

NOTA A FALLO: CSJN, 07-11-06, "*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*"¹.

Animales sueltos en carreteras concesionadas: un esperado y trascendente fallo de la Corte Suprema Nacional que modifica su anterior doctrina en beneficio de la seguridad vial de los usuarios de rutas con peaje²

"La jurisprudencia es el gran medio para remediar los defectos de las leyes. Es la receta con que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo. La ley es un Dios mudo: habla por boca del magistrado. Este la hace ser sabia o inicua. Cread la jurisprudencia, que es el suplemento de la legislación, siempre incompleta".

Juan Bautista Alberdi, extractado de la obra literaria *Bases y puntos de partida para la organización política de la Republica Argentina*

"El sufrimiento humano causado por las colisiones en las vías de tránsito es enorme...

Yendo al contexto de nuestra realidad, todo esto parece ser ignorado, solo basta observar como permanecemos impávidos viendo como las estadísticas modifican sus valores... vivimos justificándonos o buscando formas de evadir la responsabilidad o lo que es peor, haciéndonos insensibles y costumbristas al problema..."

O.M.S., Ginebra, Abril de 2004

SUMARIO: I. El fallo en cuestión: su trascendencia – II. Contrato de concesión de obra pública: a) concepto; b) caracteres – III. Relación

¹ Ver fallo completo en www.martindiegopirota.com.ar, Solapa de Jurisprudencia.

² 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 – Artículo publicado en JA jurisprudencia anotada, 2007-I, suplemento del fascículo N° 11, págs. 29/55.

concesionario de peaje-usuario vial: diferentes posturas. Naturaleza jurídica del peaje. Nuestra opinión – IV. Animales sueltos: principios rectores y sujetos involucrados. a) Obligaciones y responsabilidad de los propietarios de animales y de campos linderos a la carretera; b) obligaciones y responsabilidad del ente concesionario vial; c) obligaciones y responsabilidad del Estado concedente - V. Lineamientos centrales del decisorio en análisis. El precedente “*Ferreyra c. VICOV S.A.*” – VI. Accidentes en carreteras concesionadas: evolución de la jurisprudencia argentina desde principios de los años '90 hasta nuestros días - VII. Reflexión final.

I. El fallo en cuestión: su trascendencia

La sentencia que nos toca comentar era aguardada con ansiosa expectativa por los operadores jurídicos teniendo en cuenta que dos de sus nuevos integrantes –ambos civilistas (Lorenzetti y Highton de Nolasco)-, oportunamente se habían mostrado partidarios –desde la doctrina y en ejercicio de la magistratura, respectivamente- de la responsabilidad civil de los concesionarios de peaje en casos de colisiones con animales sueltos, flagelo que azota diariamente a las carreteras argentinas y que en los últimos años ha cobrado numerosas vidas inocentes, dejando una sensación de impotencia colectiva en la sociedad toda, la que al ocurrir dichas muertes se pregunta: *¿quién es el responsable en estos casos?*³.

Si bien la Corte se había pronunciado recientemente –en el fallo “*Ferreyra*”⁴ que analizaremos más adelante-, dando una señal a favor de la pretensión del reclamante en situación fáctica similar a la del caso de marras, pero ingresando a la cuestión de fondo sólo a través de los votos de los Jueces Lorenzetti y

³ Hace un tiempo atrás manifestamos que el problema de los animales sueltos en las rutas argentinas debía ser prontamente solucionado por el Estado desde el ámbito legislativo. (Ver *Animales sueltos en rutas concesionadas por peaje: soluciones posibles*, en PIROTA, Martín Diego, *Peaje y Responsabilidad Civil*, Ed. Lumiere, Buenos Aires, 2000, págs. 63/66)

⁴ CSJN, 21-03-06, “*Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c. VICOV S.A. s. daños y perjuicios*”, F.1116.XXXIX, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 28 de Marzo de 2006, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=28971#; JA jurisprudencia anotada, 2006-II, suplemento del fascículo N° 10, págs. 40/45, con nota de Juan M. Olcese.

Zaffaroni, ahora en el caso que examinamos, y esta vez por unanimidad (dando muestras del consenso del que gozan sus decisiones a partir de su nueva conformación, conforme lo expresara su flamante Presidente Dr. Ricardo Luis Lorenzetti), la Corte Federal confirma y refuerza su nueva tendencia tímidamente mostrada en “*Ferreya*”, modificando radicalmente la anterior doctrina sentada y reiteradamente utilizada por la Corte de los '90.

Sabido es que los fallos de la Corte Suprema, pese a la declaración que la misma hace en ese sentido, tienen valor relativo pues las sentencias vinculan a las partes del juicio en que se emite⁵ y vierten sus efectos sólo en el caso concreto (que no es otra cosa que la aplicación del concepto de equidad, como justicia aplicada razonablemente al caso concreto)⁶. No obstante ello, en la práctica judicial nadie pone en tela de juicio el *stare decisis*, fuerza inmanente o moral que las decisiones de la Corte (sobre todo los *leading case* como el presente) ejercen sobre los tribunales inferiores.

Es por ello que como hombres de derecho y particularmente involucrados hace ya varios años con la investigación de una materia de especial sensibilidad para la sociedad, por los valores supremos en juego y las repercusiones sociales, jurídicas y económicas que trae aparejada como son los accidentes de la circulación ocurridos en autovías concesionadas y la responsabilidad de los concesionarios viales, nos sentimos en la obligación de rever nuestra postura al respecto, y precisamente consideramos que esta es una oportunidad histórica para hacer un análisis completo, detallado, minucioso y sistemático de este trascendental precedente de nuestro Máximo Tribunal que de alguna manera viene –o pretende hacerlo- a poner fin a una actual, polémica y debatida temática que ha dividido a la doctrina y jurisprudencia, cumpliendo con los efectos expansivos de predictibilidad y seguridad jurídica que se espera de sus sentencias, logrando –en el caso concreto- dar justa y razonable satisfacción a lo petitionado por los demandantes, e indicando asimismo el camino jurisprudencial a seguir para dar respuesta a las grandes demandas sociales acumuladas en los tribunales de justicia generadas por circunstancias análogas al caso *sub examine*.

⁵ CSJN, 15-08-02, “*Marcilese, Pedro Julio y otro s. homicidio calificado*”.

Ahora sí, adentrándonos en lo sentenciado por el Supremo Tribunal diremos que se pronunció en una causa que tramitó en instancia única, en ejercicio de su competencia originaria y exclusiva (conf. arts. 116⁷ y 117⁸ C.N.), en virtud a que una de las codemandadas fue la Provincia de Buenos Aires, dejando de lado en el *sub lite* -por evidentes razones de economía procesal- el nuevo contorno limitado o restringido del concepto de causa civil definido por la Corte en pronunciamientos recientes⁹, imputando por unanimidad responsabilidad a la empresa concesionaria vial demandada (Camino del Atlántico S.A.) por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales experimentados por los actores (cónyuge y dos hijos menores de la víctima fatal, que al momento del deceso contaba con 44 años de edad) –quienes también viajaban en el vehículo-, a raíz del accidente de tránsito ocurrido en la noche del 11 de Febrero de 1991, cuando el automóvil que guiaba el causante por la Ruta Provincial N° 11 (corredor concesionado a Camino del Atlántico S.A.) colisionó con un animal equino (con marca, no obstante no haber sido individualizado en autos su dueño o poseedor) que súbitamente cruzó

⁶ Ver nuestro trabajo *Unificación de la jurisprudencia contradictoria*, con la colaboración del Dr. Gustavo Carranza Latrubesse, LL 21-06-06.

⁷ Art. 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o mas provincias; entre una provincia y los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

⁸ Art. 117: “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna Provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

⁹ Ver CSJN, 21-03-06, causa B.2303.XL, “*Barreto, Alberto Damián y otra c. Buenos Aires, Provincia de s. daños y perjuicios*”, DJ 12-04-06; idem CSJN, 30-05-06, causa A.820.XXXIX, “*Aguilar, Patricia Marcela c. Rey, Héctor y otra Provincia de Buenos Aires s. daños y perjuicios*”. De la interpretación de ambos fallos surge la nueva doctrina de la Corte en cuanto a que la misma declina su competencia originaria en causas civiles en las que se demanda al Estado nacional y provincial, afirmando que estando en juego la aplicación de normas de derecho público y normas de derecho privado –que se aplican en forma analógica o supletoria-, debe darse preeminencia a las primeras y en consecuencia la contienda debe tramitar por ante los tribunales locales ordinarios. Asimismo, aclara el Magno Tribunal que para enervar su competencia originaria si se demanda conjuntamente al Estado y a otras personas físicas o jurídicas, es necesario que el Estado no sea solo parte nominal del pleito, sino parte sustancial del mismo, es decir, que su intervención sea obligatoria (similar fundamento al de la citación de tercero obligado -conf. art. 94 C.P.C.C.N.), de modo que no se pueda dictar sentencia útil sin su necesaria participación en el proceso.

la calzada, a la altura del camino de tierra a Mar Azul, aproximadamente a 12 Km. de la entrada a la Ciudad de Villa Gesell (Buenos Aires).

Si bien los siete Ministros se pronuncian decididamente a favor de la responsabilidad civil del concesionario de peaje, hay diferencias en cuanto al encuadre legal otorgado a la relación concesionario-usuario y su consiguiente órbita de responsabilidad, y al presupuesto de hecho que origina el deber de responder, ya que el voto de la mayoría (Highton de Nolasco –según su voto-, Fayt –modifica su postura anterior, aunque sin fundar opinión, adhiriéndose al sufragio de la mayoría-, Maqueda, Zaffaroni –según su voto- y Lorenzetti) dejando sentada su posición que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas es calificado como una típica relación de consumo en el derecho vigente (Ley N° 24.240/93 y sus modificatorias), e invocando la protección constitucional que dicha relación contiene en el art. 33¹⁰ de la Carta Magna, aclara que en el caso concreto no es posible la aplicación de la normativa de consumo, atento a que la citada ley se sancionó con posterioridad a la fecha de acaecimiento del siniestro en cuestión (conf. art. 3 CCiv.¹¹), por lo que termina encuadrando la mentada relación en la esfera contractual e imputando responsabilidad al concesionario vial por incumplimiento de la obligación de seguridad (conf. art. 1198 CCiv.¹²) integrada al contrato, que obliga al prestador del servicio a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles (conf. art. 902 CCiv.¹³), como la existencia de animales sueltos en la zona concesionada y la repetida ocurrencia de accidentes del mismo tenor al de autos, lo que obligaba al concesionario a ejercer una vigilancia activa para evitar el ingreso de animales a la

¹⁰ Art. 33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

¹¹ Art. 3: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

¹² Art. 1198 primer párrafo (Sustituido por Ley 17.711/68): “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.

¹³ Art. 902: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

carretera o en su caso proceder a retirarlos de inmediato, deberes que fueron omitidos por el prestador en el caso bajo análisis.

Mientras que en disidencia parcial, los Jueces Petracchi y Argibay, atribuyen responsabilidad extracontractual al ente vial por incumplimiento de la obligación de instalación y mantenimiento de la señalización que surge del correspondiente contrato de concesión de derecho administrativo celebrado entre el Estado concedente y el concesionario (vínculo primario del cual el usuario damnificado no es parte sustancial), al haberse acreditado en la causa, que en la zona donde ocurrió el accidente preexistía sobre la mano opuesta a la que circulaba el vehículo conducido por la víctima fatal un cartel que indicaba la presencia de animales sueltos, en tanto que, en el carril por el que transitaban los demandantes, si bien estaba prevista la colocación de uno semejante, según plano y croquis de señalización agregado al expediente judicial, a la fecha del accidente no existía tal advertencia, constituyéndose dicha omisión en un riesgo imprevisible (conf. art. 902 CCiv.) para los conductores con consecuencias para el desarrollo del tránsito vial en la zona¹⁴.

A raíz del mismo hecho, se presentaron los padres de dos menores de edad, quienes viajaban invitados en el rodado conducido por la víctima fallecida (Sr. Héctor Roberto Bianchi) y que resultaron con lesiones, e iniciaron demanda contra la sucesión del causante y/o propietario del automotor al momento del accidente, y asimismo, al igual que los actores damnificados de la familia Bianchi, accionaron contra la Provincia de Buenos Aires, Camino del Atlántico S.A. y quien en definitiva resulte dueño o guardián del equino que produjo el siniestro, dando origen a la formación del expediente M.302.XXXIII, "*Martínez Lamas, Manuel c. Buenos Aires, Provincia de y otros s. daños y perjuicios*", que la Corte con acertado criterio decidió que, al tratarse de pretensiones conexas que deben necesariamente sustanciarse conjuntamente por aplicación de los principios procesales de economía y concentración, y a efectos de evitar un desgaste jurisdiccional inútil y la posibilidad del escándalo jurídico derivado de

¹⁴ Consideramos que esta disidencia resulta "permisiva o contemplativa" a la hora de meritar la omisión desplegada por el concesionario de peaje e imputar su responsabilidad, ya que se advierte invirtiendo el argumento que, si en el caso, la señalización no hubiera sido deficiente, seguramente el voto hubiera eximido de responsabilidad a la concesionaria.

pronunciamientos judiciales contradictorios, la referenciada causa debía acumularse al caso “*Bianchi*” (conf. arts. 188 y 189 del C.P.C.C.N).

También el fallo en estudio rechaza la demanda interpuesta contra la Provincia de Buenos Aires por no revestir la misma las calidades de propietario o guardián del animal que ocasionó la colisión, no acreditándose a su respecto, los extremos exigidos para la aplicación del art. 1124 CCiv.¹⁵, considerando la Corte que dicho precepto no puede aplicarse cuando los animales carecen de dueño (*res nullius*) o no están bajo la guarda de persona alguna. Reiterando además, a mayor abundamiento, la aplicación de reiterada doctrina del Máximo Tribunal según la cual “...*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 delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa...*” (casos “*Sarro*” –Fallos: 313:1636-, “*Ruiz*”¹⁶, “*Bertinat*”¹⁷, “*Colavita*”¹⁸, “*Rodríguez*”¹⁹, “*Ramírez*”²⁰, “*Expreso Hada S.R.L.*”²¹ y “*Rodríguez Rodríguez*”²², en los que

¹⁵ Art. 1124: “El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario”.

¹⁶ CSJN, 07-11-89, “*Ruiz, Mirtha E. y otro c. Provincia de Buenos Aires*”, LL 1990-C-429/432, con nota de Jorge Bustamante Alsina.

¹⁷ 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, Nº 2, 2000, pág. 39, con nota de Ricardo Luis Lorenzetti.

¹⁸ 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, con nota de Rodolfo Barra; *Revista del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario*, Argentina, Nº 18, Setiembre de 2000, págs. 14/21.

¹⁹ CSJN, 09-11-00, “*Rodríguez, Eduardo Javier c. Buenos Aires, Provincia de; Concesionario Vial del Sur S.A. y otros s. sumario – daños y perjuicios*”, LL 27-06-01, pág. 10; R. 204. XXXII O, *El Dial.Com*, Primer Diario Jurídico en Internet, sección jurisprudencia, 8 de Febrero de 2001, www.eldial.com

²⁰ CSJN, 21-05-02, “*Ramírez, Ramón Aníbal c. Virgen de Itatí Concesionario de Obras Viales S.A.*”, Ediciones DEc., www.edec.com.ar - Con el único voto en disidencia del Juez Adolfo Vázquez quien opinó que: “*Demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario -como sucede en todo supuesto de responsabilidad objetiva- una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual, en el caso de daños provocados por animales sueltos en la ruta, deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado un adecuado control de los alambrados linderos al camino, una prolija inspección visual, etc.*”.

también se inclinó por la irresponsabilidad del concesionario vial, rechazándose en definitiva la demanda al no haberse logrado individualizar al dueño o guardián del animal).

