmiento Güemes, también sostiene que la responsabilidad del concesionario es de naturaleza extracontractual, y considera aplicable el art. 1113, pero en una opinión aislada, pareciera que lo limita al supuesto de daños causado con las cosas, por cuanto permite que el concesionario se exima de responsabilidad probando una conducta diligente. Esta prueba de la culpa negligente, constituye la prueba de la no culpa que funciona como eximente en el supuesto del segundo párrafo primera parte del art. 1113 del Cód. Civil.

Queda la duda, como bien sostiene Roberto A. Vazquez Ferreira en nota a un fallo publicado en La Ley Responsabilidad Civil y Seguros del año 1999, si lo antes referido se trata de un error de interpretación, pues el autor sostiene que la prueba de la conducta diligente “deberá servir para destruir la presunción de responsabilidad contenida en el citado art. 1113 del Cód. Civil.” En realidad la prueba de la no culpa puede destruir la presunción de culpa “iuris tantum” consagrada en la norma citada para el caso de daño causado con las cosas. En el supuesto de daño causado por el riesgo o vicio de las cosas en donde realmente existe una presunción de responsabilidad, la prueba de la no culpa, o prueba de la diligencia, es insuficiente para que el dueño o guardián se exima de responsabilidad.

Por su parte, quienes consideran que la responsabilidad tiene naturaleza contractual, defienden la tesis de la obligación de seguridad de resultado cuyo incumplimiento también genera responsabilidad objetiva.

VI. 1) INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN TÁCITA DE SEGURIDAD.

La función integradora de la buena fe implica ampliar el contenido expreso del contrato, colmar las lagunas de regulación contractual, imponiendo obligaciones allí donde la “letra” del contrato no las impone. El contrato no puede atrapar en la regulación pensada por las partes todos los acontecimientos que pueden sucederse desde que el mismo se celebra hasta que se ejecuta, resultando ser casi siempre una regulación incompleta. Y es en este campo donde aparece con toda su fuerza la buena fe en su función integradora de aquello que las partes no previeron expresamente, y de aquello que la ley no contempla especialmente.

Posiblemente el art. 1198 del Código Civil en su redacción originaria, pueda resucitar, de algún modo, en estos casos, ya que será el contenido implícito, y todo aquello “virtualmente comprendido” en lo que las partes previeron lo que nos dará el contenido total del acuerdo. Vázquez Ferreyra define a la obligación de seguridad del siguiente modo: “es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o en sus bienes, sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contenido del contrato a través de su integración en base al principio de la buena fe.” (8)

Del contrato de peaje, surge una obligación tácita de seguridad, de que al desplazarse por la ruta, el conductor del vehículo, como las personas y las cosas que transporta, no sufrirán daños; y que, en definitiva, llegarán indemnes al finalizar el trayecto. A este respecto, recuérdese que la concesionaria no sólo tiene a su cargo la realización, mantenimiento, reparación y conservación de las obras atinentes a la autopista, sino que, además de tales obligaciones, pesa "sobre ella el deber de seguridad" respecto de aquellos usuarios que transitan por la ruta, el cual, en principio, no puede sino estar referido a aquellas medidas necesarias tendientes a evitar que se produzcan accidentes cuya causa radique en algo inherente a la ruta en sí misma.

Es cierto que ello, en principio, pareciera apuntar a anomalías relacionadas con el mal estado del pavimento, roturas, baches, falta de señalización o iluminación; sin embargo, la obligación que pesa sobre el concesionario es adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la adecuada fluidez del tránsito, en todo momento, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios (Conf. Cám. Nac. Civ. Sala F, 13/3/02, "Romo de Rivera, Amelia y otro C/Concesionaria Vial Argentina Española y otro", Lexis Nexis, pág. 64, fascículo 13, Junio de 2002).

Sobre esta cuestión, afirman Agoglia, Boragina y Meza que "... sea de modo expreso o tácito, todo deudor contractual garantiza la indemnidad del acreedor en bienes diferentes de aquel que constituye la realidad material implicada en el negocio. En cualquier relación jurídica garantizar significa afianzar un resultado y no una simple actividad diligente donde aquel permanezca en territorio azaroso. Por lógica consecuencia en la indemnidad patrimonial o personal del acreedor están comprometidos fines y la responsabilidad derivada de la violación de esta especie resultará, por regla, de naturaleza objetiva, con base en el factor garantía. La aprehensión de la obligación de seguridad como deber de fines tiene evidente trascendencia práctica como elemento de protección al acreedor o al consumidor en caso de litigio, especialmente en aquellos supuestos donde la obligación principal concertada resulta de medios". (Agoglia, María M.- Boragina, Juan C.- Meza, Jorge A., "Responsabilidad contractual", Buenos Aires, Hammurabi, 1.993,, pág. 647)

Cabe agregarse que la obligación tácita de seguridad asumida por la concesionaria es una típica obligación de resultado, toda vez que garantiza la indemnidad del acreedor, sea en su persona o en sus bienes. Teniendo en cuenta los principios que insuflan el actual Derecho

de Daños. Estando comprometida aunque sea de manera “secundaria”, bienes tan importantes como pueden ser la vida o integridad física de las personas, el deudor no podría exonerarse de responsabilidad demostrando que desarrolló una conducta diligente para evitar la causación del daño.

VII.) APLICACIÓN DE LA LEY 24.240 DE DEFENSA DE CONSUMIDOR:

Con la sanción de la ley N° 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios, adquiere carta de ciudadanía en nuestro sistema jurídico un nuevo principio general del derecho. Se trata del principio de protección del consumidor. Este principio, hoy en día tiene jerarquía constitucional pues se encuentra expresamente contemplado en el art. 42 de la Constitución Nacional.

No cabe duda que la vinculación dada entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es una típica relación de consumo. Se trata de un usuario en los términos del art. 42 de la Constitución Nacional y de la ley 24.240, y por ende resultan aplicables a dicha relación, toda la normativa tuitiva, tales como el “in dubio pro consumidor” consagrado en el art. 3 de la mencionada ley, el deber de informar, etc.

De esta postura participan destacados juristas como Lorenzetti y Mosset Iturraspe, al privilegiar la relación de consumo que se establece entre el prestador y el usuario, la cual se encuentra enmarcada por tanto en la Ley de defensa del consumidor, art. 25 de la misma y art. 42 de la Constitución Nacional (Conf. Autores citados, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 12)

En igual sentido la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Resistencia en un fallo sostuvo que el vínculo entre usuario y concesionario constituye una típica relación de consumo en función de los claros términos de los arts. 1 y 2 de la Ley 24.240, fallo citado por Jorge Galdós, quien agrega que: "La Ley de Defensa del Consumidor, norma tuitiva del débil jurídico, autoabastece el régimen de la responsabilidad civil de los concesionarios viales en orden a la obligación de seguridad que consagra esa norma (art. 5) y el principio general "de que la responsabilidad sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de las conductas en orden a la previsibilidad de sus consecuencias" (Galdós, Jorge, Apuntes jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil de los concesionarios viales, pág. 276, Acc. de tránsito, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998).

En este sentido, la camarista Highton de Nolasco expresó en el caso “Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otros y Borneo, Marcio B.A. c/Camino del Atlántico S.A.”, que “no cabe duda de que frente al usuario, la empresa concesionaria asume claras obligaciones jurídicas, algunas en forma expresa y otras en forma tácita. Además con el dictado de la ley 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios se concreta en nuestro sistema un nuevo criterio de derecho que es el principio de protección al consumidor. A ello se agrega la reforma constitucional de 1994 con el cual el principio obtiene primera jerarquía al quedar categóricamente incorporado al art. 42 de la Constitución Nacional”. Luego, señala que “independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transite por ella previo pago de peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo.... El servicio es continuado y la modalidad de ingreso a las rutas es masiva, en situación oligopólica, sin deliberación previa y en simultánea utilización de la utilidad, sin dar oportunidad al usuario para modificar las modalidades de la prestación. Al consumidor o usuario, le son aplicables los principios in dubio pro consumidor, el deber de información y demás pautas de la Constitución Nacional y la ley 24.240 en particular, arts. 5º, 6º y 40º...” (CNCivil, Sala F, 13/3/2.001, “Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otros y Borneo, Marcio B.A. c/Camino del Atlántico S.A.”, publicado en DJ Suplemento del 2/5/2.001, Año XVII, Nº 18, pág. 1.143 y sgtes. Ver también fallo de Sala I de la CNCiv., “Steven, Alberto R. c/Caminos del Sur Uruguay S.A: de Const. Y Conces. Viales”, LL del 8/11/2001, pág. 4 y DJ 2.001-3-610)

La tesis contractualista explica adecuadamente la relación usuario- concesionario, regida fundamentalmente por el derecho privado y que en la dilucidación de los conflictos que se presenten también debe aplicarse la Ley de Defensa del Consumidor, en especial sus arts. 5, 37, 40 y concs.).

Sobre la tesis de la relación de consumo, existen varios pronunciamientos judiciales, entre los que se encuentra el siguiente, arriba mencionado:

“Las cuestiones que se susciten en materia de interpretación de los contratos de concesión de corredores viales y que involucren la protección del usuario de las rutas concesionadas, deberán resolverse mediante la aplicación de los institutos particulares de las normas de la

ley 24.240 en el orden de prelación que imponga la solución mas beneficiosa para aquél, máxime si se tiene en cuenta que la Constitución Nacional reformada en el año 1994 ha elevado los derechos del consumidor al rango de jerarquía supralegal.

Siendo la relación que vincula al concesionario de peaje con el usuario de los corredores viales concesionados una típica relación de consumo, la obligación de seguridad se encuentra indudablemente incorporada a su contenido virtual en razón de lo prescripto en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 5º de la ley 24.240 de protección al consumidor El usuario que utiliza las rutas sujetas a un contrato de concesión debe ser considerado como débil jurídico frente al concesionario, circunstancia que impone la aplicación de un orden económico de protección, tales las prescripciones contenidas en la ley 24.240”.

Cciv. Y Com. Resistencia, sala IV, diciembre 4-997.- González Torres, Marcelo E. C. Deluca, José A. Y otro – LL Litoral, 1998-919.

VIII.) RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LOS DAÑOS CAUSADOS EN LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO PRODUCIDOS EN RUTAS Y CAMINOS.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que: “... Si bien puede discreparse sobre los fundamentos de la teoría de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares, es indudable que entre nosotros nace de daños sin culpa a los bienes por la obra pública, de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional y la forma de hacer efectiva esa garantía es necesario buscarla en los principios del derecho común, a falta de disposición legal expresa, pues de lo contrario la citada garantía constitucional sería ilusoria.

Por lo tanto, la responsabilidad del Estado y de su delegado, el concesionario por daños causados a terceros se regirá por las normas del derecho común.

El artículo 1113 del Código Civil, es aplicable al Estado desde que no hay ninguna norma que excluya su responsabilidad si es dueño o guardián de las cosas peligrosas o viciosas que producen daños.

Como la eventual culpa de un tercero, o de varios terceros, es insusceptible de exonerar la que también incumbe al Estado como guardián de una cosa riesgosa cuya segura custodia es un deber indelegable de este, su responsabilidad encuentra marco en el principio general del art. 1113 del Cód. Civil, apreciado además según la regla valorativa que propone el artículo 902 del mismo ordenamiento legal.

Según la amplia jurisprudencia existente, el Estado responde en virtud del artículo 1113 del Código Civil. La doctrina considera en forma coincidente que el Estado responde por el año que causen las cosas de su dominio público en virtud del artículo 1113 del Código Civil.

Se debe destacar que “en los pliegos de contrataciones se establece que la Administración Pública se reserva la facultad de supervisar, inspeccionar y auditar la obra; asumiendo implícitamente un deber de garantizar al administrado el buen desarrollo de la concesión de la obra pública.”(9)

Señala Mosset Iturraspe: “Pues bien, como parece obvio, para sostener una responsabilidad distinta del Estado, diferente a la que alcanza a personas jurídicas del Derecho Privado de existencia meramente posible se vuelve preciso dividir o fraccionar el Derecho de Daños o de la Responsabilidad Civil. En lugar de predicarse la unicidad se alude a la dualidad o diversidad. Y ello resulta poco menos que imposible dentro del derecho Privado, a partir del Código Civil y de las normas dedicadas al tema. No es exagerado sostener que los civilistas, cultores de esta especialidad, han sido, casi en su totalidad, partidarios de aplicar la normativa del Código Civil. Sin admitir, al menos como regla que el Estado deba merecer un trato especial, una consideración particular. Tal vez pueda señalarse si que en los últimos tiempos un sector de la doctrina, minoritario, acepta un régimen específico, diferenciado para ciertas situaciones especiales...”(10)

En consecuencia, puede hablarse de la construcción de un único Derecho de Daños que tiene principio comunes, más allá de quién resulte ser el sujeto responsable, si el Estado o los particulares, sin perjuicio de señalar en determinados supuestos excepciones a dichos principios generales.

González Navarro realiza las siguientes distinciones para determinar los supuestos en que el Estado responde por los daños causados por los concesionarios—:

- el concesionario como ejecutor de medidas, cláusulas u órdenes impuestas por la Administración.
- el concesionario como delegado de la Administración para poderes extraconcesionales, por ejemplo, ciertas facetas del poder de policía.
- el concesionario dentro de su giro o tráfico propio empresarial.

Partiendo de estas distinciones, Greco sostiene que no se puede sostener que la concesión en sí misma es una delegación y que, entonces, la Administración responda siempre. Si, en cambio, es admisible que cuando el concesionario está obligado a acatar órdenes o cláusulas impuestas por la Administración, es lógico que ahí responde la Administración cuando se trata de medidas determinadas por los poderes que globalmente ella ejerce en materia de inspección, fiscalización y control de la concesión; porque ahí también se trata de medidas determinadas por la Administración. (Greco, Carlos Manuel, “Responsabilidad del Estado por actividad de concesionarios y licenciarios”, en “Responsabilidad del Estado y del Funcionario público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho”, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración. División Estudios Administrativos, 2.001, pág. 305 y sgtes.)

En definitiva, el concesionario es un delegado en virtud de la llamada “delegación transestructural de cometidos”, lo que implicaría que el Estado sólo transfiere el ejercicio de la competencia para efectuar la obra pública y no la propiedad de la misma; de ello, se derivaría la aplicación del art. 1.113 2º párrafo 2º parte del Código Civil, y el concesionario sería concurrentemente responsablemente con el Estado por los daños ocasionados a terceros por el mal estado de conservación de los corredores viales.

A esta postura se le critica que nunca se puede concluir que el concesionario es un delegado o agente de la administración, que se incardina orgánicamente dentro de ella y que su actividad sea imputable al ente concedente, ya que ello implica un desarrollo excesivo de previsiones legales que no fueron pensadas en este sentido.

Otra postura sostiene que la responsabilidad del Estado se basa en el dominio público que el mismo tiene sobre las cosas en virtud de lo normado por el art. 1.113 del Código Civil, ya que la eventual culpa de un tercero o de varios terceros (en el caso, del concesionario) es

insusceptible de exonerar la que también incumbe al Estado como dueño o guardián de una cosa riesgosa cuya segura custodia es un deber indelegable de éste.

Su responsabilidad encuentra marco en el principio general del 1113 del Código Civil, apreciado, además, según la regla valorativa que propone el art. 902 del mismo ordenamiento legal, a lo que se suma que normalmente en los pliegos de contratación se establece que la administración pública se reserva la facultad de supervisar, inspeccionar y auditar la obra, asumiendo implícitamente un deber de garantizar al administrado el buen desarrollo de la concesión de la obra pública.

Es cierto que algunos critican esta posición sosteniendo que el Estado se libera por la transferencia del uso al concesionario, lo que hace a la esencia de la concesión, y por tanto, debe responder sólo el guardián material y no el dueño (el Estado), que es el guardián de la estructura.

La distinción que realiza la doctrina francesa entre “guarda de la estructura” y “guarda del funcionamiento” puede ser aplicable en las relaciones entre el Estado y el concesionario en una eventual acción de regreso o repetición, pero no es oponible a la víctima del daño.

La responsabilidad del Estado se refuerza cuando se piensa que aún en una concesión el Estado conserva el ejercicio pleno del poder de policía.

