



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**“Responsabilidad Civil de los Concesionarios Viales. Aspectos
administrativos, jurisprudenciales y normativos”**

2014

Tutor: Dra. Josefina C. Orzábal

Alumna: Mariela Alejandra Fischnaller

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Septiembre 2014

Dedicatorias y Agradecimientos

A mi FAMILIA por haberme acompañado incondicionalmente durante toda la carrera.

A la Dra. JOSEFINA ORZABAL y al Dr. MARCELO TRUCCO por orientarme y aconsejarme en la elaboración de este trabajo.

A la Dra. STELLA MARIS SCIRETTA por la buena predisposición y amabilidad que tuvo siempre que lo necesité.

A GABRIELA BIAGINI por ser una gran persona, amiga y compañera de estudio.

A todos... Muchísimas Gracias!!!

1- Resumen

El presente trabajo tiene por objeto de estudio indagar sobre la Responsabilidad Civil de los concesionarios viales frente a los hechos ilícitos, cometidos por terceros, que afectan a los usuarios de los corredores viales.

Durante el desarrollo del mismo, analizaremos las distintas normativas legales y sus modificaciones, doctrina y evolución de los criterios jurisprudenciales, vinculadas con la problemática planteada, para comprender cómo se fue ampliando la responsabilidad de los concesionarios viales frente a los hechos ilícitos a los que están expuestos los usuarios de los corredores viales; y cómo a éstos se les fueron haciendo efectivos, paulatinamente, derechos reconocidos por nuestra Carta Magna en su Art 42 (reforma de 1994), por la Ley de Defensa del Consumidor 24.240(año 1993) y su modificación Ley 26.361 (año 2008), para exigir los resarcimientos correspondientes por los daños y perjuicios ocasionados.

2- Estado de la cuestión

El tema elegido para elaborar este trabajo, reviste cierta importancia porque se trata de una realidad social y cotidiana a la que están expuestos los usuarios de los corredores viales, que trae aparejado, en muchos casos, consecuencias, a veces catastróficas, que involucran tanto a las personas como a sus bienes.

La Responsabilidad Civil de los concesionarios viales no está regulada expresamente en nuestro Código Civil. Pues se trata de un tema relativamente nuevo que surgió en la década del 90 por cuestiones políticas – económicas de nuestro país, por ello se decidió dar en concesión al sector privado la construcción y mantenimiento de las rutas.

Para estudiar el tema debemos recurrir a la doctrina y específicamente a los precedentes jurisprudenciales. Respecto de estos últimos, hemos encontrado innumerables fallos relacionados con las distintas situaciones a las que están expuestos los usuarios de las rutas concesionadas. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron dando pautas para resolver los problemas que se les planteaban.

Desde una visión general de esta problemática, podemos observar dos momentos bien marcados en cuanto a la Responsabilidad Civil de los concesionarios viales. En un primer momento el interés del Alto Tribunal, se centraba en estudiar si los concesionarios viales habían incumplido o no con las obligaciones plasmadas en los contratos de concesión, dándole importancia relativa al usuario como persona.

En un segundo momento, a medida que fueron adquiriendo importancia los derechos de los consumidores, la Corte comienza a considerar a la relación usuario del

corredor vial - concesionario vial, como relación de consumo. Fue así como paulatinamente el criterio evolucionó hacia la consideración de las personas, en cuanto a sus derechos y /o bienes y como consecuencia de ello se amplía la responsabilidad de los concesionarios viales.

También haremos algunas consideraciones sobre lo normado al respecto en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. En dicho Proyecto en su TITULO V “Otras fuentes de las obligaciones”, CAPITULO 1 “Responsabilidad Civil” , SECCION 7º “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades”, el tema ha sido contemplado de manera general, en el *Artículo 1757*: “Hechos de las cosas y actividades riesgosas”; *Artículo 1758*: “Sujetos responsables” y *Artículo 1759*: “Daño causado por animales”.

Todo lo expuesto será analizado y estudiado a lo largo de este trabajo.

3- Marco teórico

A partir del surgimiento del transporte automotor, las inversiones en las redes viales fueron encaradas por el Estado y por ende, su financiamiento se efectivizaba, principalmente vía de impuestos o gravámenes sobre determinadas actividades (carga de combustible, venta de neumáticos). El Estado planificaba y gestionaba la construcción, el mantenimiento y la operación de los caminos nacionales, siendo la participación del sector privado subsidiaria de la actividad, ya sea como proveedor de servicios de construcción de obras y, en algunos casos, también del mantenimiento de las rutas. El uso de los servicios viales fue, en este esquema, gratuito.

En la década del 90, el Ministro de Obras Públicas de la Nación, decidió poner fin al histórico esquema de financiamiento vial que había arrancado en 1932, dando lugar a la generalización del peaje. Las rutas debieron concesionarse y entregarse a empresas privadas. El argumento central de la transferencia se basó en la crisis generalizada del sector público, que se materializaba en la falta de recursos para destinarlos a recomponer en condiciones de transitabilidad la red vial troncal y en la ineficiencia del Estado como productor y administrador de bienes que podían ser provistos por la actividad privada. De esta forma, el Estado podía concentrarse en su rol histórico, en la administración y mantenimiento de la red no concesionada y la regulación y control de la concesionada.

Según Dromi “El contrato de concesión de obra pública es un modo de ejecución de la obra pública, por el que la Administración contrata a una empresa para

la realización del trabajo, y no paga un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado”¹.

Existen opiniones divergentes sobre la responsabilidad del Estado respecto de hechos ilícitos cometidos en las rutas concesionadas, como consecuencia de la existencia del poder de policía que le corresponde.

Existen diferentes posturas con respecto a la Responsabilidad del Estado concedente. Por un lado Marienhoff, Perrino y Gordillo coinciden en negar la Responsabilidad del Estado. Por otro lado Bustamante Alsina, Cassagne, Gherzi Weingarten sostienen la Responsabilidad del Estado.

Teniendo en cuenta la finalidad del contrato de concesión de las redes viales, el peaje es el instrumento empleado para costear gastos. Quienes pagan estos gastos son los usuarios de la obra pública como contraprestación a dicha construcción y conservación.

Desde el punto de vista jurisprudencial, podemos observar como fue evolucionando la postura del Alto Tribunal. Pasando de un criterio restrictivo sobre la Responsabilidad de los concesionarios viales, al reconocimiento de un vínculo existente entre el usuario de los corredores viales y concesionarios viales como “relación de consumo”, de acuerdo a las disposiciones de la Ley 24.240 de Defensa del consumidor.

¹ Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1994

4- Introducción

Esta tesis se enmarca en el Área del Derecho Privado, dentro de éste se relaciona con las Obligaciones Civiles y Comerciales y en el Área del Derecho Público se lo vincula con el ámbito del Derecho Administrativo.

El motivo por el que he decidido llevar a cabo este trabajo, radica principalmente, en las innumerables situaciones de peligro a las que estamos expuestos todos como usuarios de corredores viales concesionados. Situaciones éstas, que intranquilizan, tensionan, generan inseguridad y de las que nadie está exento. Por ello es importante que la legislación se vaya acercando hacia una consideración integral del hombre, no solo como sujeto de derecho, sino también, como ser humano cuyo valor esencial es la vida.

Se ha elegido como tema de investigación “Pautas sobre la Responsabilidad Civil de los concesionarios viales por hechos delictivos que afecten a sus usuarios, según la jurisprudencia Argentina”.

La principal preocupación de esta investigación, está vinculada al siguiente interrogante: ¿Frente a los hechos ilícitos cometidos por terceros en los corredores viales concesionados, debe aplicarse la Teoría de la Responsabilidad Civil o la Ley de Defensa del Consumidor? Considerando como punto de partida esta problemática, se ha elegido como título de trabajo “Responsabilidad Civil de los Concesionarios Viales. Aspectos administrativos, jurisprudenciales y normativos”.

Ante la problemática planteada, se propuso la siguiente hipótesis, “Frente a los hechos ilícitos cometidos por terceros, los concesionarios viales deben responde a la luz

de la Ley de Defensa del Consumidor, en razón, del deber de seguridad”, que al finalizar el trabajo será verificada o refutada.

Proponemos como objetivo general, investigar la Responsabilidad de los concesionarios viales por hechos delictivos que afecten a sus usuarios.

Como objetivos específicos, determinar la naturaleza jurídica de la relación usuario del corredor vial y concesionario vial; indicar el rol del Estado en la situación planteada; analizar los casos jurisprudenciales que marcaron un quiebre en esta problemática.

La metodología empleada para el desarrollo de este trabajo, consistió en la recopilación, lectura y análisis de leyes, doctrina y jurisprudencia.

Para finalizar se elaborarán la correspondientes conclusiones finales y se planteará una propuesta como solución a la problemática planteada.

CAPITULO I

Los concesionarios viales

Sumario: I) Introducción; II) Contexto político y económico del país. II.1- Proceso de privatización. II.2- La primera renegociación de contratos. II.3- La segunda renegociación de contratos; III) Contrato de Concesión de Obra Pública: III.1- Concepto. III. 2- Sujetos intervinientes en la Concesión. III. 3- Obligaciones de la partes. III. 4- Diferencia entre Concesión de Obra pública y Contrato de Obra Pública. III.5- Naturaleza Jurídica de la Concesión de Obras Públicas. III. 6- Caracteres del Contrato de Concesión de Obra pública. III.7 – Tipos de Concesión de Obras Públicas; IV) Responsabilidad del Estado Concedente: IV.1- Postura que niega la responsabilidad del Estado. IV.2- Postura que sostiene la responsabilidad del Estado; V) conclusiones

I) Introducción

Comenzaremos este capítulo haciendo una breve referencia del contexto político-económico de nuestro país a fines de los 80 y principios de los 90, para describir y comprender el por qué se llegó al proceso de privatización de los distintos sectores económicos y específicamente de las redes viales.

Luego continuaremos explicando en qué consiste el contrato de concesión de obra pública y las obligaciones de las partes; responsabilidad del Estado concedente y el criterio adoptado por diferentes autores.

Finalizaremos con las apreciaciones personales que plasmaremos a modo de conclusiones

II) Contexto político - económico del país

En la década del 90 se profundiza en Argentina, un proceso de reformas económicas, que se caracterizó por la radical transformación en el rol del Estado. En tal sentido, los principios del Estado de Bienestar (entendido éste como seguridad social para todos los habitantes, que gozarán de: educación, sanidad, seguro de desempleo, cultura y servicio públicos aplicables al conjunto de ciudadanos. Combinación especial de la democracia, bienestar social y capitalismo), retrocedieron ante el avance de los principios asociados con la constante búsqueda de eficiencia y reducción del aparato Estatal, reducción que aparece fundamentalmente expresada a través de la transferencia a terceros de la responsabilidad de producir bienes y servicios mediante la privatización y concesión de empresas públicas y la desregulación económica.

En este contexto, y dentro de la primera etapa privatizadora, se realizan las concesiones de redes viales. La celeridad del proceso privatizador y la ausencia de una ley marco que regule la transferencia y la prestación, convirtieron al proceso privatizador de las rutas Argentinas en uno de los más cuestionados. Para avanzar en el conocimiento de las características del sector, es importante tener presente que por la debilidad estatal fueron necesarias constantes renegociaciones de las reglas de juego para los distintos actores.

II.1- Proceso privatizador

Históricamente, la inversión en infraestructura vial fue financiada por el Estado a través de fondos específicos provenientes básicamente de impuestos a combustibles. En 1932 se sancionó la Ley Nacional de Vialidad por la cual se creó la Dirección Nacional de Vialidad y el Fondo Nacional de Vialidad. Se estableció que la Dirección Nacional de Vialidad, constituida como entidad autárquica, sea el organismo encargado de proyectar, construir y conservar la red vial nacional. Se fijó que el Fondo fuera conformado, en principio, por impuestos de suma fija sobre los combustibles y lubricantes, a los que posteriormente, se incorporaron impuestos de unidad fija sobre las cubiertas y los automóviles. La inflación y la caída de los ingresos fiscales confluieron en la decisión de que los impuestos fijos fueran reemplazados por una tasa en el precio de venta de cada producto.

Hacia la década del 60 se planteaba que el constante déficit de obras existentes vinculado con la paulatina disminución de la inversión en obra pública, el creciente y, en algunos casos, el alarmante deterioro en la infraestructura y la focalización de los recursos en la reparación de los caminos destruidos, llevaría al colapso del sistema vial argentino. Esta situación se veía agravada por un aumento no previsto del tráfico de

cargas y el creciente uso del automotor como medio de transporte. En tal sentido, se buscó un mecanismo alternativo para financiar dichas obras, estimulando la iniciativa privada y el interés por la inversión en la obra pública. En este contexto, se promulga, en noviembre de 1967, la Ley 17.520. Esta Ley faculta al Poder Ejecutivo para realizar obras públicas de construcción, conservación y explotación de obras y servicios mediante su concesión a particulares, sociedades mixtas o entes públicos, con la posterior aplicación de tarifas de peaje a los usuarios de las mismas. Es en 1989 a través de la Ley de Reforma del Estado (23.696) que se habilita la incorporación de capitales privados y el cobro de peaje para el mantenimiento y explotación sin construcción.