Asimismo, la sentencia rechaza la acción impetrada contra los herederos del conductor fallecido (no se encontraron evidencias que demostraran su conducta imprudente en el manejo del rodado) y contra el titular registral del automóvil interviniente, por aplicación de la eximente de responsabilidad contenida en el art. 1113 segundo párrafo, segunda parte CCiv., encontrándose acreditado a su respecto, el hecho de un tercero (Camino del Atlántico S.A.) por quien los sucesores demandados no deben responder²³. Agregando que las costas derivadas de este rechazo de demanda se distribuyen en el orden causado, atento a que los demandantes en su condición de terceros transportados podían razonablemente dirigir la acción contra todos los que participaron de cualquier modo en el hecho dañoso²⁴.

Con relación a los rubros indemnizatorios la decisión en análisis reconoce los siguientes rubros: el monto de \$ 240.000.- en concepto de valor vida humana

²¹ CSJN, Argentina, 28-05-02, "*Expreso Hada S.R.L. c. San Luis, Provincia de y otros s. cobro de pesos*", LL 2002-E-801; ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/si/hada_srl.htm

²² CSJN, 27-12-05, R.356.XXXVII. - R.343.XXXVII. - R.350.XXXVII. - R.355.XXXVII., "*Rodríguez Rodríguez, María Gracia por su hija menor S.M.T. y otros c. Mulqui, Armando Félix; Segovia, Carlos Alberto y Estado provincial*", Revista RAP Digital, http://revistarap.com.ar/novedades_y_noticias.php?id=12703&pid=53

²³ Recordamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en afirmar que, para que la culpa del tercero tenga efecto eximitorio de responsabilidad, debe reunir necesariamente los requisitos propios del caso fortuito (conf. art. 514 CCiv.). Conf. CSJN, 13-11-90, "*Santamarina, María del Carmen c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*", LL 1991-B-526; ED 131-362. Es así que en nuestro caso la Corte consideró que la irrupción del animal equino en la calzada fue un hecho imprevisto e inevitable, pero sólo para el conductor del automotor siniestrado, más no para el concesionario.

²⁴ A propósito reseña Goldenberg que: "La jurisprudencia tiene decidido que la víctima de un accidente de tránsito producido por la participación de más de un automotor, no tiene por que investigar la mecánica del hecho, pudiendo dirigir su acción indemnizatoria contra todos los que hubieren intervenido en él (CNCiv., Sala A, 12-09-72, ED 46-402; íd., 23-11-71, JA 14-1972-301; íd., Sala B, 09-09-75, LL 1976-A-141; íd., Sala C, 02-11-71, ED 40-470; íd., 07-09-71, ED 44-983, Nº 976; íd., 22-10-75, LL 1976-A-378; íd., Sala D, 11-05-72, JA 16-1972-11; íd., Sala E, 11-10-72, ED 46-718; íd., Sala F, 06-07-71, ED 41-383; íd., 03-05-73, ED 49-681; íd., 29-09-70, ED 36-106; fallos citados ED 44-983, Nº 977 a 999; íd., 28-06-73, ED 51-758, Nº 16; SCJBA, 05-12-73, LL 153-245; CCiv. y Com. Bell Ville-Córdoba, 14-05-71, JA reseñas 1973-608, Nº 2; CCiv. Com. Lab. y Minas Santa Rosa-La Pampa, 04-04-74, JA reseñas 1974-88, Nº 20; CApel. Civ. y Com. Río Cuarto-Córdoba, 03-07-78, CJ, XXVIII-J-187; CNEspecial Civ. y Com., Sala V, 25-02-81, BCNEC y C, 981, Nº 10.533)". GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 1ª reimpression, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, págs. 147/148.

de quien fuera Héctor Roberto Bianchi (conf. arts. 1084 y 1085 CCiv.), a repartirse entre la cónyuge supérstite y sus dos hijos menores; la suma de \$ 40.000.- en concepto de incapacidad física sobreviniente –comprensiva del daño estético- de la viuda, teniendo en cuenta la incapacidad total y permanente del 42% dictaminada por el perito médico designado en autos; \$ 17.280.- y \$ 5.760.- en concepto de daño psicológico de la viuda y de uno de sus hijos menores (de 11 años de edad al momento del deceso de su padre), respectivamente, reconociendo al citado perjuicio como rubro autónomo de reparación -con carácter patrimonial²⁵-, a los fines de solventar los gastos que demande el tratamiento psicológico de la damnificada; y \$ 240.000.- en concepto de daño moral sufrido por los tres reclamantes (conf. art. 1078 CCiv.).

Por su parte, en el juicio “*Martínez Lamas*”, que tramitara acumulado al caso “*Bianchi*”, los jueces discriminaron y justipreciaron los daños de la siguiente forma: la suma de \$ 50.000.- en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente (total y permanente del 50% de la total obrera, e incapacidad parcial y permanente del 25% en el plano psicológico) de uno de los menores que viajaban en el automóvil siniestrado (de 9 años de edad a la fecha del evento dañoso); \$ 15.000.- en concepto de incapacidad psicológica (parcial y permanente del 30% de la total obrera) del otro de los menores damnificados (de 12 años de edad a la fecha del accidente); \$ 42.000.- en concepto de daño moral experimentado por ambos menores; y el reembolso de la suma de \$ 1.818.- en concepto de gastos de internación y de farmacia para la recuperación de uno de los menores.

Por último, y completando lo ordenado por el fallo, se reconocen los intereses desde el acaecimiento del hecho hasta su efectivo pago, sin aclararse la tasa a utilizar para su cálculo; imponiéndose las costas del proceso en el orden causado, atento a que lo resuelto importa un cambio en la jurisprudencia del Tribunal, en virtud a que la parte vencida (Camino del Atlántico S.A.) se sintió o tuvo razones o fundamentos jurídicos valederos para resistir la presentación

²⁵ Ya en su oportunidad nos manifestamos a favor de la independencia como rubro autónomo de reparación distinto del daño moral, haciendo notar las diferencias que existen entre ambos conceptos indemnizatorios. (Ver PIROTA, Martín Diego, *La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Derecho Práctico (Comentarios jurisprudenciales), Año VII, Nº 9, Setiembre de 2005)

incoada en su contra (conf. Fallos: 318:1214 y lo normado por el art. 68 segundo párrafo del C.P.C.C.N.)²⁶.

II. Contrato de concesión de obra pública

a) Concepto

Es un contrato de derecho público -específicamente de derecho administrativo- en virtud del cual el concedente (Estado Nacional, Provincial o Municipal) otorga a un tercero –el concesionario (empresa de capital público, privado o de economía mixta)-, la explotación, administración, construcción, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras²⁷; importando la obligación de custodia en cabeza del concedente²⁸, y para el concesionario la de realizar lo necesario para que la obra esté expedita al uso público, estando facultado éste último a cobrar una tarifa a los usuarios del sistema en concepto de peaje en virtud de la delegación del poder de imperio tributario que le hace el Estado concedente.

Explica Barra que “la relación Estado (Administración Pública)-concesionario-usuario está regulada por la llamada ‘*delegación transestructural de cometidos estatales*’. Esta es una expresión que trata de explicar ciertas actividades cumplidas por los particulares, generalmente en su propio ámbito de interés, pero que, por imperio de una decisión estatal previa, supone la gestión de determinados cometidos o competencias públicas –estrictamente estatales– en un

²⁶ A propósito de las costas, en el antecedente “*Ferreyra*” y en virtud de haberse declarado inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por la concesionaria vencida, fueron impuestas a la recurrente por aplicación del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 primer párrafo del C.P.C.C.N.).

²⁷ Que comprende no sólo la carretera sino todas las instalaciones anexas y comprensivas de la concesión hasta el límite geográfico de los terrenos linderos (conf. art. 5 inc. z) de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial N° 24.449/95).

²⁸ Contralor que el Estado ha delegado en el Órgano de Control de Concesiones Viales (O.C.CO.VI. www.occovi.gov.ar), encargado de ejercer la supervisión, inspección, auditoría y seguimiento del cumplimiento de los contratos de los casi diez mil kilómetros de rutas nacionales concesionadas del país, conforme lo dispone el art. 18 del Pliego de Bases y Condiciones Generales para la Licitación de Concesión de Obra Pública (PBC), aprobado por Resolución MOSP N° 221/89.

régimen de desempeño compartido con la misma Administración pública (cogestión) o exclusivo (autogestión) de esa actividad”²⁹.

“El concesionario actúa en el cumplimiento de una cierta delegación emanada de la Administración, sustancialmente idéntica a la delegación de competencia que se da en la esfera interna administrativa (tanto en el ámbito de la organización centralizada como descentralizada), pero que por trascender a su estructura se la ha denominado ‘delegación transestructural’”³⁰.

A su término, respecto de la concesión la Corte Suprema ha sentado su doctrina judicial expresando que: “...la concesión no es un contrato de derecho común entre iguales, sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa para la debida realización de un servicio público...”³¹.

b) Caracteres

El contrato en cuestión participa de los siguientes caracteres:

1.- Bilateral: ya que de él surgen derechos y obligaciones recíprocas para los sujetos intervinientes.

2.- Conmutativo: debido a que “las obligaciones que asumen las partes son ciertas y apreciables, en su significación económico-social, en el acto mismo en que se perfecciona el contrato”³².

Trasladando ese concepto al contrato que nos interesa surge que el Estado reconoce al concesionario, sin garantizar utilidad (riesgo del negocio) el mantenimiento en la ecuación económico financiera de un “ítem” que es la prudente ganancia del empresario privado³³.

²⁹ BARRA, Rodolfo, *Contrato de obra pública*, t. 1, pág. 305; conf. ALVAREZ, Fernando Diego – GATTI, Walter Oscar, *Naturaleza jurídica del peaje*, en Lecciones y Ensayos, N° 56, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, pág. 110.

³⁰ ALVAREZ, Fernando Diego – GATTI, Walter Oscar, op. cit., págs. 110/111.

³¹ CSJN, “Caja de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c. FF.CC. Argentino”, Fallos: 152:413.

³² SPOTA, Alberto G., *Instituciones de derecho civil-Contratos*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1975, Reimpresión, vol. I, pág. 162.

³³ “Un contrato transparente y equilibrado entre cada sociedad y la autoridad concedente, que debe velar, tanto por el mantenimiento de un nivel mínimo de calidad del servicio como porque unas exigencias excesivas no lleven a deteriorar la situación financiera de la sociedad concesionaria, alterando el equilibrio económico-financiero previsto en el contrato de concesión”. (Conf. Internet, “Por una gestión eficaz y equitativa de las infraestructuras viales”, www.asecap.com/poge_e32.htm, pág. 1; ASECAP es la Asociación de Concesionario de Peaje,

“Dicha ecuación, que es la piedra angular del sistema o –en las palabras de la Corte- ‘*el nudo central de la cuestión y el principio general y la base de todo contrato de concesión de obra pública*’, se estructura conceptualmente de la siguiente manera: inversiones + gastos + beneficio = (tarifa x cantidad de usuarios x plazo) + subvención – canon”³⁴.

Prudente ganancia del empresario significa que la eventual rentabilidad no exceda de la relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión. Es por ello, que si las ganancias son considerablemente mayores que las inversiones -como ocurre en las concesiones de peaje-, debe procurarse un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje³⁵.

3.- Oneroso: recordemos que existe una regla indiscutible que dice que todo contrato bilateral es oneroso porque “las ventajas que procuran a una u otra

que como se lee en el párrafo transcrito, lógicamente defiende los intereses de sus asociados). Es interesante que nos detengamos a analizar el decreto N° 527/91, dictado el 27-03-91 (B.O. del 2-4-91), que establece los lineamientos a los que deberán ajustarse las concesiones viales otorgadas por el decreto N° 2039/90. El Poder Ejecutivo afirmó al dictar dicho decreto lo siguiente: “*Que, del análisis efectuado por la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos de las concesiones otorgadas por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 2039 de fecha 26 de septiembre de 1990 para el mantenimiento y conservación de corredores viales de la red nacional, en atención a sus aspectos económicos, financieros y de inversión, y a la revolución que han tenido dichas variables desde la implementación del sistema al presente, surge que el mismo vulneraría, de continuar, lo dispuesto por el art. 57 de la ley 23.696 al no asegurar la razonable relación que debe existir entre las inversiones efectivamente realizadas y la utilidad neta, conforme exige el régimen vigente por conducto de la citada norma, límite infranqueable cuya trasgresión afectaría la validez de los contratos en cuestión. Asimismo, las concesiones otorgadas, en su aplicación práctica, resultarían lesivas para el interés nacional y llevarían a beneficios abusivos y soluciones jurídicas contrarias al derecho público que rige las relaciones entre concedente, concesionarios y usuarios*”. En suma, según Montes de Oca, “el P.E. habla de: concesiones lesivas para el interés nacional; beneficios abusivos para las concesionarias; situación alejada de toda noción de justa retribución; exacción ilegítima carente de causa jurídica; sistema contrario al interés general, que ha ocasionado serias distorsiones económicas; que los niveles tarifarios se muestran absolutamente desproporcionados en relación al servicio, tendiente a convertirse en abusivo; traducen un gravamen desigualitario negándole así justicia y razonabilidad al tributo”. (MONTES DE OCA, Luis G., *Peajes: 2003 – 2018. Un negocio ilegal de 7.000 millones de dólares*, A. M. Gráfica, Buenos Aires, 1997, págs. 13/15)

³⁴ Conf. BIANCHI, Alberto B. y MIHURA ESTRADA, Ricardo J., *El peaje: de la ley de concesión de obra pública a la ley de convertibilidad – (Reflexiones a propósito de un fallo importante)*, LL 2-12-91, pág. 4. La cursiva es nuestra.

³⁵ Como ocurrió con los vecinos de la Ciudad de Castelli (Provincia de Buenos Aires) quienes solicitaron y obtuvieron –a partir del 01-02-99- una rebaja del 30% y 40% en la tarifa de peaje, correspondiente a la Localidad de Samborombón, y que beneficia a los habitantes de la ciudad de referencia y a los de la Ciudad de Dolores (Provincia de Buenos Aires) que transitan por la autovía 2. (Conf. Diario *Clarín*, 02-02-99, pág. 33).

de las partes no les es concedida sino por una prestación que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle”³⁶.

“Es decir, que las ventajas económicas que obtiene el concesionario, a través del cobro del peaje -que constituye la prestación del Estado en favor del mismo-, tienen su razón de ser o su correlato en el pago del canon mensual y la realización y/o mantenimiento de obras viales determinadas, que constituyen a su vez la contraprestación del concesionario en favor del Estado”³⁷.

4.- Efectos contra terceros: ésta es 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), y el contrato de concesión de obra pública, al participar de la esencia jurídica de los mismos, hace 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 -como ocurre con los usuarios del corredor vial-, 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.

“El usuario y los terceros aspirantes a serlo no son parte del contrato, pero son sujetos de la relación jurídica de derecho público originada en aquél, es por ello que poseen derechos y obligaciones que emanan de ese contrato, y así es que la relación de derecho público entre Estado y concesionario no es en caso alguno *res inter alios acta* respecto de ellos (se refiere al usuario y terceros aspirantes)”³⁸.

III. Relación concesionario de peaje-usuario vial: diferentes posturas. Naturaleza jurídica del peaje. Nuestra opinión.

Analizaremos ahora cuales son las posturas actualmente en danza para imputar responsabilidad civil a las empresas concesionarias viales y al Estado, a

³⁶ AUBRY y RAU, *Cours*, t. III, 341, pág. 205, núm. 2; conf. SPOTA, Alberto G., op. cit., vol. I, pág. 149.

³⁷ Conf. PIROTA, Martín Diego, *Responsabilidad por daños derivados del peaje*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pág. 40.

³⁸ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Parte especial, vol. II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 47; conf. PEREZ HUALDE, Alejandro, *El*

partir del análisis de la naturaleza jurídica del peaje y de la consiguiente relación que se entabla entre el concesionario y el usuario. Asimismo, veremos cual es la visión particular de cada tesis en la temática que nos convoca.

Si bien hay tres corrientes vertebrales que categorizan a la obligación resarcitoria de las empresas prestatarias del servicio de mantenimiento y conservación de la red vial y del Estado, a saber: 1) tesis tributarista o de derecho público; 2) tesis contractualista amplia o de derecho privado; y 3) tesis de la relación de consumo³⁹; se ha ido abriendo paso una línea jurisprudencial que tiene en cuenta el incumplimiento de la obligación por parte del concesionario en una determinada situación fáctica.

