

RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL. Animal muerto en la ruta. Deber de vigilancia S. 97 - "Lloves, Gerardo c/Oscar L. Bauk - Daños y perjuicios" - CAMARA PRIMERA EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE CORDOBA - 08/08/2002

"El animal muerto en la ruta aún cuando pueda sostenerse que es un hecho anormal -como lo propone el quejoso- no requiere por parte del conductor de un rodado que transita de noche, una previsión extraordinaria y fuera de lo común para evitar las consecuencias de ese suceso. Todo lo contrario; si se parte de la normal diligencia, de tomar las medidas eficaces, bien se pueden suprimir los efectos perjudiciales de hecho que se esgrime como eximente de responsabilidad".-

"El ente vial está obligado a la conservación en condiciones de utilización del camino. Considero que el aviso a la autoridad de aplicación para alertar la presencia de animales sueltos es una medida, pero allí no se agota su obligación, máxime cuando ello ocurrió casi una hora después de ser atropellado el equino. Debe en todo momento vigilar o custodiar que el trayecto de ruta concesionada se encuentra en condiciones debidas para ser transitada".-

"La autoridad de aplicación deberá tomar las medidas para retirar los animales sueltos; el ente vial bien puede detener el tránsito para impedir que se produzcan accidentes. Los jefes de estaciones que han declarado manifiestan que se señaliza el lugar donde se encuentra el obstáculo. Pues bien, eso no es ni fue suficiente. Se requiere una diligencia mayor, ya que mayor es el deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas (Art. 902 del C. Civil). El que ingresa a una ruta concesionada debe notar alguna diferencia que no esté dado solamente por abonar el peaje; precisamente, debe encontrar en ese trayecto seguridad, compañía y prestación de servicios. En el caso en concreto, basta con ver las fotografías del sumario penal para apreciar que la ruta está apenas señalizada; que existe en ese lugar una deficiente iluminación; que no hay cabinas telefónicas, a lo que se añade que el animal muerto se encontraba cerca de la entrada de la ciudad de Oncativo".-

"Lo expuesto precedentemente permite afirmar que quien se encuentra en mejores condiciones de advertir el estado de la ruta por sus obstáculos, presencia de animales, etc. es el ente vial y no el conductor, ya que el camino es recorrido diariamente las 24 hs. del día, al menos eso debe presumirse. Custodiar o vigilar el trayecto dado en concesión no se agota en avisar a la autoridad de aplicación para que remueva al animal suelto porque ella tiene el poder de policía; éste último la concesionaria lo tiene sobre la ruta".-

Copyright © elDial.com - editorial albrematica

TEXTO COMPLETO

En la ciudad de Córdoba, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil dos, siendo día y hora fijados para la dictar resolución, se reúnen en Acuerdo Público los Señores Vocales integrantes de la Excm. Cámara Primera en lo Civil y Comercial de esta Ciudad, Doctores Mario Sársfield Novillo, Julio C. Sánchez Torres y Miguel Ángel Bustos Argañarás, con la asistencia de la Secretaria actuante, a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados: "LLOVES, Gerardo c/. Oscar L. BAUK - Daños y perjuicios", (Expte. Letra "LL", n° 08, iniciado el catorce de junio del año dos mil uno)), radicado en la instancia por haberse recurrido la Sentencia número trescientos noventa de fecha quince de mayo de dos mil uno (fs. 650/677) dictada por el Juzgado de Primera Instancia y Octava Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, que disponía: "1) Hacer lugar a la demanda y en consecuencia condenar al demandado, Oscar Lorenzo Bauk, para que en el término de diez días de quedar firme el presente, abone a la actora la suma de pesos quinientos cincuenta y cuatro mil doscientos cincuenta y seis con siete centavos (\$ 554.256,07), correspondientes a gastos de sesiones psiquiátricas \$ 720, tratamiento psiquiátrico futuro \$ 4.320, lucro cesante \$ 449.216,07 y daño moral \$ 100.000, con más los intereses conforme a los considerandos respectivos. 2) Costas a cargo del demandado Oscar Lorenzo Bauk, en un noventa por ciento y a cargo del actor Gerardo Lloves en un diez por ciento. Los honorarios de los peritos de control que serán a cargo de sus respectivos proponentes. 3) Hacer extensivos la sentencia conforme al art. 435 del Código de Procedimiento Civil y Comercial a la tercera interviniente Covicentro S. A. 4) Hacer extensivos los efectos de la presente resolución a las citadas en garantías, San

Cristóbal S.M.S.G. por el demandado principal Oscar Lorenzo Bauk y La Construcción S. A. Cía. Argentina de Seguros por Covicentro S. A., en los términos del art. 118 de la ley 17.418. 5) Regular los honorarios profesionales de las Dras. Sonia Pizzetti de Santillán y Silvia V. Romero de Magni en la suma de pesos ciento ocho mil cuatrocientos noventa y seis con cuarenta y tres centavos (\$ 108.496,43) en conjunto y proporción de ley. Regular los honorarios profesionales del Dr. Tomás Francisco Cafferata en la suma de pesos cincuenta y cuatro mil doscientos cuarenta y ocho con veintiún centavos (\$ 54.248,21), con más la alícuota correspondiente al I.V.A. Regular los honorarios profesionales de los Dres. Sergio Mario Muzi y Carlos José Molina en la suma de pesos cincuenta y cuatro mil doscientos cuarenta y ocho con veintiún centavos (\$ 54.248,21) en conjunto y proporción de ley con más la alícuota correspondiente al I.V.A. sobre la proporción de honorarios del Dr. Sergio Mario Muzi. 6) Regular los honorarios de los peritos oficiales médico José Luis Puebla, psiquiatra, Juan Carlos Pussetto y mecánico, Luis Antonio Pelosi, en la suma de pesos setecientos veintitrés (\$ 723) a cada uno. 7) Regular los honorarios profesionales de los peritos mecánicos ... Protocolícese,...".//-

El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso directo?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Señores Vocales votan en el siguiente orden: Doctores Julio C. Sánchez Torres, Mario Sársfield Novillo y Miguel Ángel Bustos Argañarás.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

1. Llegan los presentes autos a este Tribunal de Alzada con motivo de los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la parte actora, demandada, citada en garantía, tercero citado a juicio y por la aseguradora de éste último en contra de la sentencia que luce a fs.650/677.-

2. Radicado en esta sede e impreso el trámite de rigor, la parte actora expresa agravios a fs. 712/713 quejándose por lo siguiente, a saber: a) por el monto a que arriba el sentenciante como base de su ingreso mensual de \$ 2.928,79 y que para ello tuviera en cuenta el promedio anual de los últimos años de su actividad laboral, tomando las últimas cinco declaraciones juradas obrantes en autos. Indica que al tomarse tan baja remuneración mensual, se ha desconocido su real situación laborativa y sus expectativas de progreso. Entiende que más equitativo hubiera sido establecer un promedio que comprenda el período inmediato anterior al suceso. Añade que al tomar una base partiendo de tanto años anteriores se le ha perjudicado, dado que si se revisa la documental arrimada, surge que percibió honorarios superiores a \$ 10.000. Entiende de promediarse por los dos años precedentes al hecho ilícito;; b) por el interés mensual fijado, el cual afirma resulta irrisorio. Pide que sobre la suma mandada a pagar se aplique un interés del 1% mensual; c) porque en el rubro lucro cesante se manda a pagar los intereses desde la fecha de la resolución dictada, cuando ellos deben computarse desde el momento del hecho dañoso en que padeció el perjuicio de no poder ejercer más su profesión de técnico. Afirma que los intereses deben calcularse desde la fecha del accidente y no () desde la sentencia, dado que la tabla aplicada de por sí morigera el monto de la indemnización. Pide en definitiva se haga lugar al recurso, con costas.-

3. A fs. 726/739 la parte demandada y aseguradora San Cristóbal S.M.S.G. expresan sus agravios, quejándose porque: a) se declaró la responsabilidad del accionado con base en lo dispuesto por el art. 1113 del C. Civil. Manifiesta el quejoso que el sentenciante desestimó la eximente invocada por esta parte, cual era, el caso fortuito, considerando que el animal muerto y tirado en la ruta que ocasiona un choque no reúne el carácter de inevitabilidad, afirmando el quejoso todo lo contrario. Agrega el apelante, luego de criticar la opinión del perito sobre la velocidad máxima que traía el demandado, que el Juzgador no ha brindado mayores explicaciones sobre la responsabilidad de un tercero por quien no se debe responder. En este sentido, dice que se conoce quien imprudentemente embistió al animal tirado sobre la ruta retirándose de lugar. Añade que el accionar desaprensivo de Pesci quedó claro en el sub-judice, ya que no avisó a la Policía, sino a la cabina de peaje; tampoco señaló el lugar del hecho, con lo cual el accidente pudo evitarse. Reprocha también la actitud de la concesionaria de peaje, ya que ocultó maliciosamente quien había embestido al equino. Agrega que esa actitud impidió una correcta defensa de actor y demandado, indicando que esa actitud del concesionario ha sido causal en la producción del hecho; b) por la condena mandada a pagar a su parte en concepto de lucro cesante. Se queja de que el sentenciante considere la incapacidad del cien por ciento, cuando en el peor de los casos la incapacidad es del 67,54%. Dice que el actor es una persona que trabaja en forma independiente, haciendo aportes a una AFJP como autónomo, por lo que mal puede considerarse la

incapacidad del 100%. Sigue diciendo que de la valoración de las pruebas no surge que el demandante haya quedado imposibilitado para cualquier tipo de desempleo laboral, estimando que la minusvalía acordada no enerva de ninguna forma la posibilidad de que alguna tarea pueda ser desempeñada. Añade que la forma de indemnización dispuesta por el sentenciante favorece al actor, ya que lo resarce sobre una incapacidad que no tiene. Indica que la pericial médica de autos señala que el demandante puede realizar tareas que no impliquen riesgo para él ni para terceros. Sostiene que para llegar a la incapacidad del 67,45%, el Juez a-quo suma por el método residual la incapacidad física y psíquica, cuando de ningún lado se desprende que ésta última fuere permanente. El recurrente afirma que la incapacidad transitoria no se puede indemnizar a título de lucro cesante como lo ha hecho el sentenciante, estimando que la incapacidad máxima sobre la que podría haber eventualmente la indemnización no podría ser superior al 54,02%. Dentro de esta queja, el apelante se agravia del monto considerado como ingreso del demandante. Concretamente, el apelante entiende debe calcularse por el ingreso neto y no por el bruto denunciado a la D.G.I.; c) por la cantidad mandada a pagar en concepto de daño moral como los intereses. Manifiesta que la suma fijada aparece irrazonable, entendiendo debe ser morigerada ya que debe establecérsela según la verdadera entidad del daño sufrido. Respecto de los intereses, indica que ellos no pueden calcularse desde la fecha del evento dañoso; d) por la proporción en la condena de costas impuestas. Afirma que lo pretendido por el actor en su demanda fue reducido notoriamente, por lo que debe cargar con las costas en mayor proporción debido al vencimiento recíproco. Mantiene reserva y solicita se haga lugar al recurso, con costas.-

4. A fs. 751/761 obra la expresión de agravios del tercero citado Covicentro S. A. y la citada en garantía, La Construcción S. A. Cía. Arg. de Seguros, quejándose por los siguientes motivos, a saber: a) porque el sentenciante hace extensiva la condena al tercero interviniente con base en lo dispuesto por el art. 435 del C. Ritual, extendiendo la condena a la aseguradora en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros. Afirma que la responsabilidad contractual de la concesionaria no ha sido fundada adecuadamente, máxime cuando el fallo citado por el Juzgador que corresponde al Alto Tribunal Provincial en modo alguno impone al concesionario una responsabilidad con base en el art. 512 del C. Civil; b) porque el Juez a-quo estimó insuficiente las medidas adoptadas por la recurrente. Manifiesta que no hay prueba que permita al sentenciante fundar su argumento en el sentido que las medidas tomadas fueron insuficientes, lo cual convierte a la sentencia en infundada. Añade que Covicentro comunicó a la autoridad de aplicación de un animal suelto; la policía llegó al momento, conduciéndose el demandado a más de 120 Km/h, omitiendo las señales de camioneros que circulaban en sentido contrario, extremos que surgen de comprobar la prueba documental y testimonial. Esgrime en su apoyo que no existe en todo el contrato de concesión o en los pliegos que forman parte del mismo, alguna disposición que establezca dentro de las obligaciones del concesionario la de asegurar que no ingrese ningún animal suelto, estimando que ello constituye una exigencia abusiva que debe verificar el concesionario. Cita jurisprudencia de la Corte Federal y entiende que mal puede hablarse de un deber de seguridad implícito en todo contrato, manifestando que esta parte cumplió con las obligaciones a su cargo; c) porque se vulnera el principio de congruencia desde que no hubo demanda en su contra. Señala que la citación de tercero tiene sólo por efecto que la sentencia sea extensible al tercero citado generando en su contra la oponibilidad de la cosa juzgada, pero no puede alterar el resultado del pleito generando la existencia de un nuevo obligado a favor de quien ninguna vinculación tiene contra éste como es el actor. Manifiesta que no puede dictarse una condena de responsabilidad contra Covicentro S. A., citando jurisprudencia en su contra; d) por la cuantificación de los daños realizadas por el sentenciante. Considera que la cantidad tomada como ingreso mensual del actor y declarada por ante la D.G.I., lo cual constituye un error ya que debió tomar el ingreso neto o ganancia sujeta a impuesto que es el dinero que le quedaba anualmente para vivir. Agrega que el ingreso mensual asciende a \$ 1.769,89 y que el interés por el cual debe calcularse la tabla Marshall es del 8% anual y no la del 6% como lo hace el Juzgador. Los cálculos que se obtienen dan una suma bastante menor a la mandada a pagar. Dentro de este agravio se queja por el daño moral establecido, el cual lejos de otorgar un alivio a la supuesta situación de agobio moral, produjo un enriquecimiento a su favor. Estima que el monto fijado debe morigerarse; e) por la imposición de costas. Destaca que las costas deben ser impuestas a la parte demandada citante. Subsidiariamente, de rechazarse los agravios aquí vertidos, afirma que debe aplicarse al sub-lite el art. 132 del C.P.C., en cuanto la imposición de costas debe tener relación con el éxito obtenido por cada parte. Hace reserva del caso federal. Pide se haga lugar al recurso interpuesto, con costas.-

5. A fs. 715/718 la demandada y compañía aseguradora contesta los agravios de la parte actora; a fs. 722/723 hace lo propio el tercero y la citada en garantía. A fs. 740/746 la parte actora contesta los agravios de la accionada y aseguradora y a fs. 763/769 lo hace con respecto de Covicentro S. A. y citada en garantía, solicitando el rechazo de los recursos intentados, con costas.-