La crisis fiscal de fines del 80' provocó que la situación de la infraestructura vial se deteriorara aún más. Los fondos destinados a la construcción y mantenimiento de las rutas fueron decreciendo, entre otras cuestiones, por la dispersión de impuestos para financiar otras obras; la desviación de los recursos del fondo vial y, finalmente, la incorporación en 1989 del Fondo Vial a Rentas Generales. Este decrecimiento en los fondos viales que impedía el financiamiento adicional de inversiones para reparar y conservar caminos, se fue dando en forma paralela al incremento del volumen del tráfico y los intercambios regionales de mercancía, agravando aún más la problemática.

Por entonces, se promulgaron las Leyes de Emergencia Económica y de Reforma del Estado. La primera, declaró la emergencia en la prestación de servicios públicos, en general, y de la red vial en particular, además de poner fin a la existencia del Fondo vial. Mientras que la Ley de Reforma del Estado introdujo modificaciones a la Ley de peajes (17.520), permitiendo la concesión de rutas nacionales por peaje para su mantenimiento, es decir, este nuevo marco legal dio lugar a la explotación privada de obras realizadas previamente mediante fondos públicos, sin necesidad que se construyan nuevos tramos. En su Art. 58 afirma que podrán otorgarse concesiones de obra para la

explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras vinculadas física o técnicamente con estas. De esta forma la tarifa de peaje, compensará la ejecución, modificación, ampliación, la administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva.

A partir de estas transformaciones, La Dirección Nacional de Vialidad se reorganizó como agente responsable de la aplicación de la política vial del país, iniciando un programa de “Reconversión Vial” basado en la descentralización, desregulación y privatización de la red vial de caminos. La red vial nacional fue reordenada teniendo en cuenta cuestiones tales como cantidad y tipo de tránsito y estado de la calzada en los diferentes tramos. La reestructuración vial implicó la definición de tramos que luego serían entregados a concesionarios privados; la realización de concesiones totales o parciales para reparación y mantenimiento de la red troncal nacional y , por último, la transferencia mediante convenio, a jurisdicciones provinciales o municipales de rutas nacionales de interés provincial.

Se establecieron, cuatro fuentes posibles de financiamiento para el mantenimiento de la red vial: 1) capital de riesgo a aportar por los concesionarios; 2) licitaciones por pago diferido; 3) fondos públicos específicos y préstamos de organismos multilaterales de crédito y 4) fondos obtenidos por el cobro de cánones surgidos de los contratos de concesión..

Por medio de una Resolución del ministerio de Obras y Servicios Públicos, se aprobó el pliego de condiciones generales para la licitación, de condiciones particulares para la concesión de obras viales y el cronograma del llamado a licitación. Asimismo se

estableció que las concesiones no contarían con garantías de tránsito mínimo de ningún otro tipo. Es decir, legalmente se constituyó como un negocio de riesgo.

A pesar de tratarse de una licitación internacional, en el proceso de licitación de veinte corredores viales participaron solo empresas argentinas. El proceso licitatorio estuvo lejos de recrear una competencia entre empresas oferentes de probada capacidad en la materia y los pliegos fueron elaborados de manera conjunta con representantes de varias de las firmas que resultaron adjudicatarias. Finalmente, en septiembre de 1990 se otorgó la concesión de rutas nacionales por medio del decreto 2039/90 el cual establece la adjudicación de 19 corredores ; a excepción del corredor 6 que adquiere la modalidad de subvencionado por el Estado.

Por medio de la adjudicación de los 18 corredores viales, el Estado Argentino concedió para la administración privada unos 9.600 kilómetros de red pavimentada. La red concesionada conforma un 30% de las rutas nacionales pavimentadas, concentra más de la mitad del tránsito y conecta las áreas urbanas y rurales del país, así como la mayor parte de los puertos y puentes internacionales.

Después de realizada la primera renegociación, se creó en el ámbito de la Dirección Nacional de Vialidad el organismo responsable del control regulatorio de las concesiones de rutas nacionales, el Órgano de Control de Concesiones Viales, aunque la creación estaba estipulada por Pliego de Condiciones Generales para la Licitación de Obra Pública (1989).

II.2- La primera renegociación de contratos

El proceso de concesión, por lo general, se caracteriza por la transferencia del riesgo a un privado.

Desde la firma de los contratos de concesión de las redes viales se llevaron adelante numerosas modificaciones, llegando a desarrollarse tres procesos de renegociación, caracterizados todos ellos por la prolongación de etapas de incertidumbre, la contraposición de las medidas adoptadas y la sistemática revisión de las condiciones anteriormente acordadas.

Apenas transcurridos unos meses desde la concesión de redes viales, se produce la primera renegociación. Las altas tarifas que elevaban la voz de los usuarios, habían comenzado a cobrarse incluso antes de finalizar con las obras iniciales, aquellas que – según estipulaba el contrato- debían ser realizadas en forma previa al cobro de peaje. Por ese entonces, se señalaba que las características de la concesión resultaban lesivas para el interés general y garantizaban beneficios abusivos que perjudicaban específicamente a las economías regionales y podrían resultar en un incremento general de precios.

El resultado de esta primera renegociación fue:

- Se fija una tarifa de \$1 cada 100 kilómetros.
- Se establece una relocalización de las cabinas de peaje.
- Como contraprestación se reprogramaron los compromisos de inversión.

A diferencia de lo ocurrido en otros sectores, estas renegociaciones no plantearon la modificación en las obligaciones de inversión de los concesionarios pero sí se modifican los plazos.

- Se extendió el plazo de las concesiones en un año.

- Se eliminó el canon que debían abonar los concesionarios, fijándose un subsidio estatal que se distribuiría, entre los concesionarios, en forma proporcional de acuerdo a sus contribuciones al IVA del mes inmediato anterior.

- En cuanto a las tarifas se prefijaron ajustes anuales.

Sin embargo, las nuevas condiciones no generarían estabilidad ni serían muy duraderas. En agosto de 1993, cuando se debía realizar el primer ajuste en los peajes, comenzaron nuevas luchas por imponer criterios de fijación de tarifas. Estas luchas se expresaron en las idas y vueltas de las decisiones gubernamentales que no tuvieron efectos negativos sobre las utilidades de los concesionarios por las compensaciones indemnizatorias realizadas.

Frente al reajuste de 1994 volvió a presentarse el mismo conflicto, aunque en esta oportunidad hubo una instancia más ya que en un primer momento se aprueba el ajuste tarifario, luego el mismo fue cancelado para, finalmente, ser aprobado el último día del mes de Agosto. Nuevamente, este retraso en la aplicación del ajuste tarifario se compensa con una indemnización adicional.

En realidad, con esta primera renegociación se dilataba un conflicto que no tardaría demasiado tiempo en resurgir.

II.3- La segunda renegociación de contratos

En abril de 1995 se inicia la segunda ronda de renegociaciones. El decreto 489/95, que establece las bases para llevara adelante la renegociación, argumenta la necesidad de revisar los contratos originales por el extraordinario incremento del tránsito vehicular y la mayor utilización de los corredores viales, por parte del transporte de carga y de pasajeros, que se venía dando a partir del impulso del MERCOSUR.

Nuevamente se argumentaba la incapacidad del Estado para revertir las condiciones de una red vial obsoleta y frente a ello, los concesionarios aparecían como los actores capaces de llevar adelante las obras necesarias para ampliar y mejorar las rutas. La falta de previsión se observa en que esta necesidad de realizar nuevas inversiones en el sector, se produce sólo tres años después de haber reprogramado el plan de inversiones de los concesionarios. Otro argumento que motivaba la renegociación de los contratos era la necesidad de evitar mayores erogaciones del Estado en los contratos en los que se otorgaban subsidios y/o compensaciones indemnizatorias, es decir, se orientaba a revertir los acuerdos alcanzados en la primera renegociación.

Este proceso de renegociaciones se convirtió en el más dilatado de los realizados en Argentina, produciéndose numerosas instancias y revisiones a las definiciones iniciales (fijadas a través del decreto 489/95). Recién en 2001, meses antes de la caída del gobierno de la Alianza, se logro un acuerdo que, al poco tiempo, tuvo que ser revisado en función de las nuevas condiciones impuestas por la Ley de Emergencia (25.561). El tratamiento diferenciado de cada uno de los corredores, las negociaciones individualizadas, la alta heterogeneidad y poca claridad normativa, la diversidad de subsidios y condiciones acordadas, atentaron contra el alcance de los objetivos establecidos al comienzo del proceso. Nuevamente las intenciones originales justificaban la apertura de un proceso de revisión de contratos eran modificadas a fin de favorecer a los concesionarios.

En 1997 se planteaba la eliminación de subsidios como elemento central a resolver a través de la rescisión de contratos. Argumentaba el secretario de transporte que no aumentarían los peajes. Finalmente se pagan a los concesionarios las compensaciones indemnizatorias adeudadas.

En 1998 se incrementa el 10% las tarifas. La Asociación de productores transportistas plantean el incumplimiento de la Ley de Peajes (17.520). El Defensor del Pueblo de la Nación interpuso Acción de Amparo por la irrazonabilidad e ilegalidad de las nuevas tarifas

En 1999 se llega a un acuerdo entre los concesionarios viales y la Secretaría de Obras Públicas, por el cual se extendían los contratos por más de 3 años(fue un acuerdo fallido).

En 2000 se firman “Acuerdos de Cooperación”. Estos convenios son la base sobre la cual se firman las actas de acuerdo, que tienen por objetos solucionar puntos que en ellas se tratan manteniéndose los contratos vigentes.

En 2001 se estableció nuevo sistema de financiamiento para el conjunto de rutas nacionales. Se vuelve al Fondo Vial para el financiamiento de la construcción y mantenimiento de rutas, por ejemplo el adicional sobre el gasoil.

Continuando el camino de errante indecisión, marcado por medidas que se contraponen unas a otras, se extiende la incertidumbre.

El corredor 18, fue el único concesionario en firmar el contrato según las características inicialmente planteadas en 1995. Fue el concesionario Caminos del Uruguay responsable del corredor vial 18, compuesto por las rutas 12 y 14.

Las Actas de acuerdo, entre la Secretaría de Obras Públicas y este concesionario – el único que no percibía compensaciones indemnizatorias debido al fuerte incremento del tránsito vehicular- se aprobaron mediante el decreto 1019/96, en el cual se establecía:

- La extensión del plazo de concesión por 15 años más. La concesión pasaba a tener, un período de explotación de 28 años desde establecida la misma.

- La tarifa se fijó en U\$S 1,76 por cada 100 km, la tarifa se fijó en moneda estadounidense.

- Se garantiza que cualquier variación en algún impuesto (nacional, provincial, municipal) puede trasladarse a los usuarios a través de la inmediata incorporación a la tarifa básica.

- Se modifican los planes de inversión, disponiéndose un retraso en los índices de estado de rutas preestablecidos.

- La extensión del plazo y el incremento de la tarifa se justificaba en que el concesionario llevara adelante la nueva obra.

- Se ratifica la inexistencia de avales o subsidios.

- Se incluyó en el contrato la obligación de reinvertir en obras los ingresos que excedan los previstos en el plan económico-financiero. El organismo de control era el encargado de determinar los mayores ingresos que hubiera obtenido el concesionario ese año.

- Se establece la posibilidad de rescindir el contrato en forma unilateral por parte del Estado y se fijan multas por incumplimientos detectados.

III) Contrato de Concesión de Obra Pública.

III.1- Concepto

“El contrato de concesión de obra pública es un modo de ejecución de la obra pública, por el que la Administración contrata a una empresa para la realización del trabajo, y no paga un precio por ella, sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado”².

La Ley Nacional 17.520 en su Art. 1º define al Contrato de Concesión de Obra Pública mediante el pago de tarifa o peaje y la Ley 23.696 agrega dos párrafos a dicho artículo quedando la redacción de la siguiente manera:

Art 1º: ‘El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos que fija esta ley. La concesión se hará por decreto del Poder Ejecutivo.

Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario.

² Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, Bs. As., Ed. Ciudad Argentina, 1994

La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva. En cualquier caso, las concesiones onerosas o gratuitas, siempre que las inversiones a efectuar por el concesionario no fueren a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de aquél, podrán ser otorgadas por el Ministro de Obras y Servicios Públicos mediando delegación expresa del Poder Ejecutivo Nacional, delegación que podrá efectuarse en cualquier estado de trámite de adjudicación, incluso con anterioridad a la iniciación del procedimiento de contratación que corresponda según el régimen de la presente ley.”