1.- Tesis tributarista o de derecho público

Considera que el peaje participa del género de los tributos y dentro de la especie de las *contribuciones especiales* (conf. art. 4 C.N.), debido a que de la interpretación de la propia letra del art. 1 de la Ley N° 17.520/67 de Concesiones de Obras Públicas con cobro de tarifas o peaje⁴⁰, modificado por el art. 58 de la Ley N° 23.696/89 de Emergencia Administrativa y Reestructuración del Estado⁴¹, surge que las concesiones de obra se otorgan “*para*” la explotación, administración, reparación, etc., de obras ya existentes o nuevas siempre que tengan vinculación física, técnica o de otra naturaleza con las primeras. Es decir, que el destino o imputación concreta de dichos fondos está previamente determinado en la norma jurídica.

El llamado criterio tributarista de la responsabilidad extracontractual o tesis restrictiva, establece que no hay vinculación contractual entre el concesionario vial y el usuario (considerado un contribuyente), sino que “la relación Estado (Administración Pública)-concesionario-usuario está regulada por la llamada ‘*delegación transestructural de cometidos estatales*’. Esta es una expresión que trata de explicar ciertas actividades cumplidas por los particulares, generalmente en su propio ámbito de interés, pero que, por imperio de una decisión estatal

concesionario de servicios públicos privatizados. La responsabilidad del Estado por su accionar, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 21. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.

³⁹ Conf. GALDÓS, Jorge Mario, *Peaje y animales sueltos: ¿la clausura de un debate?*, LL 2000-E-494.

⁴⁰ ALJA 1967-B-1131.

⁴¹ LA 1989-B-1132.

previa, supone la gestión de determinados cometidos o competencias públicas – estrictamente estatales- en un régimen de desempeño compartido con la misma Administración Pública (cogestión) o exclusivo (autogestión) de esa actividad. El concesionario actúa en el cumplimiento de una cierta delegación emanada de la Administración, sustancialmente idéntica a la delegación de competencia que se da en la esfera interna administrativa (tanto en el ámbito de la organización centralizada como descentralizada), pero que por trascender a su estructura se la ha denominado ‘delegación transestructural’⁴².

Adhieren a esta visión administrativista de la mentada relación, además de la mayoría de la doctrina administrativa, algunos constitucionalistas y civilistas entre otros autores, como Marienhoff⁴³, Dromi⁴⁴, Barra⁴⁵, Fonrouge⁴⁶, Álvarez y Gatti⁴⁷, López Del Carril⁴⁸, Villegas⁴⁹, Badeni⁵⁰, Hutchinson⁵¹, Bidart Campos⁵²,

⁴² Conf. ALVAREZ, Fernando Diego – GATTI, Walter Oscar, op. cit., pág. 110. La cursiva es nuestra.

⁴³ MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad “extracontractual” del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*, ED 169-1093/1110; *Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita*, en Revista de Derecho Administrativo, N° 12/13, enero-agosto 1993; *Responsabilidad “extracontractual” del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad “lícita” desplegada en el ámbito del derecho “público” (A propósito de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, ED 24-04-96; *El poder de policía y el control de seguridad en las vías públicas. Responsabilidad del Estado por omisión. Un caso de jurisprudencia*, Anticipo de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, año XLI, segunda época, N° 34, Buenos Aires, 1997.

⁴⁴ DROMI, Roberto, *Empresas Públicas. De Estatales a Privadas*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

⁴⁵ BARRA, Rodolfo, *La concesión de obra y de servicio público en el proceso de privatización*, en Revista de Derecho Administrativo, N° 6, Ed. Depalma, Buenos Aires, enero-abril 1991; *Contrato de obra pública*, t. 1, pág. 305; *Animales en las rutas. Responsabilidad por omisión de control en la concesión de obra pública*, ED 30-05-00, pág. 1.

⁴⁶ FONROUGE, Guiliani, *Derecho financiero*, vol. II, pág. 319.

⁴⁷ ALVAREZ, Fernando Diego – GATTI, Walter Oscar, *Naturaleza jurídica del peaje*, en Lecciones y Ensayos, N° 56, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 103/125.

⁴⁸ LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, *Animales sueltos en rutas y responsabilidad civil*, LL 1996-A-sección doctrina, págs. 1329/1342; *Peaje, animales sueltos en rutas y empresas concesionarias viales*, LL 1998-F-284; *Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación. El rol de los concesionarios viales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1999; *Hacia una consagración unánime de la doctrina de la irresponsabilidad del ente vial por el accidente producto de animales sueltos*, LL 1999-E-143; *Pautas interpretativas de la responsabilidad del concesionario vial*, LL 2000-D-39/45.

⁴⁹ VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 5ta. edición, ampliada y actualizada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994. Comenta el autor citado que “conforme lo demuestra la experiencia actual, los fondos recaudados mediante el peaje se utilizan específicamente para financiar la construcción y conservación de los medios de comunicación vial y, en general, para el mejoramiento de este tipo de infraestructura, está por demás justificado que los singularizados usuarios de tales obras públicas paguen la contribución especial denominada ‘peaje’”. (VILLEGAS, Héctor B., op. cit., pág. 112). Al meditar estas palabras del maestro Villegas,

Poclava Lafuente⁵³, Compiani y Venegas⁵⁴, Spisso⁵⁵, Sarmiento Güemes⁵⁶, Muzi⁵⁷ y Cuiñas Rodríguez⁵⁸.

También 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.*”⁵⁹, luego ratificado por el Excelentísimo Tribunal en el

nos preguntamos si realmente en la práctica los fondos que recauda la concesionaria en concepto de peaje, son *específicamente* utilizados para dotar de seguridad vial y confort a las carreteras; si ello es así coincidimos con el autor y justificamos el pago del peaje; de lo contrario, si esos fondos -en la práctica- no tienen el destino indicado, se estaría desnaturalizando el fin que se tuvo en mira al crear el instituto.

⁵⁰ BADENI, Gregorio, *El régimen constitucional del peaje*, JA 1991-III-90.

⁵¹ HUTCHINSON, Tomás, *Los daños producidos por el Estado*, en *Jus* N° 36 y 38, año 1984; *La actividad administrativa de policía y las garantías de los derechos constitucionales*, en el libro de las II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “*Allan Randolph Brewer-Carias*”, FUNEDA, Caracas, 1996, págs. 97 y ss.; *Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito*, en *Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – III*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 291/326.

⁵² BIDART CAMPOS, Germán J., *La ley de peaje*, JA 1967-XIV-70; *El peaje*, ED 144-166.

⁵³ POCLAVA LAFUENTE, Juan C., *Breves consideraciones sobre el peaje y la ley 17.520 de concesión de obra pública*, LL 152-736; *Concesionarios de rutas por peaje. Irresponsabilidad por los daños causados por animales*, LL Actualidad 09-06-94; *Accidentes causados por animales en rutas otorgadas en concesión*, LL 1995-D-336.

⁵⁴ COMPIANI, María Fabiana – VENEGAS, Patricia Pilar, *Responsabilidad por los daños generados por el mal estado de conservación de los corredores viales*, LL 1992-E-sección doctrina, págs. 1208/1215.

⁵⁵ SPISSO, Rodolfo R., *La constitucionalidad del peaje y su justa medida*, ED 144-166/168.

⁵⁶ SARMIENTO GÜEMES, Manuel, *Concesiones viales. Relaciones jurídicas*, LL 1995-C-sección doctrina, págs. 1164/1173.

⁵⁷ MUZI, Sergio Mario, *Responsabilidad del concesionario de rutas por peaje frente a un accidente provocado por un animal suelto*, LL 1992-sección doctrina, págs. 597/605.

⁵⁸ CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel, *Accidentes de circulación y responsabilidad del Estado Municipal*, LL 1998-F-494.

⁵⁹ CSJN, 18-06-91, Fallos: 314:595; LL 1991-D-404; ED 144-168/175, con notas de Germán J. Bidart Campos y Rodolfo R. Spisso. El Alto Tribunal se pronunció sobre tres cuestiones fundamentales: 1.- La naturaleza jurídica del peaje, esbozando “**...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. La circunstancia de que el legislador predetermine su destino con una precisión mayor que la que regularmente emplea al establecer otras contribuciones no entorpece su carácter de tal.**”. 2.- No es requisito para la constitucionalidad del peaje la existencia de vías alternativas simultáneas gratuitas, “*no se la exige como condición sine qua non de validez del peaje, sin embargo se establece la importancia de la misma frente a casos en los que se plantee la razonabilidad o confiscatoriedad del monto del peaje*”. 3.- Pone fin a la polémica 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. Así “*la libertad de tránsito del art. 14 de la Constitución Nacional sólo puede verse afectada por medidas fiscales o parafiscales cuando éstas tornen en ilusorio aquel derecho, lo que no impide al Estado establecer los tributos que razonablemente requiera el sostenimiento de sus actividades y repartir su carga de un modo razonable, conforme el art. 16 de la Constitución Nacional*”; en ejercicio del “poder tributario” que originariamente le compete, el que se manifiesta a través del dictado de la norma de creación del tributo, en el caso del peaje la Ley N° 17.520/67, mediante la cual el Estado concedente delegó la “competencia tributaria” a la empresa concesionaria vial.

caso “YPF c. Provincia de Corrientes”⁶⁰, y puntualmente en el tema de las colisiones con animales sueltos en carreteras: “Colavita”⁶¹, “Bertinat”⁶² (ambos tramitaron en instancia originaria), otros pronunciamientos de la Corte que siguieron la misma línea -los que fueron referenciados en el punto I-, y fallos en su mayoría de la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de algunos tribunales provinciales⁶³.

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 Estado (u organismo con competencia sobre la vía como la Dirección Nacional de Vialidad - entidad autárquica nacional creada por Ley N° 11.658/32⁶⁴, sustituida y derogada

⁶⁰ Causa Y.11XXII, sentencia del 03-03-92.

⁶¹ 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, 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.

⁶² 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.

⁶³ 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”, elDial, 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 extrancontractual 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.

⁶⁴ Adla, 1920-1940, pág. 279. Para obtener una abundante y completa información vial (rutas, concesiones, órgano de control, historia y funciones de la D.N.V., mapas, biblioteca vial, etc.), aconsejamos ingresar a la página Web de la Dirección Nacional de Vialidad: www.vialidad.gov.ar

luego por el decreto-ley N° 505 del 16-01-58⁶⁵ - o sus respectivas direcciones provinciales)⁶⁶ o del concesionario⁶⁷, con factor de atribución objetivo o subjetivo según el caso⁶⁸. Contando el damnificado con el plazo de prescripción de dos años tanto para demandar al Estado como al concesionario (conf. art. 4037 CCiv.).

Se sostiene que el poder de policía sobre animales sueltos en la zona del camino le corresponde al Estado (por aplicación del art. 28 primer párrafo del Reglamento de Explotación de Concesiones Viales, aprobado por Resolución SSOSP N° 41/91⁶⁹), a través de la autoridad policial provincial en las provincias o federal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que son las provincias las que están facultadas para castigar administrativamente las faltas o infracciones impuestas por daños causados por animales. Se trata de un poder reservado por las provincias no delegado al Estado Nacional (conf. art. 121 C.N.⁷⁰), por lo que éste último (que es el sujeto concedente en las concesiones viales) no puede delegar en los concesionarios viales un poder que no detenta⁷¹. Sólo puede

⁶⁵ Adla, XVIII-A, 1958, pág. 498.

⁶⁶ Surge de su calidad de dueño del bien del dominio público (vías de circulación) que por su riesgo o vicio produce el perjuicio (arts. 2340 inc. 7 y 1113 2do. párr. segunda parte CCiv.), 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, 1109 y 1113 CCiv.), o por aplicación del factor objetivo de responsabilidad *falta de servicio* (art. 1112 CCiv. en función de los arts. 43 1ra. parte, 1074 CCiv., 18 del PBC y 121 C.N.) en virtud del incumplimiento de la obligación de contralor de los deberes a cargo de la empresa concesionaria vial.

⁶⁷ 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.).

⁶⁸ Accidentes de tránsito ocurridos en carreteras y autopistas concesionadas originados por algún defecto y/o desperfecto en el diseño o construcción de la autovía; en la reparación, mantenimiento o conservación de la ruta y demás elementos e instalaciones comprensivas del área concesionada como banquetas, alcantarillas y obras de arte, desagües, iluminación y semaforización, corte de pastos y malezas, señalamiento, barandas de defensa (suprimiendo roturas, montículos, baches, ondulaciones, piedras, restos de siniestros viales, manchas de aceite o combustible, arena, barro, etc.), y también por alguna deficiencia en la prestación de servicios que debe dar el concesionario de peaje a los usuarios viales (auxilio médico -primeros auxilios- y/o mecánico, extinción de incendios, sistema de telefonía o postes parlantes "SOS", etc.). Amén de que en algunos casos exista algún grado de culpa por parte del automovilista o peatón accidentado.

⁶⁹ Art. 28.- VIGILANCIA: "Las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito serán ejercidas por la autoridad pública".

⁷⁰ Art. 121: "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

⁷¹ Esto no sabemos si fue una omisión intencional o bien un olvido o descuido del Estado al momento de la confección de los respectivos pliegos de concesión. Aunque se ha determinado

ejererlo el concesionario como autoridad supletoria en ausencia de la autoridad pública (conf. art. 29 del Reglamento de Explotación de Concesiones Viales, aprobado por Resolución SSOSP N° 41/91⁷²).

Agrega la corriente que en los daños causados a terceros por animales el obligado a responder es su dueño o guardián, conforme lo previsto por los arts. 1124 a 1131 CCiv.; por lo que en consecuencia, a la autoridad con competencia sobre la vía (Estado, organismo vial descentralizado y/o ente concesionario vial) ninguna responsabilidad le cabe por no ser propietaria ni guardiana del animal suelto en la carretera que provoca un accidente. Claro está que si el animal que causó el daño pertenece al Estado o a la propia concesionaria (situación poco probable de darse en la práctica por cierto), mal pueden eximirse de responsabilidad, ya que responderán por ser dueños del mismo.

Por último se argumenta que “no podemos incluir en la categoría de ‘cosa’ productora del daño a la ruta en sí misma, por cuanto ésta no tiene participación alguna como causa eficiente de la colisión (representada por un objeto móvil extraño a la materialidad de la vía como es el animal)”⁷³, y que exigirle al ente concesionario que patrulle permanentemente toda la extensión del corredor vial para evitar el ingreso de animales sueltos al camino sería cargar sobre sus espaldas una obligación de cumplimiento imposible (conf. art. 627 CCiv.⁷⁴)⁷⁵, considerándose a la irrupción de animales a las vías de circulación un caso fortuito (conf. art. 514 CCiv.) que exonera de responsabilidad al concesionario.

2.- Tesis contractualista amplia o de derecho privado

que las concesiones de carreteras están entre las más cuestionadas por su falta de transparencia junto con las de aeropuertos y correo.

⁷² Art. 29.- “AUTORIDAD SUPLETORIA DEL ENTE CONCESIONARIO: En ausencia de la autoridad pública destinada a la policía de seguridad y de tránsito, la autoridad del Ente Concesionario es obligatoria para los usuarios y podrá adoptar, con carácter transitorio, las disposiciones necesarias en orden a la regulación del tránsito, debiendo formular de inmediato, cuando así corresponda, la denuncia procedente ante la autoridad policial o requerir su presencia”.

⁷³ Conf. MUZI, Sergio Mario, op. cit., págs. 602/603. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.

⁷⁴ Art. 627: “Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe volver al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido”.

⁷⁵ Opinan así TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J., *Daños causados por las cosas*, en Tratado de la Responsabilidad Civil, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 411.

La postura contractualista amplia tipifica la relación concesionario-usuario como contractual u obligacional (conf. art. 1197 CCiv.⁷⁶), debido a que el automovilista accede al uso de la carretera mediante el pago al concesionario de una suma de dinero en concepto de peaje (precio, conf. arts. 1137, 1349 y ss. CCiv.), como contraprestación por hacer posible la circulación en los términos del contrato administrativo de concesión celebrado entre el Estado y la empresa concesionaria.

