

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CONCESIONARIOS VIALES Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR: nueva doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires¹

Repasaremos la temática analizando el impacto o penetración normativa que ha tenido la Ley de Defensa del Consumidor (y más aún con su modificatoria del año 2008) en la relación que se genera entre el concesionario de peaje y el usuario de carreteras concesionadas, haciendo especial hincapié en los accidentes generados por colisiones con animales sueltos que sin lugar a dudas constituye el supuesto fáctico más debatido y polémico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina.

Fíjense Uds. esta frase disparadora de los Ing. Hardoy y Laura, la que nos revela el cambio de paradigma que se da en el tema desde el punto de vista del usuario vial..."El estatismo lleva a la resignación colectiva (es decir, que cuando un servicio es prestado por el Estado se sabe que es malo y que no vale la pena reclamar; mientras que el sistema privado estimula el reclamo. Y esto es muy bueno porque el usuario comienza a hacer valer sus derechos".

Primeramente analizaremos cuales son las posturas en danza para imputar responsabilidad civil a las empresas concesionarias viales, a partir del análisis de la naturaleza jurídica del peaje y de la consiguiente relación que se entabla entre el concesionario y el usuario. Lo que nos va a demostrar el derrotero argumental o hermenéutico que siguió la jurisprudencia para llegar a la nueva doctrina legal de la SCBA.

*** Tesis tributarista o de derecho público**

* Contribución especial (conf. arts. 4 C.N.; 1 Ley 17.520/67; 58 Ley 23.696/89 y fallos CSJN, "*Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L. y/u otro*

¹ Por el Dr. Martín Diego Pirota. Abogado Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Belgrano – Argentina y Universidad de Salamanca – España). Web site del autor: www.martindiegopirota.com.ar - Texto de la disertación brindada en el marco de las VII Jornadas Platenses de Derecho de Seguros y Responsabilidad Civil realizado en el Salón Auditorium del Colegio de Abogados de La Plata (La Plata - Buenos Aires – Argentina / 5 y 6-11-09).

s. cobro de pesos”, LL 1991-D-404; SCBA, 12-03-74, “Asociación Comerciantes de Materiales de Construcción”, (Ac. B 44.346) – AyS, 1974-I-270); CCC 2ª, Sala III, La Plata, 15-02-00, “Hermoso, María Celia c. Covisur S.A. s. daños y perjuicios”, elDial, www.eldial.com.ar - W11D8A; CCC 2ª, Sala II, La Plata, 28-08-01, “Regis, Laura Elizabeth c. Alem, Raúl Oscar y otro s. daños y perjuicios”, elDial, www.eldial.com.ar - W1469F), porque tiene un destino claramente fijado por el legislador para la construcción, mantenimiento o reparación de obras viales; **(UDS. RECUERDAN LA CLASIFICACION TRIPARTITA DE LOS TRIBUTOS EN: IMPUESTOS, TASAS Y CONTRIBUCIONES ESPECIALES);**

- Relación extracontractual entre concesionario-usuario (teoría de la “delegación transestructural de cometidos estatales”, mentada por el ex Juez de la Corte Nacional Rodolfo Barra), ciertos cometidos o tareas del Estado son delegados al concesionario los que trascienden de la estructura estatal, por ej. la facultad que tiene el concesionario vial de cobrar el peaje como consecuencia de la delegación del poder de imperio tributario que le hace el Estado concedente;
- Respalda esta teoría gran parte de la jurisprudencia nacional, a partir del precedente jurisdiccional de la Corte Suprema “Estado Nacional c. Arenera El Libertador S.R.L.”², luego ratificado por la Corte en el caso “YPF c. Provincia de Corrientes”³, y puntualmente en el tema de las colisiones con animales sueltos en carreteras: “Colavita”⁴, “Bertinat”⁵

² En “Estado Nacional C/ Arenera El Libertador” la Corte resolvió tres cuestiones básicas que hacen a la esencia del peaje: 1.- “...**Que para caber dentro de la Constitución Nacional, el pago del peaje debe constituir una de las contribuciones a que se refiere el art. 4º CN. 2.- No es requisito para la constitucionalidad del peaje la existencia de vías alternativas simultáneas gratuitas, porque se alteraría la ecuación económico financiera del concesionario. 3.- No es violatorio de la garantía constitucional de circular libremente por los caminos de la república (art. 14 C.N.) al distinguir entre “circulación territorial” y “circulación económica”, señalando que esta última es susceptible de restringirse sin que por ello se vea menoscabada la libertad de circulación.**

³ Causa Y.11XXII, sentencia del 03-03-92.

⁴ CSJN, 07-03-00, “Colavita, Salvador y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s. daños y perjuicios”, Semanario Jurídico, Córdoba, Argentina, 06-07-00, año XXIII, t. 83, 2000-B, págs. 24/29; LL 10-05-00, págs. 4/8, con nota de Fernando Alfredo Sagarna; ED 30-05-00, págs. 1/5,

(ambos tramitaron en instancia originaria), entre otros pronunciamientos de la Corte que siguieron la misma línea, y fallos en su mayoría de la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de algunos tribunales provinciales⁶;

- Entonces ante la ocurrencia de un evento dañoso en adecuada relación de causalidad con la acción u omisión antijurídica –en el caso incumplimiento por parte del concedente o del concesionario de alguna de las obligaciones contenidas en el contrato de concesión y/o demás instrumentos anexos que conforman el plexo normativo (pliegos de concesión, reglamento de explotación, etc.)-, se generaría la responsabilidad extrancontractual, delictual o *aquiliana* del concesionario (ya sea en su calidad de guardián de la cosa riesgosa o viciosa que ocasiona el accidente, o en su carácter de principal de los daños que sean causados por culpa o dolo del personal a su cargo o por las cosas de que se sirven o que tienen a su cuidado (arts. 512, 902, 1109 y 1113 1er. y 2do. párr. CCiv.);
- Prescripción de la acción: 2 años (art. 4037 C.C.).

con nota de Rodolfo Barra; Revista del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario, Argentina, N° 18, Setiembre de 2000, págs. 14/21.