La concesión establece un vínculo jurídico entre el Estado (concedente) que otorga a un tercero (concesionario). La obra la construye el concesionario a su costo y a su riesgo, y la Administración le otorga el privilegio de explotarla durante el lapso necesario para amortizar el capital y obtener intereses de él, es decir para cubrir las cargas del capital y los gastos de explotación. Según la definición dada, surgen dos elementos fundamentales: 1) la construcción de una obra por un tercero (a su cuenta y riesgo); 2) la financiación de ella a cargo de ciertos administrados (usuarios) mediante el pago de una suma de dinero, en concepto de tarifa o peaje.

El concesionario debe efectuar la obra en el tiempo estipulado en el contrato. La obra tiene que ser construida bajo la vigilancia del concedente, aplicándose la Ley de Obras Públicas, según dispone el Art 4 de la Ley 17.520. Este control se hace en forma menos estricta ya que la finalidad del concesionario es recuperar la inversión realizada más una ganancia razonable prevista en los pliegos de concesión, razón por la cual le resulta necesario construirla en las mejores condiciones posibles. Es preciso, entonces,

que el concedente obligue al concesionario a mantener la obra en buen estado, teniendo en cuenta que al término de la concesión éste bien le será devuelto para su explotación.

Es necesario aclarar que en los Contratos de Concesión la administración (concedente) nunca pierde el dominio o potestad de la Obra pública, es decir, no hay transferencia de dominio, sólo le cede atribuciones para representar al Estado en el manejo y administración, que le permiten al concesionario ejecutar tareas como reparar, ampliar, mantener, mejorar y explotar la obra durante el plazo del contrato, al final del cual vuelve el dominio pleno del Estado.

III. 2- Sujetos intervinientes en la Concesión

Los sujetos intervinientes en el contrato de Concesión son:

A) Concedente: quien otorga la concesión y es una Persona Pública Estatal, como el Estado Nacional, Provincial Municipal o Entidad autárquica Institucional, dueña de la cosa a concesionar.

B) Concesionario: a quien se le otorga la concesión y puede ser una persona física, empresa privada, pública (estatal o no estatal)

III. 3- Obligaciones de la partes

s Estado

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

F Fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un órgano de control, que está integrado por funcionarios de la Dirección Nacional de Vialidad.

s Concesionario

F Mantener y conservar la obra³

F Adoptar durante la vigencia del contrato todas las medidas que fueren necesarias para evitar daños a los bienes, a las obras que se ejecuten y/o exploten, y a las personas que la utilicen;

f Construir la obra (camino y demás instalaciones), o reconstruirla cuando se trate de una vía ya trazada al momento de la concesión.

F Estar provisto de todas las instalaciones, equipos y personal necesario para las tareas de construcción y mantenimiento de la obra;

F Prestar los servicios en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas y con un alto nivel de eficiencia⁴;

F Auxiliar a persona y vehículos involucrados en caso de accidentes⁵;

³ Esta obligación de mantenimiento y conservación es muy amplia y abarca: pavimentos, banquetas, alcantarillas, desagües, iluminación, semaforización, corte de pastos y malezas, señalamiento, banquetas de defensa, etc.

⁴ Así por ejemplo tener disponible una guardia telefónica de atención continua y una guardia técnica permanente (personal, automotores y maquinarias destinadas al despeje de calzada).

⁵ La concesionaria debe brindar en forma gratuita, por sí o a través de terceros, bajo su responsabilidad al usuario algunos servicios como: primeros auxilios a los lesionados en accidentes de tránsito; extinción de incendios; remolque de vehículos inmovilizados o accidentados; sistema de telefonía o postes parlantes; etc.

F Ejercer el poder de policía y seguridad de tránsito en forma supletoria ante la ausencia de autoridad pública;

F recibir, registrar, tramitar y contestar denuncias y reclamos deducidos por los usuarios;

F Adoptar las medidas adecuadas para que no circulen unidades o equipamientos que por sus características comprometan la marcha de los usuarios;

F Colocar señalizaciones de emergencia en los casos de suspensión total o parcial del tránsito vehicular;

F Ejercer el poder de policía sobre el corredor vial, limitado al control de los vehículos que transiten por el mismo y detención de aquellos rodados que no abonen el peaje.

F Pagar al Estado el canon correspondiente, cuando el negocio hubiere sido pactado onerosamente;

F Entregar la obra al Estado en perfectas condiciones de uso y conservación una vez finalizada la concesión

III. 4- Diferencia entre Concesión de Obra pública y Contrato de Obra Pública

La diferencia entre la Concesión de Obra Pública y el Contrato de Obra Pública radica en la *aleatoriedad* para el concesionario, pues los beneficios dependen de un hecho aleatorio, incierto, que son los ingresos durante el plazo de concesión. En definitiva la diferencia radica en el *modo de remuneración*; en el contrato de Obra

Pública existe un precio pactado con anterioridad, mientras que en la concesión hay una delegación de autoridad, reputada indispensable, para cobrar de los administrados (usuarios) el costo de la obra y el beneficio empresario.

Por otro lado, en el Contrato de Concesión de Obra pública sólo se crean relaciones entre el Estado y el constructor; mientras que en la Concesión de Obras públicas se las establece también con el administrado en virtud de la delegación del poder jurídico que hace el Estado en el concesionario para gestionar el servicio y cobrar su importe.

Las Concesiones de obras Públicas bajo el sistema de peaje conlleva de manera complementaria “servicios” que exceden el concepto de “Obras Públicas”. Dicho de otra manera, en materia vial nos encontramos ante una Concesión de Obra Pública con particularidades propias por contener ciertos servicios. Pero no debe perderse de vista que hay una obligación principal (construcción o mantenimiento del camino), siendo los servicios accesorios o complementarios.

III.5- Naturaleza Jurídica de la Concesión de Obras Públicas

Con respecto a la naturaleza jurídica de este instituto, se puede decir que comparte similares caracteres que la concesión de servicios públicos, ya que en ambos casos hay una delegación del ejercicio de la competencia del Estado al particular. Esto se vio reforzado a partir de la Ley 23.696, ya que el legislador ha permitido a la Administración Pública otorgar en concesión una Obra Pública ya construida, siempre que sea necesario ejecutar prestaciones sobre la obra ya existente, tales como la reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de aquella (Ley 23.696 Art 58, 1º párrafo). Es decir, que ya no estamos ante una ejecución de una obra nueva, por lo que, para justificar la tarifa abonada por los usuarios, será necesario que el

concesionario realice obras adicionales, manutención, reparación de la obra pública y brinde otros servicios como patrullajes, emergencia mecánica, servicio médico, áreas de descanso, etc. Todos estos servicios hacen que la Obra pública como tal, pierda entidad como para seguir aseverando que solamente estamos ante un régimen de Concesión de Obra Pública. Además, los servicios públicos carecen de un régimen jurídico propio que los regule, de manera que los contratos de este tipo son remitidos, en la medida que no exista una norma más específica, al régimen previsto para las Concesiones de Obra pública.

III. 6- Caracteres del Contrato de Concesión de Obra pública

La Concesión de Obras públicas es un contrato administrativo:

- *Bilateral y sinalagmático*: porque ambas partes se obligan recíprocamente.
- *Consensual*: queda concluido con la manifestación de la voluntad de las partes.
- *Oneroso*: las ventajas que obtiene una de las partes es en base a una prestación que esa parte ha hecho o prometido a la otra
- *Aleatorio*: las ventajas del concesionario dependen de un acontecimiento incierto, el mayor o menor uso de la obra construida.
- *Intitue personae*: la concesión debe ser ejercida personalmente por el concesionario, exclusivamente por su cuenta y riesgo, no pudiendo ser transferido o cedido el contrato sin autorización del concedente.

III.7 - Tipos de Concesión de Obras Públicas

Según el Art. 2 de la Ley 17.520, la concesión puede ser:

- *A título oneroso*: es decir que se le impone al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre los beneficios a favor del Estado.

- *Gratuita*

- *Subvencionada por el estado*: significa que éste deberá hacer una entrega monetaria inicial durante la construcción o con entregas parciales de dinero en el período de la explotación, que pueden o no ser reintegrables.

IV) Responsabilidad del Estado Concedente. Diferentes posturas.

Existen opiniones divergentes sobre la responsabilidad del Estado respecto de hechos ilícitos cometidos en las rutas concesionadas, como consecuencia de la existencia del poder de policía que le corresponde.

IV.1- Postura que niega la responsabilidad del Estado

- *Marienhoff*: La explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo. Por lo tanto la responsabilidad que derive de aquellos hechos que surjan en el ejercicio de la concesión, le corresponde al concesionario⁶.

- *Perrino*: Sostiene que por no encontrarse en los cuadros de la Administración no puede atribuirse responsabilidad al Estado por los daños

⁶ MARIENHOFF, Miguel S: “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo- perrot, tomo III – B, 1970, Pág.581.

derivados de sus contratistas; es por ello que, en principio, los perjuicios que deriven del ejercicio de la concesión responde en forma directa el concesionario⁷.

• *Gordillo*: Considera que la culpa in vigilando e in eligendo sustentaría la responsabilidad del Estado , pero esa responsabilidad se traslada en los contratos de concesión, en los cuales se establece que el concesionario asume la obligación de sustituir al Estado concedente en cualquier planteo de responsabilidad que pueda hacerse por el ejercicio de la concesión⁸

IV.2- Postura que sostiene la responsabilidad del Estado

Quienes adhieren a esta postura (Bustamante Alsina⁹, Cassagne¹⁰, Gherzi y Weingarten¹¹, entre otros) sostienen que el Estado es responsable siempre que se demuestre la configuración de una “falta de servicio” en el deber de vigilancia y seguridad de las redes viales concesionadas por ser titular de esa función de policía; y el traslado de funciones que haga a las empresas concesionarias en los respectivos contratos no significa que pueda delegar las obligaciones y responsabilidades que son correlativas ni que pueda determinar su exoneración de la responsabilidad.

⁷ PERRINO, Pablo E.: “La responsabilidad de la Administración por su actividad ilícita. Responsabilidad por falta de servicio”, E.D 185-781.Cita la opinión de MUÑOZ MACHADO, Santiago: “La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas”, Madrid, Civitas, 1992, Pág.131.

⁸ GORDILLO, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II (La defensa del usuario y del administrado), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, Pág. XX-8 y ss.

⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía”, L.L1990-C-429.

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos: “Nuevos criterios en la Jurisprudencia de la Corte”, L.L 2007-B-1293; “Los nuevos entes regulatorios”, E.D. 159-987.

¹¹ GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia: “Responsabilidad de los concesionarios de peaje. Nuevo criterio de la CSJN”, RC y S 2006-443, ap. III

V) Conclusiones

De lo expuesto en este capítulo podemos decir que, la diferencia fundamental entre el antiguo esquema de financiamiento vial a través de impuestos y el sistema de peajes es que antes el Estado no solo era propietario de las rutas, sino que además, tenía a su cargo el mantenimiento de las mismas a través de un organismo estatal como la Dirección Nacional de Vialidad. Ahora con el sistema de peaje, el Estado sigue siendo propietario de las rutas, pero ya no se ocupa del mantenimiento, ya que el mismo lo ha delegado en los concesionarios de peaje y la Dirección Nacional de Vialidad ahora pasó a funcionar como órgano de control de las concesiones, es decir, fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los concesionarios.

Esta diferencia ha repercutido también en el ámbito de la responsabilidad civil: antes el Estado era el único sujeto pasivo de los reclamos entablados por los usuarios que sufrían accidentes de tránsito como consecuencia de deficiencias del sistema carretero; mientras que ahora dos son los sujetos pasivos, el Estado y los concesionarios.

CAPITULO II

Peaje y relación de consumo

Sumario: I) Introducción; II) Peaje: II.1- Evolución histórica del peaje. II.2- Peaje conceptos. II.3- Constitucionalidad del peaje. II.4-Obligatoriedad del pago. II.5- Valor del peaje-Régimen vigente. II.6- Pautas para fijar la tarifa; III) Naturaleza jurídica de la relación usuario del corredor vial y concesionario vial: III.1- Tesis tributarista. III.2- Tesis contractualista. III.3- Tesis jurisprudencial del incumplimiento de la obligación. III.4- Tesis de la relación de consumo; IV) Ley 24.240 de defensa del consumidor y su modificación: IV.1-Incorporación del derecho del consumidor al derecho vigente. IV.2-El derecho del consumidor en los Proyectos de Código Civil. IV.3- Reconocimiento jurisprudencial. IV.4- Consumidor- proveedor: conceptos. IV.5- Deber de información y deber de seguridad; V) Conclusiones.