Como señalan Meza y Boragina, “este contrato de derecho privado (atípico o innominado que podríamos llamar de prestación de servicios viales) generaría para el concesionario dos obligaciones destacables, a saber: a) una obligación principal (o típica), cual sería la de habilitar al usuario el tránsito por el corredor vial; y b) una obligación de *seguridad*, por los daños que éste pudiera sufrir durante la circulación vehicular a través del trayecto concesionado”⁷⁷.

Expone Kemelmajer de Carlucci que “la doctrina alemana con fundamento en el art. 242 del BGB, establece que junto a las obligaciones que satisfacen el interés fundamental o primario del acreedor, es decir, al lado de los deberes de prestación (*leistungspflichten*), existen los llamados ‘deberes de protección’ (*schutzpflichten*). Los deberes de prestación tienden a la realización del interés primario del acreedor. Los deberes de protección, derivan fundamentalmente de la buena fe y se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les pueda derivar del incumplimiento de la obligación”⁷⁸.

La responsabilidad contractual del concesionario deriva del incumplimiento de la obligación de seguridad (art. 1198 CCiv.), que es independiente de la

⁷⁶ Art. 1197: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

⁷⁷ BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., *Responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario*, JA 12-11-97, N° 6063, pág. 5. Ver además de los mismos autores: *La responsabilidad de los concesionarios de rutas: un fallo ejemplar*, JA 2000-IV-203. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.

⁷⁸ JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 141 y ss.. Para los puntos de contacto entre la teoría de los deberes de protección (nacida en Alemania sobre la base del art. 242, en Italia del art. 1175 y desarrollada en Francia con la expresión obligaciones de seguridad, ver VISINTINI, Giovanna, *Inadempimento e mora del debitore*, en *Il Codice civile Commentario*, diretto da Piero Schlesinger, Bs. As., ed. Giuffrè, 1987, pág. 230; conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Daños causados en rutas gestionadas por concesionarios*, inédito.

obligación principal o típica, y de resultado, generando consecuentemente responsabilidad objetiva, enancada en el factor de atribución garantía.

A su vez, dentro de la postura contractualista algunos -como por ejemplo Gherzi⁷⁹- tipifican el contrato entre el concesionario y el usuario como *de adhesión in totum*, en virtud a que la tarifa de peaje y las demás condiciones de contratación son fijadas coactivamente por el ente concesionario con control del Estado; y otros como de estipulación a favor de terceros (art. 504 CCiv.⁸⁰), ya que “mediante dicho negocio jurídico, el concesionario se habría obligado expresamente a construir o reconstruir la vía de tránsito, según cada caso en particular; a la conservación del camino en condiciones de transitabilidad; a ejercer un poder de policía restringido, limitado al control del exceso en las cargas vehiculares. El usuario resultaría, de consuno, el *beneficiario* de la estipulación concertada entre *estipulante* (Estado) y *promitente* (concesionario)”⁸¹.

Son partidarios de esta visión de raigambre eminentemente civilista, además de los autores ya citados, Vázquez Ferreyra⁸², Weingarten y Gherzi⁸³, Padilla y Arias Cau⁸⁴, Piserchia⁸⁵, Florián⁸⁶, Mosset Iturraspe⁸⁷, Azar⁸⁸, Burgos y

⁷⁹ GHERSI, Carlos A., *Obligaciones civiles y comerciales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994; *Daños causados a peatones en rutas sometidas a peaje*, en *Accidentes de tránsito. Derechos y reparación de daños*, Ed. Universidad, 2ª edición, Buenos Aires, 1998, págs. 79 y ss.; *Contrato de peaje*, en *Derecho de Daños y Contratos – Responsabilidades profesionales*, Ed. Club del Libro, Mar del Plata, 1999, págs. 287/300; *Responsabilidad concurrente del Estado, de las empresas de peaje y de los dueños de los animales sueltos por accidentes con automotores en rutas*, JA 1999-II-139; *Un fallo olvidado y la legitimación activa comunitaria. Las rutas sometidas a concesión de peaje y los cruces ciudadanos (seguridad individual, colectiva y social)*, JA 2001-II-197/199; *Responsabilidad del Estado por omisión del control y ejercicio del poder de policía*, JA 18-07-01.

⁸⁰ Art. 504: “Si en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada”.

⁸¹ Conf. BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., op. cit., pág. 4.

⁸² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La demanda contra los concesionarios de las autopistas*, en *Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – I*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 155/178; *La responsabilidad de los concesionarios viales por los animales sueltos en las rutas: otra sentencia en la senda correcta*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año I, N° 5, Setiembre-October 1999, pág. 85.

⁸³ WEINGARTEN, Celia – GHERSI, Carlos A., *Contrato de peaje – Rutas y autopistas*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.

⁸⁴ PADILLA, Rodrigo – ARIAS CAU, Esteban Javier, *La responsabilidad del concesionario y del Estado frente a las privatizaciones (concesionarias de peaje)*, LL 1997-F-1423/1430.

⁸⁵ PISERCHIA, Raúl Oscar, *Las concesiones de servicios públicos en la reforma del Estado*, LL 1997-B-1406.

⁸⁶ FLORIÁN, Pablo Federico, *El régimen jurídico de los concesionarios viales*, LL 1997-D-1263; *Evolución y análisis del peaje*, LL 1999-E-1043; *Animales sueltos en el camino*, LLBA 2000-272.

Marchand⁸⁹, Fontana – Kraiselburd y Panadés⁹⁰, Bustamante Alsina⁹¹ y Parellada⁹², entre otros⁹³.

Precisamente esta es la teoría que sigue –o mejor dicho se ve obligado a seguir- el voto de la mayoría en el caso concreto, en razón de la valla temporal que se le presenta debido a que a la fecha de ocurrencia del accidente protagonizado por los actores no se encontraba en vigencia la Ley 24.240, normativa ésta que entiende el Alto Tribunal debe regir la relación concesionario-usuario, y que en caso de no existir dicho impedimento hubiera aplicado al caso de marras. También acompañan esta lectura reiterados fallos⁹⁴.

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

⁸⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Las relaciones contractuales fácticas (Obligaciones que nacen del mero comportamiento). Contrato de adhesión. Peaje. Locación nacida de la ocupación*, LL 1993-B-275.

⁸⁸ AZAR, José María, *La responsabilidad del concesionario y del Estado por accidentes en rutas. Incumplimiento del deber de señalización*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL, Año I, 1999, pág. 185.

⁸⁹ BURGOS, Débora – MARCHAND, Mercedes, *Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos*, JA 1997-I-757.

⁹⁰ FONTANA, José – KRAISELBURD, Susana – PANADÉS, Ricardo, *Responsabilidad del titular de la concesión de peajes. Daños sufridos por los usuarios en los corredores a su cargo*, en Revista del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario, Nº 11, Julio de 1993, pág. 90.

⁹¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía*, LL 1990-C-429/432. Ver además del mismo autor: *Responsabilidad civil extracontractual de una entidad autárquica*, LL 1992-A-199; *Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella*, LL 1992-D-194/199.

⁹² PARELLADA, Carlos, *Colisiones entre automotores y ciclista. Automotor y carros. Automotor y animales. Automotor y camiones. Automotor y trenes*, en Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – II, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 131.

⁹³ En ese sentido se pronunció el despacho mayoritario de las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal realizadas en Junín en el mes de setiembre de 1996 (JA 1996-IV-1027), suscripto por suscripto por Bueres, Goldenberg, Agoglia, Boragina, Meza, Sosa, Cavallero, Lloveras de Resk, Cirelli, Burgos, Marchand, Sagarna, Caramanico, Picasso, Wajntraub, Ameal, Casiello, Gesualdi y Parellada.

⁹⁴ 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. AUFE SAC 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

contribuyente⁹⁵. Adhiriendo a esta idea el Ministro Zaffaroni en su voto particular en el *sub judice* (ver considerando 10).

Las ventajas que ofrece la posición contractualista “radican en la amplitud del deber resarcitorio –ya que incumbe a la empresa demandada la prueba de la causa ajena-, incluye un amplio catálogo de supuestos fácticos (vgr. ebriedad del otro conductor) y admite dos legitimados pasivos: la concesionaria y el Estado concedente”⁹⁶.

No obstante expresa Galdós (quien comulga con la tesis de la relación de consumo) que la opinión que venimos desarrollamos presenta algunas dificultades que conviene mencionar. Así “el plazo de prescripción se fracciona (diez años para la acción contra el concesionario⁹⁷, dos contra el Estado⁹⁸) lo que afecta la unicidad del sistema. Por otro lado sólo cubre el vínculo jurídico negocial concertado entre quien pagó el peaje y el prestatario del servicio (vgr. conductor o propietario del automóvil), pero no se pronuncia respecto de quien sufrió daños siendo transportado sin haber abonado la contraprestación, como los restantes miembros de la familia, los herederos o pasajeros de servicios públicos de transporte. Además parte del presupuesto –mayoritario pero no unánime- de que la obligación de seguridad engendra una responsabilidad contractual de resultado, de tipo objetiva en una suerte de traspolación al ámbito contractual de los parámetros objetivos del riesgo creado”⁹⁹. En este último aspecto indica Lorenzetti (siendo coherente y sistemático con su línea de pensamiento plasmada en su voto personal en el fallo “*Ferreya*” *ut supra* citado) que, “en general la doctrina que

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

⁹⁵ Conf. PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, LL sección Derecho Práctico (Comentarios jurisprudenciales), Año VIII, N° 3, Marzo de 2006, pág. 34. En igual sentido se manifiesta VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La demanda contra los concesionarios de las autopistas*, op. cit., pág. 157; conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?*, en Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 163.

⁹⁶ Conf. GALDÓS, Jorge Mario, *Peaje y Ley de Defensa al Consumidor*, JA sección doctrina, 29-03-00, pág. 25.

⁹⁷ Conf. art. 4023 CCiv..

⁹⁸ Conf. art. 4037 CCiv..

⁹⁹ GALDÓS, Jorge Mario, op. cit., pág. 25.

adhiera a esta tesis sostiene la imputabilidad objetiva, mientras que la jurisprudencia no acepta esta objetivización, sino que se basa en la culpa”¹⁰⁰.

Como destaca López Del Carril, “no puede diferenciarse, en un accidente producido en vías de circulación, al usuario que paga el peaje del que no lo paga”¹⁰¹, violándose la garantía constitucional de igualdad ante la ley consagrada por el art. 16 de la Constitución Nacional; con lo que se deduce que hasta que el automovilista no abone la tarifa correspondiente y trasponga la estación, casilla o puesto de peaje, en la eventual circunstancia de protagonizar un accidente por una causa que pueda ser imputada al incumplimiento de obligaciones a cargo del concesionario vial, no está legitimado para accionar contra este último, sólo lo podría hacer contra el Estado, con lo que se reduce la mentada ventaja de la amplitud de legitimados pasivos. Esta sola circunstancia hace que esta teoría resulte inaceptable por tener una visión parcial, injusta, desigual, discriminatoria, selectiva y hasta ilógica, haciendo del pago del peaje por el usuario una condicionante para que el contrato se perfeccione y extienda sus efectos hacia el mismo. Piénsese que si para caracterizar la relación concesionario-usuario como de carácter contractual, se está exigiendo -por así llamarlo de alguna manera- al usuario la oblación de la tarifa de peaje, para que éste resulte legitimado para demandar a la empresa prestataria del servicio, nos preguntamos en qué situación se encuentran aquellos usuarios que por disposición del art. 44 del Reglamento de Explotación y Punto 11.1 del Título II (De la Explotación) del Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación (PCP, aprobado por Resolución MOSP Nº 221/89), están exentos del abono del peaje como las ambulancias; vehículos policiales y militares; vehículos de servicios contra incendios; y rodados pertenecientes a la Dirección Nacional de Vialidad o a las vialidades provinciales; y que justamente por la velocidad con que se trasladan motivada por la usual urgencia que demandan los servicios que prestan -lo que potencia el riesgo de daño- sin que por ello deban sus conductores

¹⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo, *Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?*, op. cit., pág. 166.

¹⁰¹ LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, *Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación...*, op. cit., pág. 82.

extremar los recaudos necesarios para evitar perjuicios a terceros, son más propensos a verse involucrados en accidentes.

Por el contrario, pensamos que todo automovilista por el solo hecho de circular por una carretera concesionada está legal y procesalmente habilitado para reclamar al ente concesionario vial el daño sufrido a causa de alguna anomalía en el corredor concesionado, independientemente de que el siniestro haya tenido lugar antes o después del pago del peaje. Es por ello que compartimos la opinión de Imaz, en que “el uso de una ruta o de una autopista otorgada en concesión en el país significa, en principio, adherir al régimen a que están sujetas, páguese o no por ese uso por trasponer o no una estación de cobro de peaje en el itinerario que se realice. Debe recordarse aquí el criterio de justicia que impide actitudes contradictorias, como las de aprovechar calladamente los beneficios de un sistema, para cuestionar luego aquello en lo que el sistema no convenga al interesado”¹⁰². Esta adhesión produce efectos, esto es, somete al estatuto o régimen jurídico respectivo al adherente, por su sola y unilateral declaración de voluntad expresa, o tácita como en el caso. Con lo que tal adhesión, a diferencia de la que requiere conformidad de la otra parte, no se suele interpretar como un contrato, sino como la sumisión a un régimen jurídico particular, cuya obligatoriedad para quien adhiere no proviene de una declaración bilateral de voluntad tácita o expresa, como ocurre en el contrato”¹⁰³.

3.- Tesis de la relación de consumo

El criterio de la relación de consumo afirma que las concesiones viales deben ser consideradas un servicio público pese a no estar incluidas expresamente dentro del catálogo de servicios públicos domiciliarios previstos en la Ley N° 24.240/93 de Defensa del Consumidor y del Usuario (conf. Capítulo VI, arts. 25 y ss.)¹⁰⁴, siendo el concesionario de peaje un verdadero proveedor de

¹⁰² IMAZ, Esteban, *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, pág. 290, párrafo 4º, La Ley S.A., Buenos Aires, 1996; conf. YMAZ VIDELA, Martín Rafael – YMAZ COSSIO, Esteban Ramón, *Responsabilidad de los concesionarios frente a accidentes de usuarios en las concesiones viales argentinas*, LL 1997-F-sección doctrina, pág. 4, párrafo 43.

¹⁰³ KELSEN, Hans, *Théorie Pure du Droit*, París, Dalloz, ed. 1964, págs. 348/349; conf. YMAZ VIDELA, Martín Rafael – YMAZ COSSIO, Esteban Ramón, op. cit., pág. 4, párrafo 44.

¹⁰⁴ López Del Carril, quien comulga con la teoría extracontractualista, expresa que, “si se lee con detenimiento el Capítulo V de tal ley (se refiere a la Ley 24.240), referente a ‘prestación de servicios’, y el Capítulo VI, referente a ‘servicios públicos domiciliarios’, se concluye que es

servicios viales prestados en beneficio del particular que abona el peaje (usuario vial)¹⁰⁵. Todo bajo el manto protectorio que brinda a los consumidores y usuarios el art. 42 de la Constitución Nacional¹⁰⁶.

“Sin embargo, con plausible criterio, calificada doctrina sostiene que no se advierte razón para un tratamiento diferenciado entre los servicios expresamente comprendidos (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. El concepto de servicios ‘es amplísimo para la ley y abarca todo supuesto en que el objeto del contrato no consista en vender o en dar en locación una cosa; aunque en estos casos el servicio puede ser objeto principal o accesorio del contrato; es más amplio que el contrato de locación que regula el Código Civil, y alcanza a la locación de obra’¹⁰⁷.

absolutamente inapropiado una interpretación de los mismos como aplicables a los concesionarios. En el primero de los casos, además de la ausencia de convención entre las partes, lo que hace inaplicable el art. 1137 del Cód. Civil y toda regulación atinente a los contratos de prestación de servicios o de otro tipo contractual, la norma se está refiriendo a prestación de servicios determinados en la persona, puesto que dista de suceder en el ámbito vial. En la segunda de las hipótesis planteadas, más allá de discutir acerca de si la actividad vial conforma o no un servicio público, aun cuando se entienda a la misma como tal, queda claro que no es de naturaleza domiciliaria”. (LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, *Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación...* op. cit., págs. 80/81). Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.

