



PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS CONCESIONARIOS VIALES

ANALÍA VERÓNICA ROCA

Abogado

Universidad Abierta Interamericana

Sede Regional Rosario

Facultad de Derecho

Diciembre 2003.

AGRADECIMIENTOS

A los que me acompañaron.

A los que me aconsejaron.

A los que me cuestionaron.

A los que confiaron en mí.

A los que amo...

ÍNDICE

Resumen.	Pág. 1
Objetivo general.	Pág. 2
Objetivos específicos.	Pág. 3
Fundamento.	Pág. 4
I.- Introducción.	Pág. 6
II.- El Estado moderno y los procesos de privatización y concesión.	Pág. 7
II.1.- La reforma del Estado.	Pág. 7
II.2.- Los deberes vinculados con la circulación vehicular.	Pág. 9
III.- El contrato de concesión y el régimen jurídico del peaje.	Pág. 11
III.1.- El punto de partida: el favor victimae.	Pág. 12
III.2.- Análisis de la responsabilidad del concesionario de una ruta.	
Diferentes posturas.	Pág. 12
III.3.- Incumplimiento de la obligación tácita de seguridad.	Pág. 15
III.4.- Ley 24.240.	pág. 17
V.- El estado frente a los Accidentes de tránsito producidos en rutas y caminos.	Pág. 19
V.1.- Derecho de Daños unificado.	Pág. 19
V.2.- El Estado y su responsabilidad.	Pág. 19
V.3.- Los argumentos del mismo. Críticas.	Pág. 20
V.4.- La responsabilidad del Estado y de los concesionarios viales en determinados supuestos.	Pág. 21
V.4.a. Animales sueltos en la ruta.	Pág. 21
V.4.b. Defectos en la señalización.	Pág. 22
V.4.c. Falta de mantenimiento o conservación del corredor vial.	Pág. 22
V.4.d. Falta de control de las obras realizadas.	Pág. 23

V.4.e. Deber de preservar la fluidez y seguridad del tráfico.	Pág. 23
V.4.f. Incumplimiento al deber de información y de respuesta.	Pág. 23
V.5.- Conclusión.	Pág. 24
VI. Responsabilidad por Inacción.	Pág. 26
VI.1.Fundamento.	pág. 28
VI.2.La omisión responsable y el daño injusto.	Pág. 32
VI.3.Características de la omisión responsable.	Pág. 32
VI.4. Jurisprudencia.	Pág. 38
VI.5.Conclusión.	pág. 39
VII. Superganancia en las privatizaciones.	Pág. 40
VII.1. Seguridad jurídica.	Pág. 40
VII.2. Primero que pague.	Pág. 42
VII.3. Renegociación de los contratos.	Pág. 42
VII.4. Autopista Rosario – Córdoba hoy.	Pág. 45
VIII. Jurisprudencia.	Pág. 47
VIII.1. Colavita	Pág. 47
VIII.2. Greco c/ Borneo	Pág. 58
VIII.3. Amparo por tarifas de peaje	Pág. 70
VIII.4. Balda c/ Covisur S.A.	Pág. 80
VIII.5. Lloves c/ Bauk	Pág. 81
IX. Conclusión General.	Pág. 85
X. Citas.	Pág. 87
XI. Bibliografía.	Pág. 89

RESUMEN

La presente tesis se inicia con una breve introducción sobre las empresas del Estado, su proceso de privatización, pasando luego a describir la actividad de los concesionarios viales, en donde se explica las causas de su presencia, funcionamiento, y ejercicio en nuestro país.

Luego se trata la responsabilidad civil de los concesionarios viales, que incluye sus antecedentes nacionales basados en conocida jurisprudencia como también, los fallos más actuales, su doctrina y técnica legislativa utilizada. A continuación, se explica el tema de la responsabilidad por omisión de los mismos.

Posteriormente, se realiza un análisis actual de la situación de los concesionarios viales con respecto a las renegociaciones contractuales de los mismos con el Estado.

Finalmente, presenta una conclusión argumentando el tipo de responsabilidad del concesionario vial frente al usuario y el posicionamiento existente del Estado a la luz de futuras inversiones.

OBJETIVO GENERAL

Analizar la responsabilidad civil de los Concesionarios Viales y su posicionamiento actual frente a las renegociaciones contractuales con el Estado.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Analizar la responsabilidad civil de los concesionarios viales y sus características dentro del marco legal argentino.
2. Observar, en el contexto actual, la posición del Estado Nacional, de los concesionarios públicos y sus entes reguladores frente a los usuarios.
3. Analizar la situación real de los concesionarios viales y el Estado Nacional ante las inminentes renegociaciones contractuales.

FUNDAMENTO

La realización de la presente tesis tuvo como principal motivo efectuar el estudio de la problemática real de los concesionarios viales en Argentina, teniendo como raíz el momento actual de las renegociaciones contractuales de dichas empresas con el Estado.

Actualmente, existen diferentes análisis realizados sobre el mismo, aunque considero que ninguno en forma preferente dada la importancia actual del tema. La propuesta es profundizar su estudio, teniendo en cuenta que, la realidad de nuestro país, promueve la postergación por parte del gobierno nacional en el tratamiento del mismo, dados los conflictos contractuales a nivel nacional e internacional que se presentan.

Se apunta en primer lugar, a realizar una breve introducción histórica sobre la realidad que vivía nuestro país previa a las grandes privatizaciones, la cual ha influido notoriamente para la realización de concesiones totales o parciales de servicios, prestaciones y obras cuya gestión estaba a cargo del Estado, concesiones de servicios públicos y de obras públicas, como también para la privatización de los mismos a empresas extranjeras o nacionales.

Tales modificaciones desplegaron nuevas modalidades contractuales, formas de prestar los servicios y responsabilidades pertinentes; como también dieron lugar a la creación de entes reguladores para el efectivo control de las empresas privatizadas y del Estado nacional sobre los mismos con el fin de hacer cumplir sus objetivos frente a los ciudadanos, los usuarios de los servicios públicos.

La pretensión está basada en informar a los lectores la actualidad que posee la temática de los concesionarios viales en nuestro país, en cómo se han realizado los contratos, y de qué modo ha participado nuestra justicia frente a los reclamos de los usuarios.

Para ello, se realiza además, una síntesis del marco político - jurídico sobre la que se harán las renegociaciones contractuales entre el Estado y dichas empresas, sin dejar de lado el objetivo primordial que necesariamente debe prevalecer en tales acuerdos.

Los lineamientos generales del análisis, están basados en una visión actual y permanente de nuestro país, con el fin de mostrar los distintos argumentos doctrinarios y jurisprudenciales del tema en cuestión.

Actualmente, el Estado se encuentra en una etapa de grandes cambios, los cuales no deben apartar al mismo de sus deberes fundamentales que posee mediante nuestro ordenamiento jurídico frente al ciudadano.

I.- INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Nacional reconoce en su art. 14 el derecho a circular libremente por el Territorio de la Nación; el desarrollo del mundo actual con el resultante avance de los medios de transporte y las comunicaciones han introducido esa problemática al marco desde el cual observarlo. Consecuentemente, se han aumentado los caminos y las rutas por donde circular, y con ello, la posibilidad de sufrir daños, manifestando la necesidad de que este derecho sea garantizado.

Este inconveniente debe ser resuelto por el Estado de tres formas:

1. directa cuando estas se encuentran bajo su cuidado, ya sea como titular o dueño de las rutas, calles y caminos en forma exclusiva,
2. concurrente con las empresas concesionarias viales, cuando en ellas se delega la explotación y el mantenimiento de las mismas, según las circunstancias del caso concreto,
3. exclusiva de las empresas concesionarias viales, cuando la causa del evento dañoso no pudiera ser atribuida, en modo alguno, al poder estatal.

El presente análisis pretende indagar la responsabilidad de las concesionarias viales y del Estado en los accidentes de tránsito producidos en las rutas o caminos.

II.- EL ESTADO MODERNO Y LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN Y CONCESIÓN

II.1.- La reforma del Estado.

Diversas causas de distinta índole forjaron la crisis del nuestro país, las que acarrearón a una situación tal tornando ineludible la creación de una herramienta legal que gobernara a toda la Administración Pública y su proyección socio - económica.

El instrumento para la transformación de las organizaciones administrativas argentinas fue la ley 23.696 sobre “Reforma del Estado y reestructuración de las empresas públicas”; ello implicó un cambio de conducta del Estado respecto de sí mismo, del individuo y de la sociedad.

El Estado comenzó a trasladar al sector privado las carencias y problemas que el sector público no había podido resolver hasta entonces.

La ley formula algunas alternativas que revisten importancia en el tema en estudio para efectivizar la reforma del Estado:

1.- la privatización: Se persigue que las empresas privadas sean las que forjen los proyectos de obras públicas, efectúen los estudios previos, investiguen su rentabilidad, decidan la inversión de capitales de riesgo.

El Estado conserva el poder de decisión y control, es su tarea de intermediación entre los diferentes sectores sociales. Los entes a privatizar, las facultades de las autoridades de aplicación para cumplir los fines, los sujetos preferentes para adquirirlos y la posibilidad de recurrir a las ventas de activos y de acciones como medios de realizar las privatizaciones en el menor lapso posible están plasmados en la ley.

2.- la concesión: Implica la transferencia de los poderes propios del concedente (Administración) al concesionario (particular). La ley prevé la concesión total o parcial de servicios, prestaciones y obras cuya gestión actual esté a cargo del Estado, concesión de servicio público y de obra pública.

Pueden provenir las mismas de una iniciativa estatal (que está regulada por la ley 17.250, modificada por la ley 23.696, y su decreto reglamentario 1105/89, específicamente por decretos 823/89 y 2039/89), o de una iniciativa privada (regida por la ley 23.696). A esta alternativa se le aplica el régimen de los contratos públicos.¹

2.2.- Concesión pública y privada. Síntesis:

En el Derecho Público existe la concesión de obra o de servicios públicos, que debe ser cuidadosamente distinguida del contrato de concesión que tratamos.

La conexión ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito estatal. Existe bajo la forma de “autorizaciones” del Estado para realizar una determinada actividad, como ocurre con el transporte automotor de pasajeros o la recolección de residuos. En estos casos, denominados concesiones puras, el concesionario hace un aporte de gerenciamiento, y de conocimientos específicos (know – how) que son útiles al Estado. El concesionario es autorizado a percibir una tarifa que representa el costo del servicio que presta.

En otros supuestos, el concesionario debe hacer inversiones de modo que coexiste la prestación del servicio con la realización de obras públicas. En estos supuestos, el concesionario necesita de una seguridad, representada por un plazo del contrato representativo del plazo de amortización de la inversión. El concesionario percibe una tarifa representativa del servicio y de la recuperación de la inversión.

Ambas modalidades se distinguen de la concesión comercial en base a los siguientes elementos:

- ✓ en la concesión pública interviene ineludiblemente el Estado, lo que sitúa la relación jurídica en el ámbito del Derecho Público, como contrato administrativo. No hay una finalidad distributiva de bienes y servicios, sino la delegación en la ejecución de servicios y obras. La concesión comercial es un contrato de Derecho Privado, en el que no hay imperio estatal, y en el que prevalece la finalidad distributiva.
- ✓ Si bien en ambos casos se produce una disección entre la titularidad del interés y la ejecución, es muy diferente el propósito que persiguen: en la actividad privada es el intercambio, es la venta de bienes, de modo que el concesionario recibe una autorización para la reventa. En el ámbito público el propósito es la realización de obras o la prestación de servicios. Esta diferencia también incide en el precio, puesto que, al realizar compraventas, el concesionario privado obtiene un lucro derivado de la diferencia entre lo que compra al concedente y lo que vende al consumidor. En el ámbito público, hay una tarifa que representa

el costo de un servicio y una amortización, pero nunca una diferencia en la reventa.

- ✓ En ambos casos, hay un control por parte del concedente sobre la conducta del concesionario, pero el fundamento es distinto. En el ámbito público, el Estado permanece siendo el titular de un servicio u obra cuya ejecución delega, y tanto los bienes como el interés público implicado permanecen bajo su cuidado. En la concesión privada hay un control de menor intensidad porque no hay imperio, y está basado en la necesidad de mantener la unidad en la venta y el cuidado de la marca cuyo uso se permite al concesionario. En el ámbito público, el control es un deber, mientras que en el ámbito privado es una facultad.

En el contrato administrativo, y especialmente las concesiones de obra y de servicios públicos, pueden ser invocados por terceros en ciertos casos, mucho más frecuentes que en Derecho Privado.

II.2.- Los deberes vinculados con la circulación vehicular.

Existen diversos compromisos unidos con el deber de hacer segura la circulación, tales como advertir el riesgo a los conductores, lo que implica la obligación de señalamiento, indicar debidamente los obstáculos que se presentan en las rutas y calles, entre otros; deberes que han sido acogidos tanto en las leyes nacionales (ley 24.449), como provinciales.

Entre las obligaciones que se imponen, una es la de contar con los servicios de emergencia apropiados (grúas, ambulancias, bomberos, policía, etc.), que admitan a las potenciales víctimas de los accidentes ser auxiliados en forma expeditiva luego de originarse el suceso dañoso.

Encontramos también el deber de advertir que existan obstáculos que tornen peligrosa la circulación, como la presencia de animales sueltos entre otros.

Del mismo modo, hallamos el deber de verificar una correcta preservación y mantenimiento de las rutas, la omisión de tal deber constituye una falta de servicio que responsabiliza al Estado o a la concesionaria vial por su insuficiente prestación.