I) Introducción

Comenzaremos este apartado haciendo una breve reseña sobre la evolución histórica del peaje, daremos algunos conceptos del mismo, hablaremos sobre la constitucionalidad y la obligatoriedad del pago, el valor del peaje - régimen vigente- y mencionaremos algunas pautas que se tienen en cuenta al momento de fijar la tarifa que se cobrará.

Luego trataremos de establecer cuál es la naturaleza jurídica de la relación usuario del corredor vial y concesionario vial, para ello mencionaremos las diferentes tesis existentes.

Con respecto a la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y su modificación Ley 26.361, analizaremos cómo se ha incorporando el derecho del consumidor al derecho vigente, mencionaremos el tratamiento que se le ha dado en los diferentes Proyectos de Código Civil, el reconocimiento jurisprudencial que tuvo este derecho, explicaremos qué se entiende por consumidor - proveedor y hablaremos sobre los deberes de información y seguridad.

Finalizaremos este capítulo con las correspondientes conclusiones

II) Peaje

II.1 - Evolución histórica del peaje

La evolución histórica del peaje se vincula estrechamente con la evolución de los caminos, rutas y accesos a ciudades importantes y al espíritu comercial y guerrero de cada pueblo.

Uno de los antecedentes mas antiguos, se remonta a Babilonia (año 2000 A.C.) en el camino militar Persa entre Babilonia y Siria. También se conoce que en Egipto y alrededores se cobraba peajes a caravanas y extranjeros; aunque no se conoce que tales tasas se aplicaran al mejoramiento de las rutas. Lo mismo sucede en la época Medieval en Europa, donde en algunos casos debieron actuar los reyes debido a los abusos de los Señores Feudales.

A fines del siglo XVIII, en Estados Unidos surge el concepto de peajes, tal como lo conocemos actualmente (pago realizado por un servicio prestado). En Europa, en cambio, el peaje aparece en las primeras décadas del siglo XX en Alemania e Italia.

En Argentina, el primer peaje de caminos se registra en la provincia de Santa Fe en el año 1821 consistiendo en el pago de un derecho por el tránsito de carretas, tropas o ganado que circulaba por la provincia, que era destinado al mantenimiento del ejército de línea o guardias de frontera con que la provincia los protegía de los ataques de los indios. En Buenos Aires la Ley 78 del año 1855 autorizaba al Poder Ejecutivo a cobrar peajes por el uso público de caminos.

En cuanto a la Legislación Nacional, la primera referencia fue la Ley 61 de 1863, sobre la emisión de acciones y caminos, que en su artículo 4 dice: *“...de las rentas generales se destinará la cantidad suficiente para el servicio de la renta y amortización de las acciones emitidas pudiendo aumentarse el fondo amortizante con el*

producto neto de peajes y portazgos que se recauden por el servicio de las obras que van a ser ejecutadas con los fondos provenientes de dichas acciones”

No siempre se contempló al peaje con finalidad unívoca. Por el contrario, los antecedentes demuestran que en nuestro país en el siglo XIX, el peaje constituía una fuente más de recaudación a favor del poder central. La naturaleza del peaje se acercaba más a un derecho aduanero interno, restringiendo el derecho del tránsito, que a una contribución destinada al financiamiento de obras viales.

En 1954, la Ley 14.385 en su artículo 18 facultaba al Poder ejecutivo “...*para aplicar en las autopistas que se construyan conforme al régimen de esta Ley, derechos de peaje destinados a atender la conservación de las obras viales a que la misma se refiere.*”. se nota un cambio de sentido de la figura del peaje, aunque nada se dice con respecto a la concesión de obra pública. En 1967, con la promulgación de la Ley 17.520 al peaje se lo toma como un recurso de financiación para obras viales. Esta Ley fue complementada por la Ley 23.696 de 1989. Ésta, en su artículo 58 incorpora al artículo 1 de la Ley 17.520 amplios conceptos acerca de la finalidad que se le puede dar al peaje o a las concesiones de obra que se desarrollan a través del peaje. Dicho artículo establece que “*se aclaran que podrán otorgarse concesiones de obras para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras ya existentes, con la finalidad de obtención de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario...*”

II. 2 - Peaje. Conceptos

Según Dromi *“el peaje es la percepción de una tasa por el uso de una determinada obra, destinada a costear su construcción y mantenimiento o sólo su mantenimiento o conservación”*¹²

Marienhoff afirma que *“el peaje es la contribución o pago que el concesionario de la obra pública tiene derecho a exigir a los administrados que utilizan esa obra (camino, puente, túnel, etc.). Desde luego, dicho cobro, en su monto y modalidades, no depende de la voluntad o arbitrio del concesionario, sino de lo que se haya establecido “ab-initio” con el Estado al formalizarse la concesión; en caso contrario, es lo que determina la Administración Pública, ateniéndose a los principios que correspondan en derecho administrativo”*¹³

El peaje es el instrumento empleado para costear gastos. Quienes pagan estos gastos son los usuarios de la obra pública como contraprestación a dicha construcción y conservación. La cuantía del importe a pagar depende de la magnitud de los capitales invertidos por el explotante, de ahí que deba existir siempre una proporción razonable entre lo que el concesionario aporta efectivamente a la comunidad y lo que va a recibir de ella en forma de peaje.

II. 3 -Constitucionalidad del peaje

La constitucionalidad de este instituto financiero ha sido puesta en duda varias veces, y siempre va a ser fuente de debate. Se ha sostenido que viola la libertad de

¹² DROMI, Roberto., “Derecho Administrativo”, Edit. Ciudad Argentina, 1996.

¹³ MARIENHOFF, Miguel S., “tratado de Derecho Administrativo”, tomo III-B, Edit. Abeledo Perrot, 1994

tránsito garantizada por la Constitución Nacional (Art. 9 a 12). La Constitución tiende a prohibir el *gravamen* a la libre circulación o *tránsito interprovincial* o al *exterior*; aún cuando se aplique entre dos provincias no equivale a los derechos de tránsito abolidos por la Constitución Nacional. Algunos consideran que la validez constitucional del peaje está condicionada a la existencia de otra vía de uso gratuito para realizar un recorrido semejante al mismo (concesionario), es decir, una vía alternativa.

Si entendemos al peaje como un medio de *financiar* la construcción y/o conservación de obras públicas es perfectamente constitucional.

II. 4 - Obligatoriedad del pago

La utilización de las rutas concesionadas por parte de los usuarios implica para éstos la obligación de pagar la tarifa de peaje. La autoridad de aplicación – que es designada en el mismo decreto que establece la concesión a favor de un determinado concesionario- es quien tiene la facultad de fijar, modificar y disponer aquello que considere necesario para su percepción en caso que el pago de dicha tarifa fuera evadido.

La sanción que origina evadir el pago de la tarifa en el puesto de peaje es la multa, sin perjuicio de aplicar otras sanciones adicionales a quienes resistan al pago de la misma. Es la autoridad de aplicación quien tiene el poder de policía para hacer efectiva la sanción antes mencionada; el concesionario sólo puede percibir la tarifa establecida e impedir la circulación de los vehículos que no se encuentren en condiciones de transitar o bien que no reúnan las características correspondientes, pero de ninguna manera podrá utilizar medidas de fuerza para cobrar la tarifa ante la negativa del usuario a pagarla.

En el precedente jurisprudencial “Estado Nacional c/ Arenero el Libertador S.R.L.” al tratar el tema relacionado con las personas que pueden ser obligadas al pago del tributo, se sostiene que: “¿A que personas puede alcanzar un tributo? La Constitución Nacional exige igualdad (Art. 16¹⁴), equidad y proporcionalidad en relación a la población (Art 4¹⁵). De estas exigencias se deduce que la contribución será impuesta, equitativamente, de modo igual a quienes estén en condiciones iguales y sin concentrarse en la población de determinadas provincias”¹⁶.

II. 5 - Valor del peaje. Régimen vigente

Para determinar el valor del peaje hay que remitirse a la Ley 17.520, modificada por la Ley 23.696, que en su Art. 1 establece que: “...se tendrá en cuenta la ecuación económico- financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación, o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva.”

El Art 3 establece lo siguiente “...Para definir la modalidad de la concesión dentro de las alternativas fijadas en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo deberá considerar: 1) que el nivel medio de las tarifas no podrá exceder el valor económico medio del servicio ofrecido. 2) la rentabilidad de la obra, teniendo en cuenta el tráfico

¹⁴ “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y la carga pública”.

¹⁵ “El Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del tesoro nacional, formado del producto de derechos de importación y exportación; del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional; de la renta de correos; de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General, y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional”.

¹⁶ CSJN 18-06-1991 “Estado Nacional c/Arenero El Libertador S.R.L”, considerando 12

presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficios y de los gastos de conservación y de explotación.”

La Ley 23.696 en su Art. 57 agrega que “... *las concesiones que se otorguen de acuerdo con la Ley 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión...*”. El Decreto Reglamentario 1105/89 de dicha ley, en su Art 57 sostiene que: “... *para adjudicar una obra por concesión bajo cualquiera de sus modalidades deberá tenerse en cuenta como elemento básico del contrato su estructura económico- financiera. A los efectos de la valorización de la relación entre inversión y rentabilidad, la estructura económico- financiera deberá expresar la tasa de retorno de la inversión a realizar...*”.

El Decreto 2637/92 en su Art. 5 inc. A) establece que “...*El peaje que abone el usuario no será superior al valor económico medio del servicio ofrecido, como lo establece el inc. 1 del Art. 3 de la Ley 17.520 y su cobro se realizará con posterioridad a las inversiones que aseguren un servicio con ese valor*”. El inc. b) de este Art. Sostiene que “*En los accesos o rutas existentes, las concesiones no serán a título oneroso y los peajes se limitarán exclusivamente a cubrir las inversiones y gastos que demande la explotación de conformidad a lo establecido en el inc. 2 del art. 3 de la Ley 17.520*”. Por último, el Art. 9 del referido Decreto dice que “*la tarifa que debe pagar el usuario, en ningún caso podrá superar el valor económico medio de los servicios prestados. (...) El contrato de concesión asegurará el respeto del régimen tarifario acordado, durante todo el período de concesión. Ello sin perjuicio de las nuevas obras que se hubiesen pactado para el caso de incrementos del tránsito por encima de las*

metas previstas, en cuyo caso también se aplicará el principio del beneficio del usuario mencionado en el párrafo anterior”

II. 6 - Pautas para fijar la tarifa de peaje

Habitualmente a la hora de fijar la tarifa de peaje, las empresas toman en cuenta diversos factores, algunos de muy difícil cuantificación, que los podemos desglosar en los siguientes ítems:

- El caudal de tránsito estimado, obtenido a través de censos actuales de tránsito y ponderado a futuro según un índice representativo que tenga en cuenta el crecimiento esperado del tránsito en base a sucesos de probable ocurrencia.
- Las inversiones en obras, ya que en muchos casos se deben tomar créditos y el mayor o menor monto de inversión incide a la hora de acordar una razonable tasa de interés.
- El plazo de la concesión otorgada por el Estado, que determinará el tiempo en el cual las empresas podrán recuperar el capital, los intereses y las utilidades.
- Los costos de explotación, de mantenimiento, de conservación, operativos, etc.
- La tasa interna de retorno (T .I. R) máxima permitida por el concedente, como ocurre en algunos casos; o la invariabilidad de la misma que en este caso es de fundamental importancia, ya que por contrato, toda variación económica debe ser analizada bajo la perspectiva de mantener constante la T.I.R presentada por la empresa ganadora de la licitación.
- Aspectos impositivos.

III) Naturaleza jurídica de la relación usuario del corredor vial y concesionario vial

III.1- Tesis Tributarista

El peaje es un tributo, una contribución especial, porque tiene un destino claramente fijado por el legislador para la construcción, mantenimiento o reparación de obras viales.

**Relación extracontractual entre concesionario – usuario*

No hay contrato entre el usuario y el concesionario. A este último no se le puede atribuir otras responsabilidades que aquellas previstas en los pliegos de concesión. Es por ello que el concesionario únicamente responde en caso de incumplimiento – ya sea por acción u omisión- de las cargas o deberes impuestos por el marco regulatorio vigente – defectos de señalamiento, omisión de detención del tránsito en caso de peligro, baches, roturas de los caminos o presencia de obstáculos en los mismos-. El concesionario no tiene delegado el poder de policía, seguridad y tránsito, que pertenece al Estado y es irrenunciable.

La responsabilidad civil que se puede atribuir al concesionario vial, en virtud de factores objetivos, tiene su fundamento en la teoría del riesgo creado Art. 1113 2do párrafo del Código Civil; sin descartarse la atribución subjetiva de la responsabilidad por culpa, como la falta de conservación de la red vial o por no adoptar medidas diligentes de custodia. La prescripción de la acción dos años – Art 4037 del Código Civil-.

Esta tesis fue receptada en los fallos Colavita¹⁷ y Bertinat¹⁸.