¹⁰⁵ Conf. arts. 1 y 2 Ley 24.240.

¹⁰⁶ Art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, 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”.

¹⁰⁷ FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 62, 83, 117, 216 y 217; RIVERA, Julio C. – MEDINA, Graciela, *Responsabilidad del banco nacida del contrato de caja de seguridad*, R.D.P.C. n° 18 *Responsabilidad contractual – II*, pág. 50; conf. GALDÓS, Jorge Mario, *Peaje y Ley de Defensa al Consumidor*, op. cit., pág. 28.

El concesionario responde objetivamente por incumplimiento de la obligación de seguridad y/o defecto en la prestación del servicio (conf. arts. 5¹⁰⁸ y 40¹⁰⁹ Ley 24.240).

Aquí también al igual que en la postura contractualista el plazo de prescripción se divide en dos años para demandar al Estado (conf. art. 4037 CCiv.), y tres años para hacerlo contra el concesionario (conf. art. 50 Ley 24.240).

Defienden esta corriente de pensamiento una mayoría destacada de la doctrina civilista, como Galdós¹¹⁰, Lorenzetti¹¹¹, Rinesi¹¹², Kemelmajer de Carlucci¹¹³, Sagarna¹¹⁴ y Pizarro¹¹⁵, entre otros.

¹⁰⁸ Art. 5.- "Protección al consumidor: Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

¹⁰⁹ Art. 40.- "Responsabilidad (Texto modificado por Ley 24.999/98): Si el daño al consumidor resulta del vicio riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

¹¹⁰ GALDÓS, Jorge Mario, *Apuntes jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil de los concesionarios viales*, en Revista de Derecho de Daños N° 3, Accidentes de tránsito – III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 247/276; *Visión jurisprudencial de la responsabilidad de los concesionarios de rutas por peaje*, JA-IV-1999, pág. 1328; *¿Es aplicable la ley de defensa al consumidor a la responsabilidad civil de los concesionarios viales?*, en Revista Derecho del Consumidor, Ed. *Juris*, Buenos Aires, 1999, N° 10, pág. 61; *La Corte Suprema y el peaje. ¿Irresponsabilidad de los concesionarios por animales sueltos?*, en Semanario Jurídico N° 107, Córdoba, 07-09-00, pág. 289; *Peaje y Ley de Defensa al Consumidor*, JA sección doctrina, 29-03-00, págs. 18/34; *Responsabilidad civil derivada de las concesiones viales*. Primera Parte, en Jurisprudencia de Corrientes N° 10, pág. 309, Ed. Jurídica Panamericana, Santa Fe, Marzo 2000 y Jurisprudencia Santafesina N° 41/42, Ed. Panamericana, Santa Fe, Junio 2000; *Peaje y animales sueltos: ¿la clausura de un debate?*, LL 2000-E-494; *Valioso fallo sobre peaje, animales sueltos y concesiones viales*, LLBA Agosto 2001, N° 7, pág. 889; *Otra vez la prioridad de paso (y de los peatones) en la Suprema Corte de Buenos Aires*, LLBA 2004, N° 1; *El fallo "Ferreyra" de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado*, LexisNexis, 10-05-06.

¹¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?*, op. cit., págs. 157/174. Ver además del mismo autor: *Notas sobre la responsabilidad civil por omisión*, en Zeus 33-D-55; *Accidentes de tránsito y responsabilidad del Estado por omisión*, en Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 67/112; *La Corte Federal fija su posición en la responsabilidad por accidentes de tránsito ocurridos por colisión con animales en rutas*, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año II, N° 2, 2000, pág. 39.

¹¹² RINESI, Antonio Juan, *El servicio público y la defensa del usuario*, LL 1995-E-1148; *La desprotección de los usuarios viales*, en Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito – III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, págs. 111/137; *Contrato de peaje*, DJ 1998-3-437; *Comentario al fallo de la sala 1ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia* (inédito); *La responsabilidad del Estado en los servicios concesionados*, en Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad del Estado, N° 9, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, pág.

Por su parte, en la jurisprudencia se van sumando las sentencias que avalan la tesis consumista¹¹⁶ 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*” y “*Bianchi*”.

4.- Tesis jurisprudencial del incumplimiento de la obligación

No obstante las tres teorías centrales expuestas, existe una corriente pretoriana que, a los fines procesales y de resolución del caso concreto, y prescindiendo de los distintos argumentos que se utilizan para definir la naturaleza jurídica del peaje y el régimen jurídico aplicable a la relación concesionario-usuario (y que sin dudas servirán para el análisis académico), centra su atención en el

345; *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006; *La Corte Suprema reivindica los derechos del usuario*, Diario Judicial, Edición *on line*, Buenos Aires, 16 de Mayo de 2006, www.diariojudicial.com.ar - Nota de Fondo www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=29488

¹¹³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La responsabilidad del Estado por omisión en la experiencia jurisprudencial*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Prof. Atilio A. Alterini*, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, pág. 492; *Daños causados en rutas gestionadas por concesionarios*, Exposición en el marco de la reunión conjunta de las Academias de Derecho de Buenos Aires y Córdoba, año 2001, inédito.

¹¹⁴ SAGARNA, Fernando Alfredo, *Responsabilidad civil por daños causados por animales. Derecho comparado. Doctrina. Jurisprudencia. Responsabilidad de los concesionarios de peaje por animales sueltos en las rutas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998; *Jurisprudencia sobre responsabilidad de los concesionarios de peaje*, LL Litoral 1998-919/927; *Responsabilidad de las concesionarias guardianas de las rutas por peaje (animales sueltos: el tema recurrente)*, LLBA 1999-1275/1284; *Responsabilidad de las concesionarias de peaje y del Estado por animales sueltos en rutas. A propósito de dos fallos de la Corte Suprema*, LL 10-05-00, pág. 4; *Responsabilidad de la concesionaria de peaje por omisión de sus deberes. Acción de los damnificados indirectos. Aplicación del art. 902 del Código Civil (Animal suelto en la ruta concesionada)*, LLC 2000-897/913; *Responsabilidad de la concesionaria de peaje por obstáculos en la ruta*, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Suplemento La Ley)* N° 8, Setiembre 2001, págs. 32/35; DJ 2000-3, pág. 1061; *Pautas interpretativas de la responsabilidad del concesionario vial*, LL 2000-D-41; *Responsabilidad de la concesionaria de ruta por peaje por daños producidos por obstáculos (lata en un carril de una carretera)*, LLBA 2001-1165.

¹¹⁵ PIZARRO, Ramón Daniel, op. cit., pág. 31.

¹¹⁶ JC N° 67, Capital Federal, Agosto de 2002, “*Ojeda, Paula Andrea c. AUFÉ 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; CNCCom., 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 *Relación de consumo entre el concesionario vial y el usuario*, en *Compendio jurisprudencial...*, op. cit., págs. 507/516.

incumplimiento de la obligación por parte del ente concesionario en una determinada situación fáctica (teniendo en cuenta la mayor o menor aleatoriedad de la prestación o resultado de indemnidad prometido por el deudor), 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); 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, aliviando 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 omisiones de medidas de*

prevención, de manera tal que producidos los daños, por ellos debe responder la concesionaria¹¹⁷.

Pizarro hace mención a esta postura bautizándola como doctrina de la situación obligacional, citando un fallo del Tribunal Supremo de Córdoba que postula que, en materia de responsabilidad por daños causados por animales sueltos no pesa sobre el concesionario obligación alguna, sino que la responsabilidad es del dueño o guardián de los mismos (conf. art. 1124 CCiv.), considerando que el deber de seguridad y custodia que tiene el concesionario sobre los animales sueltos es aleatorio, y por tanto se trata de una obligación de medios, alcanzada por un factor subjetivo de atribución que deberá acreditar el usuario damnificado (culpa probada) o bien el concesionario aportando prueba de haber obrado con la diligencia debida en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar (culpa presunta o presunción de culpa)¹¹⁸.

“Coincidimos con la doctrina y jurisprudencia predominante que considera que la obligación de seguridad es predominantemente de resultado, aunque en casos excepcionales –por disposición expresa de la ley, la voluntad de las partes o

¹¹⁷ 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, “Ceí, 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: “Esta Sala en Sentencia de 20 de abril de 1999, núm. 64/1999 en relación con un caso parecido, se trataba del atropello de una liebre en la Autopista de Navarra, manifestó: “El art. 27 de la Ley de 10 de mayo de 1972 (RJ 1972\878 y NDL 2545), sobre autopistas de peaje, determina que el concesionario deberá conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de la vía, prestando los servicios ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas del día, salvo supuestos excepcionales debidos a caso fortuito o fuerza mayor, debiéndose añadir que dichos servicios pagados mediante el oportuno peaje, suponen una obligación contractual, dándole al usuario una confianza lógica para desarrollar velocidades dentro de los límites legales, que no son admisibles en otras vías de circulación, pues las autopistas garantizan una seguridad de la que carecen las otras vías. En consecuencia cuando se da un hecho dañoso como es el objeto de autos, 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)

¹¹⁸ TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 10-04-01, “Hernández, Emilio c. Red Vial Centro S.A.”, LLC 2001-1077; conf. PIZARRO, Ramón Daniel, op. cit., págs. 36/37. Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro.

el juzgador al momento de dictar sentencia y atento a la mayor o menor aleatoriedad del resultado de indemnidad prometido- puede ser de medios”¹¹⁹.

Entiende Vázquez Ferreyra que la regla es que la obligación de seguridad es de resultado y excepcionalmente de medios, afirmando que en principio sólo será de medios cuando esté referida a prestaciones médico-asistenciales, en todos los demás contratos será de resultado. Afirmando con la claridad el autor citado que “la solución está en el criterio de lo aleatorio. Si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria, dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios. Si en cambio, lo normal es que un mínimo cuidado o bien el cuidado necesario aunque sea serio es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad será de resultado. De ahí que lo aleatorio deberá ser apreciado en cada caso concreto”¹²⁰.

Es verdad que como bien dice Vázquez Ferreyra, siembra tentación pensar que estas obligaciones de seguridad son siempre de fines o de resultado¹²¹, ese parece ser el pensamiento inmediato o automático de los juristas (como creemos le pasó al Juez Zaffaroni en su voto particular en el *sub lite*, riguroso, estricto e inflexible para nuestro gusto¹²²), aunque pensamos que no debemos caer en

¹¹⁹ Conf. PIROTA, Martín Diego, *La obligación de seguridad en el contrato de espectáculo público*, op. cit., pág. 59.

¹²⁰ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, op. cit., págs. 121/122. Precisamente ese fue el argumento que usó en su voto el Juez Francisco H. Roncoroni, emitido en el fallo de la SCJBA, del 14-04-04, en los autos “*Fernández, Fernando c. Roll S.R.L. y/o Soul Train*”, publicado en LexisNexis, Buenos Aires, Nº 0, Junio 2005, sección jurisprudencia anotada, pág. 28, con nota de Rubén H. Compagnucci de Caso.

¹²¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., *La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual*, op. cit., pág. 88.

¹²² Zaffaroni afirmó que: “...la responsabilidad de la concesionaria resulta de carácter objetivo, ya que asume frente al usuario una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquél debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (art. 1198 CCiv.)...” (conf. considerando 16), debiendo “responder ante el usuario por los daños provocados por animales que invaden la carretera concesionada, salvo que demuestre la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal” (conf. considerando 19), aplicando en forma analógica el mismo factor de atribución a que se recurre para imputar responsabilidad civil al transportador terrestre por los daños causados a los efectos o personas transportadas (conf. art. 184 CCom.). Más luego nos parece incurre en una contradicción al pretender atenuar la objetivación atribuida y señalar que: “...el principio de buena fe reviste particular relevancia, en tanto la consecución modal está dirigida a plasmar, materialmente, las expectativas legítimas objetivamente suscitadas, en un marco de razonabilidad consecuente al deber del usuario de conducirse en correspondencia con el uso normal y previsible que concierne a la naturaleza del servicio en cuestión” (conf. considerando 14, el subrayado es nuestro). Justamente el voto de

excesos, objetivando la responsabilidad a ultranzas¹²³. La responsabilidad objetiva debe ir acompañada con un límite, con la posibilidad de contratar seguros, y con facultades de prevención (conf. considerando 5º *in fine* de la mayoría en el fallo que comentamos).

Acreditándose en cada caso los extremos indicados y merituados bajo la óptica de la relación de causalidad adecuada (conf. arts. 901 a 906 CCiv.), se generará la responsabilidad extrancontractual (incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato de concesión y demás instrumentos anexos) o contractual

Zaffaroni carece de razonabilidad, ya que no puede utilizarse dicho término y al mismo tiempo propiciar una responsabilidad objetiva abstracta, desmedida y de extrema generalidad, desprovista de fundamento y del análisis de la obligación asumida por el ente vial en la situación fáctica juzgada. Paradójicamente y como dato simplemente anecdótico, llama la atención que el maestro Zaffaroni desde su concepción penalista se manifieste por la objetivación del deber de responder, siendo que en la rama del derecho público de la cual es especialista la imputación es siempre subjetiva, como consecuencia de la aplicación del principio de subjetividad de la pena.

¹²³ Así coincidimos con la visión de Lorenzetti quien en un artículo titulado *Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños* (LL 09-05-96), y haciendo una suerte de análisis socioeconómico del derecho de daños en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, entre otras cosas dijo: "...surgen así lo que podríamos llamar respuestas automáticas: Frente a un conflicto, hay que favorecer a la víctima, frente a un nuevo daño, objetivar la responsabilidad...Es casi una constante que lo que las leyes declarativas establecen por un lado, la economía lo desmiente por el otro. Esto ha llevado a que exista en la población un hartazgo de leyes y hambre de justicia real...Si quisiéramos lograr el máximo de apertura (de legitimados pasivos), deberíamos admitir un sistema de seguridad social donde todos resulten compensados...La imputación objetiva dañosa ha sido pensada para la gran empresa, y no para las pequeñas empresas, que son mayoría en nuestros países...Los países competirán entre sí para ver quién ofrece la legislación más barata a fin de solucionar sus problemas de desarrollo y desempleo...La función preventiva de la responsabilidad civil debe ser desarrollada y diversificada". (Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro). Complementando el razonamiento de Lorenzetti, pero examinando la evolución y función de la responsabilidad civil en los países del primer mundo, la Profesora de la Universidad de *Jean Moulin (Lyon III)* *Yvonne Lambert-Faivre* advierte que: "De la responsabilidad subjetiva a la responsabilidad objetiva, de la responsabilidad objetiva a la indemnización directa y automática, esta evolución suscita dos observaciones, una de eficacia concreta, otra de filosofía del derecho: - la eficacia concreta impone la obligada referencia a los mecanismos de seguro de responsabilidad sin los cuales toda nuestra bella construcción de responsabilidad civil se esfumaría hasta desaparecer en una insolvencia *cuasi* generalizada de responsables, notable en el ámbito de los daños corporales graves, en los cuales el nivel de indemnización está fuera de proporción con los ingresos privados. Esta indispensable complementariedad de los seguros de responsabilidad encuentra su prolongación en los Fondos de Garantía que se multiplican en todos los ámbitos en los que la indemnización de la víctima constituye un imperativo de justicia, aun en ausencia de responsable conocido, solvente o asegurado; - la filosofía del derecho confronta las soluciones aportadas por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina a los problemas de justicia renovados por la evolución de las técnicas, de las costumbres y de las mentalidades puesto que la justicia conmutativa de la responsabilidad es impotente para reparar la fatalidad de la desgracia, la justicia distributiva de la solidaridad debe tomar el relevo: es una lección de nuestro vigésimo siglo". (LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *Exordio. La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización*, en *Revue trimestrielle de Droit Civil*, París, 1987-I-1, pág. XXXVII. Traducido por Eliana A. Núñez)

(incumplimiento de otras obligaciones no contenidas en el contrato administrativo) del Estado (u organismo con competencia sobre la vía o del concesionario, con factor de atribución subjetivo (conf. arts. 512, 902 y 1109 CCiv.). Variando el plazo de prescripción de 2 a 10 años según la responsabilidad sea extracontractual o contractual, respectivamente.