Al respecto, enseña Lorenzetti que la función de policía estatal se ha ido ampliando progresivamente desde la estricta identificación con el cuidado de la seguridad física de las personas, hasta la protección del bienestar general como se la entiende actualmente. Esta expansión ha arrojado una lógica indeterminación a la hora de trazar los perfiles propios de la función.

No puede ignorarse la fuerte crítica que este concepto ha sufrido por la doctrina más moderna, pero, en definitiva, se trata de poner el acento en los derechos y en ciertos deberes que tiene el Estado en orden, en el caso, a la seguridad de las personas, ahora en la circulación vehicular, en el tránsito por calles y caminos y que ese deber de velar por la seguridad, en aras del bienestar colectivo, se ejerce, en primer lugar, de manera preventiva con medidas de control o vigilancia. -

IX. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS CONCESIONARIOS VIALES EN ALGUNOS SUPUESTOS EN PARTICULAR

1).- Daños producidos por defectos de señalización: El concesionario y el Estado responden en los casos de incumplimiento del deber de señalización adecuada: ambos deben responder aún en el supuesto en que las señales hubieran sido destruidas o alteradas por terceros, dado que la obligación comprende la manutención y conservación de las mismas en todo momento.

El concesionario tiene a su cargo, no sólo la realización, mantenimiento, reparación y conservación de las obras atinentes a la autopista, sino que, además de tales obligaciones, pesa sobre él, el deber tácito de seguridad respecto de aquellos usuarios que transitan por la ruta; no puede olvidarse que existe un contrato celebrado con el usuario.

El estado responde en virtud del poder de policía, que le impone velar por la seguridad del tránsito vehicular en las rutas, y de tratarse de defectos en la materialidad de la ruta no señalizados, como pozos, zanjas, etc., responde como dueño de la cosa (art. 1113 del Código Civil).

2).- Daños producidos por defectos de iluminación: Puede haber accidentes porque hay falta de iluminación en tramos donde sea necesario hacerla para advertir riesgos, como ocurre en los cruces, rotondas. Es un supuesto específico del deber de advertencia y de conservación.

3).- Daños producidos por falta de mantenimiento o conservación material del corredor vial: El Estado al ser dueño de la ruta es responsable por todos los accidentes producidos por causas derivadas de los caminos como tales, por ejemplo, mal estado de la capa asfáltica, es decir, cuando el daño tiene como causa el camino como cosa (Art. 1.113 del Código Civil), sin perjuicio de que también en este tema juega el poder de policía que tiene el Estado sobre el corredor vial; en tanto que la empresa concesionaria responde en virtud de la obligación contractualmente asumida, la que, a nuestro juicio, comienza a correr cuando el usuario entra en el corredor sometido a peaje, aunque la cabina de peaje donde se paga el peaje pueda estar a la mitad o al final del camino.

4).- Daños causados por falta de control de las obras realizadas: El ente concesionario tiene control de las obras aunque con la supervisión del concedente, con el objeto de verificar que las mismas se ajusten a las especificaciones vigentes y a lo pactado en la licitación.

Además, siendo un profesional de la construcción vial, el concesionario debe obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, por lo que la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos será mayor (Art. 902 y conss. del Código Civil), sin que empece a lo dicho la presencia de subcontratistas, siendo claro que el Estado también debe responder con igual amplitud en virtud de ser el dueño de la obra, tener que supervisar la misma y no haberse desprendido completamente de ella.

5).- Deber de preservar la fluidez y seguridad del tráfico: El mantenimiento del tránsito y la liberación de la traza, de conformidad con las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, es una cuestión inherente al Estado de la cual no se ha desprendido absolutamente. Ha facultado al concesionario a obrar en tal situación y lo ha responsabilizado convencionalmente por el incumplimiento. Pero frente a terceros damnificados, el Estado también es responsable ya que tiene el poder de policía de tránsito y porque lo pactado en el contrato con el concesionario le es inoponible a la víctima (res inter alios acta)

6).- Daños producidos por incumplimiento al deber de información y de respuesta: Estas obligaciones están sólo a cargo del concesionario, entendiendo que la información se refiere a las comunicaciones que los concesionarios deben dar a los usuarios a fin de que puedan utilizar integralmente las rutas, de cualquier circunstancia que altere el tránsito o los servicios, así como de la modificación del régimen tarifario, no debiendo confundirse este deber con la obligación de señalización - la cual como ya sostuvimos, es concurrente con el Estado-.

Este deber de fuente convencional tiene que ver con los derechos de los usuarios, amparados por el art. 42 de la Constitución Nacional, habiendo sido receptado en el Reglamento a la red de Acceso a la Ciudad de Buenos Aires. También las normativas más modernas contemplan el deber de respuesta de parte del concesionario hacia el usuario y hacia el organismo de control establecido por el concedente, lo que implica que ante reclamos o inquietudes los concesionarios deben contestar en términos claros y precisos de acuerdo al reclamo o a la sugerencia vertida.

7).- Daños producidos con obstáculos inertes momentáneos: En estos casos, hay un accidente que se produce al chocar con una cosa que se encuentra sobre el camino, que puede ser un elemento de carga de un vehículo que se ha caído sobre la ruta, o un

automóvil detenido por un accidente y se produce otro accidente en cadena. No se trata de vicios de la carpeta o de un riesgo de la misma. La particularidad se da porque los objetos son momentáneos, y se exige un deber de previsión mayor que en el caso anterior, porque se debe realizar una observación permanente sobre la ruta para evitar los accidentes. No hay una colisión con otros derechos de propiedad, ya que se trata de sujetos que están vinculados al concesionario porque transitan sobre la ruta y están sometidos al reglamento de circulación.

8).- Control genérico de vehículos: Puede haber accidentes imputables a vehículos que presentan anomalías que generan incumplimientos de la ley vigente. Debe precisarse si el concesionario tiene un débito de control genérico, cuyo incumplimiento cause responsabilidad. Distinto sería el caso de falta de control de automóviles y conductores al momento de ingreso que presentan violaciones constatables de la seguridad, en este caso el sujeto que paga el peaje ingresa con una evidente violación a las reglas de tránsito.

Puede estar en estado de ebriedad o bien con un vehículo que presenta peligrosidad ostensible para los terceros. En este caso a diferencia del anterior existe una situación en la que la empresa de peaje podría plantearse si lo autoriza o no a entrar en la ruta y las consecuencias de la falta de control cuando hay daños a terceros.(11)

9).-Daños causados por animales sueltos en la ruta: Opinamos que, en este caso, existe responsabilidad concurrente entre el Estado, el concesionario de la red vial y el dueño y guardián del animal.

El Estado responde porque tiene sobre las rutas un poder de policía indelegable, lo que implica que el mismo tiene que accionar contra los animales sueltos; esto también tiene que ver con la función de seguridad que la Constitución le impone; se trata, en suma, de una responsabilidad extracontractual objetiva que nace por omisión del cumplimiento de sus funciones específicas, incluso de los funcionarios que tienen por ley a su cargo el ejercicio del control (art. 112 del Código Civil), ello sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan al Estado por el contrato de concesión. El concesionario responde en la medida que se obliga a generar al usuario todas las garantías necesarias para que éste transite el corredor y llegue sano y salvo a su destino, obligación tácita de indemnidad, de similares características a la que juega en el contrato de transporte; también resultan de

aplicación las leyes 24.240 y 24.999. El dueño y el guardián del animal responde en virtud de lo dispuesto por el art. 1.124 y concordantes del Código Civil.

En esto también apreciamos que tanto el Estado como el concesionario deben remover los animales de la ruta o en su caso, tomar las medidas de prevención necesarias para que los mismos no se introduzcan en ella; en este punto, no ignoramos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en contra de esta postura, sosteniendo que sólo responde el dueño del animal. (CSJN, 7/11/89, “Ruiz, Mirta E. y otros c/Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1.991-I, 101)

LA RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DEL ANIMAL:

Los jueces, coinciden en que el dueño del animal es responsable en virtud del Art. 1124 del CC.

El problema práctico más frecuente es que, en este tipo de accidentes, el dueño no es identificado, como ocurrió en el caso “Colavita”(ver fallo completo en el presente trabajo), o bien es insolvente, lo que induce a la víctima a reclamar contra el concesionario o el Estado. Frente a ello surge una segunda cuestión: ¿la responsabilidad del concesionario es subsidiaria, o bien concurrente con la del propietario del animal ?.

La Corte sugiere que la responsabilidad del dueño es principal y que la del Estado o del concesionario es secundaria, de lo que se desprende que sólo en casos excepcionales podría haber responsabilidad del Estado o del Concesionario. Quien debió guardar el animal es el propietario, y el Estado o el Concesionario no son propietarios ni guardadores.

No compartimos este criterio, que se funda más en razones de política legislativa que en cuestiones relativas a la interpretación del derecho vigente. En este último aspecto, no puede discutirse que se trata de obligaciones concurrentes, en el sentido de que los codeudores responden por distintas causas, como lo ha explicado reiteradamente la doctrina:

1. La responsabilidad del dueño del animal se funda en su carácter de propietario o guardián (Art. 1124 CC).
2. El Estado es imputado extracontractualmente por la falta de servicio, especificada en una omisión. A diferencia del caso anterior, el Juez no debe examinar la titularidad dominial o

la guarda, sino la existencia de una omisión jurídicamente relevante de un deber suficientemente especificado en el caso, y su conexión causal con el evento.

3. El Concesionario, según lo sostenido en los fallos, incumple un contrato en forma culposa ; con lo cual el ámbito es contractual, debiendo configurarse un incumplimiento de deberes para con el usuario.

De modo que se trata de obligaciones distintas, con fuentes disímiles, que no se hallan jerárquicamente relacionadas entre sí, de modo que una sea regla general y la otra excepción.

Desde el punto de vista de los “policies”, es evidente que la Corte se inclina por sentar la regla de la excepcionalidad de la responsabilidad del Estado y del Concesionario.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

1)- La obligación genérica de prevención: el Proyecto de 1998.

Fijada la regla anterior, la Corte señala que la responsabilidad del Estado por el ejercicio de policía no puede ser afirmada en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender una responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos. Esta afirmación es relevante porque luego señala que, no existiendo responsabilidad del Estado, tampoco puede darse la de la concesionaria, porque no debe tener deberes mayores a los que correspondían al concedente.

En primer lugar, debemos aclarar el significado de “tuvo parte”, porque no analizamos conductas comisivas, sino omisivas, de modo que tener parte o no tenerla no se refiere a la causación dañosa directa, sino a la omisión de medidas suficientes para evitarlas, cuando existe un deber de hacerlo. La obligación general de prevenir el daño consagrada abstractamente, requiere precisiones, porque es evidente que no puede afirmarse en forma indeterminada. En este sentido es interesante examinar cómo se resolvería esta cuestión de aplicarse el Proyecto de reformas de 1998, que establece una obligación general de prevenir el daño conforme a la buena fe y la razonabilidad. En la Argentina no hay una tradición en la utilización de cláusulas generales de este tipo y podrían significar tanto el rechazo como la admisión de una demanda como la que analizamos, ya que para la Corte no es exigible

un deber genérico de prevención ni en el caso era razonable hacerlo ; en cambio otro tribunal podría, con el mismo texto legal, llegar a la conclusión contraria.

La cláusula general debe contener subprincipios y submáximas que disminuyan su grado de indeterminación, conforme lo examinamos seguidamente.

2)- La omisión de deberes políticos, jurídicos indeterminados y obligaciones

Nos parece correcto distinguir los diferentes rangos existentes en la función de policía estatal como lo hace la Corte, pero no en el juicio de subsunción que se hace del caso en un deber jurídico indeterminado. La función de policía estatal es muy amplia, abarcando desde la tradicional seguridad física de las personas hasta el bienestar general de los ciudadanos, y por ello cabe distinguir dentro de la función, la existencia de niveles diferentes de exigibilidad:

A)-Deberes políticos y jurídicos: Hay deberes políticos del Estado que, aunque se llamen “deberes”, no contienen la misma configuración deóntica de un deber jurídico ; no producen una obligación de obrar, porque no contienen un mandato, ni constituyen una regla de derecho. Los deberes políticos, que abarcan numerosas declaraciones contenidas en tratados y textos jurídicos diversos, no son reglas de derecho, sino principios y valores, que tienen otro rango normativo. Tienen la función de guiar y de delimitar la actuación pero no consagran una obligación.

B)- Deberes jurídicos indeterminados: Entrando en la categoría de deberes jurídicos, encontramos una serie de normas que consagran mandatos para el Estado, pero no establecen la medida en que deben ser cumplidos, dejando un amplio grado de discrecionalidad para el órgano de aplicación. Tampoco establecen un sujeto activo de la pretensión, de modo tal que permanece difuso, pudiendo determinarse en situaciones concretas de perjuicios. La Corte ha hecho referencia a este tema al señalar que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo”. Entendemos que es así, porque en estos casos no puede ser materia de juzgamiento la abstención respecto de un deber genérico, cuya precisión importaría adentrarse en problemas presupuestarios complejos. En cambio, la determinación puede ser producida en el caso

cuando el ejercicio de la discrecionalidad lesiona garantías constitucionales. El acto discrecional no es un acto arbitrario, sino que está sometido también a un proceso decisorio que debe encauzarse constitucionalmente.

C)- Obligación jurídica: Finalmente, existen normas que establecen mandatos determinados para el Estado, y que definen quienes son los titulares de la pretensión. Estos son los supuestos en los que existe una obligación jurídica determinada cuya abstención muestra un incumplimiento, sin necesidad de determinaciones ulteriores.

En el plano de la responsabilidad por daños, esta diferenciación tiene consecuencias porque define la antijuridicidad precedente a la conducta omisiva, de modo que:

1. La omisión de un objetivo político, produce sanciones electorales y las que pueden canalizarse por el régimen constitucional, pero no en la responsabilidad por daños.
2. La omisión de un deber jurídico indeterminado no produce, como regla, responsabilidad por daños. No existe un deber de conducta específico, sino una función que cuya concretización se produce en virtud de planes, decisiones, asignaciones presupuestarias, que son parte de la discrecionalidad estatal. La responsabilidad estatal existe cuando la omisión lesiona garantías referidas a bienes jurídicos extrapatrimoniales.
3. La omisión de obligaciones determinadas: en este caso hay responsabilidad.

3) La omisión en los ilícitos atípicos

Debemos señalar que se ha utilizado profusamente la elaboración conceptual desarrollada en el derecho penal, sobre todo de origen alemán, sobre los delitos por omisión, que, a nuestro modo de ver no resulta aplicable, ya que esa dogmática se refiere a las personas físicas. Tanto el individuo como el Estado, se enfrentan a una decisión de hacer o no hacer algo. En el caso de las personas físicas, la decisión obedece a la voluntad, inducida por incentivos, pero protegida en su libertad por la ley ; el bien jurídico protegido es la libertad y por lo tanto, no es habitual que alguien sea declarado responsable por no hacer algo, salvo que la ley lo mande expresamente. La decisión de imputar o no por el mero omitir una acción, encierra una profunda valoración moral acerca de la actuación de los ciudadanos. En cambio, cuando se trata del Estado, no es la libertad en sentido estricto el valor afectado, sino un problema muy diferente: es la decisión de adjudicar recursos.

Lo dicho nos permite interpretar correctamente la omisión estatal en la responsabilidad por daños. La configuración deóntica de la ilicitud por omisión, no muestra una norma

prohibitiva, sino un mandato que no se cumple, pero ello no quiere decir que necesariamente estemos ante un ilícito típico, ya que también hay cabida para los actos ilícitos atípicos omisivos, lo cual permite que el Juez establezca en el caso la existencia de un mandato que debió ser cumplido.

4)- La existencia de responsabilidad por omisión en el caso

Veamos seguidamente si, utilizando los conceptos desarrollados, puede determinarse si en el caso hubo o no una omisión antijurídica.

En nuestra opinión, existía una obligación y no simplemente un deber jurídico indeterminado, y además, es pertinente afirmar la responsabilidad en punto a la omisión ilícita por poner en peligro bienes extrapatrimoniales.