III.2 - Tesis contractualista

Quienes sostienen esta tesis alegan que el peaje es un precio que abonan los usuarios, en el cual está incluido el IVA, lo que pone en evidencia que no puede tratarse de un tributo, pues técnicamente no puede haber un tributo (IVA) sobre otro tributo (el peaje), por lo que el usuario es un consumidor final y no un contribuyente.

**Relación contractual entre concesionario- usuario*

Existen diferentes puntos de vista, por un lado se considera que es un contrato atípico que genera dos obligaciones:

- A) Una *obligación principal o típica*, de hacer, que consiste en permitir el uso del corredor a quien abone la tarifa de peaje; y
- B) Una *obligación de seguridad* (Art.1198 de Código Civil), la que se encuentra en forma expresa o tácita en todo tipo de contratos, por lo cual el concesionario debe procurar que el usuario no sufra daños en su persona al momento de la circulación por el tramo a su cargo.

Por otro lado, se sostiene que es un contrato de estipulación a favor de terceros (Art. 504 del Código Civil). Esta es la postura que sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Pereyra de Bianchi c/ camino del Atlántico”, en el que la Corte si bien reconoció que entre el concesionario y el usuario existe una típica relación de consumo, debió recurrir a esta postura por la imposibilidad de aplicar retroactivamente

¹⁷ CSJN 07-03-00 “Colavita, Salvador y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”.

¹⁸ CSJN 07-03-00 “Bertinat, Pablo J. y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”.

la Ley de Defensa del Consumidor por tratarse de un hecho consolidado antes de la entrada en vigencia de dicha ley. La prescripción de la acción sería de 10 años.

III.3- Tesis jurisprudencial del incumplimiento de la obligación

Esta postura prescinde de la relación concesionario- usuario. Tiene en cuenta la mayor o menor aleatoriedad de la prestación o resultado de indemnidad prometido por el concesionario al usuario; ejemplo: si un automovilista que circula reglamentariamente por una ruta concesionada sufre un accidente causado por baches, troncos, sustancias deslizantes etc., el resultado dañoso -accidente de tránsito- no es una consecuencia normal de la circulación vehicular, por lo que el juez tendrá por acreditada de manera indirecta la responsabilidad del concesionario, alivianando la carga probatoria de la víctima.

III.4- Tesis de la relación de consumo

Para esta postura es un Servicio Público, es decir, el automovilista que circula por el corredor vial concesionado es un usuario vial y el concesionario de peaje es un verdadero proveedor de servicios viales. La modificación de la Ley de Defensa del Consumidor amplió la noción de usuarios a aquellos que sin ser parte de una relación de consumo, utilizan servicios como destinatarios finales – ejemplo: podrían tener legitimación activa el peatón, cualquier persona o pasajero transportado que resulte damnificado al momento de trasladarse por el espacio vial concesionado a causa de algún defecto de mantenimiento o de conservación de la ruta o por el incumplimiento de algunos de los servicios que debe brindar el concesionario a los usuarios como ser auxilios mecánicos o médicos extinción de incendios etc.

La relación de consumo entre concesionario- usuario, excede el marco negocial abarcando todas las circunstancias previas y posteriores a la celebración del contrato que se da cuando el automovilista abona el peaje. El Art 40 de la Ley de Defensa de Consumidor abarca supuestos de responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual. La relación de consumo se perfecciona cuando el automovilista accede o usa la red vial concesionada, independientemente de que haya pagado o no el peaje

IV) Ley 24.240 de defensa del consumidor y su modificación Ley 26.361

IV.1-Incorporación del derecho del consumidor al derecho vigente

El régimen normativo argentino de defensa de los consumidores y usuarios fue conformándose paulatinamente a través de sucesivas etapas. En una *primera etapa* en el año 1993 a partir de la promulgación de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuarios se reconoció al derecho del consumidor como un ámbito protectorio para un sujeto particular, regulando el contrato de consumo; en una *segunda etapa* en 1994 se constitucionalizó el derecho del consumidor al incorporar en nuestra carta magna el Art 42¹⁹ instituyéndolo como un derecho de tercera generación. Esta fue una etapa rica en interpretaciones doctrinarias y judiciales que permitió ampliar el campo de aplicación y la tutela de este derecho. En la *tercera etapa* con el dictado de la ley 26.361 se

¹⁹ “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección a la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”

amplificó notablemente la aplicación del régimen de defensa del consumidor con la incorporación del sujeto expuesto a la relación de consumo y la modificación de noción de consumidor y proveedor.

IV.2-El derecho del consumidor en los Proyectos de Código Civil

* El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, conocido como Proyecto de 1987 o Código Único, no incluyó normas relativas al derecho del consumidor de modo sistemático, debido a que esa rama jurídica no había adquirido mucho desarrollo a ese momento ni tampoco existía ninguna legislación específica.

Por entonces este tema era solo tratado en jornadas especializadas pero carecía de régimen propio.

Sin embargo ese Proyecto trató la responsabilidad por productos elaborados que constituye el origen del actual Art 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

* El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 no incluyó normas específicas referidas al régimen del consumidor. El Proyecto de la Comisión Federal de Juristas de 1993, al tratarse de una modificación parcial del Código Civil no contempló el tema del derecho de defensa del consumidor.

* El Proyecto de Código Civil de 1998 tampoco incluyó normas del derecho del consumidor, por entonces se consideró prudente mantener la condición de microsistema o régimen especial.

* En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, de 2012, se incorpora normativa específica relativa al derecho del consumidor. Se incluye el concepto de consumidor entre otras normas importantes. En el TITULO V “Otras

fuentes de las obligaciones”, CAPITULO 1 “Responsabilidad Civil” en su SECCION 7º “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades” contiene las siguientes normas relacionadas con la problemática planteada en el trabajo:

- *Artículo 1757*: Hechos de las cosas y actividades riesgosas.

Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

- *Artículo 1758*: Sujetos responsables.

El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

- *Artículo 1759*: Daño causado por animales.

El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757.

IV.3- Reconocimiento jurisprudencial

La Ley de defensa del Consumidor incluyó la regulación del contrato de consumo en su articulado, pero en su raíz, y especialmente confrontándolo con la noción constitucional de relación de consumo, su ámbito de aplicación era mucho más amplio. En tal sentido, los tribunales y los lineamientos de la Corte Suprema Justicia fueron extendiendo el ámbito de aplicación del régimen protectorio del consumidor.

- En el Caso “Ferreyra c/ V.I.C.O.V. S.A.”²⁰ se decidió la responsabilidad por daños derivados de concesiones viales, por accidentes causados por animales sueltos, con fundamento en la *relación de consumo*. La mayoría consideró que las concesiones de peaje constituyen un servicio público emplazado en la relación de consumo, de jerarquía constitucional (Art 42 CN) y legal (Ley 24.240), desplazando las normas de derecho administrativo y reglamentario.

- En el Caso “Mosca c/ Provincia de Buenos Aires”²¹ se responsabilizó al club de futbol y a la AFA como entidades organizadoras del espectáculo deportivo, con sustento en el *deber de seguridad* de fundamento constitucional, afirmándose: “el derecho a la seguridad previsto en el Art 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”. El deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales y bilaterales.

²⁰ CSJN, 21/03/2006 “Ferreyra, Víctor D y otro c/V.I.C.O.V S.A s/ Daños”; Fallos: 329:695.

²¹ CSJN, 06/03/2007 “Mosca Hugo A c/Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños”, Fallos:330:353

• En el caso “Ledesma c/ Metrovías S.A.”²² se trató de las lesiones sufridas por la actora al descender de un vagón de subterráneo en medio de un tumulto, aplicándose el Art 42 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe el *deber de seguridad y trato digno a los consumidores*. se ha dicho que al usuario no le es exigible el deber de diligencia propio del ámbito contractual porque no está en condiciones de efectuar pruebas de verificación y de información que rige la relación negocial. Se dijo que la única eximente válida que puede esgrimir el proveedor- en el estadio del nexo causal- es el caso fortuito o fuerza mayor.

De este modo se puede apreciar que en la configuración de la relación de consumo se ha pasado de *acto de consumo* al *hecho de consumo*, entendido como relación de consumo en sentido amplio.

En la actualidad el derecho de defensa del consumidor se ha desarrollado y alcanzado su madurez, como una verdadera rama especial del derecho, con notas que permiten distinguirlas de las otras ramas clásicas, pero teniendo una naturaleza interdisciplinaria y multidisciplinaria que permite abordarla desde distintos puntos.

IV.4- Consumidor- proveedor: conceptos

Luego de realizar un análisis sobre el surgimiento y evolución de la Ley de Defensa del Consumidor, considero necesario adentrarnos en el análisis de algunos artículos del ordenamiento ya que el vínculo jurídico existente entre el concesionario y el usuario vial es una típica relación de consumo.

Lo primero será definir a una de las partes más importantes de la relación de consumo, el *consumidor*. Éste es calificado en función del destino que le asigna a los

²² CSJN, 22/04/2008 “Ledesma María L c/ Metrovías S.A.”; Fallos331:819

bienes o servicios de que dispone por lo que resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúa a título personal o familiar, siempre que sea para su uso privado. De lo cual surge que la característica que define al sujeto protegido es que actúa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y quien sin ser parte de la relación de consumo como consecuencia y en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

En los últimos años el concepto de consumidor ha ido tendiendo a la ampliación principalmente en razón de una cantidad de situaciones en las cuales el adquirente se encuentra en similar condición de debilidad que la del consumidor.

En segundo lugar es necesario referirnos al *proveedor*, la otra parte de la relación de consumo. El proveedor es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marcas, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

Teniendo en cuenta las nociones de consumidor y proveedor, debemos decir que el ordenamiento legal prevé ciertos deberes que es necesario analizar, ya que se relacionan directamente con el concesionario vial.

IV.5- Deber de información y deber de seguridad

Uno de los deberes más importantes es el *deber de información*. Es un deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en prestación, o atinente a

actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad comercial que pueda generarse en la otra parte si no son suministrados. Debe destacarse que el correcto suministro de información sirve también para cumplir un importante papel de cara a la evitación de daños, personales o materiales, en la persona del propio contratante, o de terceros ajenos a la relación contractual. Por ejemplo, en el caso del concesionario vial, este deber se ejecuta colocando la señalización de las distintas situaciones que pueden presentarse al usuario en el corredor vial, por ejemplo, el peligro de animales sueltos, la calzada en reparación, las velocidades máximas y mínimas, etc. El consumidor tiene en el conocimiento o la falta de éste uno de los aspectos más vulnerables. La información está en manos de expertos porque la buscaron para elaborar el producto o suministrar el servicio.

Otro de los deberes que nos ocupa, es el *deber de seguridad*, el cual se encuentra plasmado en el artículo 42 de nuestra Carta Magna. El artículo 5 de la Ley de Defensa del consumidor establece claramente y en forma expresa una obligación de seguridad, en función de la cual los sujetos enumerados en el artículo 2 le garantizan al consumidor o usuario al que se hallan ligados contractualmente que durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada no le será causado daños sobre otros bienes diferente de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del contrato. Ello no implica dejar de lado el hecho de que la norma cumpla también un rol de “tutela preventiva” del usuario, en el sentido de que su incumplimiento haría pasible a las empresas de las sanciones administrativas contempladas por la ley.

Los concesionarios viales asumen ante el usuario una obligación de resultado, en consecuencia su responsabilidad es objetiva y solo puede exonerarse de responder por el

daño causado a aquel interrumpiendo el nexo causal. Eso es así, pues la Ley de Defensa del Consumidor le impone a la empresa la obligación de garantizar a los usuarios que no sufrirán ningún daño a raíz de la prestación de servicio.

En relación a la responsabilidad de los concesionarios viales se puede decir que siendo la relación que vincula al concesionario de peaje con el usuario de los corredores viales concesionados una típica relación de consumo, la obligación de seguridad se encuentra indudablemente incorporada a su contenido virtual en razón de lo prescripto en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 5 de la ley 24.240 de protección al consumidor y que el concesionario de red vial responde ante los usuarios en los términos del artículo 5 de la Ley de Defensa Del Consumidor.

V) Conclusiones

Con respecto al primer tema que hemos desarrollado en este apartado, podemos decir que han existido, a lo largo de la historia diferentes razones para imponer el peaje. Pero hoy, sin duda, su fundamento descansa en el principio de justicia distributiva: *paga la obra quien la utiliza*. De esta manera se mantiene inalterable el principio de igualdad.

El otro tema tratado es el relacionado con la Ley de Defensa del Consumidor, desde la sanción de esta ley se produjo un antes y un después en las relaciones de consumo. El ciudadano a partir de entonces, tuvo la posibilidad de asumir un rol activo en la defensa de sus derechos como consumidor y usuario.