Aplicando lo postulado por la corriente a las distintas situaciones de hecho susceptibles de hacer nacer la responsabilidad del concesionario o del Estado –y que deben ser evaluadas en cada caso en particular- se advierte que, cuando se trata de un accidente causado por un defecto inherente a la materialidad de la ruta o un objeto fijo extraño a la conformación material de la vía, se considera que la obligación asumida por el concesionario es de resultado, por lo que el factor de imputación de responsabilidad será objetivo (conf. arts. 1113 ó 1198 CCiv.), ya que a través del acabado cumplimiento de la obligación de mantenimiento y conservación del camino por parte del ente vial, se reducen considerablemente las posibilidades que el usuario sufra daños durante la circulación por el corredor, garantizándosele el tránsito seguro y sin la presencia de alguna de las anomalías indicadas. Mientras que cuando el accidente es originado por un obstáculo móvil externo a la vía (animales sueltos), la obligación asumida por el concesionario es de medios, por lo que el factor de atribución será subjetivo (conf. arts. 512, 902 y 1109 CCiv.), ya que la natural movilidad de los animales aumenta el riesgo y hace que la prestación de diligencia exigida al concesionario varíe de conformidad a las características propias de cada corredor concesionado, conforme a la previsibilidad flexible permitida por el art. 902 CCiv. Y este mismo razonamiento se puede aplicar para imputar –en su caso- responsabilidad al Estado u organismo vial descentralizado (D.N.V. o D.P.V.), según la jurisdicción de ocurrencia del siniestro y quien tenga a su cargo el mantenimiento de la vía.

Si bien en el caso bajo examen, y por las razones ya invocadas, la Corte se pronunció a favor de la postura privatista amplia, de la lectura amplia del voto de la mayoría subyace el contenido subjetivo con que se caracteriza a la obligación de seguridad que pesa sobre el concesionario vial demandado en la puntual situación de los animales sueltos en carreteras, y ello nos permite delinear o definir el alcance *aggiornado* que el Máximo Tribunal le otorga a dicha obligación,

atenuando de esa manera el rigorismo conceptual con que la caracteriza la tesis contractualista tradicional.

Nuestra opinión

En esta cuestión pensamos que una cosa es determinar en puridad la naturaleza jurídica del peaje (que como consideramos ya en nuestro primer trabajo editorial participa del género de los tributos y dentro de la especie de las contribuciones especiales¹²⁴) y otra distinta es la categorización y régimen jurídico aplicable a la relación concesionario-usuario, cuestiones que en su tratamiento y conclusión pueden no necesariamente depender una de otra, aunque se relacionan.

Así por ejemplo, el estudio de la naturaleza jurídica del peaje es efectuado por ramas del derecho público como el derecho administrativo y el derecho tributario¹²⁵, las que enfocan el análisis sobre la relación primaria generada entre el Estado concedente y el ente concesionario vial, mientras que, la visión del vínculo que se establece entre el concesionario y el usuario, en nuestro caso lo hacemos desde la perspectiva del derecho civil, poniendo especial atención en las consecuencias dañosas que puede experimentar injustamente el último de los nombrados, siguiendo la línea de progresiva protección de la víctima impulsada por el moderno derecho de daños. Pensamos que ambas lecturas deben complementarse.

Atento a ello, 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 consumo¹²⁶. 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 Ley 24.240, toda vez que ello es compatible con la amplitud del concepto de relación

¹²⁴ PIROTA, Martín Diego, *Responsabilidad por daños...*, op. cit., pág. 62.

¹²⁵ Como bien dijo Lorenzetti en el prólogo a nuestra obra *Responsabilidad por daños derivados del peaje*: "dichos estudios se habían detenido y/o demorado en las 'naturalezas jurídicas', de un modo que ha resultado pernicioso para la solución de problemas, que es la función normativa". (Idem nota anterior, pág. 20)

¹²⁶ Idem nota anterior, págs. 58/59.

de consumo¹²⁷, 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.

Así nos parece que una cosa es hablar del peaje como método o sistema para la financiación de obras viales y otra es el análisis de la prestación de servicios que está obligado a brindar el concesionario al usuario. 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 la Ley 24.240 pese a no estar incluidas expresamente dentro de los servicios públicos domiciliarios previstos en dicha normativa particular.

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.

A propósito afirma con buen criterio Zaffaroni en su voto personal vertido en el caso *“Ferreyra”* que *“...la finalidad de la Ley N° 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el Artículo 42 de la Constitución Nacional”* (conf. considerando 15).

¹²⁷ “Bien advierte Bustamante Alsina que la cuestión constituye actualmente una materia que desborda el ámbito de la responsabilidad civil y se introduce en la órbita de la solidaridad social”. (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos*, LL 1992-E-1064; conf. FARINA, Juan M., op. cit., pág. 338)

En definitiva 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 Ley 24.240 tiene sobre la generalidad del ordenamiento jurídico y particularmente sobre la relación concesionario-usuario.

No obstante ello, analizando siempre cada caso en particular, y teniendo en miras la mayor o menor aleatoriedad de la situación fáctica y del resultado de indemnidad asegurado por el ente vial al usuario, no negamos la razonable aplicación de la postura del incumplimiento obligacional.

IV. Animales sueltos: principios rectores y sujetos involucrados

Repasaremos en forma esquematizada las obligaciones que pesan sobre cada uno de los sujetos involucrados y asimismo la eventual responsabilidad (con cita de la normativa y jurisprudencia al respecto) 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 Ganado¹²⁸);
- Registrar a su nombre, en el Registro de Marcas y Señales, el diseño que empleare para marca o señalar los animales (art. 5 Ley 22.939/83);
- Dicha ley presume *iuris tantum* la propiedad del ganado para quien tenga registrada la marca o señal que tenga el animal (art. 9 Ley 22.939/83);
- Tener debidamente alambrados los campos linderos que impidan el ingreso de animales a la zona del camino (arts. 25 inc. g) Ley 24.449/95 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 24.449/95).

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)¹²⁹.

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 y objetiva (incumplimiento de la obligación de seguridad – arts. 1198 CCiv. y 5 Ley 24.240/93); o vicio o defecto del servicio (art. 40 Ley 24.240/93)¹³⁰;
- Para otros: responsabilidad extracontractual objetiva o subjetiva según el caso (arts. 1109 y 1113 CCiv.) en algunas situaciones concretas:

- Omitir dar aviso -o hacerlo con demora- a la autoridad policial sobre la presencia de animales sueltos¹³¹;

¹²⁸ Adla, XLIII-D, 3897.

¹²⁹ Así falló la Corte Nacional en los casos “Colavita” y “Bertinat” *ut supra* citados. Idem CCiv. y Com., Junín-Buenos Aires, 03-06-93, “Caporale c. La Limpia S.R.L. y otra”, LLBA-1994-43.

¹³⁰ Tal cual lo dijo la Corte Suprema en los autos “Ferreyra” ya referenciados. Idem CNCiv., Sala F, 24-10-00, “Cardell, Fabián E. y otros c. Caminos del Oeste S.A.”, JA 2001-II-200; CNCiv., Sala M, 30-04-01, “Caja de Seguros SA c. Caminos del Atlántico SACV s. cobro de sumas de dinero”, El Dial.Com, Primer Diario Jurídico en Internet, 23 de Mayo de 2001, www.eldial.com.ar

- Permanecer indiferente frente a alguna denuncia de un usuario o por conocimiento directo de la existencia de animales entorpeciendo la circulación¹³²;
- Ahuyentar a los animales de la carretera y no custodiarlos hasta la llegada de la autoridad policial;
- En la tarea de estar retirando lo 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 concesionada¹³³.

c) Obligaciones del Estado concedente

¹³¹ CCiv., Com. Trab. y Familia, Cruz del Eje-Córdoba, 20-03-00, “Sosa Carreño, Adrián A. y otra c. Luna, Laureano y otros”, LLC 2000-897/913, con nota de Fernando Alfredo Sagarna.

¹³² Como ocurrió en el accidente que dio lugar a los autos “Expreso Suipacha S.A. c. Servicios Viales S.A. –Concesionaria de Rutas por peaje- Daños y perjuicios”, en el cual a las 0:30 del día 7 de Octubre de 1991, un automóvil atropelló a un animal que cruzó la ruta; acreditándose por testigos “...que a las 23 horas del día anterior otro vehículo había chocado con otro animal de los que estaban sueltos en la banquina, y que éstos se hallaban allí, desde dos o tres horas antes del hecho, circunstancia que provocó el aviso que muchos conductores dieron a ‘Servicios Viales’ en las estaciones de peaje de Zárate y General Lagos”, haciendo ésta última caso omiso a dichos anuncios, motivando el fallo condenatorio de la Cámara Primera Civil y Comercial de San Nicolás, cuya suma transcribimos: 1.- “Puesto que, en el caso, ha quedado demostrado que la demandada –concesionaria de rutas por peaje-, a pesar de haber sido anoticiada de la presencia de animales en el camino, no tomó las medidas acordes para suprimir semejante peligro tal como se lo imponía el contrato de concesión, cabe concluir que esta conducta negligente y transgresora de sus cargas obligacionales conlleva la responsabilidad resarcitoria por los daños que pudiesen haberse derivado; responsabilidad que debe estimarse comprendida en el ámbito extracontractual. 2.- El deber de indemnizar que pesa sobre la concesionaria de una ruta por peaje que no ha cumplido con su deber de suprimir las causas que puedan originar molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios –en el caso, la presencia de animales en el camino- es de naturaleza extracontractual y se extiende a todos los daños que deriven directamente de dicho hecho. R.C.” (C1ºCC San Nicolás-Buenos Aires, 13-3-97, ED 5-6-98). Idem “Sosa Carreño, Adrián A. y otra c. Luna, Laureano y otros”, CCiv., Com. Trab. y Familia, Cruz del Eje-Córdoba, 20-03-00, LLC 2000-897/913, con nota de Fernando Alfredo Sagarna.

¹³³ 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 inadmisibles 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, “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”)

- Ejercer el Poder de policía de tránsito y seguridad –animales sueltos- (arts. 121 C.N. y 28 del Reglamento de Explotación de Concesiones viales);
- Custodiar y recorrer la carretera para evitar el ingreso de animales sueltos a la zona del camino;
- Llegar inmediatamente al sector donde se encuentran los animales sueltos, despejar la calzada y proceder a incautarlos.

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.)¹³⁴.

V. Lineamientos centrales del decisorio en análisis. El precedente “*Ferreyra c. VICOV S.A.*”

Desarrollaremos ahora cuales son los puntos sobresalientes del fallo “*Bianchi*” que -según nuestra lectura- conviene resaltar debido a que marcan pautas a seguir para la resolución de situaciones de hecho similares y asimismo establece reglas generales a tener en cuenta en todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del ente concesionario vial por accidentes de tránsito ocurridos dentro del área o zona concesionada. Advirtiéndose que los argumentos de peso del juicio en examen, el voto de la mayoría los ha tomado prestados del voto personal emitido por el Ministro Lorenzetti en el caso “*Ferreyra*”, quien hace todo un replanteo del papel preponderante que deben asumir los concesionarios en la seguridad vial¹³⁵ de la vía que les fuera concesionada, razón por la cual necesariamente debemos hacer mención a sus considerandos y analizar su interrelación con el *sub lite*.

1.- Tal como lo adelantamos en el punto I, el fallo rechaza la demanda impetrada contra la Provincia de Buenos Aires por no revestir la misma las

¹³⁴ CNCiv., Sala G, 25-10-95, “*Silva Wallace, Rogelio y otro c. Caminos del Río Uruguay S.A. de Construcciones y Concesionarias Viales s. daños y perjuicios*”; CCiv. y Com., Dolores-Buenos Aires, 26-08-99, “*Debaz de Aranciaga, María L. c. Covisur S.A.*”, LLBA 1999-1275/1284, con nota de Fernando Alfredo Sagarna.

calidades de propietario o guardián del animal equino que ocasionó la colisión (cuyo dueño no fue identificado), no acreditándose a su respecto, los extremos exigidos para la aplicación del art. 1124 CCiv., considerando la Corte que dicho precepto no puede aplicarse cuando los animales carecen de dueño (*res nullius*), fueron abandonados o no están bajo la guarda de persona alguna (conf. arts. 2605¹³⁶ y 2607¹³⁷ CCiv.). Abonando los argumentos desestimatorios con cita de los arts. 2527 CCiv.¹³⁸ y 10 de la Ley 22.939/83 de Propiedad del Ganado¹³⁹, interpretando que el Estado no toma posesión de las cosas muebles abandonadas. Además de reiterar la repetida fórmula según la cual “...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 delitos pueda llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa...” (conf. considerando 2º del voto de la mayoría).

2.- El vínculo que une al concesionario de peaje y al usuario de corredores viales concesionados debe ser enmarcado en una típica relación de consumo en el derecho vigente (conf. arts. 1 y 2 Ley 24.240)¹⁴⁰, aunque en el caso de marras

¹³⁵ Que la podemos graficar como una mesa de cuatro patas: vehículo, conductor, carretera y entorno (condiciones climáticas, etc.). Si alguno de ellos falla seguro tenemos un accidente.

¹³⁶ Art. 2605: “La propiedad de los animales salvajes o domesticados se acaba cuando recuperan su antigua libertad, o pierden la costumbre de volver a la residencia de su dueño”.

¹³⁷ Art. 2607: “Se pierde también desde que se abandone la cosa, aunque otro aún no se la hubiese apropiado. Mientras que otro no se apropie la cosa abandonada, es libre el que fue dueño de ella, de arrepentirse del abandono y adquirir de nuevo el dominio”.

¹³⁸ Art. 2527: “Son susceptibles de apropiación por la ocupación, los animales de caza, los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares o ríos, como las conchas, corales, etc., y otras sustancias que el mar o los ríos arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio anterior; el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante, los animales bravíos o salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad”.

¹³⁹ Art. 10: “El poseedor de hacienda orejana y de aquella cuya marca o señal no fuere suficientemente clara, quedará sometido en su derecho de propiedad al régimen común de las cosas muebles, sin perjuicio de las sanciones que estableciere la autoridad local”.

¹⁴⁰ Siguiendo el criterio sustentado en el precedente “*Ferreira*”, que recorrió todas las instancias judiciales de la Provincia del Chaco (con sentencias confirmatorias en favor de la responsabilidad de la empresa concesionaria vial demandada por los daños sufridos por los actores a consecuencia de un accidente ocasionado por un equino sin marca) y llegó a la Corte en virtud del recurso extraordinario interpuesto por la perdedora. En el mismo sentido, el citado fallo tuvo como antecedente el caso “*González Torres, M. E. c. Deluca, J. A. y/o Servicios Viales*”.

no pudo ser aplicada la legislación referenciada atento a que la misma se sancionó con posterioridad a la fecha de ocurrencia del accidente (conf. considerando 3º del voto de la mayoría). Agregando Highton de Nolasco en su voto personal que, a quien transita por la ruta previo pago de peaje le son aplicables en su condición de usuario los principios *in dubio pro consumidor* (conf. art. 3 Ley 24.240¹⁴¹), el deber de información (conf. art. 4 Ley 24.240) y demás pautas contempladas por el art. 42 C.N. y por la Ley 24.240.