⁵ CSJN, 07-03-00, "*Bertinat, Pablo J. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otro*", LL 10-05-00, págs. 7/8, con nota de Fernando Alfredo Sagarna; *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año II, N° 2, 2000, pág. 39, con nota de Ricardo Luis Lorenzetti.

⁶ CNCiv., Sala G, 18-09-03, "*Vera, Jorge Marcelo y otros c. Nuevas Rutas S.A. y otros s. daños y perjuicios*"; ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/sj/vera_11_03.htm; CNCiv., Sala G, 20-10-03, "*Ingrata, Horacio Enrique c. Autopistas del Sol S.A. y otro s. daños y perjuicios*", ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/sj/4640.htm; CNCiv., Sala D, 05-06-98, "*Roa, Juan M. c. Semacar S.A.*", LL 1998-F-286, con nota de Gonzalo López Del Carril; CNCiv., Sala L, 28-04-00, "*Roa, Juan M. c. Covinorte S.A. s. daños y perjuicios*"; CNCiv., Sala L, 10-08-01, "*Monzón, Ángel Eduardo c. Servicio de Mantenimiento de Carreteras S.A. s. daños y perjuicios*"; CNCiv., Sala K, 24-08-05, "*Díaz, Ricardo Horacio c. CEAMSE (Coordinación Ecológico Área Metropolitana Sociedad del Estado) s. daños y perjuicios*", eIDial, www.eldial.com.ar - AA2D7E; CNCiv., Sala G, Julio de 2006, "*Gregoris, Luis c. Autopistas del Sol S.A. y otro s. daños y perjuicios*", Diario Judicial, edición on line, Buenos Aires, 13 de Octubre de 2006, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=30914#; CCC, Sala III, Concordia-Entre Ríos, 08-06-04, "*Camino, César Luis c. Caminos del Río Uruguay S.A. s. sumario*"; CCC, Sala III, Concordia-Entre Ríos, 21-12-01, "*Duré de Ortiz, Sandra Daniela c. Caminos del Río Uruguay S.A. y otro s. sumario*". Para más jurisprudencia recopilada, seleccionada y comentada en igual sentido ver la voz *Responsabilidad extracontractual de la autoridad con competencia sobre la vía (Estado y/o ente concesionario vial)*, en *Compendio jurisprudencial sobre accidentes de tránsito en carreteras y autopistas*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 581/590.

• **Tesis contractualista amplia o de derecho privado**

- Precio (conf. arts. 1137, 1349 y ss. C.C. y fallo CNCiv., Sala F, 15-05-92, “*Abba, Miguel A. y otra c. Huarte S.A. y otros s. sumario*”, LL 1992-D-194);
- Afirman sus seguidores que el IVA está incluido en el precio de la tarifa de peaje que abona el usuario al concesionario, 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 vial es consumidor final y no contribuyente;
- Relación contractual entre concesionario-usuario;
- Para unos: contrato atípico (**QUE PODRÍAMOS LLAMARLO DE PRESTACION DE SERVICIOS VIALES**) 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 C.C.), la que se encuentra en forma expresa o tácita en todo tipo de contratos y algunos consideran que es autónoma y otros accesoria de la obligación principal, por la cual el concesionario debe procurar que el usuario no sufra daños en su persona o en sus bienes al momento de la circulación por el tramo a su cargo;
- Para otros: contrato de adhesión in totum o contrato de estipulación a favor de terceros (art. 504 C.C.);
- Esta es la doctrina que sigue la CSJN en el caso “*Pereyra de Bianchi C/ Caminos del Atlántico*”, en el que la Corte -dejando a salvo que el vínculo que se establece entre concesionario y usuario es una típica relación de consumo (que tiene su protección en el art. 33 CN como garantía implícita o no enumerada)- debió recurrir a esta postura por la imposibilidad de aplicar retroactivamente la LDC en virtud de tratarse de un hecho o situación fáctica ya consolidada antes de la entrada en

vigencia de dicha norma (conf. art. 3 C.C.). También acompañan esta lectura reiterados fallos⁷;

- Prescripción de la acción: 10 años (art. 4023 C.C.).

• **Tesis jurisprudencial del incumplimiento de la obligación**

- Prescinde de la naturaleza jurídica del peaje;
- CNCiv., Sala C, 07-05-02, “*Giordani, Jorge Salvador c. Autopistas Urbanas S.A. s. daños y perjuicios*”, ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/sj/giordani.htm;
- CNCiv., Sala F, 08-08-03, “*Cej, Iris Beatriz c. Camino del Atlántico S.A.C.V. s. daños y perjuicios*”, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 28 de Agosto de 2003, www.diariojudicial.com/notashtml/nota14643.asp#AncArchivos;
- Prescinde del encuadre jurídico de la relación concesionario-usuario;
- Incumplimiento de la obligación por parte del concesionario en determinada situación fáctica (*res ipsa loquitur*);
- Tiene en cuenta la mayor o menor aleatoriedad de la prestación o resultado de indemnidad prometido por el concesionario al usuario, quizá aplicando en algunos casos, sin tenerlo en cuenta, aquella vieja regla de las *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas o por sí solas), que se usa con frecuencia en el campo de la responsabilidad médica, sin que se requiera prueba fehaciente del hecho, ya que hay supuestos en que el daño no puede explicarse de acuerdo con el sentido común, sino por la existencia de una culpa médica (en nuestro caso el incumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario);