El Estado debe controlar además, a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que la Compañías de seguros que operan en el mercado tengan la

correspondiente autorización para funcionar, fiscalizar sus reservas, sus capitales mínimos, los balances, los contratos que celebran y las primas que cobran, ya que él mismo, ha impuesto la obligación de los seguros automotores en la mayoría de las leyes de tránsito vigentes en las diferentes jurisdicciones de nuestro país. En este asunto, el Estado debe responder de los menoscabos sufridos por las víctimas en los casos en que la omisión de la autoridad de contralor es "reiterada y de tal gravedad" que implica una omisión que, de no haber existido, hubiera permitido que la víctima fuera resarcida. Estos supuestos, harán jugar los principios generales de la responsabilidad por daños, especialmente el presupuesto de la relación de causalidad y deberá, como dice Stiglitz, obtenerse una sentencia de condena firme contra el asegurador insolvente, a fin de luego poder promover la acción contra el organismo de control.²

III.- EL CONTRATO DE CONCESIÓN Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PEAJE

En el mundo, hasta el fin de la década del 60, el Estado había asumido la construcción y mantenimiento de los caminos, sean nacionales o provinciales, pero con la modernidad y las esperanzas de “gran Nación” comenzó a derivar la construcción de aerovías y carriles rápidos a la iniciativa privada, y el mismo procedimiento se comenzó a utilizar en la década del 90, respecto de la conservación de las rutas.

Así surge el contrato de concesión, con características atípicas para el derecho privado para la realización de obra pública, en el cual el usuario de la vía paga la tarifa o peaje por la construcción o mantenimiento de la obra, que integra el dominio público del Estado.

La concesión de obra pública se utiliza como fórmula jurídico - económica para remediar el problema de financiación de las grandes obras públicas que el país necesita, toda vez que reemplaza la fórmula del empréstito público cuyas posibilidades actuales no lo permiten.

Sin embargo, el proceso de privatización también ha traído sus inconvenientes, los que generalmente se resumen en un abuso por parte de los concesionarios. Así por ejemplo, es muy habitual advertir rutas en nuestro país en las que aún pagando peaje, el aspecto sigue siendo tan lamentable como lo era antes del cobro.

En cuanto al concesionario, podrá ser cualquier sociedad privada o mixta o ente público (art. 1, ley 17.520). Con posterioridad, el art. 4 del decreto 2039/90 autorizó además a las sociedades en formación o constituidas concomitantemente al contrato de concesión, excepción que afecta la ley de sociedades comerciales.

El objeto del contrato de concesión será la construcción de la obra pública, ampliándose por la ley 23.696 y el decreto 823/89 a su conservación, mejora, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento, explotación y administración de la obra ya existente, así como también para obras continuas tendientes a garantizar la operatividad y seguridad de las rutas, todo mediante el cobro de tarifas o peaje.

La tarifa o peaje tiene sus plataformas en el contrato que el concesionario celebre con los usuarios, ello refleja una igualdad económica entre la inversión en obra pública, el tiempo que dure la concesión y la rentabilidad; también inciden en la misma,

el mantenimiento, su reajuste, y el tipo de concesión de que se trate (onerosa, gratuita o subvencionada)³.

III.1.- El punto de partida: el favor victimae

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”⁴.

En la actual visión de la responsabilidad civil, ya no se centra la atención en el daño injustamente causado, sino en el daño injustamente sufrido; por ende, ha cobrado mayor importancia el principio protectorio de las víctimas, o *favor victimae*, o *pro damnato*.

El moderno avance de la materia contempla ahora el lado de la víctima; satisface el interés de conseguir el resarcimiento del daño. Se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca resarcir el mal sufrido.

Podemos observar un retroceso del principio protectorio en aras de los intereses de la empresa concesionaria. Efectivamente es común leer argumentos que carecen de todo sustento jurídico y de justicia para justificar la mayor eximisión de responsabilidad por parte de la empresa, y todo ello en beneficio de un análisis económico de la situación que privilegia la eficiencia por encima del valor justicia⁵.

De todos modos, se pretende que el daño sea el punto de partida de la construcción reparadora. Al damnificado le es indistinto que el daño se lo haya provocado un particular o el Estado.

III.2.- Análisis de la responsabilidad del concesionario de una ruta. Diferentes posturas.

Algunos autores sostienen la naturaleza **extracontractual** de la relación entre el usuario y el concesionario, basando su postura en que el peaje es una contribución o un tributo y no el pago por la utilización de un servicio.

Quienes comparten esta postura alegan que el concesionario recibe de la Administración una delegación de cometidos y asume frente al usuario el mismo papel

que le corresponde al Estado concedente, siempre en condición de sustituto, es decir de encargado de una determinada función pública, siendo necesario para que la empresa responda frente a terceros, que la causa del daño derive de algo inherente a la ruta (roturas, baches, etc) o en la falta de señales, incorrecta iluminación o presencia de algún objeto inerte que hubiera sido posible remover.

Además de sostener que el poder de policía le incumbe al Estado (el cual es irrenunciable), el concesionario es delegado solo de la gestión encomendada en cuanto al mantenimiento, conservación, mejora y ampliación de las rutas.

Alegan además, que el peaje es una contribución de naturaleza tributaria y no el pago del precio por la utilización del corredor. Afirman que no existe relación contractual entre el concesionario y el usuario, y por lo tanto la responsabilidad derivada de los daños causados a usuarios por el mal estado de conservación es de carácter extracontractual.

Los usuarios de servicios públicos son administrados – sostienen -, no clientes.

Por supuesto, que para dar sustento a esta postura, lo hacen en base al fundamento de la naturaleza jurídica del peaje, al que consideran una contribución de naturaleza tributaria y no un precio.

De todos modos, quienes se enrolan en esta postura, no han podido explicar que siendo el peaje un tributo, devengue a su vez, un Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.). Pero como observamos, en el monto del peaje, ya está incluido el Impuesto al Valor Agregado, convirtiendo al usuario en consumidor final y no en contribuyente.

Que esta postura niegue que en el pago no es un “precio”, no implica que estamos frente a un supuesto de responsabilidad contractual.

Sabemos que el precio no es un requisito *sine qua non* de todo contrato. En todo caso, lo es, en cuanto a la existencia del contrato de compra – venta.

Además, el usuario de un servicio público bien puede reclamar responsabilidad contractual frente a quien presta el servicio, sea cliente o administrador. Pero los que defienden esta tesis, afirman incluso, que la consecuencia más importante que surge de adoptar una u otra postura es que en la tesis contractualista el Estado no responde porque es un tercero; y en la tesis aquiliana, el Estado responde concurrentemente con el concesionario, por su carácter de titular de la cosa riesgosa o viciosa (art. 1113, párrafo segundo, Código Civil: “*La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve,*

o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder....).

Que si bien el Estado sería un tercero en la relación concesionario – usuario, y por ende, no puede responder contractualmente frente al segundo de los nombrados, ello no impide que sí responda extracontractualmente en los términos del art. 1113 del Código Civil.

Es que frente a la víctima no existe obstáculo alguno para que uno de los responsables (concesionarios) lo sea a título contractual y el Estado concedente, lo sea extracontractualmente.

Por otra parte, la postura **contractualista**, se basa en 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.

Distinguen entre la naturaleza administrativa de la relación concedente – concesionario por un lado, y la simple naturaleza contractual que existe entre concesionario – usuario.

La relación administrativa entre concedente y concesionario, se rige por normas de Derecho Público, además por el contrato de concesión y el reglamento de explotación.

En cambio, la relación concesionario – usuario, es de Derecho Privado. Entre ambos se realiza un contrato atípico que impone obligaciones para ambas partes.

Igualmente, se sostiene que hay un "convenio de adhesión", de naturaleza privada, con discordancia de posiciones entre las partes, mínimamente temperada por la intervención de la Administración Pública, por lo que se concluye en que el contrato de peaje genera al concesionario dos obligaciones: una principal, la cual es habilitar el tránsito del corredor y la segunda de "seguridad" por los perjuicios que se puedan sufrir durante la circulación.

La Sala F de la Cámara Nacional Civil resolvió que: "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"⁶.

El fallo mencionado *ut supra*, recalca 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. Bustamante Alsina, en su comentario al fallo, afirma "Que no es en ningún caso aplicable la responsabilidad objetiva por riesgo de la cosa prevista en el art. 1.113 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 sí 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"⁷.

Como una variante dentro de la tesis contractualista, encontramos la opinión sostenida por Eduardo Scolara, 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)⁸.

III.3.- 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. 1.198 del Código Civil en su redacción originaria, pueda revivir, de alguna manera, qué será el contenido implícito, y todo aquello “virtualmente comprendido” en lo que las partes previeron, lo que nos dará el contenido total del acuerdo. El Dr. 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 fe⁹ .

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 incólumes al finalizar el trayecto. 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 provoquen 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”¹⁰ .

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”¹¹.

Para concluir con este enunciado, entendemos 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.

III.4.- Ley 24.240.

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 Nacional¹².

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 consecuencias¹³.

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 1.994 con el cual el principio obtiene primera jerarquía al quedar categóricamente incorporado al art. 42 de la Constitución Nacional”. Posteriormente, 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...”¹⁴.

La mayoría de la doctrina en nuestro país, se adhiere a la postura de que en entre el vínculo concesionario – usuario existe una relación de consumo, o porque se dude de que existe un contrato, ya que hay oferta y aceptación, sino para referirse a una visión amplia a todas las circunstancias que rodean o constituyen un antecedente, o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de los consumidores y usuarios, no sólo porque se actúa bajo los términos del art. 42 de la Constitución Nacional, sino también a todo lo referido al deber de informar.

Por mi parte, adhiero a la tesis contractualista en cuanto explica adecuadamente la relación usuario - concesionario, regida fundamentalmente por el derecho privado y que en la explicación de los conflictos que se presenten también debe aplicarse la Ley de Defensa del Consumidor.

V.- EL ESTADO FRENTE A LOS ACCIDENTES DE TRÁNSITO **PRODUCIDOS EN RUTAS Y CAMINOS**

V.1.- Derecho de Daños unificado.

Aún cuando puedan observarse que, en materia de responsabilidad del Estado existen algunos principios específicos, ello no quita la cuestión de la normativa del derecho común.

Sobre este tema, 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”.¹⁵.

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

V.2.- El Estado y su responsabilidad.

Podemos diferenciar de este modo, 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 extra – concesionales (por ejemplo, ciertas facetas del poder de policía).
- ✓ el concesionario dentro de su giro o tráfico propio empresarial.

Desde estas distinciones, Greco opina que no se puede sostener que la concesión en sí misma es una delegación y que, en consecuencia, 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 son medidas determinadas por la Administración ¹⁶.

V.3.-Los argumentos del mismo. Críticas.

El concesionario es un delegado en virtud de la llamada “delegación trans - estructural de cometidos”, lo que determinaría 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, y el concesionario sería concurrentemente responsable con el Estado por los daños producidos a terceros por el mal estado de conservación de los corredores viales.

A esta postura se le reprocha que nunca se puede concluir que el concesionario es un delegado o agente de la administración 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 corriente sostiene que la responsabilidad del Estado se fundamenta 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 eximir la que también incumbe al Estado como dueño o guardián de una cosa riesgosa cuya segura custodia es un deber indelegable de éste.

Este fundamento encuentra marco en el principio general del 1.113 del Código Civil, considerado, al mismo tiempo, 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.

Diversos autores critican esta visión sosteniendo que el Estado se libera por la transferencia del uso al concesionario, lo que hace a la índole de la concesión, y en

consecuencia, debe responder sólo el guardián material y no el dueño (el Estado), que es el guardián de la estructura.

La doctrina francesa realiza una distinción entre “guarda de la estructura” y “guarda del funcionamiento”, que 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.

Se afirma que la función de policía estatal se ha ido ampliando gradualmente 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 se desconoce la fuerte crítica que este concepto ha sufrido por la escuela más moderna, pero, en síntesis, se trata de poner el acento en los derechos y en ciertos deberes que tiene el Estado para la seguridad de las personas en la circulación vehicular, en el tránsito por calles y caminos, y que ese compromiso de velar por la seguridad, en aras del bienestar colectivo, se ejecuta de manera anticipada con medidas de control o vigilancia.

V.4.- La responsabilidad del Estado y de los concesionarios viales en determinados supuestos.

V.4.a.- Animales sueltos en la ruta:

Opino 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. 1112 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 seguridad, 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.

También estimo que tanto el Estado como el concesionario deben remover los animales de la ruta o tomar las medidas de prevención necesarias para que los mismos no se introduzcan en ella; en este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en contra de esta postura, sosteniendo que sólo responde el dueño del animal¹⁷.

V.4.b.-Defectos en la 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 mantención 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 bajo el fundamento normativo del art. 1113 del Código Civil.

V.4.c.- 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, en mi opinión, comienza a correr cuando el usuario entra en el corredor sometido a peaje, aunque la cabina de peaje pueda estar a la mitad o al final del camino.

V.4.d.- 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 concc. del Código Civil), 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.

V.4.e.- 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. El concesionario está facultado por el Estado 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.

V.4.f.- Incumplimiento al deber de información y de respuesta:

Estos compromisos están sólo a cargo del concesionario, deduciendo que la información se refiere a las comunicaciones que los concesionarios deben proporcionar a los usuarios a fin de que puedan utilizar en forma integral las rutas, de cualquier acontecimiento que altere el tránsito o los servicios, así como de la alteración tarifaria, no debiendo confundirse este deber con la obligación de señalización - la cual como ya sostuvimos, es concurrente con el Estado.

Esta obligación de fuente convencional se relaciona con los derechos de los usuarios, amparados por el art. 42 de la Constitución Nacional, habiendo sido acogido en el Reglamento a la red de Acceso a la Ciudad de Buenos Aires. Además, las normativas más recientes contemplan el deber de respuesta de parte del concesionario hacia el usuario como también hacia el organismo de control determinado por el concedente, lo que involucra que ante reclamos o inquietudes, los concesionarios deben responder en términos claros y precisos el reclamo o la propuesta realizada.

V.5.- Conclusiones.