3.- A raíz de la relación contractual entre usuario y concesionario, éste último asume una obligación principal de prestar un servicio (obligación de hacer, conf. art. 625 CCiv.), encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, y también deberes colaterales con fundamento en la buena fe (obligación de seguridad, conf. art. 1198 CCiv.), que consisten en la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la carretera concesionada, en tanto resulten previsibles (conf. art. 904 CCiv.¹⁴²). Aclarando el voto de la mayoría, con prudente y razonable criterio, y repitiendo los conceptos vertidos por Lorenzetti en su voto particular en el fallo "*Ferreya*" (ver

S.A. s. *indemnización de daños y perjuicios y daño moral*" (Cám. Civil y Com., Resistencia-Chaco, Sala 1ª, 30-06-99), que también tramitó todas las instancias judiciales provinciales pero no llegó al Supremo Tribunal, alcanzando repercusión nacional por haber sido quizás la primera sentencia en el país que se pronunció imputando responsabilidad al concesionario de peaje por la colisión de un automóvil con un animal suelto en la ruta. A propósito del recuento y análisis de los votos del decisorio "*Ferreya*", hay quienes sostienen que no hay mayoría absoluta (cinco miembros a la fecha en que se dictó el decisorio), ya que hay tres votos (Maqueda, Argibay y Highton de Nolasco) que sostienen que el recurso extraordinario interpuesto por la concesionaria vial es inadmisilible (conf. art. 280 C.P.C.C.N.) sin entrar a analizar la cuestión de fondo; dos votos (Petracchi y Fayt) que adhiriendo al dictamen del Procurador Fiscal sostienen la irresponsabilidad del concesionario, y sólo dos votos (Lorenzetti y Zaffaroni) que por sus propios fundamentos se manifiestan por la responsabilidad del concesionario. (Ver OLCESE, Juan M., *Responsabilidad del concesionario de peaje en las rutas por accidentes. El caso "Ferreya", en el que la Corte nada ha dicho*, JA jurisprudencia anotada, 2006-II, suplemento del fascículo N° 10, págs. 40/45). Llama la atención el voto de la Dra. Highton de Nolasco que no entró a tallar en el fondo del asunto, siendo que la nombrada, cuando se desempeñaba como Camarista Civil, se había manifestado con sólidos argumentos por la responsabilidad objetiva de los concesionarios de peaje en casos de atropellos con animales sueltos (conf. CNCiv., Sala F, 13-03-00, "*Greco, Gabriel c. Camino del Atlántico S.A. s. daños y perjuicios*" y "*Borneo, Mario Blas Andrés c. Camino del Atlántico S.A. s. cobro de sumas de dinero*"; CNCiv., Sala F, 24-10-00, "*Cardell, Fabián E. y otros c. Caminos del Oeste S.A.*", JA 2001-II-200).

¹⁴¹ Art. 3.- "INTERPRETACIÓN: Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor".

considerando 7º), que la previsibilidad de los riesgos, aplicada a cada caso concreto, puede variar de un supuesto a otro, pues no todas las concesiones viales tienen las mismas características operativas, ni idénticos flujos de tránsito, extensión lineal, condiciones geográficas, grados de peligrosidad o siniestralidad conocidos y ponderados, debiendo medirse el deber de previsión exigido al concesionario (prestador profesional o especialista de servicios viales) conforme a los parámetros de corte subjetivo que nos dicta el art. 902 CCiv. y con ajuste “a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (conf. art. 512 CCiv.), siendo notorio que no puede ser igual el tratamiento de la responsabilidad del concesionario vial de una autopista urbana, que la del concesionario de una ruta interurbana, ni la del concesionario de una carretera en zona rural, que la del concesionario de una ruta en zona desértica (conf. considerando 4º del voto de la mayoría)¹⁴³. Por lo que de acuerdo a ello, la previsibilidad reclamada a la empresa concesionaria (asegurar la funcionalidad y fluidez del tránsito) aumentará cuanto mayor sea el tamaño en el diseño geométrico de la vía, lo que permite más capacidad de vehículos circulando y por supuesto mayores las velocidades que pueden desplegarse, como ocurre en las autopistas (conf. art. 5 inc. b) Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial N° 24.449/95¹⁴⁴) y semiautopistas o

¹⁴² Art. 904: “Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas”.

¹⁴³ Decía el maestro Marienhoff con relación al poder de policía del Estado que: “El ejercicio del poder de policía, ya se trate del relacionado con vías públicas, o con otras expresiones de su ejercicio, no siempre corresponde llevarlo a cabo con la misma intensidad o amplitud. Estos aspectos dependen ya sea del ‘lugar’, del ‘objeto o índole’ de la actividad, o de las personas; en fin depende de las circunstancias específicas del caso... Cuando el poder de policía sobre las vías públicas se refiera a la *vigilancia* de las mismas para afianzar la seguridad de los viajeros, o de quienes usen tales vías (calles, caminos, carreteras), no siempre se lo ejercita con la misma intensidad o amplitud, pues, como ya lo expresé, todo eso es, o puede ser, contingente o circunstancial, ya que depende de los *lugares o circunstancias*. Así, tratándose de una carretera que une y atraviesa poblaciones separadas entre sí por extensas zonas rurales, el poder de policía –la *vigilancia* sobre tales carreteras- es más intenso en la parte en que las mismas atraviesan las respectivas zonas urbanas, y menos intenso en las partes en que tales carreteras atraviesan zonas rurales, ‘descampados’, donde el silencio y la ausencia de mayor movimiento justifican que la *vigilancia* del Estado en estas secciones de las carreteras sea más atenuada, menos intensa, mientras que debe ser rigurosa en las secciones en que la carretera atraviesa la zona urbana de las respectivas poblaciones”. (MARIENHOFF, Miguel S., *Responsabilidad “extracontractual” del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público*, op. cit., pág. 1105)

¹⁴⁴ El art. 5 inc. b) define a la autopista como: “una vía multicarril sin cruces a nivel con otra calle o ferrocarril, con calzadas separadas físicamente y con limitación de ingreso directo desde los predios frentistas lindantes”.

autovías (conf. art. 5 inc. s) Ley N° 24.449/95¹⁴⁵). También la previsibilidad deberá ser alta cuando se trate de vías urbanas o interurbanas, y será menor la exigencia en los casos de carreteras de doble mano de circulación y/o que circunden zonas rurales o desérticas de escasa densidad de tránsito.

Resulta interesante recordar que como lo comentamos hace unos años, “en España rige el principio de *confianza en la normalidad o seguridad del tráfico*”¹⁴⁶, sobre todo en autopistas y semiautopistas, 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 de peaje y que se extiende a lo largo de todo el corredor que le fuera concesionado. Por la aplicación de dicho principio –que forma parte de los principios propios y exclusivos del llamado derecho vial, de tránsito, derecho de tráfico o de la circulación¹⁴⁷- se invierte la carga de la prueba, y es el demandado

¹⁴⁵ El art. 5 inc. s) define a la semiautopista como: “*un camino similar a la autopista pero con cruces a nivel con otra calle o ferrocarril*”.

¹⁴⁶ Así parece receptarlo Lorenzetti en su voto en el fallo “*Ferreya*” al indicar que: “*el ciudadano común que accede a una ruta concesionada tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad...entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas...ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos...Ello resulta así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para los ciudadanos que los reciben...El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio. En consecuencia no puede imputarse error culpable o aceptación de riesgos a quien utiliza un servicio como los descriptos*” (conf. considerando 4º). Y también Zaffaroni: “*esas expectativas, así configuradas, en la materia que se trata, se corresponden 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*” (conf. considerando 21 de su voto emitido en “*Ferreya*”).

¹⁴⁷ Es aquella rama del derecho público que se ocupa del estudio multidisciplinario de todos los factores que integran y condicionan al fenómeno del tránsito y sus accidentes. Razones de cortesía intelectual obligan a mencionar que sus impulsores en Iberoamérica fueron el Catedrático chileno Leonardo Aravena Arredondo, el jurista uruguayo Carlos Tabasso, y en España los profesores Miguel López-Muñiz Goñi y Federico Puig Peña, entre otros. Para el desarrollo detallado de los restantes principios aconsejamos la lectura del texto de nuestra disertación sobre *Derecho Vial: el tránsito y sus ciencias auxiliares. Principios del derecho de tránsito. Obligaciones y responsabilidad de los sujetos. Reglas de preferencia y prioridad de paso. Peatón: reglas de prioridad y presunciones*, brindada en el I Foro Internacional de Tránsito y Transporte Terrestre realizado en la Corte Superior de Justicia de Guayaquil (Guayaquil – Ecuador / 16 y 17-09-05), ingresando a www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Publicaciones, Sección Publicaciones, Artículos - Responsabilidad civil (accidentes de tránsito en carreteras y autopistas).

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, pero igualmente se produjo el accidente. Así se ha resuelto que: *“La exigencia de peaje implica, como lógica contraprestación, el impecable cuidado de la vía, cobrando especial relevancia el principio de confianza en la normalidad del tráfico y de la propia carretera, en virtud del cual el usuario de la autopista espera encontrarla en perfectas condiciones. Pues aún admitiendo sólo en hipótesis que el animal (perro) entrase por el punto kilométrico 27 donde existe una entrada de vehículos, lo cierto es que la colisión se produjo en el kilómetro 29, con lo que no cabe duda que el animal llevaba recorrida por los menos dos kilómetros de la calzada, tiempo más que suficiente para que los servicios de vigilancia detectaran su presencia y evitar el riesgo y peligrosidad que lo comportaba, y sin descartar la posibilidad de que el perro llevase aún más tiempo deambulando por la autopista”*¹⁴⁸. Después de todo, y con respecto a la confianza, pensamos que en la Argentina dicho valor hace tiempo que cayó en desuso. Y en el tema que nos convoca, las carreteras argentinas lejos están de provocar en el automovilista esa sensación de confianza real en la seguridad de la circulación”¹⁴⁹.

4.- El supuesto particular de accidentes ocurridos con ocasión del paso de animales por rutas concesionadas, si bien puede tratarse de obstáculos imprevisibles para el automovilista, es claramente previsible para un prestador de servicios concesionados, no configurándose los requisitos para la aplicación de la eximente del caso fortuito, ya que la existencia de animales en la zona y la ocurrencia de accidentes anteriores del mismo tipo, constituyen datos que un prestador racional y razonable no puede ignorar (conf. considerando 5º del voto de la mayoría).

Como bien señala el ilustre jurista Atilio Alterini, “lo imprevisible es distinto de lo imprevisto: imprevisto es lo que no se previó efectivamente. Va de suyo que

¹⁴⁸ SAP de Sevilla, Secc. 6ª, España, 18-09-95, AC 1995\1737.

¹⁴⁹ PIROTA, Martín Diego, *Derecho Vial: Un enfoque diferente sobre la responsabilidad del Estado y de los concesionarios viales por accidentes de tránsito en carreteras y autopistas*, LexisNexis, fascículo Nº 1, 07-04-04, sección doctrina, pág. 23; y Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Colombia, Nº 21, Mayo de 2004, págs. 92/93. Creemos que se trata de un principio plausible que refleja el “deber ser” de la conducta, pero que en la práctica del tránsito diario

quien no previó lo que era previsible puede estar incurso en culpa”¹⁵⁰, y esa es la conducta omisiva en que incurre el concesionario de peaje en el caso de marras. Como dice el poeta y escritor francés *Paul Valéry* “¿Qué puede haber imprevisto para el que nada ha previsto?”.

5.- Es el prestador del servicio (experto) quien está en mejor posición para recolectar información sobre la circulación de los animales, sus riesgos inherentes al tránsito vehicular, y adoptar medidas concretas frente a riesgos reales al menor costo, y, por el contrario, el usuario (profano) es quien está en una posición desventajosa para obtener esos datos e implementar acciones preventivas en dicho sentido (conf. considerando 5º del voto de la mayoría). Aquí la Corte haciéndose eco de la posición preponderante del concesionario de peaje frente a la situación de debilidad jurídica del usuario en cuestiones fácticas como la analizada, echa mano de los argumentos de la teoría de las cargas probatorias dinámicas que impone el deber probatorio a quien está en mejores condiciones fácticas, técnicas, económicas o jurídicas de aportarla¹⁵¹.

6.- Relacionado con el punto anterior, y en aras de la prevención de colisiones con animales sueltos, la sentencia marca los pasos que debe cumplir el ente concesionario, distinguiendo entre la carga de autoinformación (relevamiento de datos de los lugares o zonas del camino donde existen animales o es posible prever su presencia, mediante el recorrido o patrullaje del corredor concesionado y la consiguiente puesta en práctica de medidas adecuadas para evitar el ingreso de los mismos a la calzada), y el deber de transmitir la información obtenida al

actual se encuentra desvirtuado o quizás su aplicación resulte inversa debiendo hablar de un contraprinipio de desconfianza.

¹⁵⁰ ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, Co-ed. Ciudad Argentina y Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995, pág. 75.

¹⁵¹ Idem 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# - Dicha teoría -introducida a nuestro país por el reconocido procesalista rosarino Jorge Walter Peyrano- es de aplicación excepcional y algunos sostienen que tiene apoyatura legal en lo previsto por el art. 377 del C.P.C.C.N., que en su parte pertinente reza textualmente: “Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”; exigiendo de ambas partes una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos controvertidos, actuando siempre con buena fe y lealtad procesal.

usuario de modo oportuno y eficaz (conf. arts. 4 Ley 24.240¹⁵² y 42 C.N.), no solamente mediante la instalación de carteles fijos (señalización de advertencia, peligro o prevención)¹⁵³, cuyos avisos son independientes de la ocurrencia del hecho¹⁵⁴, sino también a través del aviso o notificación concreta al usuario de la peligrosa presencia de animales sueltos en determinado kilometraje de la carretera, propiciando por supuesto –en tarea conjunta con la autoridad policial- al pronto retiro e incautación de los mismos¹⁵⁵. Es decir, que se le está demandando al concesionario que abandone su actitud pasiva y estática de colocar carteles o aguardar el aviso del usuario sobre la aparición de animales en el camino, y asuma una conducta dinámica de vigilancia activa¹⁵⁶ que le permita prevenir la intromisión de animales o en su caso, su inmediato apartamiento del espacio vial concesionado.

¹⁵² Art. 4.- “INFORMACIÓN: Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.

¹⁵³ En el mismo sentido lo resolvió el JCC San Francisco-Córdoba, 15-12-98, “*Perrone de Matteoda, Mirta y otra c. Rutas del Valle S.A.*”, LL Córdoba, 1999-1106, con nota de Analía G. de Imahorn; RCyS, 1999-900. Con relación al tema de la señalización vial recomendamos la lectura de nuestro artículo *Las obligaciones de los concesionarios de peaje y los deberes de colaboración de los usuarios de carreteras concesionadas*, en Portal de Seguridad Vial, edición *on line*, www.seguridad-vial.com (Estudios especiales); y en www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Publicaciones, Sección Artículos - Responsabilidad civil (accidentes de tránsito en carreteras y autopistas). También ver el texto de nuestra disertación sobre *La señalización vial y su impacto actual sobre el principio de confianza en la normalidad o seguridad del tráfico*, brindada en la Mesa redonda: *La normativa de señalización y su aplicación perversa*, en el marco del I Congreso Internacional de Accidentología Vial realizado en el Palacio de Congresos de Marbella (Marbella – España / 13 al 15-10-05), ingresando a www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Publicaciones, Sección Artículos - Responsabilidad civil (accidentes de tránsito en carreteras y autopistas).

¹⁵⁴ Que en no pocos casos se limitan a indicar al usuario que debe denunciar la presencia de animales sueltos al concesionario o la autoridad policial más próxima, sin proporcionar el número telefónico donde poder comunicar rápidamente para dar aviso de dicha situación de peligro para el tránsito vehicular, ya que seguramente en la generalidad de los casos el automovilista no tendrá cerca la casilla de peaje o dependencia policial para anunciar oportunamente la circunstancia. Por lo que aquí se advierte que la información que brinda dicha señalización es incompleta, deficiente e ineficaz.

¹⁵⁵ Diferenciándose así claramente los conceptos de carga, como deber impuesto en propio beneficio de quien lo cumple (autoinformación del concesionario), y obligación, como prestación que un sujeto cumple en beneficio de otro (información al usuario).

¹⁵⁶ Conforme lo resuelto por la C1ª CC, San Nicolás-Buenos Aires, 02-04-96, “*Riva, Rubén D. c. Alfasud y ESA y otras UTE*”, ED 29-07-97, pág. 7 y siguientes; LLBA 1998-130/132.

7.- La carga indemnizatoria puede ser mejor distribuida por el prestador, tanto disminuyendo los accidentes¹⁵⁷, como contratando un seguro¹⁵⁸ (conf. considerando 5º *in fine* del voto de la mayoría).