7 CNCiv., Sala M, 26-05-03, “*Scasso, María Celia c. Autopistas del Sol S.A. y otro s. daños y perjuicios*”, ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/sj/scasso.htm; CNCiv., Sala J, 15-04-03, “*Ojeda, Paula Andrea y otro c. AUFESAC y otro s. daños y perjuicios*”; CNCiv., Sala M, 15-02-02, “*Núñez de Villasanti, Ana Concepción y otros c. Ponce, Horacio Antonio y otro s. daños y perjuicios*”; CNCiv., Sala J, 06-02-06, “*Niklison, Roque Martín y otros c. Covisur S.A. y otro s. daños y perjuicios*”, elDial, www.eldial.com.ar - 07-03-06, Año VIII, Nº 1990; STJ Entre Ríos, 11-11-05, “*Monzón, Virgilio Oscar y otra c. Miyo, Horacio y otros s. sumario*”. Para más jurisprudencia

como por ejemplo si un automovilista que circula reglamentariamente por una carretera sufre un accidente causado por algún defecto material inherente a la misma (baches, ondulaciones, roturas, montículos, etc.) u objeto inerte -en estado sólido, líquido o gaseoso- extraño a la materialidad de la vía (objetos varios, troncos, restos de automotores, sustancias deslizantes como por ejemplo tierra, arena, barro, manchas de aceite o combustible); ese resultado dañoso (accidente de tránsito) no es una consecuencia normal ni tampoco integra el riesgo normal de la circulación vehicular (teniendo en cuenta que el conductor guiaba su automotor prestando integral atención al tránsito), por lo que en este caso el juez tendrá por acreditada de una manera indirecta la responsabilidad del concesionario de peaje, alivianando de esa forma la carga probatoria de la víctima;

- Así se ha dicho que, *“resulta innecesario en el caso definir si se trata de un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, o de una relación de consumo, o si el peaje es un tributo o un precio, o si se ha generado una obligación de seguridad de resultado o un deber de seguridad frente a terceros limitado a las obligaciones asumidas por la explotación de las autopistas, pues cualquiera sea el encuadre jurídico, el anegamiento de la zona que produjo la detención del motor del automóvil del actor y el desplazamiento hacia el canalón de desagüe, provocado presumiblemente por la cantidad de agua acumulada y por la circulación de otros vehículos de mayor porte, ante la inexistencia en esa época del guard-rail, posteriormente colocado, que hubiera impedido ese desplazamiento, constituyen circunstancias reveladoras de deficiencias en la transitabilidad que generaban peligro en los usuarios y*

recopilada, seleccionada y comentada en igual sentido ver la voz *Responsabilidad contractual del ente concesionario vial*, en *Compendio jurisprudencial...*, op. cit., págs. 517/527.

*omisiones de medidas de prevención, de manera tal que producidos los daños, por ellos debe responder la concesionaria*⁸;

- Accidente causado por defecto inherente a materialidad de la ruta u objeto fijo extraño a su conformación material de la vía o defecto de señalización o iluminación: obligación de seguridad de **resultado** (arts. 1113 ó 1198 C.C.);
- Accidente causado por obstáculo móvil externo a la vía: obligación de seguridad de **medios** (culpa probada o culpa presunta según el caso, conf. arts. 512, 902, 1198 ó 1109 C.C.);
- TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 10-04-01, "*Hernández, Emilio c. Red Vial Centro S.A.*", LLC 2001-1077;
- También en cierta medida la Corte Suprema echó manos de esta teoría en el caso "*Pereyra de Bianchi, c. Camino del Atlántico S.A.*";
- Prescripción de la acción: 10 años (art. 4023 C.C.).

• **Tesis de la relación de consumo**

- Servicio público (conf. arts. 1 y 2 LDC), es decir, el automovilista que usa el corredor vial concesionado es un usuario vial y el concesionario de peaje es un verdadero proveedor de servicios viales). La reciente modificación a la LDC amplió la noción de usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza servicios como destinatario final, y a quien de cualquier manera

⁸ CNCiv., Sala C, 07-05-02, "*Giordani, Jorge Salvador c. Autopistas Urbanas S.A. s. daños y perjuicios*", ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/sj/giordani.htm - Idem CNCiv., Sala F, 08-08-03, "*Cei, Iris Beatriz c. Camino del Atlántico S.A.C.V. s. daños y perjuicios*", Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 28 de Agosto de 2003, www.diariojudicial.com/notashtml/nota14643.asp#AncArchivos - En la misma senda resolvió la Audiencia Provincial de Navarra: "*Cuando se da un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una o por otra o incluso proporcionando los hechos al Juzgado para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllas (en virtud del principio iura novit curia). Todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible*". (SAP de Navarra, Secc. 3ª, España, núm. 115/1999, 21-05-99, AC 1999/5832)

está expuesto a una relación de consumo (en nuestro caso podría tener legitimación activa el peatón, persona o pasajero transportado que resulten damnificados al momento de trasladarse por el espacio concesionado a causa de algún defecto de mantenimiento o conservación de la carretera o incumplimiento de algunos servicios que debe brindar el concesionario al usuario como auxilio mecánico o médico –primeros auxilios-, extinción de incendios, colocación de postes de emergencia a la vera del camino).