En primer aspecto es a nuestro juicio claro con las citas que se hacen en el fallo:

- En el contrato de concesión se afirma que las funciones de policía de seguridad y de tránsito deben ser ejercidas por la autoridad pública reglamento de explotación, art. 29), y que no puede exigirse al concesionario obligaciones de control del alambrado lindero (faltantes en el lugar del hecho). Es decir que se previó en forma específica la cuestión de la falta de alambrados y la eventualidad de existencia de animales en las rutas.
- En la disidencia del Dr. Vásquez, se explica claramente que la Provincia tiene la obligación de controlar la existencia de cercos o alambrados en las zonas aledañas a las rutas, conforme al Código Rural.
- Del voto de la mayoría surge que la existencia de accidentes por animales en las rutas era previsible, y que fue notificada al Estado, el que encomendó específicamente a la policía el control de esos incumplimientos.
- En ambos casos se trataba de rutas de un tránsito intenso, con grandes tramos urbanos y suburbanos, donde la exigibilidad del cuidado es estricta.

Es claro que en el caso había suficientes elementos como para afirmar la existencia de un deber jurídico determinado cuya omisión genera responsabilidad. Además, es claro también que había una clara representación de que esa omisión pondría en peligro bienes jurídicos extrapatrimoniales, como son la vida y la salud de los usuarios.

LA RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO

1)- La responsabilidad contractual subjetiva:

A)- La doctrina del caso

Los actores en la causa “Colavita” invocaron una responsabilidad contractual, basada en el contrato de peaje, que califican como innominado, atípico, consensual, bilateral, oneroso, no formal, y que causa una obligación de seguridad que consiste en arbitrar los medios necesarios para evitar el acceso y la permanencia de los equinos sobre la carpeta de seguridad ; concretamente se invoca una responsabilidad contractual subjetiva (Art. 512 CC). Por su parte, la concesionaria admite una obligación genérica de facilitar la circulación de absoluta anormalidad, y que el incumplimiento de la misma origina una responsabilidad contractual subjetiva. Sin embargo señala que no hay una exigencia de evitar los daños causados por animales. Señala la concesionaria que la responsabilidad principal es del dueño y la secundaria es la de la Policía. Afirma el concesionario que adoptó medidas: puestos telefónicos, señalización de los accidentes del camino, recorrido de la ruta por parte de vehículos de la empresa cada dos horas, en una ruta concesionada de 364 kmts.

La Corte recoge estos argumentos afirmando: que la responsabilidad es contractual, subjetiva, y que el reclamante debe probar la existencia de culpa.

Es decir que conforme al criterio de la Corte debe probarse la existencia de culpa para probar la existencia de responsabilidad.

b)- La doctrina del Proyecto de reformas de 1998:

El Proyecto de reformas dispone que existe una obligación de seguridad subjetiva, de modo que coincide con el criterio sentado por la Corte, pero invierte la carga probatoria. En un caso como el que analizamos, el actor debería haber probado la existencia de contrato, del que emerge la obligación tácita de seguridad, y la empresa concesionaria debería liberarse probando la falta de culpa.

La afirmación referida a que la obligación de seguridad siempre supone una imputación subjetiva, parece excesiva, toda vez que hay numerosos supuestos en los que la jurisprudencia la ha calificado como objetiva. La redacción del Proyecto cerraría esta posibilidad, relegándolo sólo a los casos en que la ley lo disponga, pero no por una hermenéutica jurisprudencial que sería “contra legem”.

Cabe señalar que el Proyecto no excluye la aplicación de la ley de defensa del consumidor, con las consecuencias que veremos más adelante.

c)- El standard de conducta culposo:

La Corte aplica el standard de la culpa, lo que de por sí no es descalificable, ya que es una de las opciones del derecho vigente y es lo que habría invocado la actora.

En este sentido dice que hay responsabilidad por el incumplimiento de “su deber de suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios, o por su obligación de adoptar las medidas de emergencia necesarias para solucionar situaciones que impidan la normal circulación vehicular”, y que “No se ha invocado que el concesionario hubiera adoptado una conducta desaprensiva frente a denuncia o informaciones que revelasen la presencia de animales sueltos”, y que “los actores debieron acreditar por los medios apropiados que la frecuencia de los accidentes a que hacía mención el magistrado era de tal magnitud que hubiese debido imponer a los encargados de la policía de seguridad la adopción de las medidas necesarias, para evidenciar así una conducta omisiva de suficiente relevancia que fuera pasible de reproche legal”.

2)- La responsabilidad contractual objetiva

Esta tesis sostenida por un amplio sector doctrinario sostiene que hay un contrato y que del mismo surge una responsabilidad contractual objetiva. De este modo, la obligación de seguridad es entendida como un débito de evitar que el pasajero sufra daños durante el uso de la ruta concesionada, y si los sufre, la empresa concesionaria puede liberarse solamente probando la causa ajena, esto es: el caso fortuito, el hecho de la víctima, o el de un tercero por el cual no debe responder.

Esta tesis no está receptada en el Proyecto de reformas de 1998, ni en es el criterio de la Corte en los casos citados.

3)- La relación de consumo

El voto del Dr. Vázquez recepta esta tesis y dice: La relación de derecho público existente entre el concedente y el concesionario no es oponible al usuario del sistema. El vínculo que enlaza a al concesionario vial con el usuario es una típica relación de consumo, y existe una obligación de seguridad de resultado, “en el sentido de que debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos y que transitará con total normalidad”. El incumplimiento produce una responsabilidad objetiva, y “demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario..una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual....deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado

un adecuado control de los alambrados linderos al camino”. Las notas enviadas muestran que frente a un panorama conocido, la empresa prefirió deslindarse del problema.

Coincidimos plenamente en calificar el vínculo como una relación de consumo, lo que hemos sostenido con anterioridad.

EL ANÁLISIS CONSECUENCIALISTA Una “persona razonable” supone que cuando paga el peaje en una ruta existe un margen mínimo de seguridad y deposita confianza en ella. Probablemente no sepa exactamente quién se ocupa de ello, pero presupone que el sistema está organizado para que no haya animales circulando por la ruta.

Una “persona racional” que paga un peaje, debería detenerse a negociar con quien se lo cobra cómo se distribuyen los riesgos derivados de la presencia en la ruta. El costo que tiene para el usuario es alto, porque no conoce la ruta, no sabe quienes son los propietarios de los campos, y por lo tanto enfrenta un alto costo de transacción. En cambio, el concesionario no sólo puede prevenir a un costo más bajo, sino que puede difundirlo adecuadamente, cobrándole al Estado, a la policía, o al usuario.

Ninguna persona razonable ni racional supondría que nadie se ocupa del tema y no hay responsables. Según la directiva de la Corte, el concesionario no es responsable porque notificó a la Dirección de Vialidad, y ésta no lo sería porque avisó a la policía, la que tampoco sería responsable porque no puede evitar todos los delitos. Consecuentemente, es el usuario quien debe ocuparse de sí mismo.

La conclusión sería entonces que el individuo debe ocuparse de su seguridad: tanto cuando circula en su automóvil por una ruta, como camina por una calle, como cuando está en su casa.

No es el mejor mensaje que el orden jurídico debe dar a la comunidad.(12)

X.) CASOS JURISPRUDENCIALES

Fallo: Greco-Borneo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F.

Fecha: 13.3.2000

TEMA: ACCIDENTES DE TRANSITO. RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS VIALES. DERECHOS DE LOS USUARIOS: ACCIDENTES

DE TRANSITO. RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS VIALES. DERECHOS DE LOS USUARIOS

En los autos "GRECO, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otro s/ daños y perjuicios" y "BORNEO, Mario Blas Andrés c/Camino del Atlántico S.A. s/cobro de sumas de dinero"

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 13 días del mes de marzo de dos mil, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F", para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación, Sres. Jueces de Cámara, Dres. POSSE SAGUIER, HIGHTON DE NOLASCO y BURNICHON.

A las cuestiones propuestas el Dr. POSSE SAGUIER dijo:

1º) Los presentes procesos se originan en un accidente ocurrido el 6 de enero de 1991 en la Ruta Provincial Nº 11. La sentencia de primera instancia hizo lugar en ambos procesos a la excepción de falta de legitimación para obrar opuesta por Camino del Atlántico S.A., rechazando la demanda respecto de la codemandada, con costas a los actores. Hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Gabriel Greco contra Tomás Miguel Tormey. Hizo lugar parcialmente a la acción entablada por Mario Blas A. Borneo contra Marcelo Gabriel Greco, y la rechazó respecto de Miguel Ángel Tormey.

Contra dicho pronunciamiento se alzan las partes. Así, en la causa "Greco Gabriel" (expte. nº 60680/91), la parte actora expresa agravios a fs. 554/563, los que fueran contestados por la codemandada Camino del Atlántico S.A. a fs. 565/570. En el expediente "Borneo Mario" (69511/91), la actora expresa agravios a fs. 420/423, los que fueran respondidos por la codemandada Caminos del Atlántico S.A. a fs. 433/438; a fs. 429/430 expresa agravios el demandado Greco, los que fueron contestados a fs. 440 por la actora.

2º) En primer lugar, habré de analizar los cuestionamientos que realizan los actores en ambos expedientes y el demandado y la citada en garantía en el expte. "Greco Gabriel" acerca del rechazo de la demanda respecto de la codemandada Camino del Atlántico S.A. Ello, sin perjuicio de señalar que Greco, en el proceso en que es demandado, y la citada, no están legitimados para reclamar una condena contra Caminos del Atlántico S.A.

Como bien lo ha destacado la señora juez a-quo en su precisa y fundada sentencia el contrato de concesión fue celebrado dentro de las pautas establecidas por la ley 17.520 del año 1967, modificada por los arts. 57 y sgtes. de la ley 23.696, surgiendo de ésta que los concesionarios tendrán a su cargo la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación y mantenimiento de obras ya existentes, así como la ejecución, explotación y mantenimiento de obras nuevas. Además de tales obligaciones no hay duda alguna que sobre la concesionaria pesa el deber de seguridad respecto de aquellos que transitan por la ruta, el cual, en principio, no puede sino estar referido a aquellas medidas necesarias tendientes a evitar que se produzcan accidentes cuya causa radique en algo inherente a la ruta en sí misma (por ej., el mal estado del pavimento, roturas, baches, o falta de señalización, iluminación o demás elementos que ordinariamente posibilitan la normal circulación de los rodados). En función de lo expuesto, no puede sino quedar descartada la responsabilidad de la concesionaria si, como en el caso, el accidente ocurrió a raíz de la irrupción de animales. Es que la presencia imprevista y excepcional -ya que no resulta necesariamente repetible el cruce de la ruta de unos vacunos sueltos- ocurrida durante la noche -advírtase que el accidente se produjo a las 22,45 horas, aproximadamente, del 6 de enero de 1991; véase fs. 49 de la denuncia policial- , y en una zona alejada, ya que la estación de peaje se encuentra a unos dos kilómetros, me persuaden del acierto de la decisión de la juzgadora sobre este punto.

Obsérvese también que ninguno de los elementos de convicción arrimados a la causa llevan a sostener que fuera frecuente la presencia de animales en la zona o que se hubiesen efectuado reclamos reiterados que pudiesen comprometer la responsabilidad de la concesionaria. Es más, aún cuando se aceptara que la demandada pudiese tener carácter de autoridad a los efectos del ordenamiento del tránsito en la ruta, tal como se afirma, lo cierto es que ello no autoriza a concluir que necesariamente resulte responsable por la sola circunstancia de que el accidente se debió a la presencia de animales sueltos o escapados, cuando, como en el caso, no se han arrimados elementos de juicio que demuestren que con su conducta u omisión contribuyó a la producción del siniestro. Adoptar una tesitura distinta implicaría tanto como imponer a la concesionaria una obligación de cumplimiento prácticamente imposible, desde que no es factible para aquella advertir de inmediato la presencia de animales sueltos, como ocurriera en la especie. Distinta sería la cuestión si se

tratase de animales muertos ubicados en la ruta ya que, tratándose de cosas inertes, se asimilan a cualquier otro obstáculo que indudablemente la concesionaria está obligada a remover, tal como lo ha destacado la señora juez de la anterior instancia.

Por otro lado, la actora Greco insiste también en sostener la que la responsabilidad de la concesionaria derivaría de su incumplimiento con las obras que se había comprometido a realizar cuando asumió la respectiva concesión. La argumentación ensayada por la apelante no resiste el menor análisis, desde que se trata de meras afirmaciones dogmáticas, imprecisas y vagas, a punto tal que ni siquiera indica cuáles serían las obras que, a su entender, hubieran contribuido con el accidente de marras.

En definitiva, ni aún aplicando la responsabilidad contractual frente a los actores pone a cargo un deber de seguridad con el alcance pretendido, ni las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por el hecho del animal, cuyo dueño ha sido condenado en estas actuaciones, autorizan el progreso de la acción que aquí se ventila respecto de la concesionaria.

Lo expuesto resulta de suficiente entidad como para desestimar sin más los agravios y, en consecuencia, propiciar la confirmatoria de la sentencia en este aspecto.

3º) Cabe ahora analizar la responsabilidad que le ha atribuido la sentenciante al conductor del BMW, quien se agravia sobre este aspecto en ambos procesos.

En primer lugar, cuadra recordar que el caso cae en la órbita del art. 1113 del Código Civil que atribuye responsabilidad al dueño o guardián de la cosa riesgosa por el daño ella ha causado. La mencionada norma atribuye objetivamente responsabilidad a los demandados, de la cual podrán eximirse total o parcialmente si demuestran la fractura del nexo causal existente entre el hecho protagonizado con sus vehículos y el daño sufrido por la actora, en virtud de los supuestos mencionados por el citado art. 1113, o sea, la culpa de la víctima o de un tercero por quien alguno de ellos no deba responder.

La señora juez a-quo ha reconocido que los daños ocasionados al Peugeot fueron mínimos, así como también la escasa envergadura de la colisión por parte del BMW, lo que resulta demostrativo que éste vehículo circulaba a velocidad normal para una ruta. En este sentido, obsérvese que el testigo Riccomagno (conf.: fs. 232), indica que la velocidad que llevaba Greco era de aproximadamente unos 80kms., así como también que entre ambos rodados había una distancia prudencial, ya que había unos 70 metros.

Ahora bien, el fundamento que utiliza la juzgadora para responsabilizar a Greco consiste en entender que de los términos de la contestación de la citada en garantía obrante a fs. 77/78 de los autos acumulados: "Borneo c/Camino" surge un reconocimiento explícito de responsabilidad circunscripto a los daños traseros del Peugeot.

Considero que tal interpretación no es acertada. Digo así, porque del escrito en cuestión claramente surge que la postura procesal adoptada por la aseguradora fue la de solicitar el rechazo de la demanda promovida en su contra por Borneo. En realidad, lo único que intentó la citada en garantía es dejar aclarado que, en todo caso, la legitimación para accionar únicamente podía circunscribirse a los daños que pudiera haber sufrido el vehículo de Greco en su parte trasera y no así los daños en su parte delantera que se habían producido a raíz del choque contra el vacuno.

Por lo demás, y si alguna duda pudiera caber, adviértase que en el segundo párrafo del punto III de fs. 78, la aseguradora hace notar, entre otras circunstancias relativas al accidente, la de que la colisión del Peugeot contra el animal, lo convirtió en un obstáculo insalvable para quien circulaba detrás, concluyendo por endilgar la responsabilidad del siniestro al dueño o guardián del ganado e invocando este hecho como eximente de responsabilidad.

De allí, entonces, que corresponda revocar este aspecto del fallo, ya que al no existir reconocimiento de responsabilidad -ni explícito ni implícito- atribuible a Greco, entiendo que la imprevista aparición del animal, reviste suficiente entidad como para considerar como único responsable al dueño de dicho vacuno, máxime cuando, como se ha visto, no existen probanzas demostrativas de que el nombrado conductor hubiese actuado de manera imprudente o negligente.

Por lo expuesto, habré de propiciar se revoque la sentencia en cuanto atribuyó responsabilidad al conductor del BMW, y en consecuencia, rechazar la demanda articulada por Mario Blas Andrés Borneo contra Marcelo Gabriel Greco. En tal situación, nada corresponde decidir acerca de los agravios formulados por Borneo respecto al monto indemnizatorio ya que su tratamiento se ha tornado abstracto.