8.- La responsabilidad que el art. 1124 CCiv. pone en cabeza del dueño o guardador de un animal por los daños que cause a terceros, no es excluyente de la responsabilidad de distinta índole y causa que puede caberle a las concesionarias viales por el incumplimiento de deberes propios, entre los cuales, como se ha visto, no son ajenos bajo ciertas circunstancias los atinentes a la previsión y evitación de la presencia de animales en ruta. Es decir, que puede coexistir la responsabilidad concurrente o *in solidum* del propietario o guardián del animal con la del concesionario¹⁵⁹.

¹⁵⁷ A propósito de la seguridad vial resulta interesante repasar lo rubricado por Lorenzetti en su voto en el precedente "Ferreyra": *"La invocación de una costumbre que llevaría a entender que el concesionario de la ruta sólo se ocupa del mantenimiento de su uso y goce, sin brindar servicios complementarios relativos a la seguridad, es contraria a esa expectativa legítima, así como violatoria del claro mandato de seguridad mencionado (cit. Art. 42, de la Carta Fundamental). La difusión de prácticas que se despreocupan de las personas involucradas, ha conducido a una serie de sucesos dañosos que no deben ser tolerados, sino corregidos"* (conf. considerando 4º).

¹⁵⁸ Aunque algunas coberturas de seguro que amparan a concesionarios viales establecen una franquicia o deducible a cargo del asegurado de U\$S 40.000.- para cada y todo reclamo, pero elevándose la suma a U\$S 150.000.- para cada y todo reclamo respecto de animales sueltos, atento al incremento del riesgo y consecuencias dañosas que pueden derivarse en éste último supuesto. Adelantamos que nos parece alta la franquicia impuesta en los casos de demandas por colisiones con animales, sobre todo teniendo en cuenta que, conforme lo vienen expresando seguidamente los tribunales, la normativa de emergencia económica –que derogó las leyes de convertibilidad e intangibilidad de los depósitos bancarios disponiendo la pesificación de los mismos y la consecuente devaluación de nuestra moneda respecto del dólar estadounidense al cual estaba anclada- no resulta aplicable a los contratos de seguros pactados en moneda extranjera, los que deben cumplirse en la divisa estipulada, o en su defecto, en su equivalente en pesos argentinos a la cotización del billete estadounidense en el mercado libre de cambios (tipo vendedor). Con respecto al tema de la franquicia –y en otro contexto distinto al analizado- resolvió la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su último fallo plenario de fecha 13-12-06, dictado en los autos caratulados: *"Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otro s. daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte) Sumario"* y *"Gauna, Agustín c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s. daños y perjuicios"* (Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 20 de Diciembre de 2006, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=31457#) que: *"En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución Nº 25.429/97- no es oponible al damnificado (sea transportado o no)"*.

¹⁵⁹ La concurrencia de responsabilidad deriva en que existe identidad de objeto (la indemnización) y de acreedor (la víctima o sus deudos en caso de muerte); y diferentes deudores (dueño del animal y concesionario) y causas del responder (el dueño del animal responde objetivamente por el riesgo creado y el concesionario lo haría subjetivamente por haber incumplido los deberes a su cargo tendientes a evitar la existencia del animal que ocasionó la colisión en el camino).

9.- Por último mencionaremos el considerando 8º del voto del Magistrado Zaffaroni que reza: *“Que, en consonancia con el riesgo asumido y la actuación que le es propia, cabe atribuirle la responsabilidad directa y personal (se refiere al concesionario) por las consecuencias derivadas del cumplimiento del contrato celebrado con el usuario, no empece a que en su ejecución pudiesen presentarse ciertos obstáculos, en la medida que, como contrapartida, le asiste el derecho a los beneficios económicos derivados de aquella explotación”*¹⁶⁰.

Se advierte que campea la idea de “riesgo provecho” del potencial sujeto dañador (concesionario)¹⁶¹. Si bien es cierto que dichos conceptos no están incorporados a nuestro ordenamiento positivo, sin embargo se advierte una tendencia en la jurisprudencia a incorporarlos¹⁶², en algunos casos como factor de imputación de responsabilidad objetiva, o en otros simplemente como argumento o fundamento que abona la decisión judicial que hace lugar a la indemnización del daño causado por el riesgo o vicio de la cosa¹⁶³.

¹⁶⁰ Lo que está entre paréntesis es agregado nuestro. Aunque en su voto en el fallo “*Ferreira*” el Juez Lorenzetti vuelve para bajar a la realidad y flexibilizar la rigidez de los trazos de Zaffaroni al desmitificar el razonable y medido afán de lucro que anima al concesionario al expresar que: *“Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes”* (conf. considerando 4º)

¹⁶¹ Coincide con ello Pizarro en su comentario al fallo “*Ferreira*”, utilizando la expresión “riesgo de empresa”. (Conf. PIZARRO, Ramón Daniel, op. cit., pág. 43)

¹⁶² Así se ha dicho que “la esencia de la responsabilidad civil que consagra el art. 1113 párr. 2º del Cód. Civil está en el riesgo creado más que en el hecho de provenir éste (o no) de una cosa. De allí que sus principios sean aplicables a otros sujetos pasivos distintos del dueño y del guardián, como por ejemplo, quien genera, potencia o controla la actividad riesgosa. Es responsable en los términos del art. 1113 del Cód. Civil quien se sirve de la cosa riesgosa, o desarrolla la actividad riesgosa con cosas”. (CApel. CC, Sala II, Azul-Buenos Aires, Argentina, 22-10-96, “*Municipalidad de Tandil c. T.A. La Estrella, S.A. y otros s. daños y perjuicios*”, ED 171-373/401, con nota de Félix A. Trigo Represas). También menciona Alterini que “se trata de una omisión importante que, sin embargo, no ha obstado a que –en materia laboral- dicha actividad riesgosa genere responsabilidad objetiva (CNTrabajo en pleno, LL 1989-A-561)”. (ALTERINI, Atilio Aníbal – LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Temas de responsabilidad civil*, op. cit., pág. 16)

¹⁶³ En dicho sentido se ha dicho que: *“Las empresas de peaje asumen un negocio económico con todos los riesgos que ello implica, y al recibir una compensación del usuario, tienen como carga asumir las consecuencias dañosas producidas por el incumplimiento de su obligación de mantenimiento”*. (Voto del Dr. Gustavo del Corazón de Jesús Fresneda) (STJ Corrientes, 19-06-02, “*Díaz, Juan Ángel; Clara María Bence y María Laura Arena c. Caminos del Río Uruguay S.A. de Construcciones y Concesiones Viales y/o quienes resulten civilmente responsables s. ordinario*”, ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/wor/Diaz.doc)

VI. Accidentes en carreteras concesionadas: evolución de la jurisprudencia argentina desde principios de los años '90 hasta nuestros días

Antes de la reflexión final, repasaremos la evolución de las decisiones judiciales de nuestros jueces a partir del análisis de situaciones fácticas de novedad y complejidad creciente que los particulares damnificados en accidentes viales protagonizados en carreteras y autopistas concesionadas fueron demandando, y que la jurisprudencia con acertado criterio— y siguiendo el progresivo avance del derecho de daños en la protección integral de la persona perjudicada- fue reconociendo a favor de las víctimas¹⁶⁴.

1. Defecto y/o desperfecto material inherente a la carretera (roturas, montículos, baches, ondulaciones, etc.), falta de señalización o iluminación¹⁶⁵.

2. Obstáculos inertes o fijos extraños a la materialidad de la vía y que se hallen en estado sólido, líquido o gaseoso (piedras, restos de siniestros viales, manchas de aceite o combustible, arena, barro, agua acumulada, niebla, etc.)¹⁶⁶.

3. Defecto en el diseño o construcción de la autovía¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Vale la pena destacar que en esta enorme tarea han tenido especial relevancia los fallos de la Cámara Nacional en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y recientemente las sentencias de la Corte Federal en los casos “*Ferreyra*” y “*Bianchi*”, sin desmerecer, por supuesto, el aporte jurisprudencial de los tribunales del interior del país.

¹⁶⁵ CNCiv., Sala G, 07-06-95, “*Carnelli, Juan Oscar c. Nuevas Rutas S.A. s. daños y perjuicios*”, LL 1995-D-337, con nota de Juan C. Poclava Lafuente, DJ 1995-2-1109; CNCiv., Sala F, Argentina, 13-03-02, “*Romo de Rivera, Amelia S. M. A. y otro c. Concesionaria Vial Argentina Española y otro*”, LexisNexis, fascículo N° 13, 26 de Junio de 2002, JA 2002-II, págs. 62/67; CNCiv., Sala B, 31-08-04, “*López, Aldo c. Autopistas Urbanas S.A. s. daños y perjuicios*”; CNCiv., Sala D, 05-10-04, “*Rossi, Gabriel c. Autopistas del Sol S.A. s. daños y perjuicios*”; CNCiv., Sala F, 16-11-04, “*Conde, Juan Carlos y otro c. Autopistas del Sol S.A. y otro s. daños y perjuicios*”, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 31 de Diciembre de 2004, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=24098# - Para más jurisprudencia recopilada, seleccionada y comentada en igual sentido ver las voces *Mantenimiento o conservación del camino* y *Señalización vial*, en *Compendio jurisprudencial...*, op. cit., págs. 293/359 y 623/693, respectivamente.

¹⁶⁶ CNCiv., Sala F, 15-05-92, “*Abba, Miguel A. y otra c. Huarte S.A. y otros s. sumario*”, LL 1992-D-194/199, con nota de Jorge Bustamante Alsina; CNCiv., Sala H, 03-08-06, “*R., G. A. c. Autopistas del Sol*”, ED 18-04-06; CNCiv., Sala I, Octubre de 2006, “*Rivero, Adrián y otro c. Autopistas del Sol S.A. y otros s. daños y perjuicios*”, Diario Judicial, edición *on line*, Buenos Aires, 5 de Enero de 2007, www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=31547# - Para más jurisprudencia recopilada, seleccionada y comentada en igual sentido ver la voz *Obstáculos en la circulación*, en *Compendio jurisprudencial...*, op. cit., págs. 393/412.

¹⁶⁷ CCiv. y Com., Sala I, San Isidro, Buenos Aires, 18-06-02, “*R., S. c. Di Carlos y otros s. daños y perjuicios*”, ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/sj/rsi1.htm; y en

4. Obstáculos móviles extraños a la materialidad de la vía (animales sueltos)¹⁶⁸.

5. Hechos vandálicos (objetos arrojados desde terrenos linderos a la carretera)¹⁶⁹.

www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Jurisprudencia. La Alzada resolvió extender solidariamente la condena de más de medio millón de pesos a la empresa Autopistas del Sol S.A. por el mal diseño (falta de banquina) de uno de los tramos de la autopista Panamericana, en circunstancias en que el automóvil del actor sufrió un desperfecto mecánico y, a falta de un lugar mejor, tuvo que detenerse en el primer carril de circulación de la derecha, momento luego en que otro automovilista que avanzaba en el mismo sentido no lo vio y se lo llevó por delante causándole al accionante la pérdida de sus dos piernas. Constituyéndose en el primer fallo en que la concesionaria de una ruta argentina es condenada por una mala previsión de sus caminos, es decir, por un error en la génesis del proyecto vial; ya que las decisiones judiciales anteriores fundaron la condena del concesionario en la falta o defecto de mantenimiento o conservación de la carretera (mal estado del pavimento, roturas, baches, montículos, etc.) o en la falta de indicaciones o señalización, iluminación o demás elementos que ordinariamente posibilitan la normal circulación de automotores. Y como ocurre a menudo en nuestra patria, según la condena, inmediatamente después del accidente, la compañía modificó el diseño de este peligroso tramo de la Panamericana. Desde entonces, lo que era el primero de los siete carriles se convirtió en la banquina que exige la ley de tránsito provincial. “Ello explica que a partir de ahora los concesionarios de autovías en la Argentina deberán preocuparse –en los casos en que hayan tomado a su cargo las tareas de construcción de la vía y demás instalaciones adyacentes y complementarias- de realizar estudios previos de ingeniería vial que den sustento científico a los trabajos de proyecto y trazado de carreteras seguras que reduzcan al máximo los llamados puntos negros o de conflicto en los que resulta frecuente la ocurrencia de accidentes” (Conf. PIROTA, Martín Diego, *Compendio jurisprudencial...*, op. cit., pág. 340).

¹⁶⁸ STJ Corrientes, 19-06-02, “Díaz, Juan Ángel; Clara María Bence y María Laura Arena c. Caminos del Río Uruguay S.A. de Construcciones y Concesiones Viales y/o quienes resulten civilmente responsables s. ordinario”, ArgentinaJurídica.com, www.argentinajuridica.com/wor/Diaz.doc; 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#; CSJN, 21-03-06, “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c. VICOV S.A. s. daños y perjuicios”; CSJN, 28-03-06, B.1021.XL, “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”; CSJN, 07-11-06, “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”. Para más jurisprudencia recopilada, seleccionada y comentada en igual sentido ver la voz Animales sueltos, en *Compendio jurisprudencial...*, op. cit., págs. 35/209.

¹⁶⁹ CNCiv., Sala L, Setiembre de 2006, “Goitía, Martín Damián c. Covimet S.A. y otros s. daños y perjuicios (Accidente de Tránsito con Lesiones o Muerte)” (Ver fallo completo en www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Jurisprudencia). Aquí se imputó responsabilidad civil a la empresa concesionaria vial por las lesiones sufridas por el actor quien viajaba como acompañante en un rodado particular, a consecuencia de haber impactado en su rostro una piedra del tamaño de “dos puños superpuestos”, que fuera arrojada por personas no individualizadas desde un asentamiento habitacional lindero a la autopista, acreditándose que el alambrado perimetral que impide que tanto personas como animales atraviesen la autopista, no existía a la altura del lugar donde el damnificado sufrió el impacto. Habiendo los magistrados fundado el decisorio en los antecedentes contractuales (Contrato de Concesión celebrado entre el

VII. Reflexión final

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), que marcando pautas claras a seguir con un fuerte contenido en materia de prevención y seguridad vial en las vías de circulación –en buena sintonía con la comunidad internacional que, mediante la Resolución N° 60/05 de la Organización de las Naciones Unidas, instituye la “Semana Mundial para la Seguridad Vial” del 23 al 29 de Abril de 2007, y con las autoridades nacionales que a través del Poder Ejecutivo declaran al año en curso como “Año de la Seguridad Vial” en la República Argentina-, establece un antes y un después en la doctrina judicial del Supremo Tribunal referida a la controvertida y siempre vigente temática de la responsabilidad civil de los concesionarios viales, dejando atrás los insensibles, desactualizados y costumbristas argumentos de sus antiguas decisiones, y al mismo tiempo exhortando a los entes viales a salir de su pasividad y retomar las obligaciones a su cargo con responsabilidad, profesionalidad, eficiencia y el dinamismo que la actividad impone, implementando oportunas acciones que contribuyan a organizar el tránsito vehicular y que tendrá como efecto directo lograr que el usuario de la vía recupere la confianza perdida en el sistema de peaje -como esquema de financiamiento vial- y en la circulación segura por los caminos concesionados, contribuyendo de esa forma a reducir la verdadera “*endemia social oculta*” que representan los accidentes de tráfico, que nos aqueja y persigue de generación en generación.

Estado y el concesionario) que puntualmente indican que, “*el concesionario realizará a su costo el servicio normal de vigilancia de la seguridad vial, que garantice que en todo momento puede circularse con comodidad y facilitará la labor de la Policía Federal mediante el mantenimiento de la colaboración necesaria*”, agregándose que, “*de allí que entiendo que si bien el poder de policía no fue desprendido completamente del Estado, a través de la Policía Federal Argentina, y el concesionario no asume la obligación de prevención y represión de los posibles delitos, lo cierto es que sí se encuentra en cabeza de éste último facilitar la labor de la Policía Federal Argentina, manteniendo en todo momento la colaboración necesaria, situación que no encuentro configurada en autos*”. Con relación a este polémico asunto sugerimos la lectura de nuestro artículo *Inseguridad en carreteras concesionadas por peaje: ¿Quién es el responsable?*, JA sección doctrina, 29-08-01, N° 6261, págs. 32/36.