- CNCom., Sala B, 25-08-03, “*D´Onofrio, Vanesa Graciela c. Caminos del Atlántico S.A.C.V. s. sumario*”, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 18 de Noviembre de 2003, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=20291#;
- Antes de la reforma de la LDC se sostenía que no había razón para un tratamiento diferenciado entre los servicios públicos domiciliarios expresamente comprendidos en la normativa (gas, agua corriente, electricidad, cloacas, telecomunicaciones) de aquellos que, como el transporte o el correo, interesan al bienestar, seguridad, salud, cultura y economía de toda la comunidad ya que una prestación defectuosa o poco eficaz afecta a todos por igual, porque además la distinción entre servicios públicos domiciliarios y no domiciliarios no cambia la sustancia y los caracteres de la relación entre prestatarios y usuarios. A partir de la reforma introducida a la LDC se borra dicha distinción ya que su ámbito de aplicación se extiende a cualquier servicio público, aun cuando el servicio se encuentre regulado por otra normativa específica – como ocurre con las concesiones viales con cobro de tarifa o peaje-. (Art. 3)

* 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. A propósito dijo la doctrina que el art. 40 LDC abarca supuestos de responsabilidad precontractual,

contractual, y extracontractual. Dicha relación de consumo **se perfecciona cuando el automovilista accede, ingresa o usa la red vial concesionada, con abstracción de que haya o no pagado el peaje;**

- Por su parte, en la jurisprudencia se van sumando las sentencias que avalan la tesis consumista⁹ y creemos que esta tendencia seguirá en aumento con el impulso de la vigente doctrina -en este sentido- de la Corte Federal sentada en los fallos “*Ferreyra C/ VICOV*” y “*Pereyra de Bianchi C/ Camino del Atlántico*”, y **SCBA, “Castro C/ Camino del Atlántico” y “Bissio de Vigil, Nancy y otro c. Covisur”**, **Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL Agosto de 2009, págs. 1.133 y ss.;**
- El concesionario responde por incumplimiento de la obligación de seguridad (arts. 5 y 40 LDC); **Art. 5: el servicio no presente peligro para la salud o integridad física del usuario; Art. 40: habla del riesgo o vicio en la prestación del servicio;**
- Prescripción de la acción: en principio 3 años (art. 50 Ley 24.240 modificado por Ley 26.361/08) aunque se agrega que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario;
- **Además dentro de las principales modificaciones introducidas por la Ley 26.361/08 a la LDC, merece destacarse el establecimiento del beneficio de justicia gratuita para el inicio de las acciones (Art. 53), que**

⁹ JC N° 67, Capital Federal, Agosto de 2002, “*Ojeda, Paula Andrea c. AUFE S.A.C. s. daños y perjuicios*”, Revista Dec., Edición *on line*, Mar del Plata, <http://edec.iespana.es>, Boletín semanal de fallos, 24-09-02, Fallo N° 1184; CNCom., Sala B, 25-08-03, “*D’Onofrio, Vanesa Graciela c. Caminos del Atlántico S.A.C.V. s. sumario*”, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 18 de Noviembre de 2003, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=20291#; CNCiv, Sala M, 13-10-04, “*Fernández, Juan Carlos c. Autopistas Urbanas S.A. s. daños y perjuicios*”, elDial.Express, www.eldial.com/nuevodial/041214-b.asp y Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 13 de Diciembre de 2004, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=23953; CNCiv., Sala B, Junio de 2006, “*Ficco, Juan Carlos c. Grupo Concesionario del Oeste SA s. Daños y Perjuicios*”. Para más jurisprudencia recopilada, seleccionada y comentada en igual sentido ver la voz

es diferente de la figura del beneficio de litigar sin gastos, ya que en ésta última hay que acreditar previamente la imposibilidad de solventar los gastos del pleito y que en no pocas situaciones se convierte en un proceso tan largo como el principal. La norma se refiere a la gratuidad del servicio de justicia que presta el Estado, pero luego el consumidor litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas.

• **Nuestra opinión (postura mixta o que combina las tesis referenciadas)**

En su oportunidad expresamos que no había relación contractual entre el concesionario y el usuario vial, y que a dicha tensión no podía aplicársele la normativa del consumo. No obstante luego de un análisis más profundo y minucioso de la cuestión, y si bien seguimos pensando que la relación concesionario-usuario es extracontractual, nos parece que puede aplicarse a la misma los principios de tutela del consumidor y del usuario previstos por la LDC, toda vez que ello es compatible con la amplitud del concepto de relación de consumo, la que excede el marco negocial abarcando todas las circunstancias previas y posteriores a la celebración del contrato, y que constituyen antecedentes y consecuencias de la actividad (prestación de servicios viales) encaminada a satisfacer la demanda de servicios en beneficio de los usuarios de autovías concesionadas.

- El peaje en puridad es una contribución especial (conf. arts. 4 C.N.; 1 Ley 17.520/67 y 58 Ley 23.696/89);
- Relación extracontractual entre concesionario-usuario con aplicación de la LDC;
- Una cosa es el peaje como sistema de financiamiento de obras viales (contribución especial) y otra el análisis de los servicios viales (servicio público) que debe brindar el concesionario al usuario;

Relación de consumo entre el concesionario vial y el usuario, en Compendio jurisprudencial..., op. cit., págs. 507/516.

- En esa línea de pensamiento bien podemos concluir que dichos servicios viales reúnen los requisitos de todo servicio público (continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad), y en consecuencia coincidimos con la tesis de la relación de consumo que afirma que a las concesiones viales (que en su mayoría no prevén la existencia de caminos alternativos, simultáneos y gratuitos para ser transitados por los automovilistas) se le debe aplicar el articulado de LDC;
- Además el hecho de que consideremos que el usuario que abona el peaje para hacer uso de una vía de circulación reviste la calidad de contribuyente, no significa que a la relación jurídica que éste entabla con el concesionario -al igual que ocurre con el usuario-contribuyente de otros servicios públicos vitales (gas, agua corriente, electricidad, cloacas, telecomunicaciones)- no se le pueda aplicar la Ley de Defensa del Consumidor;
- Parece razonable tener en cuenta (analizando cada caso en particular) la mayor o menor aleatoriedad de la prestación o resultado de indemnidad prometido por el concesionario al usuario (tesis del incumplimiento obligacional), **TAL COMO SE DESPRENDE DEL VOTO DE LORENZETTI EN EL FALLO “Ferreyra C/ VICOV”**;
- Creemos que las tesis tributarista y de la relación de consumo bien pueden complementarse atento a la integración o penetración normativa y efectos expansivos que la LDC tiene sobre la generalidad del ordenamiento jurídico y particularmente sobre la relación concesionario-usuario;
- Prescripción de la acción: 3 años (art. 50 LDC).