6. Entrando al tratamiento de la cuestión traída a estudio de este Tribunal de Alzada, entiendo que corresponde analizar en primer término los agravios de la parte demandada y citada en garantía.-
7. El primero de ellos alude a la responsabilidad del accionado en el evento dañoso. Recuérdese que el hecho se produjo en circunstancias que el actor se dirigía a la ciudad de Villa María en el automotor del demandado a realizar una asistencia circulatoria mecánica, cuando a las 3,46 hs. aproximadamente y poco antes de la ciudad de Oncativo, el accionado sin disminuir la velocidad, baja las luces a instancia de dos camioneros, apareciendo unos metros más adelante sobre la mano que circulaban un caballo muerto, tirado sobre el pavimento, el que no pudo ser esquivado, lo cual motivó que el rodado impactara sobre el animal dando tumbos.-
8. Este breve relato de los hechos se trae a colación, debido que la demandada y aseguradora afirman que en el sub-examine se configura una eximente de responsabilidad, cual es, el caso fortuito. Dígase a esta altura que el supuesto de autos engastaría en principio en lo disciplinado por el art. 1113, 2da. parte, 2do. párrafo, ya que se trata de un accidente de tránsito con vehículos en movimiento, salvo claro está que se acredite un factor subjetivo de atribución (Conf. Kemelmajer de Carlucci, A. "Temas de Responsabilidad Civil" La Plata. Platense, p. 219 y ss; Trigo Represas, F. "Aceptación Jurisprudencial de la Tesis del Riesgo Creado recíproco en la colisión de automotores" LL. 1986 -D- 479; Alterini, A. "Presunciones Concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores" LL. 1986 -D- 296).-
9. La regla esbozada precedentemente debe ser dejada de lado en el sub-lite. Ello, porque en el sub-lite se trata de una hipótesis de transporte benévolo. Recuérdese que el actor era conducido por el demandado, quien lo buscó por el domicilio de aquél para trasladarse a la ciudad de Villa María debido a que tenían que realizar ambos viajeros una intervención quirúrgica. Siendo así, la acción que impetra el demandante -acompañante del demandado- cae bajo la órbita aquiliana, tanto respecto del accionado (art. 1109 del C. Civil) como de la firma Covicentro, concesionaria de la ruta donde se produjo el hecho dañoso (Acuña Anzorena, A. "Transporte Gratuito y Responsabilidad en caso de accidente" LL. 51-211; Llambías, J. J. "Responsabilidad Civil originada en el Transporte Benévolo" LL. 150 -sec. doct. p. 935; Bustamante Alsina, J. "En el Transporte benévolo no se puede invocar como factor..." LL. 1991. -D- 106; Sagarna, F. "Responsabilidad Civil por el Transporte Terrestre de Personas" Bs. As. Depalma. 1997. p. 35).-
10. Debe añadirse que el hecho que la víctima viajara como amigo invitado, como compañero de trabajo, no significa que hubiere asunción de riesgos por el transportado. La aceptación de ellos son los lógicos y normales; en otras palabras, no alcanza para perder o ver disminuida su integridad psicofísica (ED. 24-586; LL. 1987 -A- 216; ED. 134-252; JA. 1991 -I- 377). En el sub-examine, el acompañante compartió el riesgo al viajar en el vehículo; no es extraño a él como lo puede ser el peatón. De tal modo, el factor de atribución objetivo queda excluido en principio, rigiendo el art. 1109 del C. Civil (voto del Dr. Zannoni, E. in re: "Coronel, Aída R. c/ Machadino, M" JA. 1987 -II- 301). Se verá más adelante como el actor probó la culpa del transportador.-
11. De las piezas probatorias arrimadas a la litis surge acreditado que el accionado se conducía de noche, con las luces bajas en el momento de producirse el accidente y a excesiva velocidad. Este último aserto se desprende de la pericial mecánica que luce a fs. 494/504 donde se dice: "la velocidad que desarrollaba la unidad se estima en 160 o 170 Km/h según la distancia que frenó, derrapó tumbó el auto y que V. S. considere de 60 o 71 m..." (fs. 500). Añade que el rodado que protagonizó este choque es un vehículo que requiere el cambio de marcha o 5ta. velocidad a los 130 Km/h. (fs. 497). Por su lado, la perito de control de la demandada sostiene en su informe (ver fs. 527/531) que el accionado conducía a una velocidad de 101 Km/h., recordando que el equino pesaba aproximadamente 450 Kg., fue desplazado 10 mts., mientras que el automóvil siguió circulando 20 mts sobre calzada y 20 mts sobre banquina (véase croquis a fs. 4 del expte. caratulado: "Bauk, Oscar Lorenzo p.s.a. - Lesiones Culposas").-
12. Ahora bien, aún cuando tomásemos la conclusión vertida por la experta de control de la demandada, la imprudencia del conductor del rodado no se suprime, desde que el informe de fs. 543 dice que a la altura del accidente la velocidad máxima es de 60 Km/h., lo que está indicado por señalización vertical (carteles sobre postes). Por ello, el argumento esgrimido por el apelante sobre este punto -valoración de la prueba pericial mecánica- no puede atenderse, desde que no ha dado razones de envergadura que autoricen apartarse del dictamen oficial. Recuérdese que Juzgador para rechazar el peritaje oficial debe dar razones serias; exponer los fundamentos por los que estima que el dictamen debe ser dejado de lado; al contrario, si está convencido de las conclusiones dadas porque reúne los requisitos de lógica y ciencia, de apartarse incurriría en arbitrariedad. En el sub-lite, no existen motivos que autoricen el rechazo del informe producido por el perito oficial, máxime si de la declaración del demandado en sede penal se dice que manejaba a una velocidad de 120 Km/h. (fs. 13/14 del sumario arriba mencionado). (Ver: Devis Echandía, H. "Compendio de la Prueba

Judicial" Sta. Fe. Rubinzal Culzoni. 1984. T. II, p. 233; Palacio, L. "Derecho Procesal Civil" Bs. As. Abeledo-Perrot. T. IV, 719/20; De Santo, V. "La Prueba Pericial" Bs. As. Universidad. 1997, p. 327/29; ED. 139-119; JA. 1981 -III- 227).-

13. Lo expuesto debe conjugarse con la eximente alegada, esto es, si el animal muerto en la ruta por donde circulaba el accionado constituye un caso fortuito. Estimo desde ya que no se dan los elementos necesarios de esta figura, tales como la imprevisibilidad e inevitabilidad. La primera refiere a una imprevisibilidad razonable, teniendo en cuenta las circunstancias de personas, tiempo y lugar; requiere que el deudor hubiere actuado con prudencia para que el acontecimiento que sucede se le presente como extraordinario. De otro modo, si su conducta es negligente, lo imprevisible se debe a su propia culpa y, desde este punto de vista, no puede invocar la eximente que nos ocupa. Tampoco puede decirse que el animal muerto en la ruta constituya un obstáculo que no se pueda superar.-

14. Precisamente, el demandado se conducía con luces bajas y a más de 100 Km/h., (cuando el máximo permitido era de 60 Km/h) lo que difícilmente permita impedir las consecuencias del acontecimiento, pero ello, repito, no por el carácter irresistible de aquél, sino por la conducta imprudente con que manejaba el apelante. El agente Luis Puyo (fs 1/2 del sumario penal) declaró que Bauk no tuvo que realizar maniobra alguna para evitar embestir al animal tirado, de lo que se colige que en el momento del hecho, el accionado no tenía el dominio de rodado. Tal aserto es expresado por el propio accionado (ver fs. 13 vta. del sumario) cuando dice que: "trató por todos los medios de controlar su automóvil; que no pudo controlar el dominio del auto". Esto denota culpa o negligencia del conductor de la unidad automotriz en los términos del art. 512 del C. Civil. Se ha puntualizado que: "la negligencia es la omisión por el autor, al obrar o al omitir de los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros" (Conf. Núñez, R. "Derecho Penal Argentino. Parte General" Bs. As. Bibliográfica Argentina. 1960. T. II, p. 80; Orgaz, A. "La Culpa" Cba. Lerner. 1970, p. 126; 131 y ss; Aguiar, H. "Hechos y Actos Jurídicos" Bs. As. TEA. 1950. T. II, p. 270 y ss; Etchevesti, C. "La Culpa" Bs. As. Hammurabi. 1997, p. 127/29; Visintini, G. "Tratado de la Responsabilidad Civil" trad. Kemelmajer de Carlucci. Bs. As. Astrea. 1999, p. 46 y ss. Conde, H. N. - Suares, R. C. "Tratado sobre Responsabilidad por Accidentes de Tránsito" Bs. As. Hammurabi. 1997. T. 2, p. 357 y ss.).-

15. En otras palabras, debe estimarse que obra con culpa aquél que en sus distintos actos de la vida no toma las precauciones que son menester para evitar que se produzca un perjuicio a un tercero, o prescinde de actuar cuando se precisa que actúe para no causarle un detrimento (Cammarota, A. "Responsabilidad Extracontractual" Bs. As. Depalma. 1947. T.I, p. 268 y 290; Borrel Macía, A. "Responsabilidad Derivadas de la Culpa Extracontractual Civil" Barcelona. Bosch, p. 70; Bonasi Benucci, A. "La Responsabilidad Civil" trad. Fuentes Lojo, Barcelona, Bosch. 1958, p. 205).-

16. Aún cuando aceptásemos lo informado por el perito de control del demandado sobre la velocidad que traía al momento de ocurrir el accidente, ello no cambia la solución propuesta, ya que no era la adecuada para la circunstancia de tiempo dado que conducía de noche, lo cual aumenta la posibilidad de advertir extemporáneamente el peligro. Tampoco lo permitía el lugar, dado que se trataba de una ruta que no se encuentra en perfectas condiciones de luminosidad. En el sub-lite, dado el obstáculo en la ruta, obligaba a que la marcha que se llevaba fuera detenida totalmente, ni siquiera daba lugar para la reducción de la velocidad. Y bien, la imposibilidad de observar o advertir el animal muerto sobre el camino, que impidió desacelerar, está indicando que la velocidad que traía el accionado recurrente no era la adecuada o, para decirlo en forma afirmativa, manejaba de manera negligente o imprudente.-

17. Además, en el sub-lite alegar el caso fortuito como eximente, hubo de requerir que éste fuera externo a la cosa productora del daño. En este sentido, el cruce de animales o que ellos se encuentren tirados en la ruta no se presenta como un hecho de fuerza mayor, que libere al presunto responsable, máxime cuando ya se dijo, el demandado se conducía a una velocidad que no era la permitida. Por último, los arts. 50 y 51 de la Ley 24449 indican la responsabilidad de aquel que no respeta la señalada o autorizada para circular

18. En otras palabras, la alegación del casus requiere que en la producción del evento dañoso nada tenga que ver el responsable. El caso fortuito empieza allí donde la culpa termina. La actuación diligente fracasa por razones totalmente extrañas al deudor. Ya se dijo que el obrar del demandado en el sub-examine no fue diligente, ni el debido, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar. Añádase que no puede efectuarse un análisis superficial del evento ocurrido.-

19. El animal muerto en la ruta aún cuando pueda sostenerse que es un hecho anormal -como lo propone el quejoso- no requiere por parte del conductor de un rodado que transita de noche, una previsión extraordinaria y fuera de lo común para evitar las consecuencias de ese suceso. Todo lo contrario; si se parte de la normal diligencia, de tomar las medidas eficaces, bien se pueden suprimir los efectos perjudiciales de hecho que se

esgrime como eximente de responsabilidad. Reitero, entonces, si se conjugan los requisitos subjetivos y objetivos, difícilmente pueda concluirse que en el presente caso se está en presencia de un casus. (Ver: Ruggiero, R. "Instituciones de Derecho Civil", trad. de la 4ta. ed. por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro. Madrid. Reus. T. II, Vol I, p. 135; Arias Ramos, "Derecho Romano" Madrid. Revista de Derecho Privado. 1940 T. II, p. 42; Soto Nieto, F. "El caso fortuito y la Fuerza Mayor" Barcelona. Nauta. 1965, p. 13/5 y p. 91; Mazeaud, H.- L.,- Tunc, A. "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual" Trad. Alcalá Zamora y Castillo. Bs. As. Ejea. T. 2. Vol II, p. 208- num. 1528. Rezzónico, L. M "Estudio de las Obligaciones..." Bs. As. Ciencias Económicas. 1958, p. 102/03; Pizarro, R. "Causalidad Adecuada y Factores Extraños" en Derecho de Daños" Bs. As. La Rocca. 1989, p. 293 y ss.; Gianfelici, M. C. "Caso Fortuito y caso de Fuerza Mayor" Bs. As. Abeledo-Perrot. 1995. p 50/2, esp. 121/22). De tal modo, este agravio se desestima.-

20. La otra queja de la demandada radica en el porcentaje de incapacidad asignado al actor. Sobre el particular, puede señalarse que la pericial médica que obra a fs. 452/55 dictamina que el actor padece una incapacidad del cuarenta y cinco punto nueve de características parciales y permanentes, sin que ello comprenda la minusvalía de orden psiquiátrico. Del informe de fs. 468/474 dimana que el actor padece de una depresión ansiosa por stress postraumático con tendencia a la cronicidad que lo incapacita en un 40% de la t. o.; a fs. 479 el experto en psiquiatría concluye que el demandante acusa depresión ansiosa crónica post traumática sobre una personalidad neurótica obsesiva, lo que genera una incapacidad del 60%; por su lado el perito de control de la demandada, especialista en psiquiatría, en su trabajo (fs. 484/490) sostiene que el actor sufre de "trastorno de la personalidad de tipo obsesivo y trastorno por estrés post traumático crónico o retrasado" lo cual ocasiona una incapacidad del 30%, siendo sólo el 15% causa del accidente sufrido. Por último, la testimonial prestada a fs. 184 por Jorge Agüero pone de manifiesto que el actor concurrió a su consultorio con síntomas depresivos severos, inhibición psíquica y motora, es decir, "estaba inhibido de desarrollar tareas intelectuales y motrices ...". Agrega este testigo que el accidente fue el desencadenante de su pérdida física e intelectual.-

21. A esta altura, luego de esta breve referencia a los distintos estudios realizados por los expertos, puede señalarse que la recurrente no ha desvirtuado los fundamentos dados por el sentenciante. Es que en el sub-judice, se trata de una persona cuya capacidad ha sido seriamente afectada por el accidente, lo que influyó directamente sobre sus posibilidades futuras. En el caso de autos, no se ha controvertido el trabajo específico del accionante, por lo que al momento de fijar la indemnización por este rubro, es menester tener en cuenta las características de la profesión que realizaba el damnificado. En este sentido, la disminución efectivamente comprobada debe considerarse total y permanente. La postura de la quejosa en este punto sólo sería aceptable en la faz meramente teórica, pero cuando se conjugan con todas las piezas probatorias arrimadas a la litis, la conclusión es otra, es decir, la incapacidad aquí es total. En esa dirección, la quejosa no ha demostrado que la capacidad residual en la víctima permita tener un cuadro disímil del establecido por el Juzgador, máxime si se tiene en cuenta que a fs. 537 el experto en psiquiatría expresa que "el estado psíquico del actor y retomando lo detallado en el punto 4 evaluó que se encuentra impedido de realizar cualquier otro tipo de tareas".(LL. 125-360; LL. 1985 -B- 566).-

22. Dentro de este agravio la impugnante sostiene que no puede computarse la cantidad de \$ 2.928,79 para obtener el lucro cesante del actor, ya que entiende debió calcularse sobre el ingreso neto y no sobre el bruto. El quejoso sostiene en su memorial que en casos de responsabilidad civil se debe indemnizar sobre la ganancia neta (ver fs. 735 vta. in fine), sin dar razones de este aserto.-

23. Lo cierto es que el actor se trata de una persona cuyos ingresos no los obtiene por mantener un trabajo en relación de dependencia; por el contrario, dado que se trata de un profesional que ejerce su actividad de manera liberal concurre esencialmente la variabilidad del ingreso que pueda obtener. De allí, entonces, que lo más acertado sea tomar un período y para verificar cuál es el promedio anual o mensual, cuestión que ha realizado el Juzgador. Concretamente, la queja radica en que para el cálculo del lucro cesante se tuvo en cuenta el ingreso bruto y este criterio debe mantenerse. El motivo para ello es que, casos de esta naturaleza, se obtiene un promedio, esto es, se trata de poder captar un resultado lo más exacto posible sobre el ingreso que tiene la víctima y, desde este punto de vista, el ingreso neto que propone la recurrente no contiene una serie de aumentos que pudieren haberse incorporado en el patrimonio del actor (Ver: Zavala de González, M. "Daños a las Personas" Bs. As. Hammurabi. 1990 Vo. 2ª. p. 455/6; C.8ta.C.C. in re: "Lombardich, L J. c/. E. Valfré y Otra -Ord." sent. 5/11/86). De tal modo, este motivo de queja se desestima.-