4º) Se agravia la parte actora en los autos "Greco c/ Camino" por cuanto la juzgadora ha rechazado el rubro desvalorización del rodado, basándose en que el experto no pudo inspeccionar el vehículo.

Considero que le asiste razón al quejoso.

En primer lugar, debe tenerse presente que si bien el experto no ha podido inspeccionar la unidad, sin embargo indica que, en base a los daños sufridos por el automóvil -por las fotografías que resultan ilustrativas- y la antigüedad del mismo, el vehículo disminuyó su valor de cotización en plaza en un 8%, especificando que el valor de un automóvil BMW modelo 1981 es de \$12.000, (ver fs. 441/442, resp. preg. 5, de los autos "Greco c/Camino).

Dichas afirmaciones no fueron impugnadas.

Por lo anterior, entiendo que se justifica la procedencia del resarcimiento, y estimo prudente y equitativo fijarlo en la suma de \$ 960 (art. 165 del Código Procesal).

5º) Impugna el apelante la sentencia de grado en cuanto a que los intereses deben correr desde la fecha en que se produjo el accidente. Sostiene que los mismos deben computarse desde la configuración de cada perjuicio.

Al respecto, este Tribunal ha sostenido, en el fallo plenario del 16-12-58, "Gómez, Esteban c/Empresa Nacional de Transportes", (L.L. 93-667), que los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o de cuasidelitos, se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación.

De acuerdo a este principio jurisprudencial, los intereses correspondientes al monto indemnizatorio fijado por reparación del vehículo, se deben liquidar desde el día en que el actor abonó los arreglos.

Ahora bien, en autos no se ha acreditado que hayan sido realizadas las reparaciones, de manera que los intereses deben correr desde la fecha de la sentencia, que es cuando nace la obligación de abonar el monto de condena por reparaciones (conf. CNCiv., esta Sala, Libres n°s 67.383 del 18-3-91; 152.039 del 27-2-95; 160994 del 4-5-95, entre otras). Si bien el desmedro patrimonial consistente en el daño sufrido en el vehículo, se produce el día del hecho, no puede desconocerse que los intereses tienden a resarcir la indisposición del capital en virtud del pago efectivizado por las reparaciones y si dicho pago no fue concretado, no pueden liquidarse intereses sino a partir del momento de condena (conf. CNCiv., esta Sala L.65.708 del 8-9-90; id.id., L.76.756 del 24-9-91).

Por lo que habré de desestimar el agravio.

6°) El actor Greco se queja por cuanto la señora juez a-quo se basó en los valores nominales, prescindiendo de la actualización monetaria entre el 6 de enero de 1991 y el 31 de marzo del mismo año.

La queja no resulta atendible.

En efecto, la doctrina plenaria que cita el apelante nada tiene que ver con la solución del presente caso. Así, adviértase que el escrito de demanda fue presentado el 20 de septiembre de 1991 (véase cargo de fs. 91), o sea, con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley de convertibilidad. La señora juez a-quo hizo lugar al monto reclamado en concepto de gastos de reparación del rodado, que, según sus propias expresiones, ascendía a la cantidad de A 54.500.000, resultante de la conversión oficial de dólares estadounidenses a australes realizada a la fecha de la demanda. De allí, entonces, que no corresponde computar sobre este rubro desvalorización monetaria alguna. Por lo demás, en lo tocante a los gastos de remolque cuadra observar que el pago de dicha factura recién fue abonada el 27 de marzo de 1991, o sea, que no corresponde el cómputo de la desvalorización monetaria, desde que el desembolso se efectivizó ya estando en vigencia la ley de convertibilidad. (véase factura n° 23.1754 de fs. 77). Y, en lo tocante a la privación de uso y la desvalorización del rodado -esta última acogida en esta instancia-, toda vez que han sido fijadas a valores actuales, tampoco cabe el cómputo de la desvalorización monetaria.

Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido propongo se confirme la sentencia recurrida en lo principal que decide y se la modifique rechazando la demanda promovida por Mario Blas Andrés Borneo contra Marcelo Gabriel Greco. Se la modifique respecto al rubro desvalorización del rodado reclamado por Greco, al que se hace lugar otorgándose la cantidad de \$ 960. Las costas de alzada del expediente "Greco", en lo tocante a la acción dirigida contra la concesionaria habrán de ser impuestas a la actora. En cambio, respecto de la acción dirigida contra Tormey se le imponen a este último. A su vez, en los autos "Borneo", en cuanto a la acción dirigida contra Greco, habrán de ser soportadas por la accionante, así como también respecto a la acción dirigida contra la concesionaria.

La Dra. HIGHTON DE NOLASCO dijo:

Mi opinión difiere parcialmente de la del distinguido Dr. POSSE SAGUIER que me precede en la votación de esta causa, en tanto entiendo que asiste razón a los apelantes en relación a la responsabilidad de la demandada Camino del Atlántico S.A.

1º) Por un lado, y admitiendo con ello los agravios de Mario Blas Andrés Borneo, entiendo que la responsabilidad es contractual, en tanto -en mi percepción- responsabilidad contractual no es sinónimo de contrato, sino de obligación previa (Highton, Elena I., Responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual? J.A. 1983-III-659). En el sentido de la responsabilidad contractual del concesionario de las rutas por peaje respecto del usuario, ya se ha pronunciado esta Sala en L. 103.855 del 15-5-92 (publicado con nota de Bustamante Alsina, Jorge, Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella, L.L. 1992-D-194, autor que favorece la tesis contractualista y explica que la clasificación se refiere a una relación jurídica preexistente). Por otra parte, no cabe duda alguna de que frente al usuario, la empresa concesionaria asume claras obligaciones jurídicas, algunas en forma expresa y otras en forma tácita (Vázquez Ferreyra, Roberto A., La demanda contra los concesionarios de las autopistas, Revista de derecho de daños Nº 1, Accidentes de tránsito- I, Rubinzal-Culzoni, Bs.As.- Santa Fe, 1998, p. 155/178).

Además, con el dictado de la ley 24.240 de defensa de los consumidores y usuarios se concreta en nuestro sistema un nuevo criterio general de derecho, que es el principio de protección al consumidor.

A ello se agrega la reforma constitucional de 1994, con la cual el principio obtiene primera jerarquía al quedar categóricamente incorporado al art. 42 de la ley suprema. La disposición expresa que "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, ..., al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos ...".

Como principio de nivel máximo, no sólo impone la sanción de normativa con arreglo a sus postulados, sino que inclusive obliga a interpretar los preceptos existentes en armonía con el mismo, lo cual guía a los operadores jurídicos a rever interpretaciones clásicas que contradicen el standard tuitivo de los consumidores.

E, independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de

consumo. El propio art. 42 C.N. adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. El particular que transita y aprovecha el servicio que presta el concesionario utiliza el corredor vial para trasladarse con un vehículo de un punto a otro, si sale no puede reingresar en el circuito porque si lo hace es como comenzar de nuevo y es en definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa concesionaria es un típico proveedor de servicios (Farina, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, Astrea, Bs. As., 1995, p. 7; Vázquez Ferreyra, La demanda ..., ob. cit.; Rinessi, Antonio J., La desprotección de los usuarios viales, Revista de derecho de daños N° 3, Accidentes de tránsito-III, Rubinzal-Culzoni, Bs.As.-Santa Fe, 1998, p. 111/137; Lorenzetti, Ricardo Luis, Concesionarios viales ¿en qué casos hay responsabilidad?, Revista de derecho de daños N° 3, Accidentes de tránsito-III, Rubinzal-Culzoni, Bs.As.-Santa Fe, 1998, p. 157/174; Boragina, Juan C. - Meza, Jorge A., Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario, J.A. 1997-IV-858).

El servicio es continuado y la modalidad de ingreso a las rutas es masiva, en situación oligopólica, sin deliberación previa y en simultánea utilización de la utilidad, sin dar oportunidad al usuario para modificar las modalidades de la prestación (Rinessi, La desprotección ..., ob. cit.).

Al consumidor o usuario le son aplicables los principios *in dubio pro consumidor*, el deber de información y demás pautas de la Constitución Nacional y la ley 24.240 (en particular, arts. 5, 6 y 40).

2º) Asimismo afirma el apelante Borneo que la responsabilidad de los concesionarios tiene fundamento objetivo; y prácticamente la totalidad de los autores que se han referido al tema consideran que la responsabilidad de los concesionarios frente a los usuarios de rutas tiene fundamento objetivo. En esto están de acuerdo tanto quienes predicen la responsabilidad contractual como la extracontractual. Quienes consideran que la responsabilidad del concesionario es extracontractual la fundan en el art. 1113, 2º párrafo, 2a. parte, en cuanto consagra la responsabilidad objetiva por el riesgo o vicio de las cosas. En la tesis de la

naturaleza contractual de la responsabilidad, el fundamento es el de la obligación de seguridad de resultado cuyo incumplimiento también genera responsabilidad objetiva, con factor de atribución basado en la garantía. Cualquiera sea el supuesto, el responsable sólo podrá eximirse acreditando la ruptura de la cadena causal a través del caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder (Vázquez Ferreyra, La demanda ..., ob. cit.).

Justamente es el supuesto del embestimiento con un animal suelto, el que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia, aunque de acuerdo al criterio objetivo de atribución de responsabilidad, el concesionario debe en principio responder por los accidentes provocados por animales, salvo que pruebe que ese hecho reviste los caracteres de caso fortuito en sentido amplio de ruptura de la causalidad.

De conformidad con la obligación de seguridad asumida de acuerdo al principio de la buena fe (art. 1198 Código civil) que sirve para interpretar e integrar la convención dentro de la tesis contractualista, el axioma es que el usuario debe llegar sano y salvo al punto de destino. La obligación de seguridad es de resultado y su incumplimiento lleva aparejada responsabilidad contractual objetiva (Bueres, Alberto J., Responsabilidad contractual objetiva, J.A. 1989-II-964) como lo sostiene el apelante. Velar por el desenvolvimiento regular de la circulación en los corredores viales no es una obligación accesorio, extraña a los concesionarios, sino muy propia de la índole del servicio. El deber de custodia es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente de las rutas, la remoción inmediata de obstáculos, el control ininterrumpido de la conducción, la remoción inmediata de elementos extraños que se depositen, el retiro sin demora de animales que transitan por las rutas ... y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, el medio ambiente, la estructura y fluidez de la circulación (Rinessi, La desprotección ..., ob. cit.).

De ahí que corresponda, a mi entender, rechazar la excepción de falta de legitimación de obrar pasiva, a fin de considerar sujeto de la acción a Camino del Atlántico S.A., sin perjuicio de analizar los aspectos fácticos que puedan llevar a admitir o no la acción.

3º) Tal como surge del considerando anterior, la aplicación de la responsabilidad objetiva favorece a la actora. Y junto a los agravios de Borneo, los del actor Gabriel Greco también merecen ser atendidos.

Corresponde en consecuencia ponderar si se presentan los componentes que pudieran eximir a la demandada Camino del Atlántico S.A., en tanto es el agente del daño quien debe demostrar la causal de exención invocada, en el caso, la culpa del tercero por quien no debe responder cual es el propietario de los animales Tomás Miguel Tormey; aclaró Camino del Atlántico S.A. que en tal sentido se decidió cuando se demandara a la Provincia de Buenos Aires como titular del poder de policía; y que su parte no tiene ese poder que no puede ser delegado.

A tal fin entiendo insuficiente la mera pertenencia de los vacunos al tercero Tormey, debiendo la accionada haber invocado y acreditado hechos que relevaran la causalidad. Camino del Atlántico S.A. ni siquiera invocó hechos que tuvieran una caracterización en tal sentido, como por ejemplo, la huida de animales debido a una tempestad que derribara alambrados vecinos e irrupción intempestiva del ganado en poco menos que el instante del arribo de los vehículos; el *casus* debe tener características de imprevisibilidad e inevitabilidad. Destaco que, no tratándose de una responsabilidad subjetiva presumida, sino de responsabilidad objetiva, ni siquiera hubiera sido suficiente la acreditación -previa invocación- de la falta de culpa, dada por eventuales medidas de resguardo (guardaganados, alambre, monitoreo por cámaras de televideo, mecanismos modernos ofrecidos por la tecnología a los fines de la protección, patrullaje mediante móviles, vehículos de la concesionaria provistos con elementos para acorralar animales o alertar a los conductores de su presencia, inmediato aviso a autoridades públicas, señalización de los lugares donde más probablemente puedan encontrarse vacunos u otros animales, detención de vehículos, información al usuario por medio de los pertinentes carteles, coordinación de acciones, etc. (estos posible medios surgen de Sagarna, Fernando Alfredo, Responsabilidad de las concesionarias guardianas de las rutas por peaje (animales sueltos: el tema recurrente), L.L.B.A. 1999-1275; Lorenzetti, Concesionarios viales, ob, cit.; Boragina - Meza, ob, cit.). En el caso, ni se invocó esta defensa, por cuanto la demandada no considera estar comprometida a ninguna acción que tenga relación con los animales de la zona, cuyas andanzas en su entendimiento corren exclusivamente por cuenta de los propietarios.

En suma, en mi opinión no se ha dado la eximente de caso fortuito o culpa del tercero por el que no debe responder la demandada Camino del Atlántico S.A., por lo que propongo que la sentencia alcance a ésta como sujeto pasivo de la pretensión.

4º) Procede en consecuencia ponderar los daños del actor Mario Blas Andrés Borneo quien se queja del rechazo de algunos conceptos. Cabe reformular otros de acuerdo a la responsabilidad reconocida.

En tanto se admite que la colisión contra la pieza de ganado vacuno originó los daños en parte delantera y asimismo trasera del vehículo debido a la posterior colisión del conductor Gabriel Greco, procede a Camino del Atlántico S.A. indemnizarlos en su totalidad; y en atención al estado del vehículo e informe de fs. 295, procede admitir la cifra de \$ 8.962 equivalente a la misma cantidad de dólares estadounidenses abonados. A ello cabe adicionar que también debe incidir en la restitución la privación de uso del rodado por el tiempo de arreglo de los daños delanteros, conforme al importe y modo señalado por la magistrada.

5º) Agravia a esta misma parte el rechazo de la desvalorización del automotor, por cuanto afirma que ofreció la prueba pericial en la etapa oportuna y que no se llevó a cabo por cuanto el experto no pudo constatar el vehículo que había sido vendido; que no obstante acompañó fotografías del estado del rodado; que a tenor del art. 165 Código procesal correspondía pronunciarse.

Sin embargo, a diferencia del actor Gabriel Greco que produjo prueba pericial en la cual se estimó la disminución del valor venal sufrida por el automóvil, al no existir dictamen ni opinión experta alguna, cabe confirmar lo decidido.

En definitiva, voto en disidencia parcial del modo indicado, adhiriendo en cuanto al resto de lo que decide al voto del Dr. Posse Saguier.

El Dr. BURNICHON dijo:

En este caso se trata de animales que ingresaron al ámbito de una ruta, en horas de la noche, se carece de todo elemento de juicio que permita determinar cómo o por dónde entraron los semovientes. Sólo expresó el Sr. Tormey, propietario de los vacunos, al funcionario policial que lo interrogó que tales animales se habían escapado por el terraplén del Canal 1 (fs. 69 expte. Greco c/ Caminos).

Puesto que el trazado de la ruta cruza el canal y que los vacunos habrían entrado por el terraplén de dicho canal, en este caso preciso en que parecería que existe un lugar que no cuenta con elementos para detener la marcha de animales sueltos, impidiendo su acceso a la calzada, creo que la excepción articulada por la concesionaria de la ruta debió ser más explícita, aportando los elementos de convicción correspondientes, ya que no basta con la simple argumentación teórica en la que sustenta su postura. Es exigible así que la concesionaria comprara por dónde penetró la hacienda a la ruta, llevando a cabo, en su caso, las obras necesarias para evitar la repetición de hechos de esta índole.

Me inclino entonces, en este particular supuesto por la resolución propuesta por la Dra. Highton y adhiero al voto precedente con el alcance allí indicado.