Animales sueltos: principios rectores y sujetos involucrados.

Se impone el repaso en forma esquematizada de las obligaciones que pesan sobre cada uno de los sujetos involucrados y asimismo la eventual responsabilidad que puede generarse en caso de incumplimiento total, parcial o cumplimiento defectuoso o tardío del deber a cargo, claro está, siempre que luego de analizar en cada caso puntual la mecánica del accidente en el plano de la relación causal, se determine que esa falta, fue la causa adecuada del daño (accidente) padecido por el usuario, y asimismo verificar si a este último le cabe algún porcentaje de responsabilidad en el evento.

a) Obligaciones de los propietarios de animales y de campos linderos a la carretera

- Marcar su ganado mayor y señalar su ganado menor (art. 6 Ley 22.939/83 de Propiedad del Ganado);
- Registrar a su nombre, en el Registro de Marcas y Señales, el diseño que empleare para marca o señalar los animales (art. 5 Ley 22.939);
- Dicha ley presume *iuris tantum* la propiedad del ganado para quien tenga registrada la marca o señal que tenga el animal (art. 9 Ley 22.939);
- Tener debidamente alambrados los campos linderos que impidan el ingreso de animales a la zona del camino (arts. 25 inc. g) Ley 24.449 Nacional de Tránsito y 23 del Reglamento de Explotación de Concesiones viales);
- Prohibido dejar animales sueltos en la vía pública y arriar hacienda en carreteras y autopistas (art. 48 inc. s) Ley 24.449).

Responsabilidad del propietario o guardián del animal y de campos linderos a la carretera

- Ver arts. 1124 a 1131 CCiv.;
- Responsabilidad extracontractual y objetiva (riesgo creado por el animal) inexcusable del dueño o guardián (para eximirse de responsabilidad hay

que acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder o bien el caso fortuito);

- Así falló la Corte Nacional en los casos “*Bertinat*” y “*Colavita*”. Idem CCiv. y Com., Junín-Buenos Aires, 03-06-93, “*Caporale c. La Limpia S.R.L. y otra*”, LLBA-1994-43.

b) Obligaciones del ente concesionario vial

- Ejercer el Poder de policía de tránsito y seguridad en forma supletoria ante la ausencia de autoridad pública –animales sueltos- (art. 29 del Reglamento de Explotación de Concesiones viales);
- Instalar y mantener las señales de tránsito que adviertan al automovilista la peligrosa presencia de animales sueltos en determinados sectores del camino;
- Actuar como denunciante (por conocimiento directo o de terceros) ante la autoridad policial más cercana sobre la presencia de animales sueltos;
- Ahuyentar los animales de la carretera hacia la banquina y cuidar de los mismos hasta que se haga presente el personal policial.

Responsabilidad del ente concesionario vial

- Para unos: responsabilidad contractual -objetiva o subjetiva- (incumplimiento de la obligación de seguridad – arts. 1198 CCiv. y 5 LDC); o vicio o defecto del servicio (art. 40 LDC), tal como lo dijo la Corte Nacional en el caso “*Ferreyra c. VICOV*”;
- Para otros: responsabilidad extracontractual objetiva o subjetiva según el caso (arts. 1109 y 1113 CCiv.) en algunas situaciones concretas:

Antes del cambio de postura de la CSJN, es decir, cuando se decía que el concesionario no debía responder, a nosotros se nos ocurrió que algunas de las situaciones que generarían la obligación de responder por parte del concesionario son:

- Omitir dar aviso -o hacerlo con demora- a la autoridad policial sobre la presencia de animales sueltos;
- Permanecer indiferente frente a alguna denuncia de un usuario o por conocimiento directo de la existencia de animales entorpeciendo la circulación;
- Ahuyentar a los animales de la carretera y no custodiarlos hasta la llegada de la autoridad policial;
- En la tarea de estar retirando los animales de la ruta que alguno se le escape y se introduzca nuevamente en la calzada y ocasione un accidente;
- Dejar durante varias horas animales sueltos en las banquetas de la vía concesionada¹⁰.

c) Obligaciones del Estado concedente

- Ejercer el Poder de policía de tránsito y seguridad –animales sueltos- (arts. 121 C.N. y 28 del Reglamento de Explotación de Concesiones viales). La llamada “regla de deslinde”, es decir, determinadas competencias reservadas por las provincias –como es el caso de la facultad para castigar las faltas causadas por animales a través de los códigos de faltas- no delegadas al Estado Nacional);
- Custodiar y recorrer la carretera para evitar el ingreso de animales sueltos a la zona del camino en acción conjunta con el concesionario vial;
- Llegar inmediatamente al sector donde se encuentran los animales sueltos, despejar la calzada y proceder a incautarlos.

¹⁰ CNCiv., Sala F, 24-10-00, “Cardell, Fabián E. y otros c. Caminos del Oeste S.A.”, JA 2001-II-200. **En este supuesto el concesionario no podría alegar la existencia del caso fortuito, porque faltan los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad. Tampoco podría eludir su responsabilidad la concesionaria vial en el caso de que el siniestro se hubiera producido en cercanías de la estación de cobro de peaje a causa de la colisión con animales que se encontraban sueltos en proximidades de la casilla o puesto de peaje; zona en donde se imponía haber extremado los recaudos en la vigilancia, y se supone que los márgenes de error son mínimos. Así dijo Lorenzetti en su voto en el fallo “Basualdo” (en el que se declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por el concesionario en los términos del art. 280 C.P.C.C.N.) que: “el hecho se registró en las cercanías de las casillas de peaje, por lo que existía una mayor posibilidad de control y precaución, y tornaba al hecho previsible y evitable” (conf. considerando 3º). (CSJN, 28-03-06, B.1021.XL,**

Responsabilidad del Estado concedente

- Responsabilidad extracontractual objetiva directa o indirecta según el caso (falta de servicio - arts. 1112 CCiv. en función del 43 1ra. parte CCiv.); o garantía legal (arts. 1113 1er. párr. CCiv. en función del 43 2da. parte CCiv.).