24. El agravio de la demandada reseñado en el punto c) del presente alude a la suma establecida en concepto de daño moral como la fecha desde que corren los intereses por este perjuicio. El juez a-quo ha fijado la cantidad de \$ 100.000 por el evento dañoso que sufriera el accionante.-

25. En el sub-lite se ha demostrado la índole de las lesiones físicas y psíquicas que acusa el actor; el grado de incapacidad. Las características del accidente donde se relató que el rodado dio varios tumbos; la profesión que ejercía el damnificado que verá cercenada, la edad que contaba al momento de producirse el hecho -39 años- son elementos objetivos y subjetivos que permiten recibir este rubro. Es cierto que en esta instancia el recurrente no discrepa sobre la procedencia del daño moral; sólo discute el quantum fijado, el cual le parece elevado.-

26. Ahora bien, los elementos enunciados arriba muestran, brevemente, los intereses extrapatrimoniales afectados; en efecto, el peligro corrido en el evento dañoso se traduce en una profunda alteración; la minusvalía ocasionada es de carácter permanente y si bien su repercusión en lo estrictamente económico se indemniza mediante el lucro cesante, esa incapacidad en esta parcela del daño origina la privación en el goce de ciertos intereses que carecen de contenido patrimonial, pero no por ello quedan fuera del ser humano, a lo cual se debe añadir la temprana edad profesional en que se padece esta lesión, aspecto que en la actualidad merece destacarse. El accidente que nos ocupa, lesionó en la persona del actor tanto el tener (repercusión económica) esto es, daño patrimonial como el ser de ella (sus manifestaciones) es decir, daño moral.-

27. Siendo así, el quantum del perjuicio moral, teniendo en cuenta las características del hecho y sus consecuencias, no puede ser irrisorio; obviamente, tampoco puede constituir fuente de lucros para el damnificado. En este orden de ideas, la cantidad establecida no aparece excesiva dado el estado físico y psíquico que presenta el actor. Se busca reparar, es decir, restablecer el equilibrio alterado por el detrimento, el cual se logra cuando del daño moral se trata mediante una indemnización pecuniaria, resarcimiento que debe ser pleno o íntegro (Pizarro, R. D. "Daño Moral" Bs. As. Hammurabí. 1996. p. 382; CS. in re: "Santa Coloma, L.F. y otros c/ Ferrocarriles Argentinos" JA. 1986 -IV- 624).-

28. Lo expuesto lleva a desestimar la queja dado que con anterioridad se ha mostrado que la lesión dictaminada es de carácter permanente; se trata de un profesional joven que difícilmente podrá trabajar en lo suyo; el informe del experto que luce a fs. 537 reza: "Considero que dada la precisión y rigurosidad del oficio del actor, a la que las características de su personalidad obsesiva aludidas precedentemente favorecían su desenvolvimiento, el actor no puede volver a ejercerlo y por lo menos en la actualidad no se observa que pueda desarrollar alguna actividad productiva por su estado anímico.". El párrafo transcrito muestra a la vez un particular grado de sensibilidad de la víctima, no permiten admitir la reducción solicitada por el recurrente. Más aún, la indemnización que ella propone \$ 30.000, a tenor de los daños arriba aludidos se muestra insuficiente, simbólica, irritante para el damnificado (Iribarne, H. P. "Cuantificación del Daño Moral" en Revista Derecho de Daños. Sta. Fe. Rubinzal Culzoni. N 6, p 185 y ss.; Zavala de González, M. "Cuánto por Daño Moral" LL. 1998 -E- 1057; LL. 1980 -A- 413; LL. 1984 -B- 145; LL. 1986 -E- 571; LL. 1987 -A- 216).-

29. Dentro de esta queja, el apelante se agravia porque los intereses mandados a pagar por este rubro se calculan desde la fecha del evento dañoso. Entiende el recurrente que debe tomarse en cuenta el dictado de la sentencia. Más allá que no se esgrimen mayores argumentos para propiciar se altere la fecha fijada por el sentenciante, lo cierto es que la indemnización establecida tiene carácter resarcitorio, lo que significa que los intereses que acompañan a esta reparación deben calcularse desde el momento mismo que se produjo el daño moral. Por otro lado, no debe olvidarse que en el supuesto de responsabilidad extracontractual, la mora se produce en el mismo momento que se ocasiona el detrimento. Siendo así, este agravio se desestima.-

30. La última queja de la parte demandada y aseguradora refieren a la forma de imposición de costas. Sostiene el quejoso en su memorial que debe aplicarse el art. 132 del C. P. C. al sub-examine desde que el actor accionó por la suma de \$ 1.080.915,53, admitiéndose la demanda por \$ 554.256,07 (ver fs. 738). Entiende que el agravio vertido no se debe recibir. Tal aserto se apoya en la circunstancia que el Juzgador aplicó al sub-judice el art. 132 del C. Ritual, sin que conforme el porcentaje establecido (90% al apelante y el 10% restante al actor). No debe perderse de vista que la imposición de costas responde al principio del hecho objetivo de la derrota y el carácter de vencido, esto es, contra quien se declaró el derecho, que en el sub-lite ha recaído contra la demandada y compañía aseguradora dado que contra ellas ha prosperado la postura fundamental. En efecto, se admitieron todos los rubros de la responsabilidad civil, por lo que el menor monto condenado a pagar no significa que el actor haya sido derrotado como lo propone el apelante.-

31. El criterio en esta materia, aún cuando se trate de vencimientos recíprocos, debe ser jurídico y no matemático. El Juzgador no puede realizar un balance económico financiero a la hora de imponer las costas. En otras palabras, hay que tratar de impedir que la necesidad de servirse del proceso se convierta en daño para que se vea constreñido a accionar en juicio para reclamar lo que se debe (Conf. Gozaíni, O., "Costas Procesales" Bs. As. Ediar. 1990, p. 115 y esp. 344/47; LL. 1983 -B- 92; LL. 1984 -B- 442; LL. 1985 -C- 606;

LL. 1994 -C- 573; ED. 133-769; ED. 54-304; ED. 144-258; ED. 157-255). En definitiva, a la primera cuestión voto por la afirmativa.-

32. Se analiza a renglón seguido el recurso de apelación de la parte actora. El primero de ellos alude a la base tenida en cuenta por el Juzgador para obtener el monto como ingreso mensual. La quejosa afirma que no puede partirse de tantos años anteriores. En rigor de verdad esta queja ha sido contestada parcialmente al tratar de las quejas vertidas por la demandada. Allí se dijo que era correcto obtener un promedio para poder calcular el lucro cesante del actor que ejerce su profesional de manera libre. La cantidad de años tenidos en cuenta por el sentenciante -cinco- y no dos años como lo propone la accionante, refleja de manera más acorde la base que debe ser tenida en cuenta. Repárese que se trata de la probabilidad de ganancias que se dejaran de percibir como consecuencia del evento dañoso. No hay certeza absoluta de aquellas. Por ende, la circunstancia que los dos últimos años anteriores al accidente hubieren sido económicamente mejores, no significa que deba limitarse el período para obtener el promedio a ellos dos. Precisamente, se intenta obtener un promedio genérico o global y no elegir el mejor año, ya que ello no es encontrar la base como ingreso mensual que se busca. De tal modo, esta queja se desestima.-

33. El segundo agravio de la demandante alude al interés nominal mensual del 0,5% adicionado a la tasa pasiva del Banco Central. Sobre el particular, cuadra señalar que este Tribunal con la actual integración unificó su opinión sobre el tema traído a decisión. De esa manera, estableció el interés del 1% mensual con más la tasa pasiva promedio que utiliza el Banco Central de la República Argentina. Precisamente cuando se resolvió fijar la tasa en el 0,5% mensual se dijo que lo atinente al interés no era cuestión estática o fija (esta Cámara in re: "Calviño, R. M. c/. Miguel Andrés Soriano - Ord." Sent. 21 del 18/3/02). Siendo así, corresponde modificar la resolución impugnada en este aspecto y, en consecuencia, se establece que el interés que acompañe al capital sea del 1% mensual con más la tasa pasiva promedio que utiliza el Banco Central.-

34. La tercera y última queja de la actora refiere a que el sentenciante mandó a pagar intereses por el rubro lucro cesante desde la fecha de la presente resolución. Esgrime la recurrente que deben computarse desde el momento del evento dañoso. Debe recordarse que a los fines del cálculo indemnizatorio, el Juzgador aplicó una fórmula por la que se consideraba los años que de vida útil le quedaba al damnificado. Para ello tuvo en cuenta además del capital el interés y lo calculó desde la fecha del accidente. De allí que no pueda recibirse el agravio de la actora, ya que desde que se produjo el ilícito se han estimado los intereses, tanto que la cantidad obtenida en concepto de resarcimiento por este rubro, devengará un interés pero a partir del pronunciamiento dictado, lo cual significa que si se mandare a pagar de la fecha que propone la quejosa, el enriquecimiento injustificado sería a favor de la actora recurrente al computar por dos tasas de interés diferentes por idéntico período.-

35. Se analizan ahora los agravios de la concesionaria del peaje. El primero de ellos se refiere al encuadre efectuado por el sentenciante respecto que en el sub-examine se trata de un supuesto de responsabilidad contractual. Sobre este tema, debe indicarse que nuestro más Alto Tribunal Nacional en la causa: "Colavita, Salvador y Otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros" de fecha 7/3/00, resolvió no enrostrarle responsabilidad alguna a la concesionaria, sin pronunciarse concretamente sobre el ámbito de responsabilidad que correspondería si accionare un usuario contra la concesionaria.-

36. En el caso sub-examine se trata del acompañante del usuario que accionó contra su compañero de viaje -transporte benévolo- ampliando a fs. 8 la demanda contra quien en definitiva resulte responsable; a su turno, la demandada peticiona la citación de la concesionaria de peaje (fs. 37 vta.). Es decir, entiendo que en principio y en general se trata de una hipótesis de responsabilidad contractual, con la aclaración que si fuere el damnificado directo el que accionare, él tendría la opción de elegir la responsabilidad aquiliana si el hecho dañoso hubiere derivado en un delito del derecho penal (art. 1107 del C. Civil). (Sagarna, F. "Responsabilidad Civil por daños causados por animales" Bs. As. Depalma. 1998, p. 190 y ss.; Vázquez Ferreyra, R. "La demanda contra los concesionarios de autopistas". Revista Derechos de daños. Accidentes de Tránsitos. Sta. Fe. Rubinzal Culzoni. T. I, p.157 Boragina, J. C.- Meza, J. "Responsabilidad Civil de las empresas concesionarias de peaje en relación a los daños padecidos por el usuario" en JA. 1997 -IV- 826).-

37. Ahora bien, la negativa de la concesionaria en el sentido que no se trata de un supuesto de responsabilidad contractual ni extra-contractual (ver fs. 60/61) no puede admitirse. Es que el propio ente vial invoca en su memorial de agravios el reglamento de explotación (fs. 756), reglamento que a la postre rige los destinos de las relaciones del usuario por un lado y concesionario por el otro. Sin embargo, ya se dijo que en el sub-lite quien acciona no es el damnificado directo y, desde este punto de vista, asiste razón al apelante aún cuando ello no incide en la solución final dada por el sentenciante por las razones que más abajo se exponen. Dicho en otros términos, se configura una hipótesis de responsabilidad extracontractual frente a la víctima, por lo que el supuesto de autos engasta en lo dispuesto por los arts. 1074, 1113, 1era. parte, del C. Civil y lo

prevenido por el art. 5 de la Ley 24.449 en cuanto expresa que el concesionario entre otras obligaciones tiene la de custodia de la vía.-

38. El segundo agravio está dado por la afirmación del sentenciante sobre la falta de diligencias de Covicentro para impedir el accidente. En este aspecto, de la prueba testimonial rendida surge que en casos de accidente personal del ente señaliza el lugar; que la estación de peaje tiene vehículos recorriendo el corredor y que lo hacen en forma permanente; que en el momento del hecho dañoso no había teléfonos(fs. 391/91 vta.). Por su lado Ricardo Rey (fs.367/369 vta.), quien se desempeña como jefe de la estación de peaje de James Craik relata que las 4,25 hs. una persona llamada Pesci manifestó que alrededor de las 3.30 hs. de la mañana, cerca de Oncativo, atropelló un animal equino el cual quedó muerto sobre la calzada, indicando que Pesci había expuesto lo sucedido ante el jefe de estación de Oncativo quien no dio aviso a nadie. Agrega el dicente que el tipo de control que ellos han puesto en el trayecto de Roldan a Pilar es de tres móviles de asistencia mecánica que recorren la ruta durante las 24 hs., quienes avisan a la estación de todo lo que observan en la ruta; deben remover la basura, si "ven un perro muerto atropellado también..."Manifiesta que el control de los animales sueltos en la ruta corresponde a la policía, sin perjuicio que al recibir un aviso concurren de inmediato al lugar.-

39. A su turno, la testimonial prestada por Luis A. Puyo (fs. 1/1 vta.) en el expte. penal ya aludido pone de resalto que alrededor de las 4 hs. recibió un llamado telefónico procedente de la estación de peaje de James Craik que expresa que cerca de la entrada de Oncativo había un animal equino suelto y que posiblemente lo habían embestido, constituyéndose inmediatamente en el lugar, observando que el accidente que aquí nos ocupa ya había sucedido.-

40. La tercera impugnante dice que su parte tomó las diligencias necesarias en el caso concreto, ya que avisó la presencia de un animal suelto a la autoridad de aplicación, aviso que fue concomitante con la ocurrencia del accidente. (fs. 755 vta.).-

41. Por mi parte, luego del análisis de la prueba antes referida, estimo que Covicentro no cumplió con lo que dispone el art. 24 del Reglamento en cuanto dispone que el ente vial está obligado a la conservación en condiciones de utilización del camino. Considero que el aviso a la autoridad de aplicación para alertar la presencia de animales sueltos es una medida, pero allí no se agota su obligación, máxime cuando ello ocurrió casi una hora después de ser atropellado el equino. Debe en todo momento vigilar o custodiar que el trayecto de ruta concesionada se encuentra en condiciones debidas para ser transitada y, ya se vio que en el sub-examine ello no sucedió. La autoridad de aplicación deberá tomar las medidas para retirar los animales sueltos; el ente vial bien puede detener el tránsito para impedir que se produzcan accidentes. Los jefes de estaciones que han declarado manifiestan que se señala el lugar donde se encuentra el obstáculo. Pues bien, eso no es ni fue suficiente. Se requiere una diligencia mayor, ya que mayor es el deber de obrar con prudencia y conocimiento de las cosas (art. 902 del C. Civil). El que ingresa a una ruta concesionada debe notar alguna diferencia que no esté dado solamente por abonar el peaje; precisamente, debe encontrar en ese trayecto seguridad, compañía y prestación de servicios. En el caso en concreto, basta con ver las fotografías del sumario penal para apreciar que la ruta está apenas señalizada; que existe en ese lugar una deficiente iluminación; que no hay cabinas telefónicas, a lo que se añade que el animal muerto se encontraba cerca de la entrada de la ciudad de Oncativo.-