La responsabilidad de las concesionarias es de naturaleza contractual, ya que el automovilista accede al uso del camino mediante el pago del peaje, el que no es un tributo, entre otros fundamentos, porque en su valor se incluye el IVA y sería un despropósito pensar que sobre un impuesto se cobrara otro. Hay un "convenio de adhesión", de naturaleza privada, con desigualdad de posiciones entre las partes, morigerada mínimamente por la ingerencia de la Administración Pública, por lo que el contrato de peaje genera a los concesionarios viales dos obligaciones: la primera habilitar el tránsito del corredor y la segunda de "seguridad" por los daños que se puedan sufrir durante la circulación.

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; llegarán ilesos al finalizar el trayecto.

La concesionaria no sólo tiene a su cargo la realización, mantenimiento, reparación y conservación de las obras atinentes a la autopista, además pesa sobre ella el deber de seguridad acerca de aquellos usuarios que se trasladan por la ruta o camino concesionado, se refiere, en principio, a aquellas medidas necesarias tendientes a impedir que se ocasionen accidentes cuya procedencia resida en algo propio a la ruta en sí misma.

La obligación tácita de seguridad asumida por la concesionaria es una obligación de resultado, se garantiza la indemnidad del acreedor, sea en su persona o en sus bienes.

Teniendo en cuenta los principios que ponderan el actual Derecho de Daños, y estando comprometidos bienes tan primordiales como pueden ser la vida o integridad física de las personas, el deudor no podría excusarse de responsabilidad manifestando que desarrolló una conducta diligente para impedir la causación del menoscabo.

En cuanto a la relación usuario - concesionario se encuentra regida fundamentalmente por el derecho privado, debiendo aplicarse la Ley de Defensa del Consumidor.

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 responsabilidad que también incumbe al Estado como

dueño o guardián de una cosa riesgosa cuya segura custodia es un deber indelegable de éste.

La responsabilidad del Estado toma relevancia cuando se piensa que aún en una concesión, el Estado conserva el ejercicio pleno del poder de policía, el cual es originario, indelegable y propio del Estado.

VI. RESPONSABILIDAD POR INACCIÓN

Los casos de responsabilidad por omisión han crecido en los últimos años. Se hallan a mi entender diversos factores que han incidido en ello.

En primer lugar el Estado se ha desprendido, gradualmente de funciones que desarrollaba, confiriendo a particulares la responsabilidad de llevarlas a cabo. En consecuencia, las privatizaciones han hallado un campo propicio en servicios que antes le pertenecía a los entes públicos. No creo necesario ejemplificar esto, ya que es por todos conocido el desenvolvimiento que ha habido en tal sentido. Desde gas y agua, hasta autopistas, se encuentran hoy bajo la responsabilidad de entes privados.

Esto ha provocado que un Estado ejecutor, se convierta en un Estado de control, en esos ámbitos. Siendo la función distinta -en cierta manera pasiva y, por supuesto, posterior a los hechos, los reclamos por el desempeño del Estado, se variaron también, para reclamar, ya no por una acción irregular, deficiente, dañosa, sino por la falta de control. Es decir, por la "omisión" en el cumplimiento de la tarea que le quedó reservada.

Por otra parte, los derechos de los ciudadanos -personalísimos, sociales, económicos y culturales- en general, han tenido un mayor desarrollo en la última época, en cuanto a la legislación, información, incremento de organizaciones dedicadas a su protección y se han aumentado también los fallos judiciales a favor de los mismos. Por lo menos, en el plano teórico, ya que cuando uno lee las estadísticas y los informes de los organismos de defensa de esos derechos, encuentra una clara y determinante diferencia sustancial, entre la letra de la legislación sobre los derechos del hombre y del ciudadano y el efectivo otorgamiento, ejercicio y defensa de los mismos.

Hoy es más probable saber lo que perseguimos consumir, lo que podemos exigir y lo que debemos hacer para obtenerlo; como también hoy es menos dificultoso determinar a los responsables, por lo menos a los directos, a quienes se destinan los reclamos.

Es así como las personas han creado redes solidarias de defensa, organizaciones no gubernamentales, que se defienden de las otras, también estructuras no estatales, que hoy detentan el poder de acción y dirección de la economía de bienes y servicios.

Una circunstancia de esa protección hacia los semejantes es la perspectiva vigente sobre la responsabilidad civil, que se cimienta a partir del daño, dejando para el posterior análisis y no como presupuesto de la acción, a la antijuridicidad del obrar o la culpabilidad. Así se funda la doctrina del daño injusto, en el que varios autores opinan que hay un derecho a ejercitar conductas o privaciones, pero no hay, directamente, un derecho a dañar.

El daño puede ser el resultado, no buscado, de aquella libertad. Caso contrario, nuestras libertades alcanzarían el desconocimiento de la integralidad de los derechos de los demás.

Antes nos posicionábamos frente a la conducta del accionado y al hecho generador, ahora esa mirada es precedida por el análisis sobre el daño sufrido por el solicitante y, a continuación, sobre el autor del mismo, analizando las eximentes que se invoquen.

En la doctrina, en el derecho de daños principalmente, se desenvuelve un primordial capítulo sobre los daños causados por conductas omisivas, o por la inacción. En estos casos la mirada del juzgador debe ir más allá del hecho o conducta que en forma directa causó el perjuicio. Se debe cuidadosamente observar las *inacciones* u *omisiones* que incidieron en la producción o agravamiento del daño.

Este es el tema, quedando fuera de este capítulo, aunque no lo esté en los hechos, las conductas activas, que también pueden haber participado al mismo tiempo con la inacción. Esas acciones o hechos podrán encuadrarse en los supuestos ya conocidos de la responsabilidad civil, ya sea objetiva o subjetiva. Pero no impide el análisis de quien no actuó como se esperaba, no realizó la conducta debida, incidiendo en la producción del daño.

Queda incluido en el análisis la responsabilidad del Estado por omisiones, en cuanto se encuadren en el ámbito del derecho privado. En este sentido, me inclino por la doctrina y jurisprudencia que participan de aplicar la normativa del Código Civil a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones que se enmarquen dentro de sus normas y que no se limiten solamente al ámbito del Derecho Público. Sin olvidar que se trata de un ente público y que el punto de vista en la aplicación de las normas, tanto de derecho público como las de derecho privado, debe ser íntegro, lo que implica partir del análisis precedente, constitucional y administrativo, para reconocer el fundamento de la responsabilidad del Estado y analizar si se extrapolan normas del Código Civil, en abandono de establecidas del derecho público.

No me parece que ambas posturas tengan que ser enfrentadas, porque entiendo que el ordenamiento jurídico debe ajustarse y conciliarse, sin individualizarse en compartimentos estancos y que un análisis justo y completo no debe desatender el estudio de todas las normas jurídicas vigentes, cuando se intenta resolver un caso en el que un ente público se encuentra implicado.

En síntesis, si de ese análisis previo se determina que deben aplicarse normas civiles al caso, por remisión o analogía, el presente análisis involucra a los casos de responsabilidad del Estado por omisión.

VI.1.Fundamento.

El fundamento de la responsabilidad por omisión nace de la Constitución Nacional, por aplicación del art. 19, que -interpretado a *contrario sensu*- dice claramente que todo perjuicio a un tercero debe ser juzgado, así como también contempla las omisiones, ya que la expresión "acciones privadas de los hombres" debe interpretarse como aquellas que no se exteriorizan, es decir que quedan en el interior de las personas.

Aún admitiendo una falencia de redacción, ya que la palabra "acción" remite a la exteriorización, la interpretación del texto aclara que se está refiriendo a aquellas conductas que permanecen en la esfera íntima, privada, del agente. Son esos actos o decisiones que la sociedad no ve, o que no tienen incidencia en las demás personas, por lo cual importan única y exclusivamente a su autor.

En las omisiones que generan responsabilidad civil, se da la particularidad que lo que importa es la ausencia de acción. Había una expectativa en grado razonable de que se produzca una determinada conducta, que no se realiza. Lo que se debía "exteriorizar" era la conducta debida o acción esperada, por lo tanto su omisión es tan exterior o pública como la que correspondía realizar, por lo cual queda excluida del ámbito de reserva del art. 19 de la Constitución Nacional.

No puede negarse que en toda omisión, existe la contracara de una acción, aunque sea interior. Si no se acciona en un sentido es porque hay un proceso, exterior o interior de la persona, que se abrevia en la decisión de no accionar, o en el olvido de hacerlo. La acción privada, es esa conducta o decisión de no actuar, que tiene como resultado el perjuicio por inacción; pero la omisión en sí, es totalmente exterior y

pública, porque debía haber, en ese momento, lugar y circunstancias una acción, que no se ocasionó.

Algunos autores admiten esta comprensión del art.19, cuando expresa que la norma establece una división de los "actos libres":

- ✓ por un lado aquellos que son exteriores, sociales, porque relacionan a quien los ejecuta con los demás y pueden ser observados, recibidos, por ellos;
- ✓ y por otro lado, aquellos interiores, que no trascienden y quedan en la inmanencia del actor, afirmando que el art. 19 refiere a estos últimos; y se incluyen a aquellas acciones exteriores que no sean actos de justicia ya que en los casos que la ley manda alguna cosa (que no sean actos de justicia) lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia".

Otro grupo de autores sostiene que se incluyen también aquellos actos con manifestaciones externas, que no ofendan al orden público, a la moral pública o a los derechos de terceros. Incorporando entonces también a los actos exteriores de las personas en el art. 19 C.N..

Finalmente, se afirma también que el art.19 no comprende exclusivamente a las conductas interiores del individuo, sino a todas las acciones y situaciones que no ofendan al orden, a la moral pública, o dañen a terceros. Se funda el "no obrar" que genera responsabilidad en el art. 19 de la Constitución Nacional (no dañar al otro), incorporándolo así al ámbito constitucional.

Además, surge de la citada norma constitucional que el principio rector, en toda actividad de las personas, es la libertad, con la clara y terminante restricción de que no esté prohibido u ordenado por el orden jurídico.

La mención de la palabra "ley" en el art. 19 refiere a toda normativa formalmente emitida, está dirigida a toda legislación nacional, provincial o municipal, en sentido material. La "antijuridicidad" es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, implica un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos emanados del sistema y hasta las reglas del orden natural.

Continuando con el análisis del art. 19, en cuanto a que no "ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero", se establece su correlato con la "acción justa" o, lo que es equivalente, proceder conforme a la justicia. "No perjudicar a un

tercero” es la definición de acción justa dada por Aristóteles y que Ulpiano, según ya quedó advertido, recogió en su definición del derecho con la concluyente locución: *alterum non laedere*.

Por tanto, el primer precepto de la parte preliminar del art. 19, a saber, “no ofender el orden” cuando los hombres entre sí o los hombres y la sociedad contracambian bienes, lleva incoado los otros dos preceptos, porque no quebrantar la moral de los actos humanos públicos y no perjudicar a un tercero, es proceder conforme a la justicia, virtud mediante la cual se causa y mantiene aquel orden.

En el derecho penal, se asimila la acción a la omisión (o comisión por omisión), pero exige que exista un deber concreto de actuar en determinada forma. Si no está la norma expresa, que ordena la acción, no habrá omisión punible. El tema descansa en el viejo precepto "*nullum crimen, nulla poena, sine lege*".

En el derecho civil, me inclino por la postura de que, en principio, todo daño es injusto y debe ser resarcido, por violación al principio de *naeminem laedere* y aplicación *a contrario sensu* del art. 19 de la Constitución Nacional. Porque, si insertamos estos tipos de daños en las características y requisitos generales de los daños extracontractuales normados en nuestro Código Civil, no podemos dejar de lado la más moderna visión de la responsabilidad civil y así es, con esta perspectiva, que en la actualidad no estamos dispuestos a tolerar ciertos daños que sólo hace algunas décadas se consideraban fruto de la fatalidad.

La oposición entre estas concepciones, se centraliza en que, como el derecho penal es esencialmente punitivo, si no hay norma expresa que tipifique y sancione la conducta, no hay reproche jurídico; para el derecho civil, si existe un daño, ya la ilicitud se ha configurado, por violación al principio *alterum non laedere*. Por lo tanto, no importa si la antijuridicidad se encuentra en la norma o en los principios generales del derecho, porque lo que se resguarda es la víctima del perjuicio y la finalidad es la reparación. Mientras que en derecho constitucional, la mira se centraliza en las libertades del individuo, por lo tanto, toda limitación a esas libertades debe restringirse y limitarse a lo que ordenen las normas positivas vigentes.

Abandono el sistema penal, ya que aún quedando impune un hecho, podrá intentarse la vía civil para lograr por lo menos un resarcimiento del perjuicio. Pero, en cuanto al derecho constitucional y al derecho civil: ¿Cómo se concilian tales posturas? Es evidente que deben conciliarse, teniendo en consideración que el orden jurídico es

uno y no puede existir contradicción entre ambos. Menos aún entre el derecho civil y el constitucional, ya que, en tal caso, prima el constitucional.

Aunque aparentemente se haya planteado una discrepancia, en el fondo no advierto ninguna. Porque lo apuntado sobre el art. 19 C.N. refería a la interpretación de esa norma y a la severidad con que deben limitarse las libertades individuales. Esta norma debe considerarse conjuntamente con otras de la Constitución Nacional, que impiden lesionar a terceros.

Por ello deben enfatizarse los artículos referidos al estatuto de los derechos y deberes de las personas en la Constitución Nacional, así como los de los Tratados internacionales con jerarquía constitucional luego de la Reforma de 1994. Allí encontramos claras expresiones de que no solamente estamos sometidos a la ley formal. Como ejemplo se puede citar el art. 15, segundo párrafo, del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, que expresa textualmente: "nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional"; y el art. 9 de la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que dice: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable."

De aquí emanan notoriamente dos preceptos, uno sobre que la responsabilidad puede surgir de la acción o de omisión de una persona, y otro que la ilicitud puede nacer tanto de las normas formales, como de las materiales, ya que están incluidos también los principios generales del derecho en la primera norma aludida, y el "derecho aplicable" en la segunda.