En cuanto al vínculo que existe entre los usuarios de los corredores viales y los concesionarios viales podemos decir que la *tesis de la relación de consumo* es la que mejor explica esta relación. Puesto que el automovilista que circula por el corredor vial

concesionario es un usuario vial y el concesionario de peaje es un verdadero proveedor de servicios viales.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, se han incluido algunas normas respecto a la problemática planteada en este trabajo; pero considero que el tratamiento dado ha sido de manera global y no se ha hecho hincapié en algunas cuestiones puntuales que, según mi opinión, revisten de cierta importancia.

En cuanto a los deberes de información y seguridad, podemos decir que ambos son muy importantes. Respecto del primero, los concesionarios viales tienen un rol relevante porque de este depende, en muchos casos, la evitación de daños, ya que el consumidor tiene en el conocimiento o en la falta de éste uno de los aspectos más vulnerables. En cuanto al deber de seguridad, la Ley de Defensa del Consumidor le impone a las empresas la obligación de garantizar a los usuarios que no sufrirán ningún daño a raíz de la prestación de servicio. Dicha obligación se encuentra contemplada en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 5 de la ley 24.240 de protección al consumidor.

CAPITULO III

Evolución del criterio jurisprudencial

Sumario: I) Introducción; II) Jurisprudencia: fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos: “Colavita”, “Bertinat”, “Ronco”, “Ferreyra”, “Bianchi”; III) Conclusiones

I) Introducción

Este capítulo lo vamos a dedicar al estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para ello citaremos los casos más relevantes, que según mi opinión, nos permitirá apreciar cómo paulatinamente el Alto tribunal fue virando su criterio para resolver aquellas cuestiones que tienen como eje central la problemática planteada en este trabajo.

Comenzaremos haciendo un análisis general de los fallos, del voto de los magistrados y haremos comparaciones respecto de las coincidencias y diferencias de los mismos.

Finalizaremos con las correspondientes conclusiones.

II) Jurisprudencia

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Los hechos de inseguridad en detrimento de los derechos de los usuarios al momento de utilizar un servicio prestado por un profesional como es el concesionario nos llevaría a pensar que no podría, en principio, atribuirse como un hecho fortuito o imprevisible como eximente de responsabilidad dado que se tratan de delitos cuyo conocimiento de parte del prestador del servicio, como del propio Estado, datan de hace años. Sin embargo el deber de seguridad que asume el concesionario frente al usuario ha sido interpretado con diferentes alcances y, tanto la doctrina como la jurisprudencia, no ha sido uniforme, sino que por el contrario, se han mostrado diferentes criterios de interpretación. Por un lado se sostuvo la *irresponsabilidad del Concesionario* frente a

estos hechos, alegando la eximente del tercero por el cual no debe responder y el caso fortuito, por ser un hecho imprevisible o previsible pero inevitable ; por otro lado, se ha atribuido *responsabilidad al concesionario* por entender que el deber de seguridad antes referido alcanzaba su responsabilidad por los daños que el usuario sufre por la utilización del servicio, no constituyendo el hecho del tercero el caso fortuito por ser sucesos previsibles y evitables para el concesionario, quien tenía el deber de adoptar medidas de seguridad eficaces para evitar su producción, teniendo en cuenta su grado de profesionalismo en mérito a las especiales circunstancias del caso.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación , desde el año 2000, en los precedentes “Colavita” y “Bertinat”, fijó un criterio restrictivo sobre la responsabilidad de los concesionarios viales, la cual solo era admitida en caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones o deberes asumidos en el régimen legal- reglamentario, por medio del cual el Estado Nacional otorgó la concesión del servicio, con sustento en un factor subjetivo de atribución, eximiéndolas, en los supuestos de aparición de animales sueltos.

En el precedente “Colavita”, sostuvo el Supremo Tribunal que la concesionaria “... se encontraba obligada a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino ..., dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido ..., enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario.”²³. Para la Corte no resulta admisible extender la responsabilidad

²³ CSJN,2000/03/07 “Colavita Salvador y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”

del concesionario vial más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza.

En el precedente citado como en el caso “Bertinat”²⁴ la Suprema Corte de Justicia de la Nación rechaza la demanda de daños planteada por el actor, que, habiendo impactado su vehículo con un animal suelto que se encontraba en una ruta concesionada, sufre daños en sus bienes e integridad física, alegando que la concesionaria no respondía frente al usuario por este tipo de hechos, sosteniendo entre otros argumentos, que no existe entre el usuario y el prestador del servicio una relación de consumo, ya que el peaje no constituye una retribución o un precio que se abona por el servicio, sino un tributo, que solamente puede haber una relación extracontractual y que en el caso no había responsabilidad ya que el deber de seguridad de la demandada se limitaba al mantenimiento, conservación, etc. del corredor vial, que no era propietaria ni guardadora del animal que produce el siniestro. Por ello devenía en irresponsable por los daños reclamados: en consecuencia, no existía entre ambos una relación contractual, ni mucho menos, de consumo.

En el precedente “Ronco, Horacio Alberto c. Autopistas del Sol S.A.”²⁵ de fecha 20 de diciembre de 2006, el actor demanda al corredor vial por los daños sufridos al impactar con un neumático que se encontraba en la autopista, no resultando favorable el fallo a su pretensión; el Tribunal, siguiendo los lineamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los precedentes “Colavita” y “Bertinat” sostiene que entre la concesionaria y el usuario no existía una relación de consumo, porque el peaje no consistía en una retribución, en un precio por el uso del servicio, sino una contribución

²⁴ CSJN, 2000/03/07, “Bertinat, Pablo J y otros c/ Provincia de Buenos Aires y otro”.

²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 20/12/2006, “Ronco Horacio Alberto c/ Autopistas del Sol S.A” online: AR/JUR/8783/2006

que ostentaba naturaleza tributaria: “la relación entre el poder concedente y la concesionaria es contractual y de derecho administrativo, bajo cuyos parámetros deben decidirse también las relaciones entre la concesionaria y el usuario, que deben contemplarse desde la óptica de la responsabilidad extracontractual, pues el peaje es una contribución de naturaleza tributaria y no el pago de un precio por la utilización de la ruta, es la percepción de una tasa, por el uso de una determinada obra, destinada a costear su construcción y mantenimiento, importando el derecho, a favor del contratista, de exigir a los administrados un precios por la utilización de la obra, cuyo monto y forma de pago deben ser establecidos en el momento de formalizarse la concesión o puede fijarlos posteriormente la Administración, por ser una facultad que le corresponde sólo a ella”

La doctrina sentada en los fallos antes mencionados contradice lo resuelto por la Corte en el precedente “*Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón C/ V.I.C.O.V. S.A S/ daños y perjuicios*”. Este caso llega a la Corte por la articulación del recurso extraordinario contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco que decidió desestimar los recursos de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de ley o doctrina legal interpuestos por la demandada y, en consecuencia, dejó firme la sentencia de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, de la ciudad de Resistencia, que había hecho lugar a la demanda promovida por los actores, contra la concesionaria vial de la ruta Nicolás Avellaneda, por daños y perjuicios derivados de la colisión acaecida al impactar el automóvil de propiedad de los demandantes con un animal equino.

El fallo del Superior Tribunal compartió el criterio sostenido por la Cámara, en el sentido de la responsabilidad amplia del concesionario, de naturaleza contractual y derivada del incumplimiento del deber de seguridad, estimando además acertada la

diferenciación efectuada por el tribunal de primera instancia, respecto del vínculo entre el Estado concedente y el concesionario, relación de derecho público que no es oponible al usuario del sistema de rutas concesionadas por peaje, quien al pagarlo establece con la empresa concesionaria una vinculación de derecho privado y de base contractual, constituyendo una típica relación de consumo.

El vínculo existente entre el usuario y el concesionario vial es una típica relación de consumo de conformidad a las disposiciones de los arts. 1 y 2 de la Ley 24.240. A su vez, la empresa concesionaria es un típico proveedor de servicios conforme lo caracteriza el art. 5 de la Ley nacional de tránsito 24.449, descripción que se ajusta a lo determinado en el art. 2 de la Ley 24.240, al ser una persona jurídica de naturaleza privada, que en forma profesional presta servicios

Por ende, la responsabilidad del concesionario por los daños sufridos por el usuario se ubica en el régimen contractual. El concesionario tiene frente al usuario, una obligación tácita de seguridad de resultado, expresamente establecida en los arts. 42 CN y 5 de la Ley 24.240, constituyendo el peaje el precio que paga el usuario para obtener como contraprestación la seguridad que el corredor vial estará libre de peligros y obstáculos y que transitará con total normalidad

Queda evidenciado a través de la doctrina y jurisprudencia que la relación usuario concesionario se separa del contrato de derecho público de la Concesión, y emerge con caracteres autónomos en el contrato oneroso del consumidor y usuario, y por lo tanto enmarcado dentro de la Ley 24.240 de defensa del consumidor y usuario.

F Voto del Dr. Zaffaroni:

El Dr. Zaffaroni Comienza su voto estableciendo la correspondencia que debe haber, en la interpretación del derecho, en la norma fundamental del Art 42 de la

Constitución Nacional y la Ley 24.240, hacia los consumidores y usuarios, aclarando que la interpretación de ésta no puede resultar contraria a la norma fundamental.

Destaca que en esta relación contractual de derecho privado nace una obligación objetiva de seguridad a cargo de la concesionaria. Asienta esta obligación de seguridad en el principio de buena fe del art.1198 del Código Civil, pues el servicio que se presta es de carácter continuado, modalmente reflejado por el ingreso a las rutas en forma masiva, y de uso simultáneo, sin que pueda existir una deliberación previa de forma que permita al usuario modificar las condiciones de la prestación.

Este deber de seguridad se corresponde con la prestación del servicio, a cargo del concesionario, en términos tales que mantenga indemne la integridad física y patrimonial del usuario, pues en esa consecución éste ha depositado su confianza, la cual, objetivamente considerada, estriba en el tránsito por la vía concesionada sin riesgo alguno para dichos bienes. Deber de seguridad que ha sido receptado por el art.5° de la Ley 24.240, que introduce, en forma inescindible, la noción de eficiencia que procura tal tutela legal.

Destaca que en el deber de custodia se centra la responsabilidad objetiva del concesionario como una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido. Se agregan a este deber de custodia, las demás prestaciones que se encuentran a su cargo, como son las de vigilancia permanente, remoción inmediata de obstáculos y elementos peligrosos, y alejar a los animales que invadan la ruta dando aviso, de inmediato, a la autoridad pública correspondiente.

Es a todas luces el reconocimiento de los derechos del consumidor y usuario, frente al servicio público, en virtud del art.42 de la Constitución Nacional. Esta norma ha producido un cambio profundo de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante el usuario. Esta especificación de los derechos supone que ellos ya no están dirigidos a un hombre genérico, sino que se centran en aquellos colectivos situados por razones culturales, sociales, físicas, económicas, administrativas, etc. En una situación de inferioridad que es necesario compensar desde los derechos humanos.

F Voto del Dr. Lorenzetti:

El Dr. Lorenzetti Analiza la situación que le cabe al usuario de rutas, frente al concesionario. Describe y caracteriza al primero como una persona común, que accede a la vía apoyado en el principio de confianza que se asienta en la seguridad que espera del servicio que brindará el concesionario. El usuario, por este hecho, es un débil contractual, que no puede examinar el cuadro situacional, por varias razones:

- a) en primer lugar porque es un servicio masivo,
- b) en segundo lugar porque no conoce el funcionamiento del servicio,
- c) y en tercer lugar porque desconoce las previsiones y medidas que con respecto al servicio ha adoptado el concesionario.

En este análisis hace jugar el principio de confianza en la apariencia jurídica de la organización, para decir que ambos criterios son esenciales para la prestación del servicio, y para apreciar como queda materializada esta relación.

En consecuencia no se puede trasladar al usuario ni la asunción de riesgos propios de la actividad, ni la de errores culpables, porque es el concesionario quien profesionalmente ofrece y realiza el servicio. Sabe, en consecuencia, cómo prestarlo, en las formas, maneras y seguridades adecuadas. El usuario no puede nunca asumir la conducta de un contratante experto, porque no lo es, y porque las características del servicio no se lo permiten.

Lorenzetti parte del concepto de la relación de consumo, principio consagrado en la norma del art.42 de la Constitución Nacional, y aunque no menciona que su fuente, en el caso, ha sido contractual y mas específicamente el contrato de peaje, su opinión supone este encuadre porque se detiene en el análisis de los sujetos que la integran: concesionario y usuario, y lo hace caracterizando a las obligaciones que genera. Señala al respecto que el concesionario que entienda que solo le cabe el mantenimiento del uso y goce de la ruta, sin brindar servicios complementarios relativos a la seguridad, es contraria a esa expectativa legítima, así como violatoria del claro mandato de seguridad mencionado en el art.42 de la Constitución Nacional.- Por eso señala la obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, como también aquellos deberes colaterales con fundamento en la buena fe (art. 1198, Código Civil). Entre estos últimos deberes destaca el deber de seguridad, de fuente constitucional y legal, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles, conforme lo establece expresamente el art.5°, inc.m) de la Ley 24.449, al caracterizar al concesionario vial diciendo que es: “ el que tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o mantenimiento y/o explotación, la custodia, la administración y la recuperación

económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación...”.