42. Lo expuesto precedentemente permite afirmar que quien se encuentra en mejores condiciones de advertir el estado de la ruta por sus obstáculos, presencia de animales, etc. es el ente vial y no el conductor, ya que el camino es recorrido diariamente las 24 hs. del día, al menos eso debe presumirse. Custodiar o vigilar el trayecto dado en concesión no se agota en avisar a la autoridad de aplicación para que remueva al animal suelto porque ella tiene el poder de policía; éste último la concesionaria lo tiene sobre la ruta. En el sub-examine, el lugar donde se advirtió la presencia de animales sueltos no puede alegarse como imprevisible para Covicentro; tampoco puede decirse que avisar apenas tomó conocimiento de la existencia de los equinos es ejercer adecuadamente el contralor de la ruta concesionada. Sin duda que constituye una diligencia, pero ello no se muestra como la única razonable que debe tomar el ente vial. No siempre el conductor o usuario pone en conocimiento la presencia de animales sueltos. En esos casos ¿qué dirá la concesionaria de peaje?. Tampoco se pide que ella alambre aquellos campos que no tienen cerco perimetral. Pero sí es obligación vigilar adecuadamente esa parte de la ruta ya que para el ente es previsible que puedan escapar del terreno donde se encuentran. La Corte Federal en la causa "Colavita, S. c/ Provincia de Bs. As. y otros" arriba citada, sostuvo que no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones -inherentes a la ruta misma-, con lo cual el estado del corredor debe ser idóneo en todo momento para circular. (Sagarna, F. "Responsabilidad de las concesionarias guardianas de las rutas por peaje" LLBA. 1999-1275; Lorenzetti, R. L. "Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?"... Revista de Derecho de

Daños 3. Accidentes de Tránsito III, Sta. Fe. Rubinzal Culzoni. p. 164 y ss.; Galdós, J. M. "Apuntes jurisprudenciales sobre la responsabilidad civil de los concesionarios viales" rev. cit. p. 247; Arbonés, M. "Peaje: opiniones encontradas y algunas reflexiones sobre el sentido de las privatizaciones..." Sem. Jurídico, 1997 -A.- 651; Weingarten - Gheri, C. "Contrato de Peaje" Bs. As. Universidad. p. 48). En definitiva, estimo que se ha demostrado la negligencia de la concesionaria en el sub-lite, ya que no vigiló en debida forma la cosa de que se sirve o tiene a su cuidado, omitiendo el contralor que las circunstancias del lugar exigían.-

43. Lo expuesto también descarta que la condena a la concesionaria recurrente se trate de un argumentum ad populum como endilga el quejoso al Juzgador. Es que el dictado de la sentencia no puede asimilarse al intento de un propagandista para lograr el asentimiento popular sobre un determinado producto u opinión. En rigor, la falacia está dada en los presentes por expresar que los argumentos esgrimidos por el sentenciante, basados en las pruebas arrimadas a la litis, constituyen esta clase de argumento, cuando lo resuelto esta lejos de querer despertar pasiones (Copi, I. "Introducción a la Lógica" Bs. As. Eudeba. 1999, p. 89).-

44. Se queja también la concesionaria porque el Juez a-quo la condenó al pago de la indemnización, cuando por su calidad de tercero citado no puede ser obligada a ello. Recuérdese que la parte actora no demandó contra ella, sino que la accionada peticionó se la cite como tercero.-

45. Sobre el particular, debe indicarse que al ente vial se le hizo extensiva el resarcimiento fijado a favor de la parte actora en los términos del art. 435 del C.P.C. (texto similar al art. 96 del C.P.C. de la Nación). Covicentro ha ejercido su derecho de defensa de manera adecuada durante toda la litis, ya que compareció, solicitó la citación de su aseguradora, contestó la demanda, ofreció prueba, alegó y recurrió la sentencia dictada. De allí, entonces, que resulte aplicable al sub-examine el dispositivo legal recién mencionado, desde que fue traído a juicio porque la controversia le era común con la demandada y además luego de su intervención la sentencia los obliga como a los litigantes principales y es ejecutable en contra de ellos.-

46. Las razones por las cuales la concesionaria rechazó su citación (fs. 58/59 vta.) muestra que aún cuando los intereses de ella y la citante sean opuestos, la controversia les es común, demostrado en esta instancia cuando en su memorial de agravios intenta disminuir el monto de la condena fijada. Añádase que al momento de la citación como tercero, la demandada sostuvo en su contestación de demanda que la única que podía ser condenada era la concesionaria, esto es, alegaba la responsabilidad de un tercero por quien no debía responder (art. 1113 in fine C.C.). Se justifica así el requisito de controversia común.-

47. Resta pronunciarse sobre si cabe la posibilidad de condena de la sentencia en contra del ente vial. Sobre el particular, estimo que dada las características del presente, la condena impuesta por el sentenciante debe mantenerse. Es que ya se vio que la concesionaria en todo momento pudo ejercer su adecuado derecho de defensa en juicio, a lo que se agrega que antes de su citación la parte actora amplió la demanda contra quien en definitiva resulta responsable lo que muestra la intención del demandante de dirigir su acción contra todos los que estimare responsables.-

48. De este modo, no se conculca el principio de congruencia como lo entiende el quejoso, desde que se le han respetado todas las garantías, encontrándose responsable en el evento dañoso ya analizado. Desde esa óptica no puede calificarse el decisorio de ultra petita (Conf. Morello, A. "La Eficacia del Proceso" Bs. As. Hammurabi. 1997, p. 277). A ello hay que añadir que por la actividad desplegada en la litis, no puede considerarse a Covicentro como tercero, sino como parte. Esgrime que la "citación producida es un aviso para que tome conocimiento de la existencia del pleito" (fs. 758); sin embargo, el propio impugnante no se limitó a tomar noticia de esta litis y habiendo ejercido todos sus derechos, mal puede excluirse de la condena que pesa sobre su parte.-

49. Opino que la teleología del art. 435 de nuestro ordenamiento formal está dirigido a incorporar al tercero en la relación jurídica primigenia. De otro modo, ¿para qué y por qué se lo citó, se le permitió contestar la demanda, ofrecer prueba, alegar y recurrir?. La interpretación que propugna el ente vial podría compartirse, pero ello requeriría que no hubiere desplegado la actividad que aquí realizó, además de que el art. 435 del C. Ritual debiere expresar que no se lo afectará como al litigante principal. Más aún, no procede solamente la citación de terceros cuando hubiere una acción de regreso contra el citado. Es que, si no hay acción y si controversia común, tampoco corresponde la citación?. Se ve que la respuesta a este interrogante permite afirmar que la intervención de tercero no está unida indisolublemente a la existencia de la acción de regreso. (Colombo, C. "El Proceso con Pluralidad de Partes y las figuras procesales que lo integran" LL. 1986 -D-431).-

50. Repárese que el texto del art. 435 del C.P.C. refiere a la sentencia que se dicte después de la intervención del tercero...", de donde producido el supuesto contemplado en la norma, no cabe efectuar exclusión de este tercero, ya que ello contraría el propio artículo cuando dice que "será ejecutable contra ellos. Téngase en cuenta que la intervención coactiva produce una verdadera y propia ampliación de la demanda, que atribuirá

sin más a los nuevos llamados la calidad de partes litisconsorciales del accionado (Chiovenda, G. "Instituciones de Derecho Procesal Civil" trad. Madrid. 1954. T. II, p. 276). A lo expuesto hay que añadir que el dispositivo arriba citado menciona que a los terceros la sentencia los afectará como a los litigantes principales, esto es, actor y demandado, de donde se puede inferir que ese tercero es parte como los litigantes. Si no, de qué otra manera la sentencia los puede afectar a los terceros?- En este aspecto, nuestro más Alto Tribunal resolvió que si: "el tercero citado a juicio en los términos del art. 94 del Cod. Procesal, contesta la demanda, ofrece y produce prueba, sin invocar la existencia de alguna restricción derivada de tal calidad, debe ser equiparado a la parte principal, por lo que la sentencia que lo condena en forma solidaria con la demandada no agravia garantías constitucionales" (CS. in re: "Gandolfi de Vanetta, M c/ Dirección Nac. de Vialidad" 1998/04/16 en LL. 1999 F-761; también puede verse: Leguisamón, H. E. - Palma, J. F. "Una oportunidad perdida para condenar al tercero obligado en los accidentes de tránsito" LL. 1990 E- p.1008; Wetzler Malbrán, A. R. "Definición a nivel de Plenario de los efectos de la sentencia de condena respecto del tercero citado a juicio" ED. 132-815; del mismo autor en: ED. 111-895; Arazi, R. -Rojas, J. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Sta. Fe. Rubinzal Culzoni. 2001. T. I, p. 386; Kenny, H. E. "La intervención obligada de terceros en el proceso civil" Bs. As. Depalma, p. 138. ED. 77-103; ED. 112-179).-
51. Los agravios referidos a la cuantificación de los daños como a la imposición de costas, resulta innecesario tratarlos debido a que constituyen una reiteración de lo vertido por la demandada y citada en garantía, por lo que corresponde remitirse a su análisis a fin de evitar reiteraciones inútiles.-

52. Así voto.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR MARIO SÁRSFIELD NOVILLO, DIJO:

I. El Señor Vocal que me precede en el voto, lleva a cabo una prolija relación de causa que me exige por completo de entrar en su análisis pues incurriría en estériles reiteraciones.-

Adelanto que los fundamentos de la decisión a la que arriba el Dr. Sánchez Torres, son compartidos plenamente, razón por la cual la respuesta que doy a esta cuestión es idéntica a la suya.-

Con la tranquilidad de saber que comparto una determinación equitativa, justa y ampliamente asentada, estoy convencido de que cumpliría con la obligación de emitir voto, simplemente, a través del expediente de la adhesión.-

Sin embargo, y aprovechando la oportunidad, me dedicaré -con las limitaciones de no poder agotar el tópico y con algunas tenues diferencias de matices en ciertos conceptos- a realizar algunos aportes, con el ánimo de tratar de cerrar en su totalidad los temas debatidos.-

Seguiré, en la medida de lo posible, el método que propone mi distinguido colega, respecto al tratamiento de los diversos capítulos propuestos por los recurrentes.-

I. a. En ese orden de ideas, avanzo indicando que sobre el fondo de la materia a dirimir se destacan dos títulos de capital importancia ya que estamos frente a dos sujetos pasivos que deben responder por factores de atribución distintos.-

Uno es el caso del conductor del vehículo que transportaba al demandante y, el otro, el de la situación del concesionario vial respecto del damnificado (usuario de la ruta).-

En suma, se trata de determinar a quien corresponde la responsabilidad civil por los daños causados en una autopista concesionada por la presencia de un animal en la carpeta asfáltica y establecer cuál es el fundamento de esa responsabilidad.-

I. b. En cualquier lugar que se coloque el analista, siempre tendrá que admitir que la responsabilidad civil se aligera o desaparece, acreditando la falta de culpa del agente, la culpa de la víctima, de un tercero por quien no se debe responder o, por supuesto, la existencia del caso fortuito o de fuerza mayor.-

Comenzaré ocupándome de este tema ya que estoy convencido que respecto de los coaccionados siempre será de aplicación un factor objetivo de atribución, más allá de que se entienda que la relación jurídica es contractual o extracontractual. Además, se ha invocado la ruptura del nexo adecuado de causalidad por la presencia del último de los eximentes recién enumerados.-

II. En lo que atañe al concepto de caso fortuito o fuerza mayor, podemos decir lo siguiente.-

II. a. La obligación coloca al deudor en la necesidad jurídica de efectuar la prestación que constituye el objeto de aquella.-

Claro está que el obligado puede o no cumplirla, asumiendo -en este último caso- la responsabilidad correspondiente.-

También puede ocurrir que un obstáculo independiente del hecho positivo o negativo del deudor y superior a sus fuerzas, le impida cumplir la obligación y a su pesar le coloque en una situación de incumplimiento.-

En esta hipótesis, la obligación queda extinguida como si no hubiese jamás nacido.-

II. b. Al ocurrir un siniestro ante el cual la debilidad humana se postra impotente resignándose, el lenguaje vulgar, con simplicidad propia y evidente pero alguna vez olvidada por filósofos y legisladores, le da el nombre de caso.-

Es el lenguaje vulgar el que recuerda un principio: que si por un lado indirectamente enseña la grandeza de nuestra naturaleza moral la libertad de querer, por otro más claramente muestra la pequeñez de las fuerzas humanas en el mundo exterior y sensible, porque este libre albedrío se reduce con mucha frecuencia a la libertad de los deseos y de estériles intentos. Nos recuerda un principio que, aplicado a la ciencia del derecho, y más particularmente a la materia de la cual nos ocupamos, enseña que entre las causas que ponen al deudor en la imposibilidad de cumplir la obligación, están algunos hechos independientes completamente de su voluntad, (cf: Giorgi, Jorge, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", vol. 11, núm. 8, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1.909).-

II. c. Los romanos llamaban a estos hechos: casus fortuitus, casus maior, vis maior, vis cui resistitur potest, fatum, fatalitas y, considerando sus efectos, damnum detrimentum fatalé.-

II. d. Nuestro Código Civil los llama caso fortuito o fuerza mayor (arts. 513 y 514) siguiendo la denominación del Código Napoleónico.-

Los estudiosos se han preocupado por distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor, sosteniéndose que el primero comprende sólo accidentes naturales y la segunda el hecho de un tercero.-

Estos conceptos, debe advertirse, son utilizados indistintamente en nuestra legislación (así, por ejemplo, arts. 789, 892, 1.568, 1.914, 2.203, 2.269, etc., sus respectivas notas y la de los ya citados arts. 513 y 514).-

Ambas expresiones son empleadas como sinónimos y, en realidad, diferenciarlas carece de verdadera importancia tanto en la práctica como en la teoría.-

Resulta interesante recordar la distinción de Marcel Ortolan: El perjuicio sufrido por una persona puede sobrevenir de un caso fortuito (casus), de una fuerza mayor (vis mayor) o del hecho de otra persona. Ninguno es responsable, a menos de haber convención contraria, de los casos fortuitos o de la fuerza mayor, ("Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano", t. II, p. 465, trad. de la 3ª ed., Madrid, 1.847). También la justificación de la distinción entre el caso de fuerza mayor y el caso fortuito que realiza Louis Josserand, ("Derecho Civil", t. 11, vol. 1, núm. 453, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1.950).-

II. e. La doctrina ha llamado caso fortuito o fuerza mayor al acontecimiento imprevisible e inevitable que lo diferencia del dolo o de la culpa, (cf: Aubry et Rau, "Cours de droit civil français", t. 4, p. 103, núm. 308, 4ª ed., París, 1.871; Troplong, "De l'échange et du louage", t. 11, núms. 202, 205 y 707, París, 1.814; Mourlon, Frederic, "Repetitions de Code Napoléon", t. 111, p. 322, núm. 793, París, 1.870; Laurent, F., "Principes de Droit Civil Français", t. XVI, p. 320, núm. 257, 3ª ed., Bruselas-París, 1.878; Baudry-Lacantinerie y Barde, "Des Obligations", t. I, p. 379, París, 1.897; Chironi, G. P., "La culpa en el Derecho Civil Moderno, Culpa contractual", p. 758, Madrid, 1.907).-