Finalmente, surge de un razonamiento lógico aseverar que acción y omisión son dos caras de una misma moneda. Quien acciona antijurídicamente, es porque incumplió su deber de omitir acciones que estaban vedadas, o una conducta dañosa en contra del ordenamiento jurídico. Es decir que actuó, cuando su obligación era la inacción. Por el otro lado, quien omite una conducta, contribuyendo o causando un daño, es porque no actuó como era la expectativa que lo hiciera, no realizó la "conducta debida" en las circunstancias dadas. Aquí también hay una "acción", que se encuentra en el fondo de la decisión de no actuar. Por eso me parece más acertado la palabra "inacción", en lugar de "omisión", ya que refleja con mayor acierto y exactitud, la falta de una conducta

positiva debida. Si bien ambas palabras significan lo mismo, el término inacción remite automáticamente a la acción no realizada.

VI.2.La omisión responsable y el daño injusto.

Respecto a lo dicho anteriormente, en nuestro derecho positivo el tema se engarza con el daño injusto y el derecho a reclamar por todo (o cualquier) perjuicio sufrido injustamente. Entonces tenemos los dos primeros elementos que debemos analizar, que se haya producido un perjuicio y que el mismo sea injusto. La determinación del daño como injusto no refiere a la licitud o ilicitud de la conducta, ya que puede existir responsabilidad derivada de actos lícitos. Tampoco quiere significar, como contrapartida, que pueda haber un daño justo. Ningún daño personal se justifica y la expresión no quiere decir que hay algún derecho a dañar. Lo que se pretende dar a entender con la denominación de "daño injusto" es que no se encuentra en su producción alguna causa de justificación que exima de responsabilidad al autor.

En caso contrario, aún admitiendo la producción de un daño, no podremos atribuir responsabilidad a quien aparece como su autor.

Se admite la responsabilidad por omisión y expresándose al respecto que a los fines de la responsabilidad, la acción es una conducta humana, voluntaria o involuntaria (arts. 897, 900, 913 y concs.), comisiva u omisiva, atribuible al sujeto y productora de un cierto resultado. De esta manera, la acción que se capta en la responsabilidad civil es la que produce un daño.

Esa definición a que se alude es en la que afirma que la expresión responsabilidad puede ir referida a los actos lícitos y a los actos ilícitos, sin diferenciar de que en los últimos esté implicado un criterio legal de imputación subjetivo u objetivo.

VI.3.Características de la omisión responsable.

Primero debemos caracterizar la "inacción", aclarando que a los fines de la responsabilidad, la misma se refiere no a la abstención del agente que se encuentra ajeno y en ignorancia total de la situación, sino a aquella que participa de la consecuencia dañosa, porque la provoca o porque coadyuva a su producción.

En tal sentido puede afirmarse que encontramos una inacción responsable cuando había una expectativa cierta y razonable de esperar una conducta positiva.

Descarto así los casos de responsabilidad única y exclusivamente cuando hay una norma expresa que ordena una determinada conducta.

Ya se explicó que se debe buscar la antijuridicidad de la conducta en el ordenamiento jurídico general, incluyendo costumbres, principios generales del derecho, además de las normas positivas. También ya se encuentra aclarado que existe la posibilidad de encontrar responsabilidad aún en las conductas lícitas. Puede no ser ilícito abstenerse de actuar, con relación a que no exista una norma expresa que ordene la conducta, pero igualmente podemos encontrar en esa inacción una responsabilidad por el daño producido.

Entonces podemos cerrar este primer aspecto del objeto de estudio, en cuanto al fundamento del reproche jurídico a los actos de omisión dañosos, delimitándolos como aquellas inacciones u omisiones, interiores o exteriores de las personas, que sean antijurídicas, por incumplir con el ordenamiento jurídico vigente, ofendiendo al orden o la moral pública, o dañando a terceros.

En cuanto a la responsabilidad deberemos observar quien debía realizar la conducta esperada.

Por función, situación o circunstancias, obligación legal u otro fundamento jurídico que deba aplicarse, deberá analizarse si el accionado era realmente quien debía actuar y no lo hizo. Así se estudiará si esa expectativa de que la conducta que se esperaba de él provenía de su trabajo o función, de un convenio o contrato preexistente, de su situación fáctica en el momento del hecho, de su relación o vinculación con la víctima, o de cualquier otro factor de imputación.

Por otra parte, el tema de la responsabilidad remite indiscutiblemente a la causación. Si se afirma que la inacción que merece reproche y que es responsable de un daño, es la que omite una conducta debida, debemos establecer si, de haberse realizado la acción, se hubiera evitado el perjuicio –total o parcial-, si la ausencia de la misma causó directamente el daño, si coadyuvó a su producción o lo aumentó. Es decir que habrá que adentrarse a analizar si la inacción fue la causa adecuada del daño en examen.

En el análisis entonces, partimos del perjuicio causado y luego observamos la incidencia que, en su producción, tuvo la inacción.

Cabe recordar que nuestro Código adhiere a la doctrina de la "causalidad adecuada", manifestada en los arts. 901 a 906 C.C. Un hecho o una conducta se considera "causa adecuada", cuando es la condición idónea para producir el daño, según las reglas de probabilidad extraídas de la experiencia común y corriente.

En otras palabras, cuando de acuerdo a la ocurrencia normal, previsible y usual, un hecho puede probablemente ocasionar el daño o se muestra como el antecedente idóneo y necesario que produjo el perjuicio.

En nuestro derecho, los daños indemnizables son los provenientes de las consecuencias objetivamente previsibles, mediatas o inmediatas.

No son indemnizables las consecuencias casuales, salvo que el autor del hecho las hubiera previsto. Ello surge del art. 905 C.C., que dispone: "Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho". Es decir que el actor deberá probar que el demandado supo o previó que el perjuicio ocasionado podía llegar a causarse por su conducta (activa u omisiva), aún cuando no fueran consecuencias inmediatas o mediatas. Resumiendo, la causalidad existe porque cuando la previsión subjetiva del agente es superior a la objetiva corriente, su voluntad gobierna el proceso causal, y se trata de una manera de producir el resultado a través del obrar humano. Las anomalías conocidas y conducidas por el agente lo erigen en autor del daño buscado o aceptado.

Es decir que las consecuencias casuales se suceden porque existe un acontecimiento distinto, excepcional, imprevisible, según el curso normal y corriente de las cosas.

En estos casos de omisiones responsables, no puede tampoco desentenderse el jurista de los presupuestos esenciales del derecho de daños. Todo perjuicio que procure ser resarcido, con cualquier particularidad, debe cumplimentar -para su procedencia- con los presupuestos básicos.

La inclusión de estos casos de responsabilidad por inacción dentro de la tipografía general del Código Civil obedece a no aislarlos del contexto, a un criterio de interpretación global del derecho, aún cuando se mantenga la observación a las respectivas particularidades que puedan presentarse en cada caso.

Habrà identificación de las características que diferencian y que hacen que el derecho aplicable se interprete de acuerdo a las mismas. Es la adaptación o interpretación que hace el juzgador cuando sentencia.

De verificarse esos requisitos básicos, la acción podrá ser entablada con expectativa de ser viable. Su acogimiento dependerá de las probanzas de autos. En este aspecto tampoco quien reclama podrá olvidarse del principio de las cargas probatorias, teniendo presente qué es lo que debe aportar cada parte para sustentar las respectivas posiciones, en referencia a los extremos que debe demostrar la actora y a las eximentes que tiene que probar la parte demandada, para lograr la ruptura del nexo causal.

La responsabilidad que se analiza, aún con las connotaciones especiales que tiene, no escapa a las exigencias para todos los supuestos de responsabilidad por daños de nuestro derecho civil. Por lo cual, aún teniendo siempre presente las aristas especiales que permiten una segunda mirada sobre este tipo de casos, o un análisis que va más allá del preliminar, no puede dejarse de lado la rigurosa observación dentro de las categorías generales del derecho de daños.

Los presupuestos básicos que necesariamente deben probarse por la víctima que pretende el resarcimiento, son: el daño, antijuridicidad, nexo de causalidad, imputabilidad y los factores de atribución.

En cuanto al daño, la víctima deberá demostrar, no solo su producción, sino también su alcance y aportar los elementos para su cuantificación.

En lo que respecta a la antijuridicidad, reitero la extensión con que tiene que interpretarse, ya sea que se le confiera el significado de "injusto" o de toda "violación normativa o antinormatividad" y tenerse en cuenta que esta interpretación está marcada por la obligación de no dañar, que impone nuestro Código Civil y abarca entonces todas las conductas productoras de daño, aún sin culpa. Por eso resulta imprescindible aclarar que en los actos de omisión puros, la antijuridicidad genérica yace en diversas normas contemplatorias de no dañar a otro, a despecho de que ese daño se cargue a la cuenta del autor por culpa, abuso del derecho, etc.

Además, no nos importa si la antijuridicidad nace de un ilícito penal o civil, si proviene de un delito encuadrado en el Código Penal o si deriva del incumplimiento a una obligación civil. Se incluyen no solo los casos de dolo o culpa, sino también los perjuicios ocasionados sin culpa.

Si el daño consta, debe ser reparado por el responsable, a pesar de que el demandado pueda demostrar que fue un incumplimiento no culposo, proveniente -por ejemplo- de un error.

No obstante, debe admitirse que cuando no hay responsabilidad objetiva y la culpa no existe, el análisis se torna en extremo complejo y la decisión debe tomarse con mayor cuidado, considerándose si la acción está bien dirigida, si realmente el accionado es el responsable del perjuicio. Ingresando así en otro presupuesto: el nexo causal.

Si se han demostrado el daño, el factor de atribución, la omisión del accionado y el nexo causal entre el daño y dicha inacción, la posibilidad de que no pueda atribuirse responsabilidad a quien omitió la conducta debida, se centra en que el accionado pueda probar algún eximente de responsabilidad.

El detrimento, daño, perjuicio, injuria o menoscabo, como tantas formas se lo suele denominar en las demandas que pretenden un resarcimiento, puede ser patrimonial o extrapatrimonial, y deberá probarse, tanto en su existencia, como en su relación causal y en su alcance mensurable económicamente.

La parte actora no deberá olvidar que éste es uno de los extremos con cuya probanza carga *ab initio*. Si se afirma que el análisis comienza justamente porque existe un perjuicio causado, y que por ello y aplicando el principio de que todo daño es -en principio- injusto y debe ser reparado, es evidente que no puede obviarse este extremo de la obligación del accionante de probarlo.

El nexo causal que debe demostrarse es la relación entre el daño cuyo resarcimiento se reclama y la conducta omisiva o inacción del accionado. Aún existiendo otras conductas que desembocan en el hecho dañoso, y aún también si las mismas son positivas, es decir son acciones, persiste la posibilidad de probar que la inacción del accionado incidió en la producción del daño.

Posteriormente, se analizará el alcance de tal incidencia y si se aplican los principios de la solidaridad del art. 1109 del C.C. Pero existe la contingencia de que sean tan responsables quien actuó activamente, como quien omitió una conducta debida.

Una característica del nexo causal es determinar si el daño sufrido es consecuencia de la inacción, o puede tener autonomía respecto a la misma. ¿Se podrá probar que el hecho lo mismo hubiera ocurrido, independientemente de la inacción? Es muy difícil explicarlo, porque como se trata de una ausencia de conducta, las consideraciones sobre que igualmente los hechos hubieran acontecido de igual forma en caso de una actuación positiva, ingresan dentro de juicios de probabilidad, no pudiendo afirmarse, con total seguridad cómo se desenvolverían los acontecimientos.

Es por eso que alcanzará con demostrar que no se produjo la acción esperada y que ésta era la conducta debida, de acuerdo a normas jurídicas aplicables, al ordenamiento jurídico o a los principios generales del derecho.

En cuanto al factor de atribución, reitero, lo que deberá probarse es que estaba la conducta debida obligada por una norma (legal o contractual) determinada, por la moral, las buenas costumbres o los principios generales del derecho. No tendrá relevancia si el factor es objetivo o subjetivo, mientras se encuentre que la acción debía realizarse, en las circunstancias dadas y no se concretó.

Es aceptable que si se perpetra un ilícito, se obra en forma perjudicial o se omite una conducta debida; en síntesis, si se viola una normativa, aún el genérico principio de *alterum non laedere* (ya sea por aplicación del art. 1072 o por la vía del art. 1109 o por la de los arts. 1066 y 1074 C.C.), el daño corresponde que sea resarcido.

El criterio amplio es de que todo daño injusto debe indemnizarse, incluso ante la omisión de la acción.

Pero no puede culminarse este tema sin volver sobre el accionado, pensando en aquellos que realmente no han sido los culpables del daño y que pretenden, con lógica, no ser declarados responsables.

He manifestado que únicamente pueden eximirse de responsabilidad demostrando alguna de las causales de eximición, dependiendo por supuesto el hecho, del encuadre del hecho, si lo es en virtud del art. 1109 o del 1113 del C.C.

No puedo negar la dificultad de demostrar la mencionada eximición de responsabilidad en los casos de inacciones. Como también se mencionó *supra*, es extremadamente difícil probar que si se hubiera actuado como se debía y se esperaba, el resultado no hubiera sido el mismo.

Aparece así como una prueba diabólica.

Si esto no es posible, sería factible que el demandado probara que hizo todas las acciones que estaban a su alcance, las que le correspondía por deber realizar y que, a pesar de ello, el hecho ocurrió. Se ubicaría entonces al evento dañoso en la zona del hecho imprevisible e inevitable, del caso fortuito o de fuerza mayor.

Para finalizar, en los casos en que resulta un hecho dañoso por falta del control o supervisión a que estaba obligado el demandado, es usual que su defensa exprese que no puede en forma permanente, constante, ininterrumpidamente, mantener el control total

del lugar o persona bajo su cargo. Pero como su responsabilidad es realizar ese trabajo, creo que puede eximirse comprobando que realizó los controles con la asiduidad y reiteración que debía, en la forma correcta. Probar además que, en otras oportunidades esas inspecciones fueron exitosas. Entonces ahora sí podríamos afirmar que el hecho fue realmente fortuito, es decir imprevisible e inevitable. Resaltando que debe demostrar que cubrió con previsión la ocurrencia del hecho y que su acaecimiento escapó a todos los controles realizados.