Con lo que terminó el acto. *FERNANDO POSSE SAGUIER - ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - RICARDO L. BURNICHON.*

///nos Aires, marzo de 2000.-

Autos y vistos: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede se revoca la sentencia recurrida en cuanto desvincula a "Caminos del Atlántico S.A.", y en consecuencia se hace extensiva la condena contra dicha emplazada. Asimismo, se la revoca la admisión de la demanda promovida por Mario Blas Andrés Borneo contra Marcelo Gabriel Greco, la cual en consecuencia resulta rechazada. Se la modifica respecto al rubro desvalorización del rodado reclamado por Greco (Expte. "Greco c/Camino"), al que se hace lugar otorgándose la cantidad de \$ 960. Se la modifica respecto del rubro reparaciones del rodado (Expte. "Borneo c/Camino") a los que se hace lugar por la suma de \$8962, debiendo incidir en la restitución la privación de uso del rodado por el tiempo de arreglo de los daños delanteros, conforme al importe y modo señalado por la magistrada para los traseros. Habida cuenta el resultado de los recursos, las costas de alzada habrán ser soportadas, en ambos procesos, por los demandados vencidos. Difiérese la regulación de honorarios para una vez que exista liquidación definitiva. Notifíquese y devuélvase.-

Fallo: Colavitta

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 07.3.2000

TEMA: ACCIDENTES DE TRANSITO. ANIMALES SUELTOS EN RUTA.
RESPONSABILIDAD DE LOS CONCESIONARIOS VIALES.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Buenos Aires, 7 de marzo del 2000.

VISTO los autos "Colavita Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios" de los que:

RESULTA:

I. A fs. 15/17 se presentan Salvador Colativa y Susana Maiquez e inician demanda contra Concesionaria Vial del Sur S.A. y/o quien resulte responsable del accidente que pasan a relatar por cobro de la suma de \$ 9.515 o lo que en más o en menos surja de la prueba a rendirse, sus intereses y costas.

Dicen que el 5.9.93, aproximadamente a las 5.05 mientras circulaban por la ruta nacional N° 2 a bordo del vehículo marca Peugeot 505, SRI, 1993 dominio C 1.563.320, a la altura del kilómetro 144 se interpusieron sorpresivamente dos caballos, uno de ellos acostado en el carril de circulación. El conductor del vehículo, Colavita, intentó esquivar al caballo echado, más no pudo evitar la colisión con el otro pese a haber accionado los frenos inmediatamente. Como consecuencia de ello el automotor sufrió daños en el techo, ambos guardabarros delanteros, puerta delantera izquierda, chasis, paragolpes delantero, parrilla, óptica delantera izquierda, parabrisas, chapón interior. Agregan que fueron asistidos gratuitamente por un camión grúa de la demandada, que el accidente fue denunciado por ante la subcomisaría caminera de Monasterio, partido de Chascomús, y que el pago del peaje resulta acreditado mediante el comprobante que acompañan.

Sostienen que la responsabilidad de la demandada surge nítida, pues el contrato de peaje resulta innominado, atípico, consensual, bilateral, oneroso, no formal, de modalidad por adhesión "in totum". Que tal contrato obliga a la demandada a mantener la seguridad e indemnidad personal y patrimonial de quienes, como los actores, pagaron el precio del peaje. Que por lo tanto, la demandada debe arbitrar los medios necesarios para evitar el acceso y la permanencia de los equinos sobre la carpeta asfáltica, a cambio de cuyo uso

percibe un precio. Que no cabe duda de que una de las contraprestaciones a su cargo es el deber de velar por la seguridad e indemnidad de quienes utilizan la ruta entregada en concesión, lo que la obliga a ejercer el debido control del estado de circulación a efectos de evitar el ingreso y permanencia de animales. A la demandada – agregan- por ser adjudicataria de la concesión vial se le debe exigir alto grado de calificación, especialidad y competencia, lo que agrave el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Fundan su derecho en los arts. 511, 512 y concs., y 1198, párr. 1º del Cód. Civil, ley 17.520, modificada por la ley 23.696 y sus decretos reglamentarios y complementarios.

II. A fs. 251/258 se presenta Concesionaria Vial del Sur S.A. (Covisur). Realiza una negativa de carácter general y pasa a exponer su propia versión de los antecedentes. Dice que la pretensión de la demanda se funda en un hecho que el actor da por supuesto pero que en ningún momento prueba u ofrece probar. En ese sentido señala que acompaña como prueba instrumental una exposición de tránsito en la que relata que el animal accidentado quedó tirado en el asfalto con su pata izquierda quebrada pero que tal circunstancia no se menciona en la demanda, destaca que no se labró acta en el lugar y que no está comprobada la velocidad del rodado.

En cuanto al fundamento jurídico de la pretensión, sostiene que el actor invoca el art. 512 del Cód. Civil haciendo hincapié en el contrato de peaje que uniría al usuario con el concesionario y del cual surgirían las obligaciones de este último. Agrega que más allá del encuadre jurídico sobre la naturaleza de la relación invocada, sea ésta de origen contractual o reglamentario administrativo, lo cierto es que, en todo caso, sólo le es imputable al concesionario responsabilidad por los daños sufridos por el usuario cuando se comprueba que ha existido culpa de su parte.

Considera que en el caso del choque en la ruta con un animal suelto, el dueño de {este es el responsable principal por los daños que su semoviente produzca a terceros, conforme a lo que dispone el art. 1124 del Cód. Civil, y que el hecho de no haber determinado quién es dueño del animal no importa la sustitución o la traslación de esa responsabilidad al concesionario.

Expresa que es concesionaria de la ruta provincial N° 2 en virtud de los instrumentos que menciona y señala cuál es el objeto de la concesión, afirmando particularmente que está obligada a facilitar la circulación en condiciones de absoluta normalidad suprimiendo las

causas que originan molestias, inconvenientes o peligrosidad (art. 6, título II, p. 23, pliego de condiciones particulares de la licitación).

Sin embargo – agrega -, al tiempo que se impone esta obligación genérica, se determina que esa responsabilidad no se extiende a los daños que tengan sus causa en la falta de adopción de medidas correspondientes por parte del concedente y siempre que hubiere mediado, con razonable anticipación, requerimiento justificado por escrito del ente concesionario (art. 14, título III, p. 37).

Dice que Covisur, tal como surge de la documentación acompañada, comunicó a la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires que se venía observando en la zona del camino un incremento de la presencia de animales sueltos, por lo que solicitó a su órgano de control que notificara tal circunstancia a las autoridades competentes para adoptar las medidas preventivas necesarios. Por su parte, aquella repartición contestó señalando que en atención a la crecida tasa de choques con animales se había requerido la colaboración de la policía provincial, la que impartió directivas al respecto. Por lo tanto, Covisur está obligado a mantener la seguridad y transitabilidad por la ruta, pero si ello depende de la adopción por parte del concedente de medidas de seguridad adecuadas, no es responsable de los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia de la falta de adopción de esas medidas.

El propio reglamento de explotación – continúa – establece que "será responsable el concedente por los daños y perjuicios ocasionados al concesionario o a los usuarios cuando proviniesen de circunstancias ajenas a ellos" (art. 23), en tanto determina la responsabilidad por la existencia de animales sueltos de los propietarios de los fundos aledaños, quienes deben adoptar todas las medidas tendientes a impedirlo y son responsables de todos los gastos que ocasionen su retiro y de los daños que puedan causar (art. 24).

Como colofón de lo expresado, expone que el dueño de los animales es el principal responsable por los daños que produzcan a terceros usuarios en el camino, y que la autoridad pública, particularmente la policía provincial, es la responsable secundaria por no adoptar las medidas tendientes a adoptar esa clase de accidentes. Covisur – agrega – podrá ser eventualmente responsable cuando los daños causados al concedente o a los usuarios se deban a su dolo o negligencia comprobada en el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias.

Expone que Covisur ha adoptado numerosas medidas de seguridad, entre ellas la perfecta señalización horizontal y vertical de los accidentes del camino, la instalación cada 10 km. de postes telefónicos de comunicación con las estaciones de peaje y la contratación de una red de remolques y talleres mecánicos. Otro servicio primordial es el recorrido permanente de la ruta las veinticuatro horas del día por vehículos de la empresa. De tal manera se asegura de que al menos cada dos horas un móvil atraviese cada punto de la ruta concesionada. En ese sentido, recuerda que la ruta otorgada a Covisur es un camino abierto, no una autopista cerrada, de una extensión de 364 km.

Entiende, por lo tanto, que ha cumplido con las obligaciones a su cargo y que en el caso no existe nexo de causalidad que ponga a cargo de Covisur los daños causados a los actores por un caballo parado en la mano de sus circulación. Pide la intervención como tercero de la Provincia de Buenos Aires y la citación en garantía de su aseguradora.

III. A fs. 277/278 se presenta Sud América Compañía de Seguros de Vida y Patrimoniales S.A., aseguradora de Covisur, y se adhiere a la contestación de demanda.

IV. A fs. 494/511 contesta la citación la Provincia de Buenos Aires. Opone la excepción de incompetencia y plantea la falta de legitimación pasiva por cuanto no puede imputársele responsabilidad alguna. El hecho producido no implica que los funcionarios provinciales no cumplieran o cumplieran irregularmente sus funciones y que se puedan reclamar daños al Estado provincial. Cita jurisprudencia a su favor, realiza una negativa de carácter general respecto del hecho denunciado en la demanda y lo atribuye a un tercero ajeno cuya responsabilidad deviene de su condición de propietario del animal (art. 1124, Cód. Civil).

V. A fs. 551 y como consecuencia de la excepción de incompetencia planteada por la provincia, esta Corte declara que la causa es de su competencia originaria.

CONSIDERANDO:

1. Que en las causas publicadas en Fallos 312:2138; 313:1636, el tribunal sostuvo, como principio general y con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado" – cuyo incumplimiento se le endilgaba – "no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las

consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa". Y agregó: "la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora" (Fallos 312:2138, consid. 5°). Esta doctrina se reiteró en la causa B:146.XXIV "Bertinat, Pablo J. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia de la fecha.

Ello es así con relación a casos semejantes por cuanto la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124, a su propietario, quien en el caso no ha sido demandado.

2. Que sentado lo expuesto respecto de la responsabilidad que pretende endilgarse al Estado provincial, forzoso es concluir que tampoco cabe atribuir a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario – por delegación de funciones propia de la concesión – derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que – conforme a los términos pactados – las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública (conf. Reglamento de Explotación, Título segundo. Conservación y Policía; art. 29 Vigilancia).

3. Que, al margen de ello, no surge del contrato de concesión que la demandada hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente acción, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad (conf. Art. 21, Reglamento de Explotación). En efecto, si bien Concesionaria Vial del Sur S.A. se encontraba obligada en términos genéricos "a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino" (Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación, Título III, art. 6.1 y art. 25, Reglamento de Explotación), dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido (Título III, pliego citado), enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario.

4. Que, de este modo, no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones – inherentes al estado de la ruta misma – ni exigirle el control

de los alambrados linderos a la traza (faltantes en el lugar del hecho, conf. Testifical de José M. Fernández, preguntas 14ª. y 15ª, fs. 636 y 23ª, fs. 637), ya que el Reglamento de Explotación antes citado impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes para impedir la presencia de animales sueltos en la zona del camino, y los erige en "responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar" (conf. Art. 24).

Por ello se decide: Rechazar la demanda. Con costas (art. 68, Cód. Procesal). Las derivadas de la citación como tercero de la Provincia de Buenos Aires estarán a cargo de la demandada, pues a su pedido y en su interés tuvo lugar la integración de la litis y no se advierten razones que justifiquen un apartamiento del criterio objetivo de la derrota (arts. 68 y 77, párr. 2º, del mismo Código).- Julio S. Nazareno (según su voto). – Eduardo Moliné O'Connor.- Carlos S. Fayt.- Augusto C. Belluscio.- Enrique S. Petracchi.- Antonio Boggiano.- Guillermo F. López.- Gustavo A. Bossert (según su voto).- Adolfo R. Vázquez (en disidencia).

Voto de los Dres. Nazareno y Bossert.

CONSIDERANDO:

1. Que en las causas publicadas en Fallos 312:2138; 313:1636, el tribunal sostuvo, como principio general y con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado" – cuyo incumplimiento se le endilgaba – "no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa". Y agregó: "la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora" (Fallos 312:2138, consid. 5º). Esta doctrina se reiteró en la causa B:146.XXIV "Bertinat, Pablo J. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia de la fecha.

Ello es así con relación a casos semejantes por cuanto la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124, a su propietario, quien en el caso no ha sido demandado.

2. Que tal principio no se ve alterado – en lo pertinente – por la circunstancia de que la ruta en la cual se produjo el accidente esté sometida a un régimen de concesión por peaje toda vez que en tal caso la atribución de responsabilidad expresada en el último párrafo del considerando anterior no se sustituye por la intervención de la concesionaria.

En tal sentido, el art. 24 del Reglamento de Explotación impone a los propietarios de los fundos de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes para impedir la presencia de animales sueltos en la zona del camino, y los erige en "responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar".

Además, el art. 29 del citado reglamento deja las funciones de policía de seguridad y tránsito a cargo de la autoridad pública, que en el caso no ha sido demandada.

3. Que si bien el principio sentado permite, de todos modos, sostener que la responsabilidad del dueño o guardián no es excluyente de la que pudiese corresponder al concesionario por su deber de suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios, o por su obligación de adoptar las medidas de emergencia necesarias para solucionar situaciones que impidan la normal circulación vehicular (apart. 6 y 8 del título II del Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación), en el sub lite Covisur S.A. no debe responder.

Ello es así pues no se ha invocado que el concesionario hubiera adoptado una conducta desaprensiva frente a denuncias o informaciones que revelasen la presencia de animales sueltos en la ruta, ni tampoco se ha intentado demostrar la existencia de un actuar negligente, en general, frente al peligro que tales animales presentan. Por el contrario, el demandado – quien ha manifestado que, a fin de garantizar la seguridad de los usuarios, vehículos de la empresa recorren permanentemente la ruta y que se han instalado cada 10 km postes telefónicos de comunicación con las estaciones de peaje -, ha probado haber enviado notas de advertencia sobre la situación a la Dirección Provincial de Vialidad, a efectos de que se adoptaran las medidas preventivas correspondientes.

Por ello se decide: Rechazar la demanda. Con costas (art. 68, Cód. Procesal). Las derivadas de la citación como tercero de la Provincia de Buenos Aires estarán a cargo de la

demandada, pues a su pedido y en su interés tuvo lugar la integración de la litis y no se advierten razones que justifiquen un apartamiento del criterio objetivo de la derrota (arts. 68 y 77, párr. 2º, del mismo Código).- Julio S. Nazareno. – Gustavo A. Bossert.

Disidencia del Dr. Vázquez.

CONSIDERANDO:

1. Que la responsabilidad que el art. 1124 del Cód. Civil pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause, no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole que, de un modo u otro, puede caberle a otras personas sobre las cuáles pesa el deber de evitar que ningún animal esté suelto en determinados lugares por razón de la peligrosidad que su presencia representa, lo que podría obedecer, por ejemplo, a la necesidad de que el semoviente no invada una vía de circulación.

En el primer caso, se trata de una responsabilidad que se impone al dueño o guardador por razón del riesgo que genera la posesión del animal del cual se beneficia.

En el segundo caso, en cambio, se trata de una responsabilidad vinculada a la inejecución del apuntado deber y que, por lo tanto, no guarda vinculación alguna con la idea de propiedad o posesión del animal. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con relación a las empresas ferroviarias en virtud de lo dispuesto por la ley 2873, cuyo art. 5º pone a cargo de ellas el deber de "mantener siempre el camino en buen estado de modo que pueda ser recorrido sin peligro por los trenes, y cuidar, por consiguiente, de la inmediata reparación de todos los deterioros que sufriese y de la remoción de todos los obstáculos que impidieren el uso regular de la vía, debiendo entenderse la misma prescripción respecto de los almacenes, depósitos y demás accesorios del camino". A su vez, el inc. 7º también establece como deber "cerrar el camino", con lo cual puede ser inferido que los alambrados y cercos que cierran las vías forman parte integrante de la línea férrea, estando a cargo de la empresa la obligación de mantenerlos en buen estado (doctrina de la Cámara Civil 2ª "Ferrocarriles del Sud c. Carlos Carlés", sentencia del 6 de abril de 1943, confirmada por esta Corte el 18 de agosto de 1943, Fallos: 196:385), bien que sin perjuicio de eventualmente compartir los costos de los alambrados divisorios con los propietarios linderos (art. Art. 5º, ley 2873, modificada por ley 17.833).