Se sirve de la relación de consumo, en el caso la relación que se crea entre el concesionario y el usuario, para extenderla no solamente al que paga el peaje, sino también a los acompañantes que viajan en el vehículo como usuarios, conforme así lo entiende el art.1° de la Ley 24.240, al involucrar en el acto de consumo a los familiares y el grupo social.

F Análisis comparativos de los Votos de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti. Coincidencias y diferencias en sus argumentos.

En lo sustancial, y pese a una mayor adscripción del Dr. Zaffaroni a la tesis contractualista de derecho privado y del Dr. Lorenzetti a la teoría de la relación de consumo, ambos criterios muestran muchos puntos en común, lo que en algunos tramos argumentales son bastantes compatibles y armonizantes.

Las *coincidencias* radican en:

- El régimen de concesionarios viales por peaje está enmarcado en la relación de consumo, de jerarquía constitucional (Art. 42 C.N) y legal (Ley 24.240). Por consiguiente la cuestión corresponde al derecho privado y rigen las normas que regulan la responsabilidad civil, desplazando las del derecho administrativo y reglamentario.
- El vínculo jurídico entre concesionario y usuario estriba en los principios y estándares de conducta que fluyen del artículo 1198 del Código Civil: buena fe; confianza del usuario de que el concesionario asumirá las conductas razonables

exigibles y esperables; y la legítima expectativa de que asegurará su indemnidad física y patrimonial durante todo el tramo concesionado.

- El peaje que paga el usuario es el precio de un servicio. La obligación esencial y primaria del concesionario y que resulta de los pliegos generales y particulares de la concesión y del reglamento de explotación, es facilitar el tránsito libre y normal por la ruta.

- La explotación del servicio conlleva beneficios económicos y riesgos empresariales.

- El concesionario debe responder por los daños causados por animales sueltos que invaden la ruta, la que no resulta enervada por la responsabilidad que el artículo 1124 del Código Civil establece para el dueño o guardián del animal.

Por otro lado, Lorenzetti enfatiza más en los estándares o cláusulas generales que emanan de ponderar valores, normas, y principios jurídicos: la buena fe que debe presidir la conducta contractual del concesionario; la confianza del usuario de que el concesionario y el Estado protegen su seguridad tutelando su vida y su salud, confianza nacida al abrigo de la apariencia jurídica y en la expectativa legítima de que la empresa asumirá conductas de acción tendientes a asegurar ese cuidado y protección.

En lo atinente a las *diferencias* que exhiben ambos votos, que no constituyen posturas sustancialmente discrepantes, se advierte que el *Dr. Zaffaroni* recalca la naturaleza contractual de la relación usuario concesionario y que la empresa asume una obligación objetiva de seguridad por resultados, consistente en garantizar que aquél llegará sano y salvo al final del recorrido, y un deber de custodia y vigilancia permanente de remoción inmediata de obstáculos.

En cambio, si bien el *Dr. Lorenzetti* alude a ese deber de seguridad de raíz constitucional y legal (Art. 42 de C.N y Art. 5 de la ley 22.240) su postura exhibe dos posturas muy distintivas: desde un punto de vista, ese deber de seguridad es más amplio en cuanto a su causa fuente porque no solo comprende el entramado fáctico de origen contractual, sino también abarca a los actos unilaterales o hechos jurídicos suscitados entre usuarios y concesionarios. Pero, por otro lado, el deber de seguridad es más limitado ya que no consiste en una garantía objetiva de resultado, sino que reposa en el principio de derecho común: la previsibilidad, conforme la regla del artículo 902 del Código Civil, que no conlleva soluciones estandarizadas sino que debe atenderse al caso concreto.

Lo esencial en la diferencia interpretativa es que la obligación de seguridad a cargo del concesionario para el *Dr. Zaffaroni* siempre e invariablemente es objetiva y por lo tanto incumbirá demostrar en cada caso la configuración de algún eximente (culpa de la víctima o de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor). La obligación de seguridad para el *Dr. Lorenzetti*, oscila entre la obligación de medios o de resultado que incide conforme a la singularidad de cada caso por un punto nuclear: el régimen de la causalidad adecuada (Arts. 901 a 906 del Código Civil).

Desde “*Ferreira*” se ensanchó el margen interpretativo de los jueces de grado ya que, a diferencia de lo que ocurrió antes, en la causa “*Greco*”, se sostuvo que no constituye un acto judicial descalificable interpretar que el derecho de consumo conforma la matriz jurídica de la responsabilidad de los concesionarios viales.

Otro precedente importante en el tema que estamos tratando es el *Caso Bianchi*²⁶ ; el matrimonio Bianchi y su hijo menor viajaban en su automóvil acompañados por otros dos menores (invitados por la familia) por la ruta provincial Nro 11 desde Villa Gesell hacia la Ciudad de Mar del Plata, de noche, cuando a doce kilómetros de la ciudad de destino, se cruzaron con dos equinos, colisionando uno de ellos contra el automotor. A raíz de este hecho falleció el Señor Héctor Bianchi (conductor del vehículo) y los demás ocupantes sufrieron lesiones graves.

En este caso se promovieron dos procesos judiciales:

- La cónyuge y su hijo demandaron a la provincia de Buenos Aires, empresa concesionaria y a quien resulte dueño o guardián de los animales que provocaron el accidente, el resarcimiento del daño material y moral por la pérdida de la vida de Héctor Bianchi y los daños propios (también materiales y morales). Durante el proceso desistieron de la demanda planteada contra quien resulte dueño o guardián de los animales que provocaron el accidente.

- En el otro proceso, los menores transportados, dedujeron demanda resarcitoria contra la Provincia de Buenos Aires, empresa concesionaria, quien resulte dueño o guardián de los animales y contra la sucesión del conductor de automóvil (herederos de Bianchi) y el titular dominial del vehículo que los transportaba benévolamente.

La Corte Suprema de justicia de la Nación, en lo sustancial resolvió lo siguiente:

²⁶ CSJN, 07/11/2006 “Bianchi Isabel del Carmen Pereyra de c/Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios” Fallo329:4944- online: AR/JUR 6480/2006

- *Rechazar* la demanda planteada contra la Provincia de Buenos Aires, por no ser poseedora de los equinos y no haber incumplido su poder de policía de seguridad.

- *Hacer lugar* a la pretensión resarcitoria contra la concesionaria vial por haber incumplido los deberes y obligaciones a su cargo.

- *Desestimar* la demanda promovida contra la sucesión del conductor y contra el titular dominial del vehículo que los transportaba, porque ocurrió el hecho de un tercero – concesionario vial- que los eximió de responsabilidad.

En cuanto a la decisión que adoptó la Corte Suprema, considero que resulta interesante analizar los aspectos más importantes de los votos de las mayorías y minorías, desde los tres aspectos fundamentales: Responsabilidad del Estado Provincial, Concesionario Vial y situación de los Animales Orejanos

- *Responsabilidad del Estado. Los animales orejanos.*

La interpretación de la mayoría se basó en dos argumentos esenciales:

I) Responsabilidad del Estado

Se reiteró lo resuelto en el caso “Colavita” sobre la insuficiencia del ejercicio del poder de policía de seguridad del Estado para la atribución de la responsabilidad por los daños provocados por los animales sueltos.

“El ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a

involucrarla a tal extremo por las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivos de hechos extraños a su intervención directa²⁷.

Para la mayoría este fundamento fue decisivo; mientras que para la minoría la cuestión se adujo a mayor abundamiento.

II) Animales orejanos

Con respecto a la propiedad de los equinos no se pudo acreditar que la Provincia de Buenos Aires tuviera la posesión de Buena Fe de dichos animales, posesión ésta que genera una presunción irrefragable de su propiedad (Arts 2412 y 2351 del CC). Conforme al régimen de derecho común del Código Civil y según lo previsto en la ley de marcas y señales en su Art 10²⁸ se establece que los animales orejanos que carecen de marca y señal “como aquella que no fuera suficientemente clara” queda sometido al régimen de cosas muebles. En este caso particular el caballo que ocasiono el siniestro no tenía marca registrada en la Provincia de Buenos Aires.

Para la minoría el caballo con marca no registrada es un animal domesticado abandonado por su dueño, que excluye la responsabilidad del dueño o guardián del animal, pero tampoco estos animales –domesticados y abandonados- pasan al Dominio Privado del Estado. Quienes sostuvieron esta postura alegaron que el poder de policía de seguridad del Estado no alcanza para atribuirle responsabilidad; pero advierten que la actora no identificó el deber de seguridad que la Provincia habría incumplido. En

²⁷ CSJN 07-11-2006 “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” voto Dra. Highton de Nolasco, Considerando 2.

²⁸ “El poseedor de la hacienda orejana y de aquella cuya marca o señal no fuere suficientemente clara, quedará sometido en su derecho de propiedad al derecho común de las cosas muebles, sin perjuicio de las sanciones que estableciere la autoridad local”

definitiva, la minoría considera que existe falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de ésta para producir el perjuicio cuyo resarcimiento se reclama.

** Responsabilidad concurrente del concesionario vial con el dueño del animal*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su anterior composición, sostenía que la responsabilidad del dueño o guardián del animal (según Art 1124 del CC) sólo correspondía al propietario y excluía al concesionario vial. De esta manera las empresas concesionarias se eximen de reparar los daños provocados por los animales sueltos. Salvo por ejemplo que el animal muerto constituyera un “obstáculo inerte” y la concesionaria omitiera removerlo.

En cuanto a los fundamentos de la concurrencia de responsabilidad del dueño o guardián del animal se sustenta en el derecho real de dominio y en cuanto a la concesionaria vial deriva de las obligaciones que asume frente al usuario nacida del vínculo entre ambos.

C) Responsabilidad del concesionario vial

La Corte Suprema de Justicia modificó su jurisprudencia consagrando la mayoría, la tesis consumerista, la cual establece que entre el usuario y el concesionario vial existe una relación de consumo.

La minoría considera que las obligaciones del concesionario vial son las que emergen del contrato de concesión, enderezadas esencialmente al mantenimiento y señalización de las rutas en sí. Por ende la minoría adhiere a la postura tradicional de la Corte respecto a la inexistencia de la relación jurídica entre el usuario y la empresa vial.

Para la mayoría, los pilares esenciales que tipifican la relación usuario – concesionario vial son:

- Que el peaje es un servicio
- La contraprestación que paga el usuario es un precio
- Que el principio rector es la Buena Fe prevista en el Art 1198 del CC
- La obligación de seguridad esta constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos y, también, por deberes con fundamento en la buena fe. Entre estos deberes colaterales”... existe un deber de seguridad, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en rutas concesionadas”²⁹

La mayoría sostuvo que en este caso no es posible la aplicación de la Ley 24.240 y sus modificatorias, la cual alcanzó jerarquía constitucional al ser incorporado en el Art. 42 de la carta magna, porque dicha ley se sancionó con posterioridad al evento dañoso, lo cual excluye (según Art 3 del CC) su aplicación retroactiva; motivo por el cual la cuestión litigiosa se emplazó en el ámbito de la obligación contractual, salvo para la minoría.

La mayoría remarca el deber de seguridad asociado a la previsibilidad de los riesgos, tomando como referencia lo que establece el Art 902 del CC en cuanto a la regla de la causalidad adecuada, lo que lleva a considerar la contingencia y variabilidad de ese deber que depende de las características de la traza vial concesionada. Estos aspectos no están presentes en el voto de la Dra. Highton de Nolasco, para quien el deber de seguridad es más amplio; ya que esa obligación abarca todas las prestaciones

²⁹ CSJN 07-11-2006 “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”voto Dra. Highton de Nolasco, Considerando5

cuyo objetivo final es resguardar la seguridad y la fluidez de la circulación, asegurando que la ruta concesionada se mantenga libre de peligros y obstáculos.

La mayoría destaca, la aplicación de los principios generales del derecho común: la empresa puede prever la aparición de un animal suelto en la ruta; el doble juego de la carga de la información de concesionario: de autoinformación (deber interno) y de información al usuario (deber externo); la asunción de medidas de prevención concretas. Pero al momento de determinar la específica obligación incumplida, se pone el acento en el Reglamento de Explotación (que es la disposición de derecho administrativo dictada por el Estado para fijar los deberes y derechos del concesionario) en cuanto prevé que en la emergencia el concesionario debe adoptar acciones positivas para asegurar la transitabilidad de la ruta. Highton de Nolasco en consonancia con su criterio de asignarle mayor amplitud a la prestación a cargo de la concesionaria, apoya sus conclusiones en su deber genérico y de derecho común –legal y contractual- soslayando las normas reglamentarias y de derecho administrativo.