VI.4. Jurisprudencia.

Para ejemplificar el tema, presento un caso de responsabilidad por omisión:

Se acciona contra la empresa concesionaria vial por un choque contra un animal que se encontraba en horas nocturnas en la ruta concesionada. El fallo de primera instancia -que fue confirmado por la Cámara de Apelaciones- hizo lugar a la demanda, fundado en que hay responsabilidad objetiva del concesionario demandado. Ya sea porque, en el régimen de la responsabilidad extracontractual, resultaría ser quien tiene a su cargo la custodia de la vía de tránsito lo que apareja que debe mantenerla libre de todo obstáculo -cualquiera sea su naturaleza- a los fines de asegurar una circulación normal y sin riesgos (arts. 24, 25, 29, 32 y conc. del Reglamento de Explotación de los Corredores Viales dados en Concesión por el Poder Ejecutivo nacional y el art. 6 del Título II -puntos 6.1, 6.2 y 6.3- del Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de obras Viales y de Precalificación) o, porque en el régimen de la responsabilidad contractual, debe garantizar al usuario la seguridad del corredor. Es decir, la responsabilidad es objetiva, ya sea porque el factor de atribución es el riesgo o porque lo es la garantía. Siendo objetiva la responsabilidad de la demandada, ésta se presume y recae sobre ella la carga de demostrar la ruptura de la relación causal a través de la prueba del "*casus*": en la especie, que la aparición de un animal en la ruta fue un hecho imprevisto o que previsto no pudo ser evitado.

En este caso se analizan extremos de suma importancia para la responsabilidad por omisión. Se ubica primero la norma omitida, que obligaba a la conducta esperada, "devida"; luego se encuadra el hecho en los casos de responsabilidad objetiva y, a partir de esto se analiza si se demostró alguna causal de eximición. No habiendo prueba alguna que provoque la ruptura del nexo causal, la demanda es acogida.

No escapa al juzgador en este caso, las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la responsabilidad de los concesionarios viales. Sin embargo, luego de mencionarlas, se inclina por realizar una síntesis, teniendo en cuenta que, para la resolución del hecho, las dos vías de examen confluyen en la responsabilidad de la empresa prestataria del servicio, ya sea por incumplimiento contractual o por el deber de seguridad.

VI.5.Conclusión.

No se trata de iniciar la propagación de demandas por todas las "ausencias" de conductas que esperábamos. Tampoco se pretende que se esté buscando y acechando permanentemente, intentando ver en cada indiferente actitud, una inacción responsable.

Estoy completamente de acuerdo con que puede afirmarse que los detrimentos o menoscabos son el precio de convivir, de vivir al lado o junto a otros, ejercitando derechos a veces encontrados o enfrentados.

Si convivimos con este ánimo y esta conciencia, de la necesidad de concordar o ajustar derechos, de cercenar nuestra libertad de acción en aras de igual libertad, reconocida al próximo, caeremos en la conclusión de que no todo daño es injusto y merece un resarcimiento.

Pero además es cierto que los derechos e intereses de los ciudadanos deben ser protegidos y defendidos. Que una sociedad más justa se construye sobre la base de evitar que haya víctimas y que, si las hay, ellas deben ser resarcidas. No sirve mirar hacia otro lado, resignarse, es casi como no pensar, ni sentir.

Por eso creo que el progreso moral supone, irremediabilmente, la flexible aceptación de nuevas pequeñas grandes libertades y sobre todo el contar con un sistema seguro de garantías que, en los hechos y sin baches ni sobresaltos, permita la tutela debida.

VII. SUPERGANACIA EN LAS PRIVATIZACIONES

La frase "seguridad jurídica" suena mucho en nuestro país. Implica, claramente, la defensa jurídica de los derechos de la gente. Pero las empresas privatizadas le dan otro significado.

Las grandes empresas argentinas no privatizadas durante 1998 tuvieron una rentabilidad sobre patrimonio cercana al 5%. En ese mismo período, una empresa privatizada logró el 15%. Esto planteó un conflicto, ya que los empresarios que compraron empresas estatales consiguieron imponer cláusulas regulatorias que los favorecen.

Entre el '94 y el '98 los concesionarios viales (peajes) privatizados tuvieron una rentabilidad del 25% duplicando su patrimonio en 4 años. Las empresas privatizadas de aguas, un 19%, un poco menos las de gas, teléfono y luz.

El lucro se casa con el poder. Los empresarios privatizadores consiguieron privilegios en las formas de regulación.

Determinadas fuerzas democráticas, intentan achicar estos privilegios. Han llegado al parlamento algunos proyectos, que al mismo tiempo aseguran el derecho del usuario. Y aunque estos intentos son débiles, las grandes empresas se curan en salud, apelando a la seguridad jurídica.

"Seguridad Jurídica" es el nombre que estas empresas han puesto a sus privilegios. Argumentan que tienen derecho a lo que se pactó en la privatización.

VII.1. Seguridad jurídica.

Los descontentos con el nuevo gobierno reclaman por la seguridad jurídica, concepto que se aplica tanto a la renegociación de los contratos con las empresas privatizadas y los acreedores externos como a la renovación del personal en la Corte Suprema de Justicia o los entes reguladores. Durante los últimos quince años esto significó superganancias con nulo riesgo para un grupo de privilegiados. Cambiar esa lógica es un campo central de debate.

El vicepresidente del Banco Mundial para América Latina y el Caribe, el norteamericano David de Ferranti, especializado en programas sociales, vivienda, obras

sanitarias y financiamiento para la salud, entregó un estudio de más de cien páginas al ministro de Planificación Federal, Inversiones y Servicios, Julio De Vido.

Lo entregado, contenía las recomendaciones del organismo sobre los criterios de regulación para los servicios públicos privatizados. De Vido lo entregó a un asistente con la solicitud de que fuera traducido al castellano y dijo que la Argentina era responsable por los malos reguladores designados, pero que el Banco era corresponsable, porque les había suministrado el argumento. En verdad, no sólo el argumento: en varias de las empresas privatizadas el organismo auditor es al mismo tiempo accionista privilegiado, a través de la Corporación Financiera Internacional.

Tanto Néstor Kirchner como De Vido ya habían anunciado que no habría aumentos de tarifas a cuenta sino una revisión integral de cada contrato y nuevos marcos regulatorios.

En algunos casos, como las rutas federales licitadas por el ex ministro Roberto Dromi y renegociadas por Domingo Cavallo y Nicolás Gallo, los contratos caducaron en octubre y no se renovarían.

Esto implica terminar con la renegociación interminable, cada vez con nuevos beneficios para los concesionarios, que cobran peaje a los automovilistas y, además, poseen subsidio del Estado, y volver a licitar las rutas.

Varios estudios rechazan el concepto de borrón y cuenta nueva, sosteniendo que las empresas obtuvieron beneficios extraordinarios en dólares mediante la integración vertical entre peajistas y constructoras e incumplieron con el 65 por ciento de las inversiones comprometidas.

A mi juicio, recuperar las rutas por parte del Estado supone el manejo de una herramienta estratégica en materia de precios relativos y competitividad. La autoridad pública ganaría con ello unos 700 millones de pesos anuales que podría poner en función de obras de infraestructura vial debidamente auditadas, fuertemente intensivas en mano de obra y evitando las tradicionales maniobras de sobrefacturación que resultan de la natural colusión entre concesionarios de peajes y constructoras, claro está, con una debida administración honesta.

En otros casos, como los del Correo y los Aeropuertos, el gobierno exigirá a los concesionarios el pago del canon atrasado y, si no cumplen, rescindiré los respectivos contratos. En todos, se pretende modificar el marco regulatorio que permitió tantos

abusos, lo cual implicará también una renovación del personal, ya sea por resolución ministerial, decreto o ley, según sea necesario.

VII.2. Primero que pague.

La concesión del Correo fue ganada por un consorcio integrado por dos empresas del grupo SOCMA (Sociedades Macri) y el Banco de Galicia. Otra empresa de SOCMA, Servicios Viales, administra uno de los 19 corredores viales adjudicados por nuestro ex presidente Menem.

La Auditoría General de la Nación estudió ambos contratos y sus conclusiones fueron demoledoras. Recomendó rescindir el del Correo Argentino por la suma de incumplimientos del concesionario y sostuvo que Servicios Viales recibió una indemnización indebida por 65,6 millones de dólares cuando en realidad debía ser deudora del fisco por 10,4 millones. Ese premio equivale a la quinta parte del total de 322 millones de dólares reconocido por el Estado a los peajistas.

A raíz de ello la Oficina Anticorrupción presentó una denuncia contra el ex presidente Fernando de la Rúa y cinco de sus ex ministros (Domingo Cavallo, Chrystian Colombo, José Luis Machinea, Carlos Bastos y Nicolás Gallo) por fraude contra la administración pública, malversación de caudales públicos y negociaciones incompatibles con la función pública.

Ya en junio de 2001, el entonces subsecretario de Recursos y Ejecución Presupuestaria Rubén Torres, había recomendado a la Jefatura de Gabinete la rescisión del contrato del Correo. La semanas atrás, Franco Macri solicitó una audiencia con De Vido para discutir la situación del Correo, que se declaró en convocatoria de acreedores, no paga al Estado el canon comprometido y reclama una suma próxima a los mil millones de pesos por incumplimientos oficiales que el Estado nunca reconoció. De Vido le hizo llegar la respuesta a través de su secretaria.

VII.3. Renegociación de los contratos.

El ministro de Planificación consulta con frecuencia sobre estos temas al Defensor del Pueblo de la Nación, Eduardo Mondino, al ex subsecretario de seguridad de Duhalde, Carlos Vilas, y a la flamante subsecretaria de Defensa del Consumidor del ministerio de Economía, Patricia Vaca Narvaja, quienes suelen poner el acento en la

seguridad jurídica de los usuarios, cuyos intereses no fueron atendidos en las sucesivas renegociaciones contractuales.

También coinciden en la realización de audiencias públicas en todos los casos, de modo que la sociedad pueda escuchar y ser oída y no se aprueben aumentos o modificaciones contractuales en privado, como fue la regla hasta ahora.

Lavagna había incluido en el proyecto de ley marco para las renegociaciones el reemplazo de las audiencias por unas denominadas “consultas públicas”, que se reducían a un electrónico derecho al pataleo por el cual los usuarios podrían dejar constancia de su desacuerdo en una página de Internet, pero no discutir cara a cara con los funcionarios y con los representantes de las empresas prestadoras.

El secretario legal y técnico de la presidencia, Carlos Zanini, está revisando ahora el texto que se enviará al Congreso, en el que reaparecerán las audiencias públicas.

De todos modos, el Organismo de Control de los Corredores Viales considera que pese a la urgencia, no será fácil relicitar las rutas. Previamente, el Gobierno deberá resolver varios temas pendientes que vienen de arrastre de las anteriores renegociaciones, las cuales son: tarifas, subsidios, obras no cumplidas, reclamos y marco regulatorio.

Si bien los usuarios y concesionarios dieron su apoyo a la decisión de volver a licitar las concesiones viales (anunciada por los ministros Roberto Lavagna y Julio De Vido), el camino que deberá recorrer el Gobierno en los próximos meses no asoma como un trámite sin complicaciones.

La finalización de los contratos viales que provienen de la primera etapa y la entrada en vigencia de las nuevas concesiones implicará para las autoridades tener que resolver, como se mencionó anteriormente, cinco aspectos clave que condicionan el negocio de los peajes: tarifas, subsidios, obras no cumplidas, reclamos pendientes y marco regulatorio.

Tarifas: La primera cuestión fuerte que deberán definir las autoridades será el cuadro tarifario de las nuevas concesiones.

Actualmente, los peajes de las rutas presentan un intrincado esquema de "bonificaciones" otorgadas en los últimos meses del gobierno de Fernando de la Rúa. Los camiones sólo desembolsan en las cabinas el 28% del peaje que les corresponde según el cuadro tarifario vigente.

A su vez, los colectivos de larga distancia abonan el 40% y está en proceso un nuevo descuento que los eximiría de pagar. En tanto, los automóviles y las camionetas pagan el 70% de la tarifa que tienen aprobadas las empresas viales. En todos los casos, la diferencia que no pagan los usuarios es compensada por el Estado mediante los subsidios tarifarios.

Frente a esta realidad, al Gobierno no que le quedará otra salida que optar por mantener las tarifas actuales con algún mecanismo de compensación o subir los valores que están pagando los usuarios, con el costo político que eso implica.

Subsidios: Las compañías viales embolsan una compensación estatal que promedia los 45 millones de pesos por mes. A esa suma se llega por la incidencia de los siguientes ítems:

- ✓ las subas tarifarias aprobadas que no se trasladaron al público;
- ✓ las deudas por los subsidios atrasados;
- ✓ el pago de obras que no figuraban en los contratos;
- ✓ las compensaciones por las rebajas de peajes que rigen desde el 2001.

Al no subsidiarse las nuevas tarifas, las autoridades tienen disponibles para obras nuevas cerca de 600 millones de pesos anuales, que antes iban a parar a los bolsillos de las empresas.

Obras e inversiones incumplidas: Los indicadores marcan que los concesionarios llegaron a octubre sin haber cumplido todas las inversiones comprometidas. De Vido advirtió que el índice de incumplimiento llegó al 65%.

Según el Comité de Defensa del Usuario Vial, el "índice de estado" (el cual mide la salud de las rutas de 1 a 10) está en un promedio de 5,5. Los contratos establecen que deben entregarse al finalizar la concesión con un índice de 6,5. Para eso se debía haber repavimentado todos los corredores, que como sabemos, no se realizó antes de octubre. Esa inversión no efectuada trepa a 300 millones de pesos que ahora el Estado puede reclamarle a las empresas.