Vale la aclaración que en vías concesionadas no hay fallos que hayan hecho responsable al Estado (que en algunos casos no había sido demandado) como sujeto concedente en su función de contralor de los deberes a cargo de las empresas concesionarias viales (OCCOVI - Órgano de Control de Concesiones Viales), sólo algunas consideraciones *obiter dictum* como una suerte de expresión de deseos (de *lege ferenda*) que no hacen al fondo del asunto en un par de pronunciamientos (que son los dos primeros que ven en pantalla).

Tampoco se responsabilizó al Estado Nacional o Provincial, ni a la Dirección Nacional de Vialidad o sus respectivas direcciones provinciales, en su carácter de dueño o guardián, sean carreteras concesionadas o libres de peaje en la temática particular de atropellos con animales sueltos, pronunciándose la Corte Federal reiteradamente por la irresponsabilidad estatal, argumentando que la provincia no revestía las calidades de propietaria o guardiana del animal suelto que ocasionó el accidente, y repitiendo la fórmula que, *“el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resultaba suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvieron parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa...”*. **ES DECIR, LO QUE LA CORTE PRETENDE ES LA DEMOSTRACION DE LA FALTA DE SERVICIO EN EL CASO CONCRETO Y NO GENERAL POR PARTE DEL ESTADO.**

“Basualdo, Argentino René c. Empresa Virgen de Itatí C.O.V.S.A. (V.I.C.O.V. S.A.) y/o quien resulte propietario y/o responsable s. daños y perjuicios”).

Lo que sí registramos fue una sentencia de nuestro Supremo Tribunal Federal (en los autos “CLELAND C. COSTILLA” cuya cita ven en la diapositiva) donde se confirmó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Chubut que había admitido la pretensión deducida por el actor contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia por resarcimiento de los daños que sufriera al embestir el vehículo en el que viajaba un equino que imprevistamente cruzó la calzada, en virtud a que se acreditó la omisión de la comuna en el cumplimiento de una ordenanza que le obligaba a la autoridad administrativa a ejercer tareas de vigilancia activa para evitar la presencia de animales sueltos en la calles (conf. arts. 1112 y 1074 CCiv.).

Por lo que sentado ello solo queda postergado para un tiempo futuro -que estimamos no tardará en llegar- la atribución del deber de responder en los choques con animales que integran la fauna salvaje (animales libres o silvestres) **(los que por su propia naturaleza bárbara los niveles de imprevisibilidad e irresistibilidad son mayores, es decir, que resulta más dificultosa la tarea de poder prever o evitar su presencia en las vías)**, y que por ser *res nullius*, “es decir que no son propiedad de alguien, o que no se encuentran a la guarda de alguna persona, están excluidos de las normas específicas sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por animales”.

A propósito estos supuestos puntuales (colisiones con jabalíes, corsos, zorros, ciervos, liebres, provenientes o no de cotos de caza) fueron ya resueltos por los tribunales españoles, estableciéndose principios rectores de acuerdo a los cuales puede ser responsable la autoridad con competencia sobre la carretera (Estado o concesionario vial), o el dueño del animal o del campo, o bien el titular o arrendatario del coto de caza, según el caso. Del análisis de los fallos ibéricos surge como primera aproximación que mientras en los daños causados por animales domésticos o domesticados, el criterio determinante es la titularidad (propietario o poseedor) del animal, en aquellos perjuicios ocasionados por animales libres o salvajes cazables, la importancia radica en la titularidad del hábitat del animal.

ANÁLISIS DEL FALLO DE LA CORTE BONAERENSE dictado en los autos "*Castro, Luis y otra c. Camino del Atlántico s. daños y perjuicios*" (22-12-08)

por el que sentó la nueva doctrina judicial y se pronunció en favor de la responsabilidad de la empresa concesionaria vial por los daños causados por la colisión con un animal equino suelto en la carretera (siguiendo los lineamientos del fallo de la CSJN dictado en "Pereyra de Bianchi C. Camino del Atlántico" que a su vez deriva del voto de Lorenzetti dictado en "Ferreyra C. VICOV") aunque atribuyendo en el caso concreto un 20% de responsabilidad a la víctima que circulaba a una velocidad no permitida en el lugar (130 Km/h.).

Considerandos centrales:

- Relación de consumo entre concesionario y usuario, aunque el Juez **PETTIGIANI (voto preopinante al que adhirió la mayoría)** deja a salvo su postura personal que considera al peaje como una contribución especial y que por lo tanto la relación entre concesionario y usuario es extracontractual. El **Juez NEGRI (en minoría)**: argumenta que el contrato de derecho público que une al Estado con el concesionario prevé estipulaciones a favor de terceros que son los usuarios, y que la relación concesionario-usuario podía ser regulada por el derecho común (art. 504 C.C.) y por la LDC. **(SIGUIENDO AUNQUE NO LO DIGA EXPRESAMENTE LA OPINIÓN DE MARIENHOFF QUE EXPLICABA QUE UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS típicas de los contratos administrativos (a diferencia de la mayoría de los contratos civiles que surten sus efectos entre las partes), haciendo que sus efectos se extiendan o se derramen hacia sujetos que si bien no son parte de la relación jurídica originaria entre el Estado y el concesionario, de esa forma dejan de ser terceros y -como dice Marienhoff- de algún modo se transforman en "*partes*" del vínculo primario, pero sólo respecto de los efectos del contrato de concesión, no porque formen parte del mismo);**