Otro aspecto compartido en el voto de la mayoría y Highton de Nolasco radica en el soporte normativo, pues se remite a la culpa y la causalidad adecuada de los Arts 512 y 902 del CC³⁰. En cambio la minoría y a Zaffaroni, aunque desde posturas jurídicas distintas, arriban a la misma conclusión al invocar como único fundamento legal el Art 902 del CC. Sostienen que los únicos deberes incumplidos son los que se encuentran en el Reglamento de Explotación y del deber de señalización que en el caso se consideró incumplido, concluyendo, de esta manera, en la responsabilidad del concesionario vial.

³⁰ CSJN 07-11-2006 “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios” voto Dra. Highton de Nolasco, Considerando 7

Existe consenso en la totalidad de los votos en que la demandada no señaló adecuadamente la zona, existiendo un solo cartel de advertencia en la mano contraria por la que transitaba Bianchi, estando en la suya prevista la colocación de uno similar. Esa omisión es la causa fuente del deber de reparar de la concesionaria pero exhibe matices de relevancia:

- Representa el evidente incumplimiento de un específico y claro deber de previsión. La relación de consumo impone al concesionario un verdadero y determinado deber jurídico de obrar, evitando la producción de daños, incluidos los derivados de la presencia de animales sueltos o muertos en la traza concesionada. Cabe añadir que también constituyen un valioso soporte normativo las Leyes Nacionales y Provinciales de tránsito y sus decretos reglamentarios, que asignan al concesionario el carácter de autoridad competente para evitar la presencia o aparición de animales sueltos³¹.

- Highton de Nolasco opina que el “incumplimiento de los deberes de previsión de la empresa frente a los usuarios” abastece autónomamente la atribución de responsabilidad con sustento en los Arts. 502 y 902 del CC

- La mayoría añade a esa falta de la concesionaria de un adecuado ejercicio del deber de previsión la carga de la evitación del riesgo (“evitar accidentes en los términos y circunstancias indicados”), lo que compromete su responsabilidad la configuración de “un riesgo imprevisible” para los usuarios. También con apoyo en los Arts 512 y 902 del CC.

³¹ Ley Nacional 24.449 arts 23, 25 inc g; 48 inc 5; 72 inc d; Ley Provincial 11.430 arts 62; 102; 103; Dec. Reglamentario 779/95; arts 25, 48 inc5; art 102 Dec. 2719/94

• Para la minoría y Zaffaroni “el riesgo imprevisible para los conductores” (derivado del incumplimiento de lo que dispone “la reglamentación del contrato de concesión”) torna aplicable lo dispuesto en el Art 902 del Código Civil.

En definitiva el principio rector es que el servicio de peaje debe ser suministrado por las concesionarias en forma tal que, utilizado en condiciones normales y previsibles, no presenten peligro para la salud e integridad de consumidores y usuarios, lo que comprende supuestos de responsabilidad objetiva por riesgo o vicio del servicio pero no se descarta la responsabilidad fundada en la culpa subjetiva³²

III) Conclusiones

Claramente se puede observar en la jurisprudencia que hemos citado, que el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un primer momento ha sido restrictivo, y solo a los concesionarios viales se le atribuía responsabilidad si incumplían con las obligaciones plasmadas en los contratos de concesión celebrados con el Estado como ocurrió en los precedente “Colavita”, “Bertinat” y “Ronco”.

A partir de caso “Ferreyra” el Alto Tribunal comienza a tener en consideración otras cuestiones al momento de resolver. Es así como lentamente ese criterio restrictivo se fue flexibilizando.

Fue el caso “Bianchi” el que marcó un rotundo cambio. Los magistrados comenzaron atribuirle responsabilidad a los concesionarios viales por considerar que entre éstos y los usuarios de los corredores viales existe una *relación de consumo*.

³² Arts 5; 6;40 y conec ley 24.240; 512;1109 1074 y conec., del CC

CAPITULO III

Conclusiones y propuesta

Sumario: I) Conclusiones finales; III) Propuesta

D) Conclusiones finales

De acuerdo al desarrollo del trabajo y después de analizar cada punto propuesto, debemos indicar que la afirmación realizada como hipótesis ha sido corroborada.

El vínculo existente entre los usuarios de los corredores viales concesionados y los concesionarios viales se funda en una relación de consumo, regulada por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, reformada por la ley 26.361.

Los usuarios de los corredores viales concesionados no tienen la obligación de soportar injustamente daños en su persona y/o bienes. El concesionario vial está obligado por la Ley de Defensa del Consumidor a otorgar una garantía de seguridad tanto al usuario como a su grupo familiar o social por la utilización del corredor vial. En consecuencia, el concesionario resulta responsable por los daños que aquellos sufran por hechos propios como de terceros ajenos al corredor, que, si bien son los agentes causantes directos del daño, éste se produce debido a la negligencia e imprudencia del concesionario en adoptar las medidas de seguridad oportunas, eficaces e idóneas, que las circunstancias de tiempo, modo y lugar le imponían y exigían conforme a su nivel de profesionalismo por su específica actividad para evitar los daños.

Siempre que esos hechos puedan ser previsibles y evitables, conforme a las circunstancias particulares de cada caso concreto, los concesionarios viales deben adoptar medidas idóneas para evitar daños, porque como prestadores de servicios, son considerados profesionales y cuanto más sea el deber de actuar con diligencia y prudencia más extensa será su responsabilidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Colavita” y “Bertinat”, fijó un criterio restrictivo sobre la responsabilidad de los concesionarios

viales, la cual solo era admitida en caso de incumplimiento de algunas de las obligaciones o deberes asumidos en el régimen legal-reglamentario, por medio del cual el Estado Nacional le otorgó la concesión del servicio. Esta postura adoptada por la Corte no fue formalmente abandonada en el caso “Ferreyra” pero debilitó la fuerza vinculante de dichos. A partir de este precedente, los Tribunales inferiores podían interpretar la responsabilidad de los concesionarios viales sin estar “atados” por la fuerza vinculante de la doctrina anterior.

A partir de este último caso se ensanchó el margen interpretativo de los jueces de grado ya que, a diferencia de lo que había ocurrido antes, se sostuvo que no constituye un acto judicial descalificable interpretar que el derecho de consumo conforma la matriz jurídica de la responsabilidad de los concesionarios viales.

El fallo “Bianchi” implica un rotundo cambio en la jurisprudencia, dando el Alto Tribunal una serie de lineamientos:

- La de irresponsabilidad del Estado por falta de servicio en el cumplimiento del deber de policía en materia de animales sueltos y por los daños que provoquen en las rutas concesionadas.
- El Estado no resulta ser poseedor de animales orejanos o con marca no registrada, relación real esa que debe probar la víctima.
- La responsabilidad del dueño o guardián del animal no es incompatible con la del concesionario, las que concurren, porque obedecen a diversas causas: el derecho de propiedad en el primero; el contenido del deber de seguridad del segundo ya que debe adoptar las medidas de acción que habiliten la circulación del usuarios sin riesgos.

- El criterio consumerista constituye el emplazamiento normativo adecuado. Utilizado idóneamente con realismo y sensatez permite arribar a soluciones justas que, decidida e indisputablemente deja sin sustento las opiniones que auguraban a la relación de consumo desvíos interpretativos y resultados disvaliosos.

II) Propuesta

1) Considero conveniente que la postura reflejada en los precedentes jurisprudenciales sea plasmada en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.

En dicho proyecto, en su TITULO V “Otras fuentes de las obligaciones”, CAPITULO 1 “Responsabilidad Civil”, SECCION 7° “Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades”, están contemplados los siguientes artículos vinculados con esta problemática:

- *Artículo 1757: Hechos de las cosas y actividades riesgosas.*

Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

- *Artículo 1758: Sujetos responsables.*

El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

- *Artículo 1759: Daño causado por animales.*

El daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el artículo 1757.

2) Modificar artículos transcritos:

2-A. En el 1758 habría que suprimir la palabra “en” y “de”, donde dice “*El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta*”.

3) Agregar el artículo 1759 bis el cual plasmaría la relación de consumo e incluiría los hechos delictivos a los que, cotidianamente, están expuestos los usuarios de los corredores viales, perjudicándolos en sus derechos y/o bienes.

- *Artículo 1759 bis*

La relación existente entre el concesionario vial y el usuario del corredor vial, será reputada *relación de consumo*.

Cuando por cualquier hecho delictivo, el usuario del corredor vial se vea afectado en sus derechos o bienes, el concesionario vial responderá según las disposiciones vigentes de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

I- Bibliografía General

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “La Responsabilidad Civil del Estado en el ejercicio del poder de policía”, LL 1990- c- 429.

CASSAGNE, Juan Carlos, “Nuevos Criterios en la Jurisprudencia de la Corte”, ED.159 – 987, 2007.

GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, TomoIII –B, 1970.

II- Bibliografía Específica

Código Civil de la República Argentina, con legislación Complementaria Ed. La Ley– Enero 2011.

Constitución de la Nación Argentina, comentada, Ed., Bonum, 1994.

GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, “Responsabilidad de los concesionarios de peaje. Nuevo criterio de la CSJN”, RC y S, 2006.

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

Ley Nº 17.520 de Peaje.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAJNTRAUB, Javier H., “Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240” (modificada por leyes 24.568; 24.787; 24.999 y 26.361), Ed. Rubinzal-Culzoni.

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

III- Jurisprudencia

CSJN, 2000-03-07 “Colavita, Salvador y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”.

CSJN, 2000-03-07 “Bertinat, Pablo J y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios”

CSJN, 07-11-2006 “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Provincia de Buenos Aires y Camino del Atlántico S.A y/o quien pueda resultar dueño o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”.

CSJN, 21-03-2006 “Ferreyra, Víctor D y otro c/ V.I.C.O.V S.A s/ daños y perjuicios”.

Índice

1- Resumen.....	1
2- Estado de la cuestión.....	2
3- Marco teórico.....	4
4- Introducción.....	6

Capítulo I

Los concesionarios viales

I) Introducción.....	9
II) Contexto político y económico del país.....	9
II.1- Proceso de privatización.....	10
II.2- La primera renegociación de contratos.....	13
II.3- La segunda renegociación de contratos.....	15
III) Contrato de Concesión de Obra Pública.....	18
III.1- Concepto.....	19
III.2- Sujetos intervinientes en la Concesión.....	21
III.3- Obligaciones de las partes.....	21
III.4- Diferencia entre Concesión de Obra pública y Contrato de Obra Pública.....	23
III.5- Naturaleza Jurídica de la Concesión de Obras Públicas.....	24
III.6- Caracteres del Contrato de Concesión de Obra pública.....	25
III.7- Tipos de Concesión de Obras Públicas.....	26
IV) Responsabilidad del Estado Concedente.....	26
IV.1- Postura que niega la responsabilidad del Estado.....	26
IV.2- Postura que sostiene la responsabilidad del Estado.....	27
V) conclusiones.....	28

Capítulo II

Peaje y relación de consumo

I) Introducción.....	30
II) Peaje	30
II.1- Evolución histórica del peaje	30
II.2- Peaje conceptos.....	33
II.3- Constitucionalidad del peaje	33
II.4-Obligatoriedad del pago.....	34
II.5- Valor del peaje-Régimen vigente.....	35
II.6- Pautas para fijar la tarifa.....	37
III) Naturaleza jurídica de la relación usuario del corredor vial y concesionario vial.....	38
III.1- Tesis tributarista.....	38
III.2- Tesis contractualista.....	39
III.3- Tesis jurisprudencial del incumplimiento de la obligación.....	40
III.4- Tesis de la relación de consumo.....	40
IV) Ley 24.240 de defensa del consumidor y su modificación.....	41
IV.1-Incorporación del derecho del consumidor al derecho vigente..	41
IV.2-El derecho del consumidor en los Proyectos de Código Civil....	42
IV.3- Reconocimiento jurisprudencial.....	44
IV.4- Consumidor- proveedor: conceptos.....	45
IV.5- Deber de información y deber de seguridad.....	46
V) Conclusiones.....	48

Capítulo III

Evolución del criterio jurisprudencial

I) Introducción.....	51
II) Jurisprudencia: fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos: “Colavita”, “Bertinat”, “Ronco”, “Ferreyra”, “Bianchi”	51
III) Conclusiones	69

Capítulo IV

Conclusiones y propuesta final

I) Conclusiones finales.....	71
II) Propuesta	73

Bibliografía

I) Bibliografía general.....	76
II) Bibliografía específica.....	76
III) Jurisprudencia.....	77