Por el lado de las nuevas exigencias, la intención oficial es incluir en los corredores que se relicitarán un "paquete de obras adicionales". El O.C.Co.Vi., solicitó a todas estaciones de peaje el listado de las obras que reclaman los intendentes y jefes comunales. Entre las solicitudes locales se encuentran: pavimentación de accesos,

banquinas, semáforos en cruces peligrosos, puentes peatonales e iluminación de los tramos urbanos de las rutas.

Reclamos y marco regulatorio: Como todas las privatizadas, las empresas viales mantienen en pie un reclamo por la alteración económica que produjo la devaluación. Hasta ahora, ese planteo lo trató la Comisión Renegociadora de los Contratos, dependiente de Roberto Lavagna. Pero ahora, no está claro qué destino tendrá esa comisión y cuál será la respuesta del Gobierno al reclamo de los concesionarios.

Por último, queda un costado legal relevante. Pese a que fueron las primeras en ser privatizadas en 1989, las rutas carecen de un marco regulatorio como los de la luz y el gas. Además, el ente de control —que como todos apareció después de la privatización— fue creado por decreto y sus autoridades se siguen eligiendo sin concursos de antecedentes.

Este es el temor que existe en esta cuestión, ya que se apuntaría hacia un Estado de derecho distinto, que para empresarios e inversores ciertamente no es confiable.

VIII.4. Autopista Rosario – Córdoba hoy.

El tramo Rosario-Armstrong de la autopista a Córdoba no va finalizó en octubre de 2003 como estaba previsto, a pesar de que la firma Covicentro tuvo cerca de una década para construir 80 kilómetros, según lo manifestado por Carlos Hidalgo, presidente del Órgano de Control de Concesiones Viales de la Nación (O.C.Co.Vi), cuya función es hacer cumplir los contratos y el seguimiento de las obras. El atraso fue más que evidente ya que la construcción, según calculó un directivo de la propia empresa, apenas llegó al 50 por ciento.

La historia del tramo Rosario-Armstrong de la autopista a Córdoba es un despropósito. Durante el gobierno de Carlos Menem era frecuente escuchar las críticas sobre los excesivos plazos que se le otorgaron a Covicentro, concesionaria de la ruta 9, para construir los primeros 80 kilómetros.

En 1991, el consorcio que integran Benito Roggio S.A., Supercemento, CCI Construcciones y Dipsa, se quedó con la concesión por peaje de la peligrosa ruta 9. El contrato estipulaba que, a cambio, la firma debía invertir 100 millones en la construcción del tramo Rosario-Armstrong de la autopista y que entregarlo en octubre de 2003 cuando finalizaba la concesión. Pero apenas si la obra se concretó en un 50 por

ciento. Y con un agravante: Covicentro la finalizó en Cañada de Gómez y no en el cruce con la ruta 178, en jurisdicción de Armstrong.

“Sí, la obra se atrasó, obviamente, y la empresa puede ser sancionada según las normas vigentes con multas muy importantes. De todos modos, es un tema difícil porque la autopista era hasta Armstrong, pero cuando el contrato fue reformulado, allá por el 93 o 94, le agregaron un párrafo detallando cómo iban a ser las obras. Y todavía estamos discutiendo con la concesionaria. Nosotros entendemos que tuvimos que llegar a Armstrong”, dijo Hidalgo.

El titular del O.C.Co.Vi, por su parte, admitió que “el tema de los plazos puede estar dentro de la renegociación de los contratos, que es algo que está en manos de Economía. Como órgano de control estamos discutiendo con la concesionaria porque para nosotros las obras debieron ser hasta Armstrong y no hasta Cañada de Gómez”, reafirmó.

La autopista no se terminó en este año, ya sea porque la empresa quiso terminar los trabajos en Cañada de Gómez, o porque no quedó tiempo material para construir lo que no se hizo en una década.

Finalmente, lo concreto es que las obras marchan muy lentas y el atraso es del 36 por ciento: deberían estar actualmente en un 86 por ciento y sólo se llegó al 49,8. Covicentro gastó en obras 51 millones pero debió haber invertido 80. El tramo Roldán-Carcarañá, que debió estar finalizado en marzo, no se concluyó para esa fecha.

Hoy, la suerte de la obra se juega en los despachos del Ministerio de Economía donde se renegocian los contratos de concesión por peajes de las rutas nacionales.

VIII. JURISPRUDENCIA

COLAVITA

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.

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. 1° del Cód. Civil, ley 17.520, modificada por la ley 23.696 y sus decretos reglamentarios y complementarios.

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 éste 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).

Agrega que 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 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 necesarias. 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).

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.

Manifiesta 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.

Afirma 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.

En los autos se presenta Sud América Compañía de Seguros de Vida y Patrimoniales S.A., aseguradora de Covisur, y se adhiere a la contestación de demanda.

Además ontesta 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).

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 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 24.240), 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 N° 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 mediadas urgentes frente a los reiterados accidentes ocurridos en la ruta nacional N° 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: I. 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.

GRECO C/ 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 Excm. 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 N° 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. n° 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 tesis 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.

3°) 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 haber, 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.

4°) 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 se valor de cotización en plaza en un 8%, especificando que le 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 impugnada.

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).

5°) 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 perjuicios 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 N° 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 o 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 predicán 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.

4°) 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.

5°) 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 comprobara 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 propuesto 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.

Buenos 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.-

"PROCURAR -PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES DE LA REPUBLICA ARGENTINA- C/ ORGANO DE CONTROL DE CONCESIONES VIALES -OCCOVI- s/ Amparo

"Amparo por tarifas de peaje"

San Martín, 14 de mayo de 2002.-

Y VISTOS:

Las presentes actuaciones caratuladas "PROCURAR - PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES DE LA REPUBLICA ARGENTINA- C/ ORGANO DE CONTROL DE CONCESIONES VIALES -OCCOVI- s/amparo" expte. N° 30.292 del registro de la Secretaria n° 3 de este Juzgado Federal n° 2, y del que;

RESULTA:

1. Que a fs. 25/38 se presenta Don Enrique Tomás Millán en su carácter de Presidente de Procurar - Protección a los Consumidores y Usuarios de la República Argentina con el patrocinio letrado del Dr. Horacio Hernando, con domicilio real denunciado en Pacheco de Melo 1827 Piso 3° de la ciudad de Buenos Aires y constituyendo en Bonifacini 72 PB, oficina 1 de San Martín, Prov. de Bs. As., promoviendo acción de amparo contra el Órgano de Control de Concesiones Viales -OCCOVI- con domicilio en Av. Paseo Colon n° 185, Piso 3° de la Capital Federal, Peticionando se declare la ilegitimidad, Inconstitucionalidad y nulidad de la Resolución n° 392/02 de OCCOVI, de fecha 19/12/01 publicada en el Boletín Oficial el día 27/12/01, por la que se aprobó el cuadro tarifario para la concesión del acceso norte a la ciudad de Buenos Aires por el periodo 01/01/02 al31/12/02, toda vez que dicha resolución contempla en la determinación de las tarifas aprobadas un por el índice de precios al consumidor -todos los rubros- (Consumer Price Index - all items), de los Estados Unidos de América Abierta y Flagrante violación a lo dispuesto por el art. 8 de la ley 25.561 de emergencia económica.

Funda el amparo en lo dispuesto en los art. 14, 16, 17, 31, 42 y 43 de la Constitución Nacional; los arts. 18, 24 y 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá, Colombia en 1948; las

cláusulas 8.1 y 25.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto san José de costa Rica) aprobada por ley 23.054; el art. 2.3 (a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por ley 230313; las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por ley 23.313; las previsiones de la ley 16.986 y los art. 52, 55, y ccs. De La Ley 23.240 de Defensa del Consumidor .-

Agrega que el art. 58 de la ley de Reforma del Estado n°23.696 modificó el art. 1 de la ley de Peajes n° 17.520 introduciendo un segundo párrafo por el por el que se dispuso que "...podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes...", en función de cuya permisión y por decreto 2637/92, el Gobierno Nacional dispuso que los accesos que integraban a RED DE ACCESOS A LA CIUDAD DE BUENOS AIRES serian dados en concesión bajo dicho régimen, incluyendo el referido decreto al denominado "Acceso Norte" (Anexo 1 del Decreto - Ruta Nacional 9: Av. General Paz hasta progresiva km. 72.90 (Salida al Puerto de Campana); Ruta 8: desde el empalme Ruta Nacional 9 hasta progresiva 75.10; y Ramal Tigre: desde empalme Ruta Nacional 9 hasta La calle Virrey Liniers en una rama y hasta la intersección con Av. Cazón en la otra rama, estableciendo las bases para el otorgamiento de las concesiones de obras públicas sobre los diversos accesos integrantes de la Red, la cual fue calificada como un sistema integrado (art. 14), determinado dicho decreto que el entonces Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos seria la autoridad de aplicación (art. 14).

En uso de las atribuciones conferidas por el decreto 2637/92 el entonces Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos dictó la resolución N° 1485/92 del 30 de diciembre de 1992, que dispuso al llamado a Concurso Público Nacional e Internacional con base (tarifa tope) para la adjudicación por el sistema de concesión de obra pública del Acceso Norte, Oeste y Richieri y aprobó el Pliego de Bases y Condiciones del referido Concurso.

En el citado concurso resultó Postulante Seleccionado para el Acceso Norte el consorcio n° 2 integrado por las firmas Sideco Americana y otros, el cual Suscribió el 27 de septiembre de 1993 el pertinente contrato de concesión con el Ministro de Economía Obras y Servicios Públicos "ad referendum" del Poder Ejecutivo Nacional, procediendo entonces a constituir conforme las previsiones

del contrato de la concesión de obra pública adjudicada sobre el Acceso Norte. Dicha sociedad fue y es Autopistas del Sol S.A. la cual suscribió con fecha 16 de mayo de 1994 el contrato de concesión sobre el acceso norte asumiendo todas las obligaciones, responsabilidades y derechos establecidos en el mismo y la titularidad de todos los créditos y garantía gestionados y obtenidos por el consorcio n° 2 antes aludidos. El contrato de concesión de obra pública en cuestión fue aprobado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 1167/94 del 15 de julio de 1994 (B.O. 19/7/94).

Continúa diciendo que por Decreto 1994/93 de fecha 23 de septiembre de 1993 (B.O. 30/9/93) de aprobó el Reglamento Administrativo Regulatorio de las presentaciones, fiscalización, control y protección al usuario y a los bienes del Estado -Marco Regulatorio- de las concesiones de obra pública otorgarse bajo el régimen de la ley 17.520 modificada por la ley 23.696, respecto de los accesos que integran la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, entre las cuales encuentra el que resulta objeto de la concesión.-

Por el art. 10 del anexo 1 del mencionado decreto se creó, en el ámbito de la entonces Secretaria de Obras Públicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos el Organismo de Control de las Concesiones de la Red de Accesos de la Ciudad de Buenos Aires (OCRABA), organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional con autarquía económica y financiera al cual se asignaron amplias facultades de supervisión, inspección, auditoría y seguimiento del cumplimiento de los contratos de concesión de dichos accesos, entre las cuales se incluyó expresamente la de "intervenir en las actualizaciones tarifarias" (art. 16 inc, x).-

Continúa diciendo que el año 2001 el Gobierno Nacional, en el marco de la transformación y modernización del sector público nacional por entonces promovida, decidió replantear la organización de los organismos descentralizados con competencia en el ámbito de las obras, construcción y concesiones viales. En dicho contexto y mediante Decreto 87/2001 se procedió a la reestructuración del OCRABA que fue transformado en el OCCOVI, órgano que asumió las competencias y objetivos del OCRABA. El citado decreto estableció en su art. 5 que los objetivos para el OCCOVI serían: "ejercer la supervisión, inspección, auditoría y seguimiento del cumplimiento de los contratos de concesión, en donde del Estado Nacional se parte, a fin de asegurar

la calidad y adecuada prestación de los servicios y la protección de los usuarios y los bienes públicos del Estado. Actuar coordinadamente con los organismos especializados de las administraciones nacional y provincial en la protección del ambiente, previniendo los impactos ambientales que pudieran ocasionarse con motivo de la construcción, mantenimiento y explotación de los corredores viales bajo su control".-

2. que la resolución OCCOVI 392/01 dispuso la aprobación de los Cuadros Tarifarios y su base de Cálculo (según surgen de sus anexos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII) que tendrán vigencia desde el 1º de enero y hasta el 31 de diciembre del 2002, en el considerado 4º habría venido a implementar lo establecido en el art. 15 de la Quinta Adecuación de la Concesión, aprobada por el Decreto 1221/00 del 22 de diciembre del 2000 B.O. 29/12/00) que había modificado la CLAUSULA OCTAVA del contrato de concesión respectivo. Agrega que las expresiones formuladas en el párrafo precedente son formuladas en condicional pues lamentablemente el Decreto 1221/00 no fue publicado con anexos, por lo que el contenido de la Quinta Adecuación no fue dada a conocer públicamente, sin que a su representada de le haya otorgado copia de la misma.-

"Ahora bien, en los anexos de la resolución el cálculo tarifario contiene la incidencia del rubro CPI" (Consumer Price Index - all items) de los Estados Unidos de América y es Utilizado según el artículo 8.2. del Contrato de Concesión para la determinación de las tarifas.

Lo expuesto determina que las tarifas de la concesión para el año 2002 han sido calculadas ajustado las mismas según el índice de precios CPI de los Estados Unidos. Vale decir que las tarifas que los usuarios del acceso norte deberán abonar por la utilización de la obra concesionada han sido dolarizadas cuando los ingresos de los usuarios y sus ahorros (aún los depositados en dólares) no lo están.