II. f. Guillermo Borda, apunta los caracteres del instituto: imprevisibilidad e irresistibilidad, señalando que no se trata de que sea necesario algo absolutamente imprevisible, pues eso sería excesivo, sino simplemente de que no hay razón valedera para pensar que ese acontecimiento se producirá y que debe tratarse de una imposibilidad de cumplir, no bastando las dificultades sobrevinientes si no se traducen en imposibilidad, reconociendo que la línea separativa entre imposibilidad y dificultad es muchas veces incierta, por lo que el juez resolverá de acuerdo a su prudente criterio. Agrega que este problema de las dificultades se vincula estrechamente con la teoría de imprevisión, (cf: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", t. 1, p. 113, núm. 1110 y ss., 3ª ed. actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1.971). Esta cuestión es tratada con detenimiento por Francesco Messineo en su "Manual de Derecho Civil y Comercial", t. IV, p. 221, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1.955.-

II. g. La doctrina argentina coincide en que, en principio, los dos términos caso fortuito y fuerza mayor, corresponden a un único y mismo concepto, (cf: A. Colmo, "Obligaciones", núm. 121; Busso, t. III, p. 304 y ss.; Lafaille, "Tratado de las Obligaciones", p. 168, núm. 176 y ss.; Machado, t. II, p. 172; Segovia, t. I, p. 126; Galli, "El derecho de las obligaciones", ps. 23 y 25; Guastavino, "Notas al Código Civil", t. 4, p. 264; Rivarola, "Instituciones del Derecho Civil Argentino", t. I, p. 135; Spota, "Tratado de Derecho Civil", t. I, Parte General, vol. III, núm. 1.427; Llerena, t. II, p. 418; Borda, ob. cit., núm. 108; Aguiar, "Hechos y actos jurídicos", t. III-2, p. 486, núm. 203, Ed. TEA, Bs. As., 1.950; etcétera).-

II. h. La jurisprudencia le ha dado la misma consideración (ver la citada por los autores nombrados, por Salas y Belluscio en sus respectivos "Código ...", etc.).-

II. i. Por consiguiente, cabe utilizar indistintamente las expresiones caso fortuito y fuerza mayor puesto que ambas se refieren al concepto expuesto por Vélez Sársfield en la nota al art. 514, es decir, la noción es única,

(cf. mi voto en "Russo, Ángel c/. José A. Cechetto S. A. - Ordinario", Sentencia dictada el 13 de agosto de 1.991, LLCba.-1992-426).-

III. Entonces, corresponde analizar si las circunstancias invocadas por las partes condenadas y apelantes han sido probadas y, en su caso, si se ha configurado la fuerza mayor alegada.-

IV. Está fuera de discusión que el perjuicio cuya reparación se reclama, deriva de un accidente de tránsito en el que interviene un automóvil en movimiento, tal como lo describe el Dr. Sánchez Torres en su voto.-

IV. a. En tal supuesto, opera a mi juicio la norma que atribuye responsabilidad objetiva fundada en el riesgo de la cosa con la que se ocasiona el perjuicio.-

Tratándose de un automóvil en movimiento el que participa en la producción del evento dañoso, siendo considerado éste, unánimemente, como cosa riesgosa o peligrosa por la potencial inseguridad que su utilización encierra, resulta de aplicación pertinente el texto que plantea el segundo párrafo, segunda hipótesis, primer supuesto, del art. 1.113 del Código Civil.-

En otras palabras, si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, el dueño o guardián sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Claro está que como toda obligación, también debe admitirse como excusa el caso fortuito o la fuerza mayor.-

El precepto citado, establece una presunción de responsabilidad objetiva -no de culpabilidad- que recae en el propietario o guardián de la cosa riesgosa que ocasiona el perjuicio.-

El sistema instituido, impone al damnificado la carga de demostrar la intervención de la cosa en la producción del daño, mientras que al requerido le exige la clara acreditación -demostración, verificación, prueba, evidencia- de algún hecho o circunstancia que lo exima o exonere de la responsabilidad objetivamente atribuida.-

IV. b. Habiendo admitido su participación en el evento perjudicial, la actividad probatoria de la parte accionada, debió dirigirse en el sentido señalado para acreditar una causal de eximición total o parcial, lo que en el sub lite, y conforme se demuestra en el voto precedente, no ha ocurrido.-

Esta es la postura doctrinaria que sostuve, y sigo sosteniendo, en reiterados pronunciamientos, (cf.: C1ªCC Córdoba, en Sentencia del 7 agosto de 1.990, "Gallopá, Oscar A. c. Naumic, Pedro", La Ley Córdoba, T. 1.991, pág. 226; "Bazán, Clemente c/. Héctor J. Ninci - Ordinario", Sentencia n° 61, 26/5/92, "Roletor de Branca, Elsa y otros c/. Rubén Francisco Durando y otros", Sentencia n° 172 dictada el 17 de marzo de 1.994, publicada en Semanario Jurídico n° 986 del 26 de mayo de 1.994, pág. 576; Sentencia n° 22 del 10/3/92, "Cardozo, Orlando c/. Carlos Alberto Biasoni - Ordinario" que puede consultarse La Ley Córdoba, T. 1.992, pág. 1.011 y "Danessa, Irma M. c/ Ruggieri, Rubén y otro - Ordinario", Sentencia n° 28 de fecha siete de mayo del dos mil uno, entre otras). En idéntico sentido y en decisión reiterada: CSJN, 19-XII-2000, en "Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa) y/o Francisco José Guzmán y/o titular del camión Mercedes Benz dominio C 577.007 s/ daños y perjuicios".-

V. De la atribución objetiva de responsabilidad, sólo puede liberarse el propietario o guardián con esa demostración, siendo escaso, a tal propósito, la oposición de presunciones.-

"¿Por qué es importante la responsabilidad objetiva? Por varias razones. Antes que todo, porque aligera la carga probatoria, y hace más sencillo obtener una sentencia de condena, y probar es vencer, pues el drama del abogado es que o prueba, o sucumbe. La responsabilidad objetiva ahorra todo un cortejo probatorio muy complicado, y permite presentar sencillamente a un juez la demostración del hecho dañoso y de la relación de causalidad jurídica, a nivel de autoría, que sólo puede ser destruida por el sindicado como responsable si prueba que la causa del daño es otra: que lo es la propia víctima, o un tercero, o el hecho de la naturaleza o del príncipe que denominamos caso fortuito.", (cf.: Atilio Aníbal Alterini, "Los factores objetivos de la responsabilidad civil en Responsabilidad Civil. Presupuestos", de autores varios, pág. 281, Ed. Advocatus, Córdoba, 1.997).-

Así planteadas las cosas, evidentemente la cuestión a dirimir se centra en dilucidar si se ha comprobado el nexo adecuado de causalidad entre la participación del rodado de la accionada con el perjuicio ocasionado a la parte actora o, si por el contrario, tal nexo se presenta fracturado.-

Es, en suma, el hecho de la cosa que puede ser considerada riesgosa.-

"Debe recordarse que el art. 1113 consagra dos regímenes diferentes: el de los daños que se producen con las cosas, y el de los daños causados por la intervención relativamente autónoma y activa de las cosas. El primer supuesto queda emplazado en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpa o dolo; en cambio en la otra hipótesis -daños producidos por las cosas- son supuestos de responsabilidad objetiva. Debemos aclarar que todo daño, aun cuando en apariencia se produzca por la acción independiente de la cosa, siempre la conducta humana está presente. Es el hombre quien fabrica cosas que presentan vicios, quien no

las conserva adecuadamente, quien las sitúa en el lugar del daño, generando un riesgo, etcétera. En consecuencia, toda situación dañosa es producida por el hombre; algunas veces en vinculación causal directa con el hecho propio y otras indirectamente, a través de la interferencia de las cosas. Situar adecuadamente cuándo el daño es producido por el hecho propio o por la cosa resulta de singular importancia, habida cuenta de las distintas consecuencias que se siguen de ambos regímenes -subjetivo u objetivo-, fundamentalmente vinculadas con los eximentes de responsabilidad y la carga probatoria. En el primer caso, el deudor se libera de responsabilidad con la prueba del actuar diligente (no culpa), mientras que en el segundo supuesto se debe probar la ruptura del nexo causal (culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor) ... Cuando las cosas son un simple instrumento del hombre, y responden a su voluntad cumpliendo un papel secundario y de escasa incidencia en el daño, estamos en presencia de un hecho personal. En estos casos, el actuar humano tiene en sí mismo aptitud suficiente para producir, de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas, el resultado dañoso ... Daños causados por las cosas: riesgo y vicio. Se trata de daños causados por la intervención autónoma de las cosas, que desborden la actividad del hombre y el control material que él mismo ejerce sobre ellas. Si bien, como dijimos, la conducta humana está presente, aquí el daño se encuentra en relación de causalidad directa con la cosa: el accionar humano queda en segundo plano y es absorbido por la presencia de la cosa ... La contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por naturaleza, en tanto y en cuanto, por las especiales circunstancias del caso dado, sea apta o idónea para llegar a ocasionar el perjuicio y pueda tener efectiva incidencia causal en su producción. Se trata en verdad de un problema de relación de causalidad ... En estos casos la norma establece una imputación objetiva de responsabilidad, por lo cual la víctima no tiene necesidad de probar la culpa del dueño o guardián, facilitando de este modo el acceso a la reparación. La ley se ocupa de dos supuestos: el riesgo y el vicio de la cosa, que, si bien conceptualmente responden a hipótesis distintas, tienen efectos jurídicamente similares. Siendo el vicio un defecto de la cosa que la torna impropia para su destino, la presencia de ese vicio implica de por sí un riesgo. En ambos casos, hay una imputación objetiva de responsabilidad, por lo cual carece de sentido su tratamiento en forma independiente. En la realidad jurisprudencial, la mayoría de los supuestos de daños con las cosas se encuadra en el marco de la responsabilidad por las cosas ... En los casos de daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, por tratarse de un régimen objetivo, se prescinde de toda calificación de conducta, existiendo una presunción de responsabilidad en contra del dueño o guardián de la cosa. La víctima del hecho dañoso sólo debe probar el daño, la intervención de la cosa y la relación causal entre ella y el daño. Para liberarse de responsabilidad, el dueño o guardián debe acreditar el rompimiento del nexo causal, es decir, la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder. También puede alegar el caso fortuito, incluido como eximente en la doctrina y la jurisprudencia.", (cf.: Gherzi, Carlos Alberto, "Teoría general de la reparación de daños", pág. 145 y siguientes, Ed. Astrea, Bs. As., 1.997).-

VI. Sobre el punto, y a los fines de establecer los efectos del nexo adecuado de causalidad, tuve oportunidad de decir:

"En doctrina se denomina prognosis póstuma (pronóstico objetivo-retrospectivo) al procedimiento consistente en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes.-

Para establecer su mecánica es necesario un juicio de idoneidad o adecuación que debe reunir las siguientes características:

- a) ha de plantearse hacia el pasado, retrocediendo el intérprete al momento del hecho,
- b) el cálculo de probabilidades tiene que ser formulado en abstracto, atendiendo a que usualmente ocurre y no en concreto, es decir, cómo se han producido realmente los hechos,
- c) tiene que existir pluralidad de casos, porque de no ser así no respondería a un criterio de experiencia.-

Von Kries distingue dos clases de conocimientos, el saber ontológico que responde a los factores reales existentes al tiempo de cometerse la acción y el saber gnomológico referido a la comprensión de los cursos naturales que rigen la producción de los fenómenos naturales. De este modo la especial versación del sujeto puede agravar su responsabilidad por las consecuencias de los hechos. Vale decir, el mayor caudal de conocimientos acentúa el deber de previsión del agente como así también su responsabilidad. A esta línea conceptual responden los arts. 902 y 909 in fine tomados del viejo Landrecht prusiano que por su latitud superan en esta materia a muchos ordenamientos modernos ... Borda expresa que las repercusiones directas, indirectas, y casuales de un hecho suelen ser infinitas. Ocurre lo mismo que con la caída de una piedra en el agua: las ondas se van extendiendo más y más, hasta perderse casi en el infinito. Cossio proporciona una explicación desde la óptica afirmando que el jurista corta la serie causal cuando esta comprensión está lograda; y se alarga en la consideración de ella mientras no obtenga una que lo satisfaga ..., (cf.: Isidoro Goldenberg, La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil en "Responsabilidad Civil - Presupuestos" de autores varios, pág. 114, Ed. Advocatus, Córdoba, 1.997)", (cf. mi voto en autos

"Galdeano, Enrique S. c/. Gobierno de la Provincia de Córdoba - Daños y perjuicios", Sentencia nº 52 del 16 de mayo de 1.998, Sem. Jur. Tº 79 - 1998 - B - 97).-

Con el objeto de ponderar acertadamente el elemento de la responsabilidad civil que venimos desarrollando, vale la pena citar algunos antecedentes jurisprudenciales.-

Así, por ejemplo:

A partir de la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 respecto a la relación de causalidad como elemento y presupuesto del acto ilícito, dable es advertir la consagración expresa del criterio valorativo de la causalidad adecuada (art. 906, Cód. Civ.) por la que se entiende todo aquello que según el curso ordinario de la vida y la experiencia puede ocasionar un daño. Su determinación es cuestión circunstancial y de hecho reservada a los tribunales de mérito., (S. T. J. de Entre Ríos, sala Civ. y Com., Hábitat S. A. c/. Riestra, José María (L. A. y S. 1986, F. 419).-

Si frente a una relación de causalidad adecuada acreditada por el actor el demandado alegó la concurrencia de otra causa que habría incidido en la producción de los daños, le incumbía la prueba de su existencia. Ello así pues la prueba incumbe a quien quiere innovar la situación de su adversario. La frustración de ese objetivo hace que el accionado deba soportar sus consecuencias al mantenerse inalterada la relación causal puesta en evidencia por los actores. Aun admitida la existencia de una segunda causa que habría incidido en la provocación de los daños, al haber influido ésta de un modo mínimo o accesorio, el nexo causal no se ha modificado., (Cám. Apel. Civ. y Com. de Paraná, sala 1ª, Viscay, Ana M. c/. Sanabria, Francisco (30-9-94).-

La relación causal es el elemento del acto ilícito civil que permite vincular el daño con el hecho imputado; sea en forma directa o indirectamente como en el caso de la especie. En el campo de la responsabilidad civil, cumple la esencial función de permitirnos -con aceptable rigor científico- determinar a quién cabe atribuir el resultado dañoso excluido por la litis, y para calibrar la extensión del resarcimiento. Para la demostración del nexo causal son válidos todos los medios de prueba, incluidas las presunciones basadas en indicios graves y concordantes como los ya examinados., (Cám. Apel. de Concordia, sala Civ. y Com., BDPJER, sum. 6000259, Gil, José c/. Club Santa María de Oro (7-6-93).-

A tenor de lo que dispone el artículo 906 del Cód. Civil -texto según ley 17.711-, nuestra ley adscribe al llamado principio de causalidad adecuada, según el cual es preciso determinar si la ocurrencia del daño es de esperar en el curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario queda fuera de ese posible cálculo. Y para establecer una auténtica relación causal, es menester efectuar un análisis ex post facto y determinar si la consecuencia podría ser prevista por una persona diligente. En suma, debe responderse al interrogante de si la acción que se juzga, era per se apta para provocar, normalmente, esa consecuencia., (Cám. Apel. Civ. y Com. de Paraná, sala 2ª, Herrera c/. Sup. Gobierno de la Prov. de Entre Ríos (30-3-94).-

La aplicación de la teoría de la causalidad adecuada está condicionada a que todas las etapas del denominado iter causal sean también adecuadas, pues no basta establecer que la acción era, en general, idónea para producir el daño, sino que es necesario que las circunstancias intermedias hayan sucedido también normalmente, sin la intervención de factores anómalos o extraordinarios. Es, precisamente, la presencia de factores extraños la que genera la fractura del nexo causal, aunque pudiera haberse constituido el hecho en una conditio sine qua non del daño. O sea, que para que pueda afirmarse que el daño fue causado por el accidente, debe probarse que el resultado, regularmente, no se habría producido de no mediar el mismo., (Cám. Apel. Civ. y Com. de Paraná, sala 2ª, Caffé, Graciela Noemí y otro c/. Enrique, Jorge Alberto (25-10-91).