Que, como se verá seguidamente, pesa sobre la demandada y la citada como tercero en el sub lite una obligación análoga a la referida precedentemente.

2. Que, en efecto, tanto la Provincia de Buenos Aires como la concesionaria vial demandada pueden por hipótesis ser pasibles de responsabilidad por los daños que se deriven a terceros por la existencia de obstáculos (por ejemplo, animales) que impiden la normal circulación en las carreteras que tienen bajo su cuidado.

Que, con relación a la primera, cabe tener presente que el Código Rural de la Provincia de Buenos Aires – ley 10.081 – establece en su art. 9º que "todo propietario de un inmueble clasificado como establecimiento rural está obligado a tenerlo deslindado y amojonado", y en el art. 15 que "todo establecimiento rural deberá cercarse por su límite y frente a caminos públicos, siempre que el gasto del cerco no sea superior al 10% de la valuación fiscal del inmueble". Por su parte, el art. 17 prescribe que "en caso de incumplimiento y sin perjuicio de la multa que corresponda al contraventor, el organismo competente intimará la realización de la obra dentro de un término no mayor de 6 meses bajo apercibimiento de hacerla por cuenta del obligado...".

Que, como puede verse, de acuerdo al citado código rural la citada provincia tiene la obligación de controlar si existen o no cercos adecuados en las adyacencias de los caminos públicos, y aun ejecutar por sí la obra cuando, previa intimación al responsable primario, este último no lo hiciera.

En las condiciones expuestas, bien se advierte que la Provincia de Buenos Aires puede llegar a ser responsabilizada si se producen daños como consecuencia de la omisión de los deberes que le imponen las normas indicadas. Para ello, quien reclame por daños producidos por animales sueltos en razón de falta de alambrados para encerrarlos, debe probar que el Estado provincial omitió cumplir con la intimación prevista por el citado art. 17 o que, habiendo notificado el requerimiento, ante la inacción del intimado no inició por sí la obra transcurridos los 6 meses. Si se da alguna de las dos hipótesis (falta de intimación, o ausencia de iniciación de las obras pasado el lapso indicado), el Estado provincial, en razón de su omisión, será responsable por el daño causado por un animal suelto en una ruta (arts. 1074 y 1109, Cód. Civil). Esta responsabilidad estatal, que – como se dijo – no excluye la del dueño o guardador del animal, se funda en la idea objetiva de falta de servicio, pudiendo involucrar también la falta personal del agente público si es individualizado (conf. Bustamante Alsina, "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía", La Ley 1990-C, 429).

Ahora bien, en el sub lite no se ha desplegado la actividad probatoria antes referida encaminada a demostrar que la Provincia de Buenos Aires incumplió con los deberes que el Código Rural local le impone. Ante tal situación, la responsabilidad que se imputa a dicho Estado provincial no tiene cabida.

3. Que en cuanto a Concesionaria Vial del Sur S.A. la solución es otra.

Que a su respecto no se trata de establecer si, en función de la relación concedente - concesionario, la responsabilidad de esa empresa puede aparecer allí donde también debería aparecer la responsabilidad estatal, o ser más o menos extensa que esta última, como tampoco si deriva o no del contrato de explotación del corredor vial.

Que ello es así, porque el contenido y términos de la relación de derecho público que existe entre el concedente o el concesionario no es oponible al usuario del sistema de rutas concesionadas por peaje, que al pagarlo establece con la empresa concesionaria una relación de derecho privado distinta de base contractual. En tal sentido, el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial es una típica relación de consumo (args. Arts. 1º y 2º, ley 22.240), por lo que la responsabilidad del último por los daños sufridos por el primero se ubica en el régimen contractual.

Que, en concreto, frente al usuario el concesionario tiene una obligación tácita de seguridad de resultado, en el sentido de que debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos, y que transitará con total normalidad. Casi innecesario resulta agregar que para obtener tal prestación es que precisamente el usuario paga un precio, y que para lo mismo el concesionario vial lo percibe.

Que, entendida de tal manera, la obligación del concesionario no se agota en la remodelación, conservación y explotación del corredor vial en cuanto hace a su demarcación, retiro de malezas, cuidado de la carpeta asfáltica, etc., sino que alcanza a todo lo que sea menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades. Por ello, demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario – como sucede en todo supuesto de responsabilidad objetiva – una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual, en el caso de daños provocados por animales sueltos en la ruta deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado un adecuado control de los alambrados linderos al camino, una prolija inspección visual, etcétera.

4. Que en sustento de la interpretación precedentemente expuesta cabe recordar que el Código de Tránsito de la Provincia de Buenos Aires (ley 11.430, texto ordenado por decreto provincial 1237/95) establece en su art. 102, relativamente a las obligaciones para la eliminación de obstáculos, que las autoridades competentes, cuando la seguridad o intensidad de la circulación estén comprometidas por situaciones u obstáculos anormales, deben actuar de inmediato según su función, coordinando su accionar a efectos de solucionar la anormalidad. Y que, por su parte, el decreto provincial 2719/94 al reglamentar el citado art. 102 prescribió que "En corredores viales concesionados la responsabilidad en cuanto a la adopción de las medidas de seguridad que se refiere este artículo se hará extensiva a la empresa concesionaria ..."

Que, asimismo, no es ocioso traer a colación que la responsabilidad del concesionario en casos como el que tratan las presentes actuaciones ha sido afirmada en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, en las que se suscribió un despacho según el cual la relación entre concesionario y usuario reviste naturaleza contractual, teniendo el primero a su cargo una obligación de seguridad, en virtud de la cual es responsable objetivamente aun por los daños producidos al usuario por animales sueltos en la ruta (Comisión Nº 1, "Responsabilidad de las empresas concesionarias de obras públicas: peaje", Despacho 'A', punto "A").

5. Que en el sub lite la presunción de responsabilidad antes descripta que pesa sobre Concesionario Vial del Sur S.A. no ha sido desvirtuada en modo alguno.

Que, por el contrario, las notas que esa empresa remitió a la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires reclamando de la autoridad pública la adopción de medidas urgentes frente a los reiterados accidentes ocurridos en la ruta nacional Nº 2 por la presencia de animales sueltos, no hacen más que mostrar que, frente a un panorama ya conocido, la concesionaria prefirió eludir la adopción por sí misma de soluciones aptas para cumplir cabalmente con la obligación de seguridad que debe a los usuarios del corredor vial que concesiona intentando derivar su propia responsabilidad a terceros.

Que, en suma, por las razones desarrolladas, la demanda debe prosperar contra Concesionaria Vial del Sur S.A.

6. Que los daños sufridos por el vehículo han sido demostrados por medio de la declaración – no impugnada – del testigo José M. Fernández y de las fotografías – extraídas pocos días

después del accidente y certificadas por escribano público – más dichas averías lucen razonablemente adecuadas a las características del accidente relatado por el mencionado testigo. Si a ello se le suma que el vehículo era prácticamente nuevo (había sido inscripto en el Registro Nacional de la Propiedad 5 meses antes del evento, según la copia certificada del título que se encuentra reservada en secretaría) cabe tener por probado el nexo causal entre tales daños y el accidente.

Ahora bien, la parte actora no demostró que hubiera efectuado las reparaciones por las que reclama, dado que el informe de fs. 650/651 sólo prueba la autenticidad del presupuesto expedido por un taller mecánico, pero no la efectiva realización de los trabajos allí contemplados. Por ende, corresponde fijar su costo según los valores actuales de mercado (doctrina de B.116.XXIX "Buenos Aires, Provincia de c. Conductor del vehículo Peugeot 505, patente C-1.375.160 y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 14 de julio de 1999, considerando cuarto voto del juez Vázquez), los que son estimados por el perito en la suma de \$ 4223, que incluye el impuesto al valor agregado.

7. Que en cambio, no corresponde admitir el reclamo por la desvalorización del vehículo toda vez que el experto no pudo comprobar su estado porque la actora no lo presentó para su inspección en la oportunidad fijada (conf. fs. 642/642 vta. y 643, respuesta al punto a del cuestionario pericial; conf. doctrina de B.116.XXIX "Buenos Aires, Provincia de c. Conductor del vehículo Peugeot 505, patente C-1.375.160 y otro s/ daños y perjuicios", sentencia del 14 de julio de 1999, considerando 5º voto del juez Vázquez). No resultan óbice para llegar a tal conclusión las manifestaciones meramente estimativas formuladas por el perito ingeniero al contestar el punto b del cuestionario propuesto por el actor.

8. Que la privación de uso del automotor produce por sí misma un daño indemnizable pues tiende a reparar el perjuicio sufrido por la inmovilización exigida por la reparación (sentencia del 15 de julio de 1997, "in re": P.417.XXIII "Pérez, María E. Y otra c. San Luis, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", voto del juez Vázquez). En atención al tiempo que presumiblemente insumiría el arreglo – según estimación no observada del perito ingeniero a fs. 645 – se establece para este rubro la suma de \$ 350 (art. 165, Cód. Procesal).

9. Que la demanda prosperará entonces por la suma de \$ 4573 con más sus intereses que se calcularán desde el 5 de septiembre de 1993 – fecha del accidente – hasta el efectivo pago, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de

descuento (Fallos:317:921). La condena debe hacerse extensiva a la citada en garantía, en la medida del seguro (art. 118, ley 17.418), ya que aquélla admitió la existencia de cobertura.

10. Que las costas estarán a cargo de la demandada, incluso las derivadas de la citación como tercero de la Provincia de Buenos Aires, pues a su pedido tuvo lugar la integración de la litis y no se advierten razones que justifiquen un apartamiento del criterio objetivo de la derrota (arts. 68 y 77, párr. 2º, Código Procesal).

Por ello, se decide: 1. Hacer lugar a la demanda seguida por Salvador Colavita y Zusana Maiquez contra Concesionaria Vial del Sur S.A. a quien se condena a pagar la suma de \$ 4573, con más sus intereses en la forma indicada; con costas. II. Extender la condena a Sud América Compañía de Seguros de Vida y Patrimoniales S.A. en la medida del seguro. III. Declarar exenta de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires e imponer las costas derivadas de su intervención a cargo de la demandada.- Adolfo Vázquez.

Fallo: Expreso Hada

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fecha: 28.05.02

Tema: DAÑOS Y PERJUICIOS - ACCIDENTE PROVOCADO POR UN ANIMAL SUELTO EN LA RUTA - AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVINCIAL Y CONCESIONARIO VIAL

Lunes, 9 de diciembre Reseña E.48.XXXII “Expreso Hada S.R.L. c/. Provincia de San Luis y Otros” - 28/05/02 - CSJN Texto Buenos Aires, 28 de mayo de 2002. Vistos los autos: “Expreso Hada S.R.L. c/ San Luis, Provincia de y otros s/ cobro de pesos”, de los que

Resulta:

I) A fs. 26/31 se presenta Expreso Hada S.R.L. e inicia demanda por daños y perjuicios contra la empresa Caminos del Oeste S.A. y contra la Provincia de San Luis. Relata que el 7 de octubre de 1993 el camión Mercedes Benz, modelo 1991, chapa B 2.338.763 de su propiedad embistió a un toro a la altura del km 782 de la ruta nº 7, en las cercanías del punto denominado El Chorrillo en la Provincia de San Luis. El vehículo se

dirigía desde la localidad de San Pedro, en la Provincia de Buenos Aires, hacia Mendoza, y el accidente tuvo lugar a las 21.30, y ante la imprevista aparición del animal fueron inútiles los esfuerzos del conductor para evitar la colisión.

Sostiene que Caminos del Oeste S.A. tiene la guarda jurídica de la ruta, por lo que está obligada a ejercer el necesario deber de vigilancia para permitir que los vehículos circulen, y prevenir cualquier situación de peligro. Agrega que cualquiera que sea la condición jurídica del animal, lo cierto es que en situaciones como las del caso la concesionaria tiene una “relación real” con el vacuno, por lo que debe responder por el daño causado a su parte.

Asimismo, dirige su reclamo contra la Provincia de San Luis por cuanto ejerce el poder de policía sobre el camino.

Hace una reseña de los perjuicios derivados de los gastos de reparación, la desvalorización del rodado y la privación de uso que -afirma- ascienden a \$ 20.004,64.

Funda su derecho en los arts. 33, 43, 512, 1109, 1113, 1126, 2412, 2592 y concs. del Código Civil.

II) A fs. 97/111 contesta Caminos del Oeste S.A. Concesionaria de Rutas por Peaje. Realiza una negativa de carácter general y da su versión de los hechos. Destaca que no se ha acreditado la existencia del siniestro, que no se aportaron constancias del tránsito del camión por la ruta n° 7, y cuestiona la pretensión de la actora de constituirla en guardián jurídico del animal. Invoca la aplicación al caso del art. 1124 del Código Civil, que excluye toda responsabilidad de su parte, la que recae sobre el propietario de aquél, y cita jurisprudencia de los tribunales inferiores y de la Corte Suprema que han reconocido su exoneración ante situaciones similares. Entiende que no ejerce el poder de policía para secuestrar los animales que invaden la ruta y sostiene que sus únicas obligaciones son las que emanan del contrato de concesión, entre las que destaca “mantener la carpeta asfáltica en buenas condiciones de conservación y mantener la ruta bien señalizada”. Por último, cuestiona los daños invocados y su magnitud económica y pide la citación en garantía de su aseguradora.

III) A fs. 121/123 se presenta La Estrella Cía. Argentina de Seguros y se adhiere a los

términos de la contestación de la demanda de su asegurado, a los que se remite.

IV) A fs. 135/142 contesta la Provincia de San Luis. Opone en primer término la excepción de prescripción y efectúa una negativa general de los hechos invocados por la actora, respecto de los cuales sostiene que son insuficientes para justificar su responsabilidad. Se opone a diversos puntos periciales y pide la citación de Caminos del Oeste S.A.

V) A fs. 172 el Tribunal rechaza la prescripción invocada.

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que mediante el acta de choque que corre a fs. 25 y que ha sido tenida por auténtica por el Tribunal a fs. 429 vta. ante la reticencia de la policía de la Provincia de San Luis en informar sobre el punto, cabe reconocer la existencia del accidente producido en las circunstancias de tiempo y lugar denunciadas en la demanda.

3º) Que el actor pretende que la concesionaria de la ruta debe ser considerada propietaria o poseedora del animal que causó el accidente, pues al tratarse de ganado “orejano” rigen los arts. 2412 y 2592 del Código Civil.

Al respecto se señala que el ganado que no se marca se denomina orejano y conforme al art. 10 de la ley 22.939 queda sujeto al régimen común de las cosas muebles, establecido en el art. 2412 del Código Civil. Pero, para la aplicación de ese precepto debe haber posesión que “valga título” sobre el animal, es decir, la tenencia material de la cosa y el animus domini, o sea la intención de someter el animal al ejercicio de un derecho de dominio, reconociéndose el sujeto como único dueño. Esta presunción de posesión puede jugar a favor pero no necesariamente en contra de la concesionaria, quien no la invoca, sino que por el contrario acredita su falta de detentación material de la cosa y la completa ausencia de animus. Además, los animales susceptibles de identificación, sean orejanos o no, son ajenos a la concesión, ya que para ningún fin las empresas de mantenimiento vial usan animales, ni

para seguridad, ni para transporte, ni para corte de pastos y malezas. Está totalmente fuera de las actividades establecidas en el contrato de concesión, del objeto social volcado en sus estatutos y del que efectivamente cumple la concesionaria vial.

4º) Que en las causas publicadas en Fallos: 312: 2138 y 313:1636, este Tribunal sostuvo, como principio general y con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que “el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado” -cuyo incumplimiento se le endilgaba- “no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa”. Y agregó: “la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora” (Fallos: 312:2138, considerando 5º). Esta doctrina se reiteró -entre muchas otras- en las causas “Bertinat” y “Colavita”(Fallos: 323:305 y 318).