Continua diciendo que tamaña desproporción en el tratamiento resulta inaceptable bajo cualquier parámetro de equidad y justicia como también es claro que es precisamente tal ajuste emergente de la ley de emergencia económica 25.561.-

3. Funda la legitimación activa que reviste la asociación cuyo propósito es la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores en todas sus

manifestaciones, conforme surge del estatuto social de la asociación, enunciados en el art. 42 de la Constitución Nacional y ley 24.240.-

4. Solicita medida cautelar, ofrece prueba, funda la competencia y peticiona que oportunamente se haga lugar a la acción de amparo impetrada en todos sus términos, con costas.-
5. Que a fs. 39 se tiene por presentado el accionante, corriéndose vista al Sr. Procurador Fiscal en los términos del art. 39 y 41 de la ley 24.946 el que se expide a fs. 40 entendiendo que el suscripto resulta competente por expresa disposición del art. 18 y 4 de la ley 16.986.-

a fs. 41 y habiéndose denunciado hechos que habilitan la tramitación de la acción en función de lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la ley 16.986 se requiere de la OCCOVI informe circunstanciado y previo a proveer la cautelar solicitada se requieren el contrato de concesión sobre el acceso norte y todas sus enmiendas.-

Que a fs. 45/188 corre agregado copia autenticada de la parte literal del texto definitivo del contrato de concesión de obra pública del acceso norte y todas sus adecuaciones. Asimismo copias de la resolución 392/01 que aprobó los cuadros tarifarios desde 01/01/02 hasta el 31/12/02, del que resulta que ha sido consecuencia del Decreto 1221/2000 y de cumplimiento por la concesionaria se las obras comprometidas, con anterioridad ala ley 25.561.-

Que a fs. 192 se requiere de la OCCOVI informe de la fecha exacta del cobro de las nuevas tarifas ajustadas en la Resolución 392/01 el que es contestado según constancia de fs. 195/197, pasando los autos para resolver a fs. 200 y rechazando la media cautelar solicitada según fs. 201/203.-

6. Que a fs. 214/249 obra la contestación del informe del art. 8º por parte del ingeniero Carlos Horacio Hidalgo en su carácter de director Ejecutivo del Organo de control de Concesiones Viales quien relata la determinación de los cuadros tarifarios desde el 1 de enero de 2002 que encuentra fundamentado en las normas de la Quinta Adecuación en virtud de las cuales, previa inversión de la concesionaria en obras cuya prioridad fuera determinada conjuntamente por el Organismo de Control se autorizó la nueva tarifa básica y los referidos adicionales tarifarios.

Agrega que las normas que dieron sustento al nuevo cuadro tarifario, asimismo, a su vigencia resultan anteriores a la ley 25.561, y por ende el sustento fáctico del amparo de los autos resulta manifiestamente infundado toda vez que según los propios dichos de la amparista su acción se funda en la circunstancia de que la impugnada Resolución 392/01 resultaría violatoria de una ley que al momento de su dictado no había sido ni siquiera objeto de tratamiento por el Honorable Congreso de la Nación. Sostiene la improcedencia del amparo y peticiona que al resolver sea rechazado con costas.-

7. Que a fs. 250 se tiene por presentado el informe de la accionada y en uso de las facultades conferidas por el art. 36 inc. 2º del CPN se requiere de Autopistas del Sol S.A. informe la fecha exacta de comienzo del cobro y/o percepción de las nuevas tarifas ajustadas mediante Resolución OCCOVI 392/01 vigentes a partir del 02/01/02 conforme del art. 3 y vistas las publicaciones del Boletín Oficial nº 29.804 del 27/12/01.-

Que a fs. 253/258 la entidad requerida produce su informe.-

8. Que a fs. 259 se llaman autos para resolver y;

CONSIDERANDO:

- I. Que se encuentra debidamente acreditado la accionante PROCURAR - Protección a los Consumidores y Usuarios de la República Argentina Asociación Civil- es una institución que extiende su acción a todo el territorio de la Nación, autorizada a funcionar por la Resolución I.G.J. nº 000850 del 11/10/2001, asumiendo la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en los términos del art. 42 y 43 de la C.N. y 52 y 55 de la ley 24.440 tal como surge de las constancias en fs. 1/24.-
- II. Por su parte también se encuentra debidamente acreditada la concesión del Acceso Norte a la Ciudad de Buenos Aires a la empresa Autopistas del Sol S.A. tal como se depende del texto definitivo de contrato de concesión de obra pública Red de Acceso a la ciudad de Buenos Aires así también de la aprobación de la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Adecuación del Contrato, según constancia de fs. 45/187.-

Así también que por Resolución OCCOVI nº 392/01 publicada en el Boletín Oficial el 27/12/01 se aprobaron cuadros tarifarios y base de cálculos que tendrán vigencia en el Acceso Norte a la Ciudad de Buenos Aires desde el 1 de

enero de y hasta el 31 de diciembre de 2002, incorporándose en el componente tarifario d) C.P.I (Consumer Price Index) julio de 1999 y e) C.P.I. septiembre de 1993 tal como surge de los anexos I, II, II bis, III, IV, V, VI, VII (fs. 188/190), debiendo la concesionaria dar a conocer a los usuarios, con suficiente antelación dichos cuadros tarifarios que conforme al informe (fs. 258), "con el objeto de permitir la concientización de los usuarios a la modificación de los valores del cuadro tarifario dispuestos por la resolución aludida recién se inició la percepción del peaje en forma manual bajo el nuevo cuadro tarifario con fecha 14/1/02".-

Que en consecuencia la cuestión traída a debate se centra en resolver si la Resolución atacada con vigencia a partir del 1 de enero y puesta en ejecución el 14 del mismo mes resulta adecuada a la normatividad vigente a partir del 6 de enero por la ley 25.561 de emergencia económica que dispuso que a partir de la sanción de la ley en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio.-

- III. en primer término, repárese que del contrato surge que la concesión constituye un servicio público (cláusula 10.1 -fs. 73) para la presentación de un Servicio nacional y que las tarifas correspondiente al pago del peaje de acuerdo con la cláusula octava de 1 contrato de concesión, si bien tiene base contractual, corresponde al Organo de Control aprobar el cuadro tarifario (8.4 de fs. 71), no pudiendo dejar de advertirse que el acto de su fijación resulta de alcance general participando de los principios de publicidad, igualdad, irretroactividad, legalidad e impugnabilidad entre otros, fundamentalmente porque ingresan en la relación terceros que resultan ajenos.

Así, "en resumidas cuentas, desde el punto de vista jurídico el acto de fijación de tarifas no constituye un reglamento en razón de no integrar el ordenamiento jurídico. Y aunque este acto pueda participar, en algunos supuestos, de la condición propia de los actos de alcance general, hay que advertir que el fenómeno puede explicarse también por vía del efecto general que ciertos contratos -como el de concesión de servicios públicos- operan respecto de

terceros que son ajenos a la relación contractual (ej.: usuarios)", conf. Juan Carlos Cassagne, Derecho Administrativo II, ps. 528 y sgtes.-

Es precisamente por esta característica que el acto de la determinación tarifaria adquiere vigencia en principio a través de la publicación como condición previa a su aplicación, de allí al propio texto de la cláusula octava en cuanto dispone que, "el nuevo cuadro tarifario deberá hacerse conocer a los usuarios mediante publicidad suficiente y de manera previa a su aplicación", acorde con lo cual el informe de la concesionaria a fs. 258 dando cuenta que "...se inició efectivamente la percepción del peaje en forma manual bajo el nuevo cuadro tarifario con fecha 14/1/02".-

En este sentido si la aplicación en el Boletín Oficial de la Resolución 392/01 data del penúltimo día hábil del año 2001 (27/15/01), su vigencia establecida a partir del 1/01/02 resultaba material y racionalmente imposible de percibirse efectivamente antes de la fecha que la propia empresa determina.-

Sin perjuicio de lo cual a partir del 6/01/02, tan solo tres días posteriores a su "vigencia" se sanciona la ley 25.561 que declara con arreglo al art. 76 de la Constitución Nacional la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria (art. 1) y específicamente dispone que a partir de su sanción quedan sin efecto las cláusulas indexatorias basadas en índices de otros países y cualquier otro mecanismo de indexatorio (art. 8).-

Elocuente resulta en este sentido la versión taquigráfica en la 47^o reunión de la Segunda Sesión Ordinaria de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de los días 5 y 6 de enero del corriente año donde el miembro informante de la mayoría Diputado Sr. Matzkin expresó en oportunidad de exponer sobre el art. 8^o, que el mismo "se refiere a las obligaciones que están originadas en los contratos de la administración regidos por normas de derecho público. Lo único que proponemos con referencia a este artículo es excluir la expresión que dice: a partir de la sanción 23.928. La razón de la propuesta es que deseamos que la norma que vamos a sancionar queden incluidos los casos anteriores a esta norma". Y continua diciendo, "este artículo se refiere a que los contratos de la administración pública, como son los contratos de obras y servicios públicos quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar y en otras divisas extranjeras y en general todo otro tipo de cláusulas indexatorias. Además, decimos que los precios y las tarifas que sean resultantes de esas cláusulas quedan establecidos

sobre la base de una relación de cambio de un dólar igual a un peso. ¿Quiénes quedan incluidos dentro de esta cláusula?. Como nosotros deseamos que queden incluidos todos, no podemos dejar la redacción original de la ley 23.928, porque antes de la sanción de esta ley ya había casos que nosotros deseamos que queden incluidos. Por eso creo que lo correcto es eliminar esa mención, con lo cual quedaría incluida la totalidad de los casos, como serían los peajes, por ejemplo" (el resultado me pertenece).-

Siguiendo con este orden de ideas y como componente esencial del acto administrativo de alcance general, el principio de legalidad consagrada en el art. 19 de la Constitución Nacional, Exige en la Administración Pública el cumplimiento estricto del ordenamiento positivo o lo que resulta igual, su actuación esta condicionada por el mismo. Esto obedece, como bien lo ha puesto de manifiesto García Enterria, a que la administración ya no se presenta como mera ejecutora de normas que le son impuestas sino que es a la vez, en mayor o menor medida fuente de normas autónomas lo cual no implica desconocer, desde luego, que la ley formal sigue enmarcando la generalidad de la actuación administrativa operando sobre la administración en forma directa, o bien, limitando, determinando o excluyendo, la potestad reglamentaria de la administración (Juan Carlos Cassagne, de la obra citada, ps. 26 y sgtes.).-

Claramente la jerarquía constitucional impuesta en el art. 31 de la C.N. dispone la prelación de la ley 25.561 sobre la Resolución (OCCOVI) 392/01, en primer término por tratarse de una norma de jerarquía superior y en segundo lugar por declarar la emergencia pública.

En este sentido "nuestra Constitución no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 C.N.) lo estime conveniente, a fin de asegurar el bienestar general, cumplimiento así, por medio de la legislación los elevados propósitos expresados en el Preámbulo (C.S.J.N., 7/12/34 - Avico, Oscar Agustín c. De la Pesa, Saul - Fallos 172:21).-

Como Consecuencia de lo expuesto, tampoco ha sido respetado el principio de la igualdad en el art. 16 de la C.N., en tanto que de tener vigencia la cuestionada resolución se estaría otorgando ventajas a uno (aplicación de índices

indexatorios para reajuste de tarifas) e imponiendo cargas a los usuarios del peaje en cuestión o detrimento de otros que no lo tienen.-

- IV. En conclusión si el acto administrativo no llegó a ser operativo por la existencia de mecanismos formales que lo impedían materialmente, se conduce a la convicción que el derecho supuestamente adquirido estaba en grado de expectativa.-

Entre tanto, la sanción de la ley 25.561 de jerarquía superior, de aplicación inmediata (art. 8 y Decreto 50/02) y del sentido propio y exacto de las palabras del legislador, su carácter de orden público y en tanto ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos (art. 19), lleva incuestionablemente a la invalidez de la norma en cuestión.-

- V. Sin perjuicio a la conclusión a la que invariablemente se esta arribando, considero que no se viola bajo ningún concepto el derecho de propiedad (art. 17 C.N.) por cuanto la pretendida adecuación que estime la concesionaria le corresponda, resulta habilitada para lograrse a través de la autorización que dispone el Poder Ejecutivo para renegociar los contratos comprendidos en el art. 8, con el mecanismo previsto en el art. 9 y en ningún caso se autorizará a la empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 10).-

Por las consideraciones que anteceden, en la convicción de que la resolución OCCOVI 392/01 configura una violación del art. 16 y 31 de la C.N.;

FALLO:

1. Hacer lugar al amparo solicitado, declarando nula la Resolución (OCCOVI) 392/01, con costas a la demandada (art. 68 del CPN y 14 de la ley 16.986).-
2. Diferir la regulación de los profesionales intervinientes hasta todos ellos denuncien la situación fiscal que revisten en la actualidad (Resolución General 3316/91 DGI, Resolución AFIP n° 689/99 del 24/9/99 art. 2 y ley 6716 Provincia de Buenos Aires, así como los datos correspondientes a la caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en los términos de la ley 23.987 y si en el curso de este proceso ha mantenido relación de dependencia. Fijase el plazo de cinco días bajo apercibimiento de no establecerlos en caso contrario.-
Regístrese, Notifíquese por cédula por Secretaría.-

BALDA, CRISTIAN N. C. COVISUR S.A.

CNCIV., SALA K, 2002/06/11.-

DAÑOS Y PERJUICIOS/ RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL
– CAÍDA DE UN ÁRBOL SOBRE UN RODADO ESTACIONADO EN LA
BANQUINA – RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS COSAS O POR
LOS DAÑOS CAUSADOS CON LAS COSAS.