La eventual existencia de una concausa debe ser probada por quien pretende eximirse de responsabilidad., (Cám. Apel. Civ. y Com. de Paraná, sala 2ª, Ramírez, Roberto Oscar c/. Ramírez, Armando, Daniel (19-3-93), (cf.: R. D. P., T. II., Ed. Rubinzal-Culzoni)", (cf.: mi voto en "Bertoa de Bonetto, Sara Esther y otra c/. María Margot Capobinaco de Zanutin - Ordinario", Sentencia dictada el veinte de mayo de mil novecientos noventa y nueve).-

... la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor, (cf.: CS, diciembre 12-989, Ortiz, Eduardo A. c/. Empresa Ferrocarriles Argentinos, La Ley 1.990-C-626).-

VII. A partir de lo expuesto, y en lo aquí se refiere al codemandado Bauk, evidentemente la presencia de un equino muerto sobre la carpeta asfáltica, no sirve como excusa absolutoria del conductor de un automóvil que transita a una velocidad superior a la permitida.-

La existencia de ese obstáculo, ubicada sobre el pavimento en uno de los carriles de la ruta concesionada, aunque el motivo de encontrarse en el lugar puede no determinarse, no merece ser considerada como un hecho imprevisible o imposible de prevenir.-

Lo que atañe a la tarea de remoción y limpieza del lugar para su adecuada utilización, que en principio es cargo de la concesionaria por intermedio del sistema de control y mantenimiento, lo veremos más adelante.- Es así, que la circunstancia apuntada, en tales condiciones, no resulta extraordinaria, imprevista e inevitable.- Por todo lo expuesto, y en ausencia de la demostración de la existencia de una eximente, no dudo en determinar la responsabilidad del codemandado en la producción del evento dañoso, de cuyas consecuencias deberá responder en la medida en que las invocadas guarden adecuada relación de causalidad, (arts. 501, 901, 903, 904, 906, 1.113 y conc. del Código Civil).-

VIII. Me ocuparé ahora, de fijar la situación de la codemandada concesionaria del peaje.-

Lo haré, valiéndome de doctrina y jurisprudencia nacional para establecer mi postura frente a este caso de responsabilidad civil.-

IX. La Sala en lo Civil y Comercial del Excmo. Tribunal Superior de Justicia de esta Provincia, con voto del Dr. Adán Luis Ferrer al que adhirieron los Dres. Domingo Juan Sesín y Berta Kaller Orchansky, tuvo ocasión de pronunciarse en la causa "Hernández, Emilio Carlos c/. Red Vial Centro S. A. - Ordinario - Recurso de Casación (H - 5/99)", Sentencia n° 31 del 10 de abril del 2.001.-

Este pronunciamiento, entre otras cosas, es de relevancia por haber sido dictado en ejercicio de la función unificadora de jurisprudencia que la ley ha encomendado al más Alto Cuerpo de Justicia provincial. Tal circunstancia, debe ser especialmente ponderada por los tribunales inferiores al momento de sentenciar.-

IX. a. Con tal motivo, se dijo:

"... V. Naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario - Planteo del tema:

Respetando el orden fijado, adelanto no compartir el temperamento sustentado por la Cámara a-quo, en cuanto considera que el acceso de un automotor a la ruta concesionada, mediante el pago del correspondiente peaje, genera entre el usuario y la empresa vial una relación de génesis contractual de derecho privado, extraña a la que, ab initio, se entablara con anterioridad entre aquélla y el Estado.-

Abogados a la tarea de brindar sustento válido a tal conclusión, no puede dejar de reconocerse que el tratamiento del punto sub-examen no sólo divide a la jurisprudencia -tal como evidencian los fallos arrimados en confrontación-, sino también a la doctrina, siendo factible formular, en términos genéricos, una primera distinción entre quienes avalan la tesis contractualista propugnada por el Mérito y quienes asignan a aquella vinculación esencia tributaria. A su vez, sendas líneas de pensamiento admiten en su seno algunos enfoques disidentes.-

Por cierto que no es mi intención profundizar en la reseña de todos los criterios expuestos en la materia, máxime tomando en consideración que, en principio, será la concepción genérica con que se califique a la relación -contrato o tributo- la que determine sus efectos jurídicos, sin que en ello llegue necesariamente a incidir la adscripción a una u otra variante particular de opinión. Me limitaré, entonces, a poner de resalto que la heterogeneidad de perspectivas dentro de una misma tendencia se debe al enfoque amplio o restringido con que se analice el punto, incluyendo o excluyendo la valoración del contrato de concesión, como elemento de eventual incidencia a la hora de indagar la naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario.-

En lo que aquí interesa, resulta de provecho reparar en que los adherentes al criterio contractualista discrepan a la hora de señalar cuál es el "contrato" del que emanan las obligaciones asumidas por el ente vial frente al usuario y cuya inobservancia generaría su consecuente responsabilidad por incumplimiento.-

Así, según el esquema expuesto por Juan C. Boragina y Jorge A. Meza ("Responsabilidad Civil de las Empresas Concesionarias de Peaje en relación a los daños padecidos por el usuario", J.A. 1997-IV, págs. 858 y ss.), algunos autores, desplazando su visión hacia el contrato administrativo de concesión, vislumbran en él una especie de "estipulación en favor de terceros" en la cual el usuario sería el beneficiario de la convención concertada entre estipulante (Estado) y promitente (concesionario). En base a tal disquisición, limitan la eventual responsabilidad contractual de la empresa frente al usuario, al incumplimiento de los deberes expresamente asumidos con la Administración.-

Otros descartan esa conexión, distinguiendo entre la naturaleza jurídica de la relación que une al concesionario con la Administración (de derecho público) y la que se traba entre aquél y el usuario (de derecho privado). Circunscribiendo el objeto de análisis a esta última, afirman que de ella emana, además de una obligación típica (habilitar al usuario el tránsito por el corredor), un deber genérico "de seguridad", por los daños que éste pudiera sufrir durante la circulación vehicular a través del trayecto concesionado.-

La reseña que precede evidencia que el motivo determinante de las discrepancias finca no tanto en la visión administrativista o civilista con que se encare el estudio de la problemática sub-examen sino, más precisamente, en la inteligencia que se propicie respecto de la posibilidad de establecer una suerte de divorcio entre las relaciones concesionario-Estado y concesionario-usuario, a punto tal que ello autorice a ensayar la calificación jurídica de ésta con absoluta abstracción de aquélla.-

A mi juicio, la mentada disección aparece francamente insostenible, puesto que soslaya una premisa elemental que debe guiar la reflexión: la relación concesionario-usuario presupone, necesariamente, la existencia de una anterior (entre la empresa y el Estado), en virtud de la cual aquél haya adquirido la calidad de tal.-

Esa correspondencia autoriza a afirmar que, prima facie, las cláusulas contenidas en el contrato de concesión suscripto entre el ente vial y la Administración, al igual que las normas legales y reglamentarias que determinan los deberes que pesan sobre la primera a partir del momento en que asume voluntariamente la categoría de "prestataria" de un servicio público, la colocan, frente a todo sujeto de derecho, en una "situación jurídica" única e inescindible, de sujeción especial, sin perjuicio de que, durante el desarrollo de la actividad que le es inherente y/o en ocasión de ella, pueda llegar a contraer nuevas obligaciones en relación a terceros (emergentes de vínculos de origen contractual o extra-contractual) que trasciendan a las fijadas en el instrumento primigenio.-

En esta inteligencia, cabe deducir que la viabilidad de la tesis que propugna el nacimiento de un "contrato" independiente entre el oblante del peaje y el concesionario, se halla condicionada a que ese "pago" sea susceptible de generar un vínculo obligacional entre la prestataria y el usuario que, aunque de contenido igual al contrato celebrado por aquella con la Administración, se visualice como relación jurídica distinta y particular.-

En la tarea de verificar si, efectivamente, existe o no esa relación jurídico-sustancial de esencia contractual, corresponde remontar el análisis de las conductas observadas por cada uno de sujetos del presunto vínculo negocial, al momento de su cristalización.-

V. a) La respuesta, a partir de la naturaleza jurídica del "peaje": Peaje: ¿precio o tributo?.-

Quienes propugnan la autonomía, intentan justificar su posición aseverando que el peaje no es un tributo sino un precio que abona el usuario como "contraprestación" por el servicio que la concesionaria debe cumplir (cf. Rodrigo Padilla y Esteban J. Arias Cau, "La responsabilidad del concesionario y del Estado frente a las Privatizaciones", L.L. 1997-F, págs. 1423 y ss.; Boragina y Meza, op. cit., pág. 861, y demás autores citados en nota 7).-

Enancados en la idea de que las recíprocas prestaciones (precio-servicio) justifica trasuntar la existencia de un contrato, hay quienes complementan su criterio sobre la naturaleza iusprivatista de la relación considerándola una típica "relación de consumo", atrapada por las previsiones de los arts. 1 y 2 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor (Weingarten-Gherzi, "Contrato de Peaje", Ed. Universidad, Bs. As., 2000, págs. 41 y sgtes.; siguiendo esta tesitura, C.S.J.N., voto en disidencia del Dr. Adolfo R. Vázquez en fallo de fecha 07.3.2000 en "Colavita, Salvador y otro c/ Provincia de Buenos Aires y otros", publicado en Doctrina Judicial, Año XVI, N° 28, 08.6.2000).-

En sentido opuesto, quienes rebaten aquella calificación sostienen que el peaje ostenta los caracteres de un tributo, sea que se lo catalogue como contribución especial o tasa (entre otros, Gonzalo López De Carril, "Animales sueltos en rutas y responsabilidad civil", L.L. 1996-A, págs. 1329 y ss.; Rodolfo Carlos Barra, "Contrato de Obra Pública", Ed. Abaco, t. 1, pág. 296; Sergio M. Muzi, "Responsabilidad del concesionario de rutas por peaje frente a un accidente provocado por un animal suelto", L.L.Cba. 1992, págs. 597 y ss.; C.Fed Sala A Cba., Sent. 242 del 20.12.95, in re "Costa de Lasala, Stella Maris y otro c/ D.N.V. y otra - Sumario", S.J. N° 1091 del 30.5.96, págs. 601 y ss.), pues se halla impuesto por la Administración, en ejercicio de su "poder" tributario (entendido como la facultad de dictar la norma de creación del tributo), aunque la "competencia" tributaria (facultad de percibirlo) haya sido delegada al concesionario, que opera así como mero agente recaudador (cf. Patricia Pilar Venegas y María Fabiana Compiani, "Responsabilidad por los daños generados por el mal estado de conservación de los corredores viales", L.L. 1992-E, págs. 1208 y ss.).-

El Máximo Tribunal de la Nación, por su parte, se enrola en la tesis tributarista, tal como se desprende de las consideraciones vertidas en el conocido caso "Estado Nacional c/ Arenera el Libertador" (C.S.J.N., junio 18-1991, Fallos: 314:595, L.L. 1991-D, págs. 398 y ss., anotado por Gregorio Badeni).-

Sobre el particular, expresó: "Para caber dentro de la Constitución Nacional, el pago de peaje debe constituir una de las contribuciones a que se refiere el art. 4° -C.N.- ...", agregando "que el peaje es para el usuario una contribución vinculada al cumplimiento de actividades estatales ... Para el concesionario constituirá un medio de remuneración de sus servicios. De este modo, en los hechos, puede concluir el peaje por ser sustancialmente similar al precio pagado por un servicio, lo que no debe inducir por ello al error de considerarlo desde un punto de vista meramente contractual ...".-

Por mi parte, considero que sería estéril abundar en mayores disquisiciones sobre el particular, por cuanto, a mi juicio, la subsunción del peaje dentro de alguna de las categorías jurídicas antes señaladas no aporta un

dato de trascendencia dirimente a los fines de determinar si existe o no vinculación contractual autónoma entre el concesionario y el usuario.-

En sentido coincidente, algún sector de la doctrina ha señalado la irrelevancia del punto para conducir a una reformulación de sus respectivas posturas, sea que atribuyan responsabilidad al concesionario (Jorge Aita Tagle, "Peaje y animales sueltos. Responsabilidad del Estado y del concesionario", L.L.Cba. 1994, págs. 1 y ss.) o que lo exoneren de ella (Juan C. Poclava Lafuente, "Accidentes causados por animales en rutas otorgadas en concesión", L.L. 1995-D-336, en nota al ya citado fallo "Carnelli c/ Nuevas Rutas S.A.")-.

Ocurre que la dicotomía "precio vs. tributo" presupone una parcialización indebida del análisis, ya que tiende a esclarecer la naturaleza jurídica de la erogación impuesta a los automovilistas como condición para acceder al tramo afectado al régimen de peaje que, al decir de los contractualistas, vendría a constituir la "prestación" a cargo del particular.-

Si el objetivo que perseguimos es desentrañar la naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario, en virtud de la cual éste adquiriría un derecho a exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones a su cargo, no se atisba pertinente reducir el análisis a la "prestación" ya cumplida por quien, en el caso, se erige en sujeto activo de la pretensión ni, menos aún, desplazar, en su exclusivo mérito, el tratamiento jurídico de la relación al ámbito del derecho privado.-

A mayor abundamiento, existe otro argumento que torna aún más evidente la inconducencia de las disquisiciones sobre el punto.-

Piénsese que, siempre dentro del tramo sujeto a concesión, la colisión con un animal suelto bien podría involucrar a un usuario que no ha "pagado" el peaje (sea porque ha transpuesto las cabinas de cobro por el carril selectivo o liberado, porque transitaba entre dos localidades comunicadas por esa ruta, sin que en ese recorrido medie estación alguna, o por cualquier otro motivo).-

Planteada esta hipótesis, cabe preguntarse si sería ajustado a derecho concluir que, frente a idénticos supuestos de hecho, puedan llegar a surgir responsabilidades "diferenciales" del concesionario vial: contractual, frente a quien acredite haber "oblado" el peaje, y extra-contractual respecto de quien, por una cuestión secundaria, ajena a su voluntad, no ha tenido oportunidad de hacerlo.-

En mi óptica, se impone la respuesta negativa.-

De aceptarse tal posibilidad, estaríamos consintiendo un trato evidentemente discriminatorio (en violación al principio axil de igualdad ante la ley; art. 16, C. N.), sin correlato en norma jurídica alguna que habilite la distinción.-

Con lo expresado hasta aquí, queda descartado que el pago del canon constituya "per se" un hecho demostrativo de la existencia de un "contrato" entre concesionario y usuario y, por ende, que su consumación produzca "ipso facto" el nacimiento de obligaciones especiales en cabeza del ente vial.-

Por lo demás, si el pago del peaje (señalado como la "prestación" a cargo del usuario) no tiene esa virtualidad, menos aún cabría reconocérsela -por razones de elemental lógica- al simple hecho de acceder materialmente al camino, ruta o autopista tarifada, puesto que, en tal hipótesis, se desdibuja totalmente el remanido sinalagma, al no verificarse en la relación los caracteres que le atribuyen los contractualistas ("consensual, bilateral, oneroso ...", según Padilla y Arias Cau, op. cit., pág. 1426).-