Ello es así con relación a casos semejantes por cuanto la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124 del Código Civil, a su propietario.

5º) Que sentado lo expuesto respecto de la responsabilidad que se pretende endilgar al Estado provincial, forzoso es concluir que tampoco cabe atribuírsela a la concesionaria de la ruta, quien no puede asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propias de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que -de acuerdo con los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito deben ser ejercidas por la autoridad pública (ver Reglamento de Explotación. Título Segundo. Conservación y Policía; art. 28. Vigilancia; fs. 91).

6º) Que, al margen de ello, no surge del contrato de concesión que la demandada haya asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente demanda, y cuyo incumplimiento pueda generar su consiguiente responsabilidad. En efecto, si bien Caminos del Oeste S.A. se encuentra obligada en términos genéricos “a la conservación en condiciones de utilización del camino de acuerdo a lo dispuesto en el punto 11 del Título III del Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación, debiendo suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios...” (art. 24 del reglamento de explotación antes citado), dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario (conf. pronunciamiento dictado in re “Colavita”, citado en el considerando 4º).

7º) Que, de este modo, no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones -inherentes al estado de la ruta misma-, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza, ya que el reglamento de explotación impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes a impedir la presencia de animales sueltos en la zona del camino, y los erige en “responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar” (conf. art. 23 del reglamento).

Por ello, se decide: Rechazar la demanda, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese. EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ (en disidencia).

ES COPIA

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ

Considerando:

1º) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que mediante el acta de choque que corre a fs. 25 y tenida por auténtica por el Tribunal a fs. 429 ante la reticencia de la policía de la Provincia de San Luis en informar sobre tal punto, cabe reconocer la existencia del accidente producido en las circunstancias de tiempo y lugar denunciadas por la demanda.

3º) Que la responsabilidad que el art. 1124 del Código Civil pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause, no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole que, de un modo u otro, puede caberle a otras personas sobre las cuales pesa el deber de evitar que ningún animal esté suelto en determinados lugares por razón de la peligrosidad que su presencia representa, lo que podría obedecer, por ejemplo, a la necesidad de que el semoviente no invada una vía de circulación.

En el primer caso, se trata de una responsabilidad que se impone al dueño o guardador por razón del riesgo que genera la posesión del animal del cual se beneficia.

En el segundo caso, en cambio, se trata de una responsabilidad vinculada a la inejecución del apuntado deber y que, por tanto, no guarda vinculación alguna con la idea de propiedad o posesión del animal.

4º) Que, en concreto, y con referencia al supuesto de que tratan estas actuaciones, frente al usuario el concesionario vial tiene una obligación tácita de seguridad de resultado, en el sentido de que debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos, y que transitará con total normalidad. Casi innecesario resulta agregar que para obtener tal prestación es que precisamente el usuario paga un precio, y que para lo mismo el concesionario vial lo percibe. Así, el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial es una típica relación de consumo (arg. arts. 1º y 2º de la ley 24.240).

Que, entendida de tal manera, la obligación del concesionario no se agota en la remodelación, conservación y explotación del corredor vial en cuanto hace a su

demarcación, retiro de malezas, cuidado de la carpeta asfáltica, etc., sino que alcanza a todo lo que sea menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades. Por ello, demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario -como sucede en todo supuesto de responsabilidad objetiva- una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual, en el caso de daños provocados por animales sueltos en la ruta, deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado un adecuado control de los alambrados linderos al camino, una prolija inspección visual, etc. (Fallos: 323:318, voto del juez Vázquez).

5º) Que particulariza el caso el hecho de que en su escrito de contestación la codemandada Caminos del Oeste S.A., ha reconocido que asumió contractualmente el deber de “mantener la ruta bien señalizada” (fs. 103), sobre lo que volvió a fs. 105 de ese escrito. Es claro que tal admisión no es sino la consecuencia de las obligaciones mencionadas en las hojas 28 y 34 del título III del documento agregado a fs. 72/84 (referente a las obligaciones del ente concesionario), y en el reglamento de explotación -art. 32- (fs. 85/95).

6º) Que a pedido de aquella codemandada la dirección Nacional de Vialidad agregó a la causa copia de un dictamen relacionado “con la competencia de la concesionaria en materia de animales sueltos” (fs. 457/461). Entre los argumentos desarrollados sobre el particular, la repartición vial afirma que “el concesionario ante la denuncia de la existencia del peligro que se haya detectado en la vía pública y que atenta contra la seguridad vial, no puede permanecer inactivo, sino debe recurrir a la autoridad de aplicación local, y en su caso conducirse conforme lo establece la ley de tránsito, proceder al retiro hasta tanto se presente la autoridad de aplicación, no obstante ello, que podría darse en casos aislados, esa obligación se encontraría cumplida en zonas en las que con frecuencia se encuentran animales sueltos, con la señalización prevencional de dicha situación...” (énfasis agregado).

A fs. 69/71 la misma codemandada agregó copia de una “orden especial” de la policía de San Luis (que se dio en llamar “operativo-cebra”) emitida en diciembre de 1989 por la que

se procuraba “revertir la situación actual sobre el deambular de animales sueltos por rutas nacionales y provinciales, dentro del territorio de la provincia”.

7º) Que a fs. 303 obra el acta de la inspección ocular mandada practicar al juzgado federal en turno de San Luis en orden a “corroborar la presencia de ganado suelto” en el lugar del accidente. Esa minuciosa comprobación practicada por el secretario del juzgado prueba “la presencia de animales equinos en cantidad de tres” que pastaban en un barranco ubicado a “veinte pasos de hombre” de la ruta. En el plano confeccionado, que indica las señales visibles en el lugar, se consignó la señal de puente, la de localización de la zona conocida como El Chorrillo y la indicación del km. 782. Se menciona, asimismo, la existencia de una guarda-rail de “bajada de pendiente hacia el lado de Mendoza y subida luego” y la carencia de luminarias. Ninguna constancia existe de carteles que indiquen la presencia de animales sueltos, fenómeno que había justificado tiempo atrás el “operativo-cebra”. Cabe agregar como dato a tener en cuenta que en la zona donde se produjo el accidente ocurrieron otros durante los años 1993 y 1994, aunque la deficiencia de los registros policiales impide conocer si tuvieron su origen en situaciones similares a la presente.

8º) Que de lo expuesto surge, sin prueba que neutralice esta conclusión, que la concesionaria incumplió el deber de seguridad que le impuso el contrato respectivo y que ella misma ha reconocido como integrando el plexo de sus obligaciones, pues omitió colocar los avisos de advertencia sobre la existencia -por lo visto reiterada- de animales sueltos que, a la luz de las circunstancias reseñadas, resultaban necesarios.

9º) Que respecto de la responsabilidad endilgada a la Provincia de San Luis, cabe observar que la actora no ha probado que le hubieran sido exigibles obligaciones específicas del tipo de las ponderadas en Fallos: 323:318, voto del juez Vázquez, considerando 2º.

Que, consiguientemente, la mera invocación de que la provincia demandada “ejerce el poder de policía sobre la ruta” (fs. 27) no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de

delitos pueda llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (Fallos: 312:2138).

Por lo tanto, la demanda no habrá de prosperar respecto del Estado provincial indicado, pero sí con relación a la concesionaria vial.

10) Que, en consecuencia, corresponde determinar el alcance del resarcimiento pretendido. En lo que hace a la reparación de los daños sufridos por el vehículo y que se detallan en el acta de choque de fs. 25 tenida por auténtica a fs. 429, el peritaje mecánico de fs. 321/323 los estima como adecuados a la índole del perjuicio y a éste acorde con el accidente denunciado. La actora ha acompañado en ese sentido los documentos que obran a fs. 14/22 -reconocidos a fs. 271 en lo que hace a los emitidos por Lonco-Hue S.A.- y que según el peritaje contable surgen de los libros de la demandante. Por todo ello, parece justo admitir la suma de \$ 6.404,64 denunciado como costo total a fs. 27 vta.

Asimismo, la actora reclama por la desvalorización sufrida por el rodado, rubro que ha sido contemplado por el perito mecánico quien concluyó en su informe que “el vehículo no presenta vestigios de la reparación, que pudieran afectar su precio de venta” (fs. 323). Por tal razón no cabe resarcimiento alguno en tal aspecto.

11) Que corresponde ahora considerar el restante rubro demandado consistente en el perjuicio sufrido por la privación de uso del rodado.

En la especie la actora ha pretendido acreditar tal perjuicio mediante prueba contable (punto c, fs. 288 vta.). Pero la sola referencia a la prestación de servicios de transporte por parte de terceros y el mero detalle de las facturas acompañado, no constituyen medios idóneos para demostrar que fueron consecuencia específica de la privación de uso de la unidad en cuestión. Por otro lado, cuando la codemandada Caminos del Oeste cuestionó sobre tal base este aspecto del dictamen, la experta sostuvo que el objeto de su informe era considerar “los registros de facturas por gastos de transportes” y “no constatar la veracidad de si un rodado estaba o no inutilizado” (fs. 327), lo que indicaría la insuficiencia probatoria en que incurrió la actora al solicitarle, sin mayor especificidad, aquella

información.

Ahora bien, más allá de tal defecto probatorio, lo cierto es que la mera privación de una cosa o bien de capital que se tiene afectada a un uso determinado provoca un daño indemnizable (lucro cesante), lo cual es más claro aún en aquellos casos en que tal cosa o bien se encuentra sometida a una actividad comercial, desde que dicha utilización supone la existencia de un ánimo de lucro que no cabe desconocer. En efecto, la inmovilización de una o más unidades destinadas a una actividad económica provoca, en el orden normal de las cosas, un daño consistente en la frustración de ingresos por falta de explotación, incumbiendo a quien alegue lo contrario la demostración de circunstancias tendientes a desvirtuar la presunción de pérdida que deriva de la desafectación de aquéllas a la producción de ganancias. Desde tal punto de vista, la falta o insuficiencia de elementos probatorios referentes al daño de que se trata, incide en la cuantificación de la indemnización debida, pero no determina su rechazo, debiendo acudirse a lo dispuesto por el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 319:1975, disidencia parcial del juez Vázquez).

En función de tal criterio, y haciendo uso de las facultades conferidas por el citado precepto, se fija el rubro bajo examen en la suma de \$ 15.000.

12) Que en tales condiciones, la demanda debe prosperar por la suma de \$ 21.404,64. Los intereses serán calculados a partir del 7 de octubre de 1993 -día del accidente- a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento (conf. Fallos: 317:1921 y causa H.9.XIX. “Hidronor S.A. c/ Neuquén, Gobierno de la Provincia del y/o quien resulte propietario s/ expropiación”, del 2 de noviembre de 1995, entre otros).

Por ello, se decide: I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Expreso Hada S.R.L. contra Caminos del Oeste S.A. condenándola a pagar dentro del plazo de treinta días la suma de \$ 21.404,64 con más los intereses que se liquidarán en la forma indicada en el considerando 12. La condena se hace extensiva a la citada en garantía (art. 118, ley 17.418). Las costas se imponen en un 70% a Caminos del Oeste S.A. y en el 30% restante a la actora (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); y II.- Rechazar la demanda

interpuesta contra la Provincia de San Luis, con costas (art. 68 del código citado). Notifíquese y, oportunamente, archívese. ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ. ES COPIA.

XI.) ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

OTRA VEZ LA MUERTE EN UNA RUTA CON SISTEMA DE PEAJE ¿QUIÉN RESPONDE?

El accidente ocurrido en la madrugada del día Domingo 16 de noviembre del corriente año, y en el que perdiera desgraciadamente la vida el joven Barbotti, como consecuencia de haber colisionado su vehículo una yegua que se encontraba suelta en la Ruta Nacional N° 16, nos vuelve a convocar para reflexionar –desde la óptica de la responsabilidad civil- sobre ¿quién o quiénes son los responsables en los casos de accidentes protagonizados por usuarios como consecuencia de animales sueltos en las rutas concesionadas bajo el sistema de peaje?.

De la lectura del Capítulo I –De los daños causados por animales-, ubicado en la Sección II del Libro II del Código Civil, surge claramente la responsabilidad del dueño o guardián del animal, por los daños que éste cause a terceros. Así reza el artículo 1124 del Código Civil: “El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario”.

El artículo transcrito consagra la responsabilidad extracontractual y objetiva del dueño o guardián con fundamento en el riesgo creado por el animal, que al hallarse cerca de una ruta se convierte en una cosa potencialmente productora de daños.

Asimismo, el Código de Faltas de la provincia del Chaco, en sus artículos 56 y 57, sanciona con multa al propietario y/o cuidador de animales cualquier tipo que fueren encontrados sueltos, originando una situación de peligro en caminos o espacios determinados al tránsito. Ahora, para hacer responsable a un sujeto por el daño que un animal ha ocasionado, la víctima deberá acreditar que ese sujeto es propietario del animal. ¿Y cómo se acredita la propiedad de los animales?.

La titularidad dominial de los animales se rige por la Ley N° 22.939/83 de Propiedad del ganado. Dicha norma establece dos obligaciones que debe cumplir el propietario del animal: a) marcar su ganado mayor y señalar su ganado menor (art. 6°); y b) tener

registrado a su nombre, en el Registro de Marcas y Señales, el diseño que empleare para marcar o señalar los animales (art. 5º). Por ello, el artículo 9º de la citada ley –en el caso del ganado- presume “iuris tantum” la propiedad del mismo para quien tenga registrada la marca o señal que tenga el animal, o de las crías para el propietario de la madre, o aquellas que se encuentran al pie de la madre.

Hasta aquí, parece fácil la respuesta a la pregunta inicial, si un usuario choca a un animal marcado o señalado, el único responsable es el dueño del animal, o el sujeto que tenía la obligación de cuidarlo.

¿Pero qué ocurre en los accidentes con animales que no tienen marca o señal?

Así como las disposiciones legales citadas dan respuesta para los casos de colisiones con animales (ganado mayor o menor debidamente marcado o señalado), haciendo recaer la responsabilidad sobre el dueño o guardián de los mismos, y colaborando de esa manera con el usuario-víctima, quien tiene un sujeto pasivo a quien reclamarle el daño; no ocurre lo mismo, cuando la colisión es contra animales que no tienen marca o señal, ya que en estos casos las normas de referencia al guardar silencio dejan al usuario-víctima en una situación de desprotección. Por la vía del absurdo, la víctima se podría preguntar ¿por qué no choqué a un animal marcado?.

Nuestra propuesta para llenar esas lagunas legales es que para casos puntuales (muerte o lesiones invalidantes) se constituya un FONDO DE GARANTIA, que funcionando como una verdadero sustituto del responsable, garantice a los usuarios damnificados la obtención de una indemnización aún cuando no sea integral, por lo menos equitativa. (Los fondos de garantía funcionan con éxito en muchos países, como por ejemplo en Francia, para indemnizar a las víctimas de daños causados por vehículos a motor; en Holanda y Japón, para indemnizar a las víctimas de la polución atmosférica).

En nuestro caso el Fondo estaría integrado por los siguientes aportes:

1. Un aporte de dinero proveniente de rentas generales por esta única vez.
2. Un porcentaje de la recaudación que por peaje o tarifa perciban los concesionarios de peaje en todo el territorio del país. (Con este aporte el usuario está contribuyendo con un porcentaje a la indemnización que eventualmente le puede corresponder si fuera víctima de un accidente).

3. Un porcentaje de las ventas de terrenos e inmuebles o locaciones que realicen los entes concesionarios.
4. Un porcentaje de las multas por exceso de peso que los concesionarios están facultados a percibir conforme lo dispuesto en el Decreto N° 1446/90 (control de pesos y medidas).
5. Un porcentaje de las demás multas que los entes están autorizados a percibir por diversas faltas cometidas por los usuarios.
6. Todo otro aporte que se disponga en el futuro.

Mientras escribo estas líneas imagino la pregunta del lector: ¿y el concesionario de peaje no tiene ninguna responsabilidad frente a los animales sueltos?