- 1- La infracción de los reglamentos del tránsito que importa el hecho de estacionar un rodado en la banquina de una ruta, no impide considerar responsable al concesionario por el daño sufrido por el propietario del vehículo como consecuencia de la caída de un árbol sobre el mismo – en el caso; se determina la culpa concurrente de ambos en un cincuenta por ciento para cada uno-, pues aquella infracción no es apta por sí para producir el evento dañoso.
- 2- El daño producido por la caída de un árbol debe encuadrarse en el supuesto de riesgo o vicio de la cosa previsto en el art. 1113 del Código Civil, por lo que el dueño o guardián sólo puede excusar su responsabilidad acreditando la causa ajena, la culpa de la víctima – en el caso, se determina la culpa concurrente del dueño del rodado que fue aplastado por un árbol cuando estaba indebidamente estacionado en la banquina de la ruta, y del concesionario de aquella -, de un tercero por quien no debe responder o caso fortuito.

LLOVES, GERARDO C. BAUK, OSCAR L.

CCIV Y COM. 1ª NOMINACIÓN, CÓRDOBA, 2002/08/08.-

RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL – DAÑO SUFRIDO POR EL ACOMPAÑANTE DEL CONDUCTOR QUE ATROPELLÓ A UN ANIMAL MUERTO – CIRCUNSTANCIAS QUE NO ATENÚAN LA RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR DEL VEHÍCULO – INTERESES – DAÑOS Y PERJUICIOS – INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO – EXTENSIÓN DE LA CONDENA AL TERCERO – ACCIDENTES DE TRÁNSITO.

Hechos: Una persona que era transportada de modo benévolo, sufrió daños cuando chocó con un caballo muerto. Demandó a quien lo transportaba. El juez admitió la demanda y extendió la condena al concesionario vial citado por el demandado. Este apeló afirmando que la presencia del animal en la ruta importaba un caso fortuito. El concesionario se agravió de la extensión de la condena. La alzada confirma la sentencia y modifica la tasa de interés aplicable.

1. Es responsable el concesionario vial – en el caso, se le extiende la condena impuesta al conductor que lo citó como tercero – por el daño sufrido por quien viajaba como acompañante en el rodado que chocó con un animal muerto, pues no vigiló en debida forma la cosa de que se sirve al omitir el contralor – ante la presencia del animal se limitó a avisar a la policía y no detuvo el tránsito – que las circunstancias del caso exigían (Del voto del doctor Sánchez Torres).
2. Es extracontractual la responsabilidad del concesionario de ruta por el daño sufrido por quien viajaba como acompañante del conductor que chocó con un animal muerto, por lo que el supuesto encuadra en los arts. 1074 y 1113, parte 1ª, del Cód. Civil y en el art 5º de la ley 24.449 (Adla, LV-A, 327) en cuanto expresa que el concesionario tiene la custodia de la vía. (Del voto del doctor Sánchez Torres).
3. La acción impetrada por quien sufrió daños mientras viajaba como acompañante en el rodado que impactó contra un animal muerto, debe encuadrarse en la órbita aquiliana tanto respecto del conductor (art. 1109, Cód. Civil) como del concesionario de la ruta en la que se produjo el hecho. (Del voto del doctor Sánchez Torres).

4. La presencia de un animal muerto en la ruta no configura un caso fortuito que exima de responsabilidad al conductor que lo atropelló y causó daños a su acompañante, en tanto no pudo impedir las consecuencias del acontecimiento porque manejaba en horas de la noche a una velocidad superior a la permitida y con las luces bajas. (Del voto del doctor Sánchez Torres).
5. Tratándose de una indemnización de daños y perjuicios – en el caso, sufridos por el acompañante del conductor que impactó contra un animal muerto en la ruta-, el interés que acompañe al capital debe fijarse en el 1% mensual con más la tasa pasiva promedio que utiliza el Banco Central de la República Argentina. (Del voto del doctor Sánchez Torres).
6. Es procedente la extensión de la condena al tercero – en el caso, concesionario vial citado por el conductor demandado por el acompañante que sufrió daños al chocar el rodado contra un animal muerto- en los términos del arte. 435 del Cód. Procesal Civ. Y Comercial de la Provincia de Córdoba, si ejerció su derecho de defensa pues contestó la demanda, citó a su asegurador, ofreció prueba, alegó y recurrió la sentencia. (Del voto del doctor Sánchez Torres).
7. El concesionario vial responde por los daños causados al acompañante del conductor que atropelló a un animal que yacía muerto obstaculizando el tránsito, atento su ostensible negligencia y la falta de prueba en el caso de la fractura del nexo de causalidad. (Del voto del doctor Sársfield Novillo).
8. El concesionario responde por los daños derivados del accidente del tránsito ocurrido por la presencia de un animal, a título del deber de garantía objetivamente atribuido desde la relación obligacional con el usuario – en el caso, quien demanda no es éste sino la personal que viajaba como acompañante-, derivada del vínculo jurídico que se establece entre quien a título oneroso provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. (Del voto del doctor Sársfield Novillo).
9. La presencia de un animal muerto en la ruta no configura excusa absolutoria de la responsabilidad que compete al conductor del rodado por el daño sufrido por su acompañante, si el evento se produjo mientras transitaba a una velocidad superior a la permitida. (Del voto del doctor Sársfield Novillo).
10. Es extracontractual la responsabilidad del concesionario vial frente al usuario que pagó el peaje y también frente a quien ingresó al camino si ese pago – en el

caso, acompañante del conductor que chocó con un animal muerto-, ya que no puede apreciarse una graduación de responsabilidad por el hecho de haber pagado o no el peaje. (Del voto del doctor Bustos Argañaráz).

11. Es responsable el concesionario vial – en el caso, se extiende la condena impuesta al conductor que lo citó como tercero- por el daño sufrido por el acompañante del conductor que colisionó con un animal muerto, ya que tiene el deber de vigilar la libre circulación de los tramos de la ruta concesionada. (Del voto del doctor Bustos Argañaráz).
12. El exceso de velocidad en que incurrió el conductor del rodado que chocó con un animal muerto, no exime de responsabilidad al concesionario vial – en el caso, se le extiende la condena impuesta al conductor que lo citó como tercero- por el daño sufrido por quien viajaba como acompañante de aquél, pues el cruce de animales o que éstos se encuentren tirados en ella no debe interpretarse como un hecho de fuerza mayor. (Del voto del doctor Bustos Argañaráz).
13. El conductor del rodado que colisionó con un animal muerto en la ruta es responsable por los daños sufridos por su acompañante – en el caso, se extiende la responsabilidad al concesionario vial- en tanto existe relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño porque conducía de modo imprudente a una velocidad no acorde a las circunstancias. (Del voto del doctor Bustos Argañaráz).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO:

El hecho dañoso:

Lesiones sufridas por quien viajaba como acompañante en el rodado que chocó con un animal muerto.

Referencias de la víctima:

Sexo: masculino

Edad: 39 años a la fecha del ilícito

Actividad: perfusionista

Observaciones:

Con citación en garantía del asegurador.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial:

Daño moral genérico víctima	\$100.000
-----------------------------	-----------

Daño patrimonial:

Lucro cesante	\$449.216,07
---------------	--------------

Daños varios:

Costo de tratamiento psiquiátrico	\$720
-----------------------------------	-------

Costo de tratamiento psiquiátrico

Futuro	\$4.320
--------	---------

IX. CONCLUSIÓN GENERAL

Como se ha desarrollado en el presente trabajo, muchas fueron las causas que motivaron a distintas posturas y tesis sobre la responsabilidad civil de los concesionarios viales. También se han presentado los distintos fallos, que marcaron una tendencia firme sobre qué opina la justicia en cada caso concreto.

La conclusión es invariable con respecto a la responsabilidad de los concesionarios. Considero que es de naturaleza contractual, el pago del peaje -el cual no es un tributo ya que el mismo tiene incluido el Impuesto al Valor Agregado -permite al automovilista el uso del camino. La intervención del Estado por medio del Derecho Público, morigera la desigualdad entre el usuario – concesionario en cuanto al contrato de adhesión que realizan, el cual genera dos obligaciones importantes para el concesionario: permitir el tránsito del corredor y brindarle seguridad al usuario durante el trayecto hasta su finalización, la que no puede sino estar referida a aquellas medidas necesarias tendientes a evitar que se produzcan accidentes cuya causa radique en algo inherente a la ruta en sí misma.

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

Cabe aclarar finalmente que, en la actualidad, las renegociaciones contractuales deben estar acordes a la realidad social y económica de nuestro país. No es fácil para las empresas concesionarias contratar con un Estado que se declara en emergencia, siendo que éstas deben privilegiar su calidad y uniformidad en el servicio público.

Existe hoy una gran litigiosidad de las empresas concesionarias contra el Estado (56 casos) y entre empresas entre sí. Éstos conflictos, en su mayoría, están siendo arbitrados por Tribunales Internacionales. Pero además, el incumplimiento provoca una gran inseguridad jurídica a la hora de renegociar, principalmente cuando esa actitud proviene del propio Estado.

En cuanto a los costos, tarifas y regulación, cabe señalar que en Argentina éstos servicios son para el prestador un privilegio, por el monopolio que existe en beneficio de los usuarios. Las empresas tienen derecho a utilidades razonables y los usuarios a

tarifas en el mismo sentido. Esto es proporcional y equivalente en países desarrollados, pero no en Argentina donde existe un riesgo elevado, el cual es un plus a la hora de la fijación de cifras.

Los concesionarios viales deben poner en debido funcionamiento su sistema de control de calidad, más auditorías e información veraz para que el usuario sepa qué paga. En cuanto al costo, la prestación del servicio se debe relacionar con la realidad nacional (precio justo: lo que la mayoría puede pagar).

La lógica de las privatizaciones están basadas en que la tasa de rentabilidad de las empresas sea menor que la tasa de ineficiencia del servicio prestado por el Estado. O sea, que sea mayor la rentabilidad que la ineficiencia de la Administración, cuestión que no debe ser dejada nunca de lado.

Por otra parte, los usuarios no se sienten defendidos por los entes reguladores debido a las grandes diferencias entre los concesionarios viales y los automovilistas. Es importante que el Estado defina su política en forma urgente para la renegociación de los contratos teniendo éste punto aclarado.

Sabemos bien que la opinión pública quiere un Estado que controle más, no sólo en cuanto a los servicios que presta por medio de sus concesiones, sino también a sus entes reguladores.

Por eso, creo que un país que pretende desarrollarse, debe considerar en las renegociaciones las mejores prácticas que se han implementado en otras regiones del mundo, nuestra propia experiencia y, especialmente, los intereses y necesidades de la sociedad, para así definir un marco jurídico que permita la existencia de un servicio de calidad, con cifras accesibles, y brindar un sustento legal justo en cuanto a definición de responsabilidades frente a los usuarios.

X. CITAS

¹ Azar, María José, “La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en rutas. Incumplimiento del deber de señalización”, Revista de Responsabilidad Civil y seguros, Buenos Aires, La Ley, 1.999, Tomo 1.999, pág. 1.049 y sgtes.

² Stiglitz, Rubén, Derecho de Seguros, Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, T. I, p. 81.

³ Azar, María José, “La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en rutas. Incumplimiento del deber de señalización”, Revista de Responsabilidad Civil y seguros, Buenos Aires, La Ley, 1.999, Tomo 1.999, pág. 1.050.

⁴ Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Revista de Derecho de Daños”, N° 1, pág. 158.

⁵ Alterini, Atilio, “Moratoria para los transportistas”, L.L., del 16-4-97.

⁶ Cám. Nac. Civ., Sala F, 15-5-92, "Abba, Miguel y otra c/Huarte S.A. y otros", L.L. del 2-9-92.

⁷ 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.

⁸ Scolara, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del concesionario de peaje, por daños sufridos por el usuario”. Derecho y Empresa. Publicación del departamento de Derecho de la Universidad Austral. Rosario. 1994.

⁹ Vázquez Ferreyra, Roberto, “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”, J.A. 1991-C, pág. 108 y sgtes.

¹⁰ 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.

¹¹ Agoglia, María M.- Boragina, Juan C.- Meza, Jorge A., “Responsabilidad contractual”, Buenos Aires, Hammurabi, 1.993, pág. 647.

¹² Conf. Autores citados, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 12.

¹³ Galdós, Jorge, Apuntes jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil de los concesionarios viales, pág. 276, Acc. de tránsito, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

¹⁴ 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, N° 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.

¹⁵ Mosset Iturraspe, Jorge, “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho de Daños, N° 9, “Responsabilidad del Estado”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.000, pág. 7 y sgtes.

¹⁶ 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.

¹⁷ CSJN, 7/11/89, “Ruiz, Mirta E. y otros c/Provincia de Buenos Aires”, J.A. 1.991-I, 101.

XI. BIBLIOGRAFÍA

Agoglia, María M.- Boragina, Juan C.- Meza, Jorge A., “Responsabilidad contractual”, Buenos Aires, Hammurabi, 1.993.

Azar, María José, “La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en rutas. Incumplimiento del deber de señalización”, Revista de Responsabilidad Civil y seguros, Buenos Aires, La Ley, 1.999.

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 Stiglitz, Rubén, Derecho de Seguros, Abeledo Perrot, Bs. As. 1997, T. I.

Mosset Iturraspe, Jorge, “Visión jusprivatista de la responsabilidad del Estado”, Revista de Derecho de Daños, N° 9, “Responsabilidad del Estado”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.000.

Segunda Conferencia “El servicio público y la regulación tras la emergencia”. Asociación de Abogados de la Industria del Gas. Dictada por los Dres. Leonardo Massimino, Héctor Mairal, Jorge Salomoni, Alberto Bianchi, Uriel O’Farrel, Héctor Alegría, José Martínez de Hoz (h), Lluís Paradell, Francisco Macías, Ariel Caplán, Jorge Cermesoni, Pablo Spiller, Eduardo Zapata, Roberto Mordeglia, Diana Estrada, Pablo Walter, Rosendo Fraga, Manuel Álvarez Trongé y Juan Carlos Cassagne el día 14 de Noviembre de 2003 en Buenos Aires.

Scolara, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad del concesionario de peaje, por daños sufridos por el usuario”. Derecho y Empresa. Publicación del departamento de Derecho de la Universidad Austral. Rosario. 1994.

Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Revista de Derecho de Daños”, N° 1.