V. b) La respuesta, en atención a la fuente de las obligaciones de la concesionaria:

Las conclusiones a que arribáramos en el párrafo precedente imponen tomar, como ineludible punto de partida para el estudio del tema, la situación jurídica del sujeto que integra el polo "pasivo" de la relación y, con mayor minuciosidad, la extensión y límites de las obligaciones que pesan sobre la concesionaria vial, cuyo incumplimiento, en caso de revelarse generador de un perjuicio efectivo al usuario, legitimaría su reclamo por resarcimiento de los daños padecidos como consecuencia directa de aquél.-

En una primera aproximación al tópico y con criterio de estricta justicia distributiva, está fuera de toda discusión que, sea el peaje un tributo o un "precio", quien -habiéndolo pagado o no- accede a un corredor vial sujeto al régimen de concesión con legítimas expectativas de gozar de todos los servicios que la concesionaria está constreñida a prestarle, se halla investido del correlativo derecho a ser resarcido por los perjuicios que su incumplimiento pueda ocasionarle (en particular, la responsabilidad civil genérica por perjuicios o daños ocasionados a personas o cosas está expresamente contemplado en el art. 15 del Pliego de Condiciones Generales).-

Sin embargo, no es menos cierto que el detalle y contenido de las prestaciones comprometidas (conservar y mantener la ruta en condiciones de transitabilidad, tomar medidas para la seguridad de la circulación, cumplir con una adecuada señalización, brindar medios de comunicación telefónica, etc.) no pueden, razonablemente,

ser entendidas en exceso de las asumidas por el prestador en forma expresa al suscribir el contrato de concesión, complementadas con las que legal o reglamentariamente le impone la Administración.- Esta afirmación se ve reforzada por la difusión y publicidad del bloque normativo que brinda marco jurídico a la actividad, que permite a todo ciudadano adquirir pleno y cabal conocimiento de las condiciones en que fuera llevada a cabo la contratación administrativa y las obligaciones impuestas a la prestataria. Por vía de consecuencia, esa comunicación le permite calibrar los derechos que eventualmente podrían asistirle, en caso de hacer uso del servicio.-

De otro costado, es lógico suponer que el concesionario, previo a adquirir esa categoría por la vía contractual, ha tenido a la vista el catálogo de deberes que se ciernen sobre ella, asumiéndolos concientemente, siempre en el contexto de la autonomía de la voluntad. Ello -claro está- sin perjuicio de que, por aplicación de principios de rango superior y atento que los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195, Cód. Civil), no serían invocables las cláusulas exonerativas de responsabilidad en el terreno extracontractual.-

De sostenerse lo contrario, quedaría, sin lugar a dudas, gravemente comprometida la garantía de la seguridad jurídica -tanto del ente vial como de todos los involucrados-, cuyo resguardo impone no alterar las pautas (contractuales o de derecho común) que condicionan el desenvolvimiento de las conductas en el plano del obrar lícito.-

Creo oportuno resaltar que las elaboraciones doctrinarias relacionadas con la temática sub-examen (sobre todo, las que propugnan responsabilizar a las empresas viales por un alegado "deber de seguridad" de resultado, partiendo de presunciones que no surgen de precepto alguno) soslayan -en su inmensa mayoría- la consideración de la "seguridad jurídica", como garantía de estabilidad de las relaciones.-

Señálase que las opiniones vertidas con preterición de esa pauta directriz, se asientan sobre postulados imbuidos de una fuerte carga de subjetivismo, en detrimento de los elementos fácticos y jurídicos que deben presidir el pensamiento.-

Así, se ha sostenido que, de no compartirse la solución condenatoria amplia, " ... las concesionarias de peaje cumplirían la misión de los "publicanos" del Imperio Romano, ... con la diferencia de que en aquellos tiempos se pagaba un porcentaje, o bien los recaudadores tributaban a su vez al concedente el precio de la sinecura, mientras que aquí hay que subsidiarlos (Juan Guido Pittaro, "Responsabilidad de las concesionarias de rutas sometidas al régimen del peaje", S.J. N° 1250 del 2.7.99, pág. 94/95, en nota al fallo en crisis).-

Siguiendo esa tónica, el Dr. Mariano Arbonés ha expresado que "si el sistema de peaje para la explotación de rutas -que ya fueron varias veces amortizadas por el pago de los impuestos o gravámenes pertinentes- se ha instituido como forma de mejorar el sistema de circulación por ellas, ... por ende no puede sostenerse válidamente que los concesionarios tengan sólo el "derecho" de cobrar por pintar una línea blanca o tapar algunos baches. El servicio de seguridad vá más allá ..." ("Peaje. Opiniones encontradas y algunas reflexiones sobre el sentido de las privatizaciones de servicios públicos", S.J. N° 1145 del 12.6.97, págs. 651 y ss., en nota al fallo "Ciarroca ...").-

En la misma oportunidad, el citado jurista añadió, entre otras apreciaciones, que hay un desconcepto de lo que significa la privatización de servicios públicos y que el Estado no puede consagrar legislativamente la impunidad de las empresas de peaje, aseveraciones éstas que sugieren, a contrario sensu, el siguiente interrogante: ¿podría el Estado consagrar judicialmente responsabilidades "contractuales" que nunca fueron asumidas ...?. De más está decir que no.-

Como es fácil advertir, aún reconociendo la certeza de algunas de sus reflexiones -más emparentadas con una sentida expresión de deseo que con una verdad jurídica inobjetable-, ninguna de estas vertientes alcanzan a sustentar, con argumentos valederos, la autonomía del "contrato" que se indica como la causa-fuente de la responsabilidad amplia endilga a las concesionarias.-

Y parece obvio que no sería atendible fundar su atribución en base a una hipotética "desproporción" entre los beneficios económicos que le reporta el cobro del canon y el monto de la inversión a amortizar, desde que debemos suponer que el análisis de la debida "proporción" ha sido estudiado oportunamente por la Administración, previo a celebrar el contrato de concesión.-

Si la realidad muestra que la ecuación económico-financiera entre inversión comprometida y réditos obtenidos es excesiva o irrazonablemente beneficiosa para el concesionario, tendremos que asumir, con profundo pesar, que el poder negociador del Estado, en defensa de los intereses de la comunidad en su conjunto, ha sido deficiente.-

Pero la desazón no debe impulsarnos al desatino de propiciar, por vía interpretativa o jurisprudencial, una revisión de los parámetros convenidos (a manera de salomónica compensación ex-post), erigiendo en motivo suficiente para ello el sentimiento de injusticia o inequidad que el sistema provoque en los administrados. Menos aún, alentarnos a pergeñar (como se hace en los ensayos que postulan la responsabilidad fundada en

un supuesto deber de "seguridad de resultado") una figura contractual inexistente o -en el mejor de los casos- a forzar y trastocar la recta hermenéutica de los compromisos oportunamente asumidos por el ente.-

Como corolario de todo lo expuesto, nos encontramos en condiciones de concluir que, cualquiera sea el polo desde el cual se analice el tema, la relación concesionario-usuario no ostenta caracteres distintivos de un vínculo negocial de derecho privado, ni posee un objeto propio, escindible del que fuera constitutivo de la relación contractual primigenia (de derecho administrativo) entre aquél y el Estado concedente.-

Y si las únicas obligaciones exigibles al ente son las establecidas en el contrato (que incluyen las fijadas por las normas complementarias), las únicas transgresiones pasibles de configurar un "incumplimiento contractual" se circunscriben a las que versen sobre la inobservancia de aquéllas.-

VI. Carácter de la Responsabilidad del concesionario frente al usuario:

Como ya lo adelantara, el ingreso de los particulares a los corredores viales no tiene virtualidad alguna para dar origen a una nueva y autónoma vinculación de índole contractual de éstos con la empresa prestataria del servicio, pues ese hecho sólo determina el nacimiento de una relación que, si bien puede llegar a adquirir relevancia jurídica, restaría vacía de contenido si se la intenta concebir con prescindencia del contrato de concesión y su entorno reglamentario.-

Al respecto, se ha expuesto que "las relaciones entre concesionario y usuario están sujetas a lo establecido en el contrato celebrado entre aquél y la Administración y en el reglamento. El usuario no participa en su elaboración, sino que debe acatarlo o, eventualmente invocarlo. Dicho reglamento constituye la "base reglamentaria" que regula la relación entre usuario y concesionario ..." (Manuel Sarmiento Güemes, "Concesiones viales. Relaciones jurídicas", L.L.1995-C, págs. 1165/1166).-

Por vía de consecuencia y dado que el usuario no es "parte" suscriptora de aquel contrato, pareciera lógico deducir -como lo hace el autor citado- que el vínculo generador de una eventual responsabilidad de la empresa, frente a él, sólo puede tener origen "extracontractual" dado que, como enseñaba la doctrina tradicional, "no hay responsabilidad contractual sin un contrato válido celebrado entre el responsable y la víctima" (Mazeaud - Tunc, "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", Bs. As. 1977, t. I - 1, pág. 153).-

Sin embargo, tal derivación no sería, en el caso, acertada.-

La rigidez de aquella prístina concepción clásica fue siendo atemperada a través de posteriores reformulaciones doctrinarias sobre el punto. En la búsqueda de pautas que revelasen con mayor precisión la distinción entre ambos planos de la responsabilidad civil, vinieron a ampliarse considerablemente el género de relaciones atrapadas en la órbita de lo contractual.-

Con un criterio de máxima flexibilidad, Jorge Bustamante Alsina propuso un nuevo parámetro, en los siguientes términos: "lo que ubica la responsabilidad en el ámbito reglado como contractual o fuera de él en el ámbito extracontractual, delictual o aquiliano, no es la fuente de la obligación violada, sino el carácter de ella. Si el deber preexistente es específico y determinado en relación al objeto de la obligación y al sujeto obligado, cualquiera sea la fuente, la responsabilidad entra en el ámbito contractual. Si el deber es genérico de no dañar e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos de ese deber, la violación queda en el ámbito extracontractual o delictual, que es la regla en materia de responsabilidad ..." ("La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual es de excepción", J.A. 1989-IV, pág. 475).-

Destaco, a modo de aclaración preliminar, la inconveniencia que se atisba en la adopción a ultranza de sus postulados, como criterio rector para formular el distingo, desde que provocaría una apertura desmedida -y, en muchos casos, indeseada- de los límites de la responsabilidad contractual, aplicándola a hipótesis palmariamente ajenas al género. No cabría, pues, atribuir al deudor de una obligación particular responsabilidad contractual frente a terceros con quienes, por su manifiesta ajenidad con la relación negocial voluntariamente concertada con el "acreedor", no tuvo intención alguna de obligarse en tal plano ni pudo, razonablemente, prever que así ocurriese.-

Sin embargo, los aportes de esta tesis no merecen ser subestimados de plano ya que, insuflando un sentido pragmático al deslinde entre los supuestos de responsabilidad, permiten llevarlo a sus justos límites.-

Así, sin abandonar las antiguas enseñanzas en la materia, pero enriqueciéndolas con las modernas perspectivas elucubradas en el tópico, considero que la idea de determinar la naturaleza contractual de la responsabilidad en función del objeto de la obligación y del sujeto obligado se muestra como una alternativa válida, siempre que estos datos se presenten complementados con otro que estimo fundamental: que en la misma fuente de la obligación se halle implícitamente determinado el destinatario (aunque éste no alcance la calidad de "acreedor") o, al menos, se brinden las pautas necesarias para determinarlo, de modo tal que, ab initio, el deudor tenga la posibilidad de identificarlo y prever que, en caso de incumplimiento, estará comprometiendo su responsabilidad contractual frente a aquél.-

En el caso de marras, queda fuera de toda discusión que tanto las obligaciones (emergentes del contrato y de los dispositivos reglamentarios y legales complementarios) como el sujeto obligado (el ente vial) se encuentran específicamente determinados, con independencia de las normas generales que imponen a todo individuo el deber de "abstenerse" de causar daño a otros, expresado en la máxima "alterum non laedere".- En los contratos administrativos, esta extensión de los efectos del contrato a terceros no contratantes no es novedosa ni excepcional, ya que desde siempre se ha asumido que el contrato "puede serle opuesto a ciertos terceros e invocado por éstos" (Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo-Perrot 1970, t. III-A, pág. 334, n° 712), cuando "el objeto o contenido del contrato repercute principal y esencialmente en la esfera jurídica de terceros" (op. cit., pág. 335), tal como ocurre en "la concesión de servicio público, que puede ser invocada por terceros, y la concesión de obra pública, que puede ser opuesta a terceros" (ibíd.).- Como enseña Cassagne, si el Estado posee el poder de crear vínculos obligatorios en forma unilateral a través de un acto administrativo, no hay razón para que no pueda hacerlo a través de una cláusula contractual dirigida a terceros, "... esta cláusula incorporada al contrato, actúa como una especie de acto administrativo de alcance general, sin afectar la unidad del contrato, pues bien puede constituir la contrapartida de las obligaciones del contratante (ej.: el derecho al cobro ejecutivo de la tarifa por el concesionario o al corte del suministro si el usuario incurriera en falta de pago del servicio) o bien, directamente, pactarse cláusulas que confieren derechos a los usuarios (vgr. a reclamar por la calidad e ineficiencia del servicio)" (autor cit., "El Contrato Administrativo", Bs. As. 1998, pág. 64).-

En cuanto a la posibilidad de determinar quiénes serían los "destinatarios" de la prestación comprometida contractualmente por el Ente concesionario frente al Estado, José Roberto Dromi ha puntualizado: "Los sujetos que en principio intervienen en la concesión de servicio público son: el concedente, que es quien otorga la concesión, y el concesionario, que es a quien se le otorga aquélla. Pero hay terceros a quienes pueden alcanzar sus "efectos" y en cuyo beneficio se otorga la concesión: los usuarios". ("Reforma del Estado y Privatizaciones", t. 3 (Contratos), Ed. Astrea, Bs. As. 1991, pág. 63).-

Planteada la situación en esos términos, no cabe duda de que, aún cuando el vínculo negocial se trabe instrumentalmente sólo con el sujeto de derecho público, la suprema finalidad que anida en la esencia misma de la contratación, cual es que los particulares gocen del servicio público cuya prestación fuera afectada al régimen de concesión, informa acerca de quiénes son -o debieran ser- los beneficiarios de las obligaciones comprometidas: los usuarios.-

La empresa que, al suscribir el contrato administrativo, adquiere voluntariamente la calidad de "concesionario", asume libremente todas las implicancias que de ella se derivan y que no escapan a sus posibilidades reales de previsión. Entre ellas, que el cumplimiento o inobservancia de las normas contractuales redundará, necesariamente, en beneficio o detrimento exclusivo de los usuarios.-

Si bien el derecho potencial a acceder a la vía en condiciones de igualdad (art. 16, C. N.) gravita, en forma genérica, indeterminada y difusa sobre cualquier ciudadano que desee ejercerlo, el derecho "efectivo" a gozar del servicio encomendado por el Estado al concesionario se asienta y cristaliza en favor de cada uno de los particulares que, en uso de la prerrogativa de libre tránsito y respetando los lineamientos de la reglamentación respectiva, ingresan o acceden materialmente a la autovía afectada al régimen de concesión.-

El hecho material del "acceso" adquiere relevancia jurídica, al elevar al sujeto -hasta entonces indiferente a la relación de derecho público entablada entre la Administración y el concesionario- a la categoría de "usuario", con todos los derechos y deberes que le son inherentes.-