De acuerdo con las normas vigentes lo único que puede hacer la empresa concesionaria es actuar como denunciante ante la autoridad policial más cercana, debiendo ahuyentar los animales de la ruta hacia la banquina cuidando de los mismos, hasta que se haga presente el personal policial. Es decir, que el concesionario no se desobliga por el sólo hecho de dar aviso a la policía sobre la existencia de animales sueltos, sino que deberá sacar a los mismos de la cinta asfáltica y controlar que no vuelvan a ingresar a ella.

Si se comprueba que el concesionario en forma negligente no dió cumplimiento o cumplió de manera irregular o tardía dichas obligaciones, y como consecuencia de ello, un usuario sufre daños, algún tipo de responsabilidad tendrá la empresa vial.

Se nos ocurre que algunas de las situaciones que generarían la obligación de responder por parte del concesionario son: omitir dar aviso -o hacerlo con demora- a la policía sobre la presencia de animales sueltos; permanecer indiferente frente a alguna denuncia o frente al conocimiento de la existencia de animales entorpeciendo la circulación; ahuyentar a los animales de la carretera y no custodiarlos hasta que llegue la autoridad policial; dejar durante varios días animales sueltos en las banquetas de la vía concesionada; etc..

Y en definitiva, ¿quién es el que debe controlar que en la ruta no haya animales sueltos?

Creemos que las tareas de patrullaje de la ruta deben ser ejercidas en forma conjunta por la empresa concesionaria y por la policía provincial; siendo esta última la que detenta la facultad o potestad de control de los animales sueltos, poder que al reservárselo las provincias en virtud del nuevo artículo 121 -ex 104- de la Constitución Nacional, no ha sido delegado al Estado Nacional –que resulta ser el concedente en todas las concesiones de rutas por peaje-, por lo que éste no puede transferir a los concesionarios un poder que no

detenta, quedando el mismo en manos de las provincias, quienes son las encargadas de cumplirlo eficientemente.

De acuerdo con lo dicho si el Estado provincial no cumple o cumple de manera irregular ese poder no delegado al Estado federal, será responsable por los daños que se deriven hacia terceros –que en nuestro caso son los usuarios de la ruta-.

Para finalizar, nuestra propuesta es que el Estado dote al concesionario de poder suficiente para mantener la ruta libre de animales y de esa manera garantizar seguridad a los usuarios, quienes al pagar el peaje tienen todo el derecho de exigir que el servicio sea prestado con eficiencia y calidad. Esperamos que así sea.-(13)

AUTOPISTA SANTA FE-ROSARIO: OTRO ACCIDENTE QUE PUDO HABERSE EVITADO.

El accidente ocurrido en la autopista Santa Fe-Rosario (concesionada por peaje) a escasos kilómetros de ésta última ciudad, en las primeras horas del día Lunes 26 de Julio del año en curso, y que arrojara como resultado el lamentable saldo de 8 personas muertas y 40 heridos, como consecuencia de haberse producido una colisión en cadena entre varios vehículos, ocasionada por una intensa bruma conformada por la amalgama de la espesa neblina matinal y humo proveniente de la quema de basurales existentes en las afueras de la Ciudad de Rosario, todo lo cual redujo considerablemente la visibilidad en la ruta, nos vuelve a convocar para reflexionar con los lectores de éste prestigioso diario chaqueño - desde la óptica de la responsabilidad civil-, acerca de ¿cuáles son o hubieran sido las medidas o decisiones adecuadas a tomar para evitar la ocurrencia de dicho siniestro?, ¿quién o quiénes son los encargados de implementarlas?, y en caso de incumplimiento ¿quién o quiénes son los responsables?.

El artículo 14 del Reglamento de Explotación faculta al concesionario de peaje -en caso de ausencia de la autoridad policial- a suspender total o parcialmente la circulación por razones de seguridad cuando así lo exijan las condiciones climáticas, el servicio de mantenimiento y conservación, la urgente reparación, o caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, en caso de urgencia, el concesionario adoptará las disposiciones que considere necesarias, comunicándolas en forma inmediata al Organismo de Control.

La facultad contenida en el artículo citado tiene carácter preventivo, ya que así como hoy en día los organismos meteorológicos, provistos de todo el avance tecnológico (como por ejemplo satélites que advierten los grandes cambios climatológicos), pueden prever los fenómenos y cambios meteorológicos con suficiente anticipación a su ocurrencia y de esa forma evitar graves daños a la población; de la misma manera tiene que actuar el ente concesionario ante la proximidad de un fenómeno climático que puede ser causa o concausa de perjuicios sufridos por los usuarios del sistema carretero; y va de suyo que si la empresa concesionaria de peaje no previó lo que era razonablemente previsible está incurriendo en culpa.

En algunos casos esa facultad se transforma en obligación debiendo el concesionario restringir el tránsito en forma total o parcial en aquellos tramos de la ruta afectados o amenazados por fenómenos meteorológicos que por su intensidad y magnitud pueden ocasionar daños a los usuarios; como por ejemplo tornados, huracanes, neblinas espesas que reducen notablemente la visibilidad, como ocurrió en el accidente que comentamos y había ocurrido ya meses atrás en la autopista cerca de Buenos Aires donde se produjo una colisión en cadena debido a la escasa visibilidad generada por una densa neblina matinal que regularmente invade las zonas cercanas a la ciudad referenciada.

Haciendo un paralelismo, pensamos que así como en los aeropuertos la autoridad aeronáutica competente, con el objeto de evitar daños irreparables, prohíbe el despegue y aterrizaje de aviones, en casos en que la intensa niebla torna inoperable el corredor aéreo; de igual forma, previsora y cautelar, debe ser la conducta desplegada por el concesionario de peaje en determinadas situaciones en que factores ambientales como la neblina, los vientos huracanados o la abundante nieve, afectando algunos tramos del camino convierten a la autovía en una cosa peligrosa, riesgosa, y potencialmente generadora de daños injustamente soportados por los automovilistas del corredor vial.

En efecto, en caso de que el concesionario teniendo conocimiento de que en algún tramo del camino está ocurriendo o existe una probabilidad cierta de que ocurra alguno de los fenómenos mencionados ut supra, no suspenda total o parcialmente la circulación, y como consecuencia de ese incumplimiento algún usuario sufre un accidente y el damnificado demuestra el daño y que ese perjuicio se debió a la omisión del concesionario, quien no cortó la circulación vehicular, surgirá la responsabilidad culposa directa del sujeto

dependiente del ente, que teniendo la facultad atribuida por el artículo 14 del Reglamento de Explotación la omitió; e indirectamente la responsabilidad objetiva del concesionario con fundamento en la garantía legal, que contenida en el artículo 1113 Primer párrafo del Código Civil establece la responsabilidad del principal por los hechos u omisiones de sus dependientes.

Para finalizar, descartamos la posible defensa argumentada por la empresa concesionaria, en el sentido de que la imprevisibilidad del acontecimiento natural le impidió tomar las medidas idóneas para intentar evitarlo, ya que a nuestro modo de ver y debido a la tecnología instrumental con que cuentan las oficinas meteorológicas muy pocos serán los casos que no puedan ser previstos por el concesionario, ya que como bien señala el ilustre jurista Atilio Alterini “lo imprevisible es distinto de lo imprevisto: imprevisto es lo que no se previó efectivamente. Va de suyo que quien no previó lo que era previsible puede estar incurso en culpa”, y esa es la conducta omisiva en que incurre el concesionario de peaje. Como dice Paul Valéry “¿Qué puede haber imprevisto para el que nada ha previsto?”.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, en la actualidad ninguna de las empresas concesionarias de peaje cuentan con sistemas automáticos de detección de alteraciones climáticas bruscas, como por ejemplo la niebla, a efectos de poder tomar las medidas precautorias necesarias para evitar perjuicios a los usuarios.

Por todo lo expuesto, creemos desde nuestra perspectiva particular, que las víctimas inocentes del accidente acontecido el día 26 de Julio de 1999, en la autopista Santa Fe-Rosario tienen un sujeto pasivo, con nombre y apellido, a quien reclamar los daños sufridos; es la Empresa Concesionaria Vial Semacar S.A. y/o Dycasa S.A., encargada de la explotación y mantenimiento del corredor que une las urbes citadas. ¿Será Justicia?... (14)

XII.) CONCLUSIÓN:

La responsabilidad de las concesionarias de peaje, frente al usuario tiene naturaleza contractual, ya que el automovilista sólo accede al uso del camino mediante el pago del peaje, el que no es un tributo, entre otras cosas, porque en su valor incluye el IVA y sería absurdo pensar que un impuesto pueda verse gravado con otro. Por lo demás, que podría ser más que un contrato desde el punto de vista fáctico, teniendo en cuenta que al transitar una ruta concesionada debo pagar y recibo un ticket, que hace las veces de factura y

comprobante de pago, el que a su vez es exigido en caso de necesitar algún auxilio (servicio de médico, grúa, teléfono, etc) por parte de la empresa concesionaria. Se trata de un contrato atípico, con muchos rasgos de contratación por adhesión, en la que no es posible hablar de sujetos con igual poder de negociación, aunque esta desigualdad de posiciones entre las partes, se encuentra mínimamente morigerada por la intervención de la Administración Pública, la que establece reglas y condiciones. El contrato de peaje genera al concesionario dos obligaciones: la principal habilitar el tránsito del corredor y la segunda de "seguridad" por los daños que se pueda sufrir durante la circulación.

Surge del mismo, una obligación tácita de seguridad, en virtud de la cuál el concesionario garantiza al usuario que no sufrirá daño ni el conductor del vehículo, ni las personas y las cosas que transporta debiendo llegar indemnes al finalizar el trayecto. Deberá demostrar el caso fortuito en sentido amplio si pretende eximirse de responsabilidad ya que además del mantenimiento, realización (en algunos casos), y administración de la obra, pesa sobre la empresa concesionaria el deber de seguridad, obligándola a tomar todas las medidas y los recaudos necesarios destinados a prevenir cualquier tipo de daños que tengan como víctimas a los usuarios.

No comparto el criterio, aunque de juristas calificados, desde mi modesta opinión errónea, en considerar la obligación de seguridad asumida por el concesionario como de medios, considerando que de lo contrario se introduciría una carga excesiva en el mismo, ya que se le impondría la responsabilidad pero no se le darían los medios para prevenir los daños y disminuir la carga. Por el contrario, estoy convencido que la obligación tácita de seguridad asumida por la concesionaria es una típica obligación de resultado, toda vez que garantiza la indemnidad del acreedor, sea en su persona o en sus bienes. Mas aún teniendo en cuenta los principios que insuflan el actual Derecho de Daños y ante una de las causas estadísticamente más importantes de dañosidad en el país (accidentes de tránsito). Estando comprometidos bienes tan importantes como pueden ser la vida o integridad física de las personas, el deudor no podría exonerarse de responsabilidad demostrando que desarrolló una conducta diligente para evitar la causación del daño.

Adhiero a la tesis de la relación de consumo. El usuario inevitablemente, so pena de caer en una tremenda e incluso irremediable injusticia, debe ser considerado como débil jurídico frente al concesionario, resolviéndose las cuestiones que se susciten en materia de

interpretación del contrato que vincula a las partes, mediante la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, en especial sus arts. 5, 37, 40 y concordantes.

En cuanto a la responsabilidad que le cabe al Estado, debe responder indiscriminadamente como titular del corredor. Dicha responsabilidad, se basa entonces en el dominio público que el mismo tiene sobre las cosas en virtud de lo normado por el art. 1113 del Código Civil, más aun teniendo en cuenta que su poder de policía es indelegable, por lo tanto insusceptible de formar parte del objeto de concesión.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) GHERSI, C A. Juicio de automotores. Editorial Hammurabi. 3ª Edición. Buenos Aires, 1996, pág. 355.
- (2) DROMI, J R. Manual de derecho administrativo, t.I, p. 364, Buenos Aires: Ed. Astrea, ed. 1987.
- (3) DIEZ, M M. Manual de derecho administrativo. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1983, t.1, pág. 439.
- (4) GHERSI, C A. Juicio de automotores. Editorial Hammurabi. 3ª Edición. Buenos Aires, 1996, pág. 360.
- (5) SARMIENTO GÜEMES, M. Concesiones viales. Relaciones jurídicas. LA LEY, 1995-C, 1167.
- (6) BORAGINA J C. y MEZA J A. Responsabilidad Civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario. JA, 1997-IV, pág. 861.
- (7) SCOLARA, E R. Derecho y empresa. Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del concesionario de peaje por daños sufridos por el usuario. Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad Austral. Rosario, 1994, pág. 182.
- (8) VAZQUEZ FERREIRA, R. La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo, Daños y perjuicios en el transporte de pasajeros: la obligación de seguridad”, JA 1991-C, pág. 108 y sgtes.
- (9) VENEGAS, P P. y COMPIANI, M F. Responsabilidad por los daños generados por el mal estado de conservación de los corredores viales”, LA LEY, 1992-E, 1212.
- (10) MOSSET ITURRASPE, J. Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado. Revista de Derecho de Daños, Nº 9, “Responsabilidad del Estado”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, pág. 7 y sgtes.
- (11) LORENZETTI, R L. Concesionarios viales: ¿En qué casos hay responsabilidad?. La responsabilidad de los concesionarios viales. Revista de derecho de daños 3. Accidentes de tránsito-III. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, pág. 157 y sgtes.
- (12) LORENZETTI, R L. La Corte fija su posición en la responsabilidad por accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en ruta. Disponible desde: URL: www.alterini.org/to-rllorenz3.htm-55k.
- (13) PIROTA, D M. Responsabilidad civil del concesionario de peaje. Otra vez la muerte en una ruta con sistema de peaje. Diario Norte, Resistencia-Chaco, 21 de Noviembre de 1997.
- (14) PIROTA, D M. Responsabilidad civil del concesionario de peaje: Otro accidente que pudo haberse evitado. Diario La Voz de Rosario, Rosario-Santa Fe, Año 2 Nº

20, Agosto de 1999; y Diario Rosario Hinterland, Rosario-Santa Fe, Año 3 N° 63, 23 de Agosto de 1999.

BIBLIOGRAFIA

-Boletín Electrónico

www.elderecho.com Buenos Aires 25 de Enero de 2003

www.elarchivoderecho.com Buenos Aires 20 de Enero de 2003

www.calz.org.jurisprudencia.casos.com Buenos Aires 17 de Enero de 2003

www.todoelderecho.com Buenos Aires 20 de Enero de 2003

www.elderechogratis.com Buenos Aires 31 de Enero de 2003

www.justiniano.com Buenos Aires 31 de Enero de 2003

www.colegiodeabogados.com Rosario 31 de Enero de 2003

www.laley.com Buenos Aires 31 de Enero de 2003

-Códigos:

-Código Civil de la República Argentina, con notas Velez Sarfield y legislación complementaria – Editorial AZ – Enero 1966.

-Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe – Editorial AZ – Enero 1997.

-Libros:

-MOSSET ITURRASPE, J. – Texto: “Revista de derecho de daños” – Editorial Rubinzal-Culzoni – Rosario – Argentina, 2000.

-GHERSI, C A. Juicio de automotores. Editorial Hammurabi. 3ª Edición. Buenos Aires, 1996.

-DROMI, J R. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1987.

-DIEZ, M M. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1983.

-PIROTA, M D. Responsabilidad por daños derivados del peaje. Exégesis. Legislación . Doctrina. Jurisprudencia. Editorial Belgrano. Buenos Aires, 1999.

-LORENZETTI, R L. Concesionarios viales: ¿En que casos hay responsabilidad? . La responsabilidad de los concesionarios viales. Revista de Derecho de daños 3. Accidentes de tránsito III. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1998.

-SCOLARA, E R. Derecho y Empresa. Sobre las naturaleza jurídica de la responsabilidad del concesionario de peaje por daños sufridos por el usuario. Publicación del departamento de derecho de la facultad Austral. Rosario, 1994.

Revistas Jurídicas:

-LA LEY, Tomos: 1992-D, E, 1995-C, D, 11996-A, 1997-F, Responsabilidad Civil y Seguros, Tomos 1999, 2000.

-JURISPRUDENCIA ARGENTINA, Tomos: 1996-IV, 11997-IV.