- Siguiendo el voto de Lorenzetti en “Ferreyra C. VICOV”, se establece que el concesionario asume una obligación de seguridad (conf. arts. 5 y 6 LDC) y la previsibilidad exigible al concesionario variará —de acuerdo a la regla del art. 902 C.C. (factor de atribución **subjetivo** – obligación de seguridad de medios por la que el concesionario promete conducta diligente tendiente a lograr que los usuarios no sufran daños) **dicho art. nos establece una vara o pauta para medir o calibrar la resp. del concesionario-** de un caso a otro (arts. 512 y 904 C.C.), lo cual vendrá justificado por las circunstancias propias de cada situación (cada corredor vial tiene sus propias características operativas, flujo de tránsito, extensión lineal, trazado geométrico, condiciones geográficas, grado de peligrosidad, siendo notorio que no puede ser igual el tratamiento que puede requerirse al concesionario vial de una autopista urbana, que al concesionario de una ruta interurbana, ni idéntica la del concesionario de una carretera en zona rural, que la del concesionario de una ruta en zona desértica). **ES DECIR, SE TIENE EN CUENTA LA ZONA GEOGRÁFICA POR LA QUE ATRAVIESA LA CARRETERA Y EL DISEÑO GEOMÉTRICO Y CONFORMACION MATERIAL DE LA MISMA (así por ejemplo podemos hacer la distinción y algunos fallos lo hicieron entre carreteras de doble carril de circulación -sin separación física entre ambas manos- y semiautopistas o autovías -con divisoria material entre los dos sentidos de circulación- (a las que bautizaron *rutas abiertas*), las que presentan numerosos cruces a nivel con otra calle o ferrocarril y accesos a propiedades privadas directamente desde la ruta, y las verdaderas autopistas puras o cerradas, es decir, vías multicarriles con cruces a distinto nivel con otra calle, ferrocarril o puente peatonal, con calzadas separadas físicamente y con limitación de ingreso directo desde los predios frentistas lindantes a la carretera. VARIAN LOS NIVELES O ESTANDARES DE SEGURIDAD VIAL. Siendo mayor los estándares de previsibilidad reclamada al concesionario en las autopistas (en las que se supone la concesionaria debe extremar los recaudos y los márgenes de error son mínimos) que en las carreteras de doble banda de rodamiento y semiautopistas. Es el criterio sentado también por el Superior Tribunal de Justicia**

de Córdoba en autos **“Bellón, Abel Enrique y otros c. Caminos de las Sierras y otro – Ordinario – Recurso directo”, sentencia del 16-05-07**. Dicho razonamiento no es más que la aplicación del principio de “confianza en la normalidad o seguridad del tráfico” que aplican los tribunales en España sobre todo en autopistas, que se traduce en que el conductor confía que durante la circulación no va a encontrarse con molestias y/o inconvenientes u obstáculos en virtud del deber de vigilancia que tiene el concesionario y que se extiende a lo largo de todo el corredor que le fuera concesionado. Por aplicación de dicho principio –que forma parte de los principios propios y exclusivos del llamado derecho vial (y que deriva del concepto objetivo de la buena fe del art. 1198 CC)- se invierte la carga de la prueba, y es el concesionario demandado quien debe probar que, en el caso concreto, adoptó y agotó todas las diligencias necesarias en cuanto a mantenimiento y seguridad de la vía se trata (teoría del agotamiento de la diligencia), pero igualmente se produjo el accidente (responsabilidad cuasi objetiva o culpa objetivada). Decía Marienhoff que el poder de policía del Estado variaba según se tratara de una carretera que atraviesa zonas urbanas o rurales. Así la vigilancia sobre tales carreteras es más intenso en la parte en que las mismas atraviesan las respectivas zonas urbanas, y menos intenso o atenuado en las partes en que tales carreteras atraviesan zonas rurales o ‘descampados’. Lo que pasa es que en el caso de animales sueltos en rutas ocurre a la inversa, ya que los animales generalmente se encuentran en aquellos caminos alejados de las poblaciones urbanas, siendo poco frecuente su presencia en el casco urbano;

* Es decir, la **obligación de seguridad será de medios o de diligencia** cuando mayor sea la aleatoriedad o incertidumbre de la prestación comprometida por el concesionario y será **de resultado o de fines** cuando menor sea la aleatoriedad de dicha prestación...

- Por su parte NEGRI siguiendo el riguroso, estricto e inflexible voto de Zaffaroni en “Ferreyra C. VICOV”, se pronuncia por la responsabilidad contractual y **objetiva** del concesionario (incumplimiento de la obligación de seguridad de **resultado**, arts. 5, 40 LDC y 1198 C.C.);

- Accidentes ocurridos con animales sueltos en rutas concesionadas no constituye evento imprevisible para el concesionario (**no es caso fortuito**), aunque sí puede serlo para el automovilista (**en el caso se demostró la presencia de animales en la zona "por tiempo prolongado", la circulación de un móvil por el lugar antes del accidente y la habitualidad de animales en el lugar**);
- Concesionario está en mejor posición para recolectar información sobre animales sueltos y sus riesgos (**teoría de las cargas probatorias dinámicas**);
- Distingue entre carga de **autoinformación** (que es un deber impuesto en su propio beneficio) del concesionario (patrullaje y retiro de animales de zona del camino) y deber de **información** (obligación en beneficio de otro) al usuario (señalización y notificación concreta);
- Deber de **información al usuario (conf. arts. 42 C.N. y 4 Ley 24.240, clara, precisa, completa, detallada y veraz)** no puede ser cumplido con un cartel fijo = estatismo (ES DECIR, QUE LA ACTITUD DEL CONCESIONARIO DEJE DE SER PASIVA Y ESTATICA, PASANDO A SER MÁS DINÁMICA Y ACTIVA). Es decir, no basta con señalar y además muchas veces es insuficiente la información consignada ya que no indica un número telefónico de contacto inmediato. Como bien dijo la **CNCiv., Sala E, 17-09-07, “Lencinas, Verónica Cecilia c. Grupo Concesionario del Oeste S.A. y otro s. daños y perjuicios”, ED 11-06-08. (Ver fallo completo en www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Jurisprudencia)**, en el que se condenó a la empresa concesionaria vial por las lesiones sufridas por el actor como consecuencia del impacto de una piedra arrojada desde una de las pasarelas peatonales que cruzan en forma transversal y a distinto nivel la autopista hacia el vehículo por el que se trasladaba como persona transportada. *“El concesionario vial debe conocer su función o el objeto de su obligación y supone básicamente una **consideración estática** de*