La actividad comprometida por el Ente concesionario tiene, entonces, un destinatario determinable: los eventuales usuarios. Y frente a ellos, compromete su responsabilidad contractual en caso de incumplimientos o transgresiones con virtualidad para generar un perjuicio en la persona o bienes de quienes, en tal calidad, poseen un interés específico (fundados en normas jurídicas preexistentes que legitiman sus expectativas) en que el prestador sujete su accionar a las previsiones que le fueran impuestas por el contrato de derecho público y las normas complementarias.-

Por lo demás, en el preciso instante en que el particular ingresa al camino se produce "ipso facto" una suerte de adhesión tácita al régimen integral y a toda la estructura normativa preexistente, quedando automáticamente comprendido en él, tanto en orden a las obligaciones impuestas como a los derechos que deben reconocérsele.-

El propio R.E.C.V. (aprobado por Dec. 2039/90, Anexo I, Título Preliminar, Normas Generales) se erige en aval de esta aseveración, al disponer, en forma contundente, que "este Reglamento de Explotación será de obligatoria observancia para el Concedente, el Ente Concesionario, los usuarios de los corredores y para cualquier ente o persona vinculada a las partes o afectada por su conservación y explotación" (art. 2°).-

Como correlato, deviene francamente improponible sostener que la situación jurídica del usuario, de cara al contrato de concesión y a su marco reglamentario, presente visos de ajenidad, pues esa idea se revela manifiestamente incompatible con la propagación imperativa de sus efectos jurídicamente vinculantes hacia ellos -terceros no contratantes-, tal como claramente lo establece el citado art. 2º, R.E.C.V.-

Las consideraciones que anteceden me llevan a la convicción de que la responsabilidad que, frente a los usuarios, arriesga el concesionario al incumplir las obligaciones asumidas (con la Administración) en beneficio de aquéllos, es de naturaleza contractual, carácter que no vendría a esfumarse por la sola circunstancia de no existir un "contrato" especial y distinto entre ellos.-

Con mayor precisión terminológica y en la inteligencia de que la fuente generadora del deber jurídico preexistente no se limitaría a la simple noción del contrato "inter partes", se ha preferido hablar de "responsabilidad obligacional" o por incumplimiento obligacional, eludiendo con ello la estrechez de la expresión "responsabilidad contractual" (cf: Ramón D. Pizarro - Carlos G. Vallespinos, "Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones", t. 2, Ed. Hammurabi, pág. 469).-

En conclusión: cuando el incumplimiento de alguno de los deberes contractuales previamente asumidos por el ente vial produce un daño en perjuicio del usuario, el caso queda atrapado por las reglas que rigen en materia de responsabilidad contractual u obligacional, al menos -claro está-, mientras el perjudicado no pretenda atribuir a la empresa un hecho cuya ilicitud se funde, no ya en una transgresión de tal entidad, sino de las normas de derecho común -delitos o cuasi-delitos- (v.gr.: si se demanda a la concesionaria vial como propietaria de un vehículo involucrado en un accidente, en base al art. 1113, Cód. Civil) pues, en tal caso, la cuestión se desplazaría al ámbito de la responsabilidad extracontractual.

En realidad, las diferencias entre ambos géneros de responsabilidad no son muchas. De ahí la tendencia a la unificación que, hace tiempo, se viene gestando en doctrina, con vocación a una futura reforma legislativa (confr.: "Actas" del "III Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba, 1961, t. II, pág. 778;

"Responsabilidad Civil, Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia", Univ. Nac. de Córdoba, 1981, p. 190, entre muchos otros). Esa tendencia tiene expresión concreta -y estado parlamentario- en el proyecto de reforma al Código Civil unificado con el Código de Comercio elaborado por la Comisión creada mediante decreto n° 685/95, cuyos autores valoran la unificación de los regímenes contractual y extracontractual como uno de los "ejes fundamentales" de la reforma (cf: "Proyecto de Código Civil de la República Argentina", Ed. del Ministerio de Justicia de la Nación, pág. 90), en coincidencia con el Proyecto de Código único de 1987 y los dos proyectos de reformas de 1993.-

Ese sostenido reclamo por la unificación de ambos sistemas, debe necesariamente condicionar la interpretación sistemática del ordenamiento, procurando acortar la distancia que los separa.-

Para algunos, en lo que aquí interesa, la incidencia de la distinción se reduciría, en lo fundamental, al distinto plazo de prescripción y a la extensión del resarcimiento (Roberto A. Vázquez Ferreyra, "La demanda contra los concesionarios de autopistas", Revista de Derecho de Daños n° 1 - Accidentes de Tránsito I, Ed. Rubinza-Culzoni, pág. 164).-

Ahora bien, desde una perspectiva lógica, estimo razonable sostener (de maiore ad minus) que, en el caso que nos ocupa, quien se halla habilitado a reclamar el resarcimiento de los perjuicios -reitero, ocasionados por un incumplimiento- echando mano de las reglas que rigen en materia de responsabilidad "contractual" -que es de excepción-, pudiese hacerlo también por la vía de la responsabilidad "extracontractual" -que es la regla.-

En lo jurídico, no desconozco que el acierto de esa aseveración podría verse resentido por la disposición contenida en el art. 1107, Cód. Civil, en cuanto excluye el incumplimiento de "obligaciones convencionales" de las reglas que rigen las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos (Título 9, Secc. 2ª, Libro II del Código Civil).-

Sin embargo, a mi juicio, la genérica incompatibilidad entre ambos regímenes de responsabilidad cede frente a la particular posición jurídica a la cual queda reducido el usuario damnificado, dentro de la compleja trama de relaciones emergentes del contrato de concesión.-

En efecto, retomando las ideas que encabezaran el acápite, se dejó en claro que los particulares, al no gozar de la categoría de "parte" en el contrato de concesión, vendrían a ser -respecto de éste- simples "terceros", aún cuando su absoluta ajenidad se tornaría francamente insostenible a partir del momento en que, al adquirir la calidad de "usuarios", son compulsivamente alcanzados por los efectos irradiados por el negocio celebrado inter partes (Estado-concesionario).-

Cabe recordar que la doctrina advierte que "... la barrera del art. 1107 sólo priva respecto de las partes ligadas por la relación jurídica que resulta infringida por el hecho dañoso, pero no afecta a los terceros que son ajenos a dicha relación obligacional. Por lo tanto, cualquier tercero lesionado por un acto de culpa practicado en la ejecución de un contrato, puede demandar la reparación según las reglas de la responsabilidad

extracontractual ...", (Jorge J. Llambías, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. III, Ed. Perrot, pág. 562).-

Y aún cuando el usuario no sea un tercero absolutamente "ajeno" a la concesión, no es menos cierto que "a la responsabilidad contractual ha de reservársele vigencia cuando median incumplimientos que ... "encuentran en el contrato una base suficiente, necesaria y única". Pero cuando el incumplimiento excede esa órbita, no hay ya contrato, ... entonces, debe regir en su medida la norma genérica que sanciona a quien, ilegítimamente, daña derechos subjetivos ajenos (Atilio A. Alterini, "Responsabilidad Civil", 3ª. ed., Abeledo-Perrot, pág. 50).-

Las particularidades que informan el caso sub-examen resultan más que evidentes, desde que la posición del usuario, en el marco de la concesión, no engarza perfectamente en ninguna de las categorías subjetivas tradicionales. En efecto, sin ser "parte" del contrato (por no haber tomado intervención en la celebración del acuerdo), se erige en destinatario natural, directo e inmediato de la prestación comprometida por la empresa vial y en principal afectado por su incumplimiento, con lo cual, en forma paralela, se relativiza en extremo su condición de "tercero ajeno".-

Así las cosas y dado que el usuario aparece imperativamente colocado en aquella situación "sui generis", se ha creído justo reconocerle el derecho de prevalerse del régimen de responsabilidad contractual, autorizándolo a deducir su pretensión resarcitoria alegando, como hecho generador del daño padecido, el incumplimiento de una obligación previamente asumida por el Ente, reconocimiento éste basado, fundamentalmente, en la sumisión voluntaria del concesionario a los compromisos pactados y a las implicancias propias de la contratación pública: tener como co-contratante a un sujeto de derecho público y como destinatario del servicio a los particulares que le requieran su prestación.-

Pero ocurre que la voluntad exteriorizada por la empresa vial, siendo hábil para comprometer su propia responsabilidad obligacional frente al usuario, en modo alguno podría adquirir virtualidad para imponer a éste el régimen contractual, como la única vía apta para obtener el resarcimiento de los perjuicios sufridos ni, por extensión, para privarlo de la facultad que le asiste (como "tercero" respecto del contrato), de enderezar su reclamo contra la concesionaria por la vía común y residual de la responsabilidad extracontractual o aquiliana.-

En la tarea de brindar sustento jurídico a la alternativa que aquí propongo, no se me escapa que la doctrina mayoritaria, interpretando el art. 1107 del Cód. Civil, ha señalado que la compatibilidad entre los dos ámbitos de responsabilidad se restringe a los casos de excepción previstos en la misma norma (entre otros: Alterini, ob. cit., págs. 54 y ss.; Pedro N. Cazeaux - Félix A. Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", t. III, Ed. Platense, 1970, págs. 35 y ss.; Llambías, ob. cit., págs. 564 y ss.; José De Aguiar Dias, "Tratado de la Responsabilidad Civil", t. I, Ed. José M. Cajica Jr. S.A., México-Lima-Buenos Aires, 1957, págs. 237/238), por lo que, en principio, la víctima sólo podría optar entre uno u otro régimen de responsabilidad cuando, mediando una obligación contractual, su incumplimiento degenera en un delito de derecho criminal.-

Sin perjuicio de ello, en mi opinión, existen otras hipótesis de incumplimiento contractual que, aún sin configurar un ilícito penal, ameritan de igual modo atemperar la rigidez del precepto sub-comentario y habilitar la opción en favor del damnificado.-

En este sentido, cuadra destacar que "en algunos casos, se ha resuelto que el damnificado puede optar entre la acción indemnizatoria nacida de la violación de las obligaciones contractuales o la correspondiente a los hechos ilícitos. Así, tratándose de un accidente de tránsito en el cual resultó lesionado quien viajaba como pasajero en uno de los vehículos, se ha resuelto que puede optar entre demandar a la empresa propietaria de éste por la acción emergente del contrato de transporte o por la derivada del hecho ilícito; de igual manera, se ha admitido que la demanda pueda fundarse en la existencia de vicios redhibitorios en la cosa comprada o en la responsabilidad extracontractual atribuida al vendedor por la existencia de defectos en ella" (Salas, Acdeel Ernesto, "Código Civil Anotado", t. I, 2ª. ed. actualizada, Depalma, Bs. As. 1971, págs. 573/574, con citas de jurisprudencia).-

Si en estos casos se ha admitido que el damnificado invoque cualquiera de los dos regímenes de responsabilidad, no se advierte óbice alguno para conceder idéntica opción al usuario de los corredores viales.-

El criterio expuesto encuentra, por lo demás, respaldo suficiente en las modernas tendencias interpretativas que vienen marcando rumbo en la doctrina nacional, armonizando el verdadero sentido de los textos legales con los valores supremos de justicia y equidad en el caso concreto.-

En esta inteligencia y con específica referencia al art. 1107 del Cód. Civil, el Dr. Félix A. Trigo Represas ha entendido que esta norma "... no se resiente de rigidez, porque su cometido es esencialmente el de ordenador de regímenes que giran sobre ejes propios, los que si bien no toleran que puedan ser usados de modo

combinado, tampoco excluyen que, frente a las particularidades de cada caso, evaluándose la conducta integral del agente, se admitan las aperturas necesarias. Siempre será estéril -y sólo logrará sacrificar el valor justicia- apegarse con exceso a categorías rígidas ..." (en "Derecho de Daños - Primera parte", Ed. La Rocca, Bs. As. 2000, pág. 89, con cita a Augusto Mario Morello).-

En definitiva, aplicando el temperamento expuesto al caso que nos ocupa, considero que cuando el incumplimiento del deber de control y vigilancia que pesa sobre el concesionario provoca perjuicios a los usuarios, sobre aquél pesa la responsabilidad emergente del contrato de concesión, obviamente contractual, sin mengua de la responsabilidad aquiliana impuesta por el art. 1109 del Cód. Civil, ajustada ésta a las más estrictas condiciones que, en orden a la prescripción y la prueba, impone el ordenamiento sustantivo para su procedencia.-

VII. El incumplimiento contractual como causa generadora de un daño a los usuarios.-

A esta altura del razonamiento, se hace necesario aclarar que lo dicho en el apartado precedente no importa adherir a la tesis que ve en el contrato de concesión una suerte de "estipulación en favor de terceros" (reseñada más arriba), en cuya inteligencia el usuario se encontraría legitimado a exigir del ente el cumplimiento de las obligaciones, asumidas frente al Estado, pero en su beneficio.-

Aún reconociendo algunos puntos de conexión, la figura (de derecho privado), esbozada genéricamente en el art. 504 del Cód. Civil, no alcanza a explicar satisfactoriamente la complejidad de las relaciones intersubjetivas que se crean en torno a la prestación de servicios públicos por medio de su concesión a empresas privadas, entre ellas, la concesionario-usuario.-

Entre las diferencias esenciales que presentan ambas figuras, podemos citar que los "beneficiarios" del servicio público -como ya adelantáramos- son, en potencia, todas y cada una de las personas que lo requieran y que cumplan las exigencias condicionantes del ingreso al corredor. Esta generalización no es compatible con la determinación del sujeto beneficiario que debe existir en la estipulación. Este instituto, a su vez, exige para su configuración de una manifestación de voluntad (aceptación) del beneficiario (acreedor de la prestación), que debe ser fehacientemente comunicada al deudor antes de que éste se retracte. En el peaje, la aceptación viene presumida en el simple hecho material del acceso del usuario a la autovía, y -de más está aclararlo- para tener por configurada su vinculación no se requiere ningún tipo de notificación a la concesionaria quien, por otra parte, no tendría facultad alguna para "retractarse" unilateralmente de las prestaciones que, comprometidas ante el Estado, debe ofrecer y cumplir a aquéllos.-

Aclárase que la diferenciación entre estas dos relaciones no responde a un mero prurito teórico, sino a la necesidad de mostrar un equilibrio coherente en la coexistencia de las relaciones Estado-concesionario y concesionario-usuario.-

El beneficiario de la estipulación, al aceptar y comunicar esa voluntad al deudor, se coloca en la posición jurídica de "acreedor" de la obligación y, con ello, adquiere el derecho a exigir su cumplimiento.-

En la concesión, la circunstancia de que quienes deben gozar del servicio concedido sean los "usuarios", no provoca alteraciones de la relación contractual originaria. El Estado no viene a resultar desplazado de su calidad de "acreedor". Puesto que la contratación celebrada entre el concedente y el concesionario -en paridad a cualquier otra- queda atrapada por la regla "res inter alios", el único sujeto de derecho habilitado a exigir el cumplimiento de sus cláusulas es el Estado suscriptor del acuerdo, frente al cual se comprometiera la obligación de que se trate.-

El usuario, como sujeto prima facie foráneo al referido contrato, carece de legitimación sustancial para formular un reclamo de tal naturaleza, lo que en modo alguno excluye su facultad de invocar el incumplimiento de la concesionaria como causa generadora de un daño.-

En el sentido apuntado, se ha señalado: "en lenguaje llano, esto significa que ... el usuario no puede reclamar al concesionario el no haber hecho correctamente tal o cual obra -o, agrego, haber incurrido en actos u omisiones que impliquen una transgresión al contrato-, sino que, ante el daño producido ..., pueda demandar al Ente fundando la relación