*la autopista como medio de circulación vial. Pero además existe otro aspecto relativo a la interacción (**CONCEPTO DINAMICO**) que se produce entre la autopista, los usuarios y los terceros que convierte en necesario para el cumplimiento del deber de seguridad que el concesionario recaude la necesaria información (**AUTOINFORMACION**) para cumplir con la obligación de seguridad”;*

- Las obligaciones del concesionario relativas al **MANTENIMIENTO O CONSERVACIÓN** de la carretera sin brindar servicios complementarios relativos a la seguridad vial, es contraria a esa expectativa legítima, así como violatoria del claro mandato de seguridad contenido en el **art. 42 C.N. que habla de la protección de la salud y seguridad de los usuarios y de la calidad y eficiencia con que deben prestarse los servicios públicos**);
- Puede coexistir la responsabilidad del dueño o guardián del animal (art. 1124 C.C.) con la del concesionario vial (arts. 512, 902 y 1198 C.C.). Habrá responsabilidad concurrente o in solidum porque hay identidad de objeto y acreedor, pero diferentes deudores y causas del responder. Por lo que el concesionario no puede eximirse de responsabilidad alegando la conducta negligente o imprudencia del propietario o guardián del animal;
- Puede concurrir en el evento, además de la responsabilidad del dueño del animal, la conducta de la víctima, por ejemplo por la velocidad excesiva e imprudente llevada más allá de la permitida (elemento objetivo), siempre que la velocidad haya sido causa o concausa del accidente, sirviendo para generar la pérdida del dominio del rodado – elemento subjetivo). La circulación a velocidad excesiva hace que al conductor se le acorten los tiempos de oportuna percepción y reacción ante situaciones riesgosas (maniobras evasivas), produciendo un alargamiento en la distancia de frenado, además de una disminución en la necesaria amplitud de la visión periférica que debe tener el conductor.

Recordemos que la víctima circulaba a 130 Km/h, por lo que le impuso el 20% de responsabilidad en el hecho;

- El **Juez DE LÁZZARI** premonitoriamente dijo citando a Pizarro que: toda sentencia que resuelva la cuestión de la responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en el caso de colisión del usuario con un animal suelto en la ruta, en la medida en que esté suficientemente fundada, será inatacable en el futuro ante la Corte por la vía del recurso extraordinario;
- Las costas de la instancia extraordinaria se impusieron por su orden atento a los cambios jurisprudenciales que registró la temática debatida.

Luego la SCBA en la causa “Bissio de Vigil, Nancy C. Covisur S.A. s. ds. y ps.” (sentencia del 22-04-09) y esta vez por unanimidad aplicó la doctrina judicial del fallo "Castro" y confirmó el fallo recurrido que tenía por responsable a la concesionaria de la ruta por peaje por el accidente producido por la presencia de un animal suelto, destacándose como características especiales:

- El voto de la Dra. KOGAN preopinante (siguiendo el voto del Juez Negri en “Castro C. Camino del Atlántico”) consideró que el vínculo entre el concesionario y el usuario de una ruta de peaje es contractual de derecho privado y constituye una típica relación de consumo que hace nacer una obligación objetiva de seguridad de resultado a cargo del concesionario;
- A partir de dicha premisa, entendió que si bien Covisur S.A. había enviado un escrito a la delegación de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires, solicitando que se adoptaran las medidas para evitar o disminuir la presencia de animales sueltos en la ruta, ello ocurrió el 19 de enero de 1993, es decir, un año antes del hecho, plazo durante el cual se despreocupó de controlar si efectivamente las medidas de seguridad se habían implementado;

- Las costas de la instancia extraordinaria se impusieron al recurrente vencido, es decir, a la concesionaria vial.

Después de haber analizado con detenimiento el paradigmático fallo que motivó nuestro comentario, no tenemos más que manifestar nuestra conformidad y palabras de elogio hacia el mismo, erigiéndose en una decisión señera, contundente, razonable, disuasoria y comprometida con los valores supremos en juego (vida e integridad física de la persona), y que en buena sintonía con la tendencia jurisprudencial de la Corte Federal, marca pautas claras a seguir con un fuerte contenido en materia de prevención y seguridad vial en las vías de circulación, advirtiendo al concesionario que no sólo debe limitarse a cumplir de manera mecánica las obligaciones de mantenimiento o conservación que contienen en forma estática los pliegos y contratos de concesión, sino que además deberá incluir el componente dinámico de la seguridad vial en dichas obligaciones, que prevé el juego armónico y equilibrado de los tres elementos que la componen que son el vehículo, la vía y el usuario.

En definitiva consideramos que el fallo de la Corte Provincial contribuye en alguna medida a restaurar la confianza del usuario vial en la circulación por los caminos concesionados.

Y para finalizar y reflexionar juntos me gustaría compartir con Uds. una frase de la Presidente de la Asociación por la seguridad internacional de los viajes en rutas de los Estados Unidos de América, que dice: *“No hay muchos caminos, sino uno solo, que se extiende a lo largo y a lo ancho de nuestro vasto planeta. Cada uno de nosotros es responsable de un tramo de ese camino. Las decisiones que adoptemos o dejemos de adoptar en materia de seguridad vial podrían influir en última instancia en la vida de la población de todo el planeta, un solo camino, un mismo mundo”*.

Muchas gracias por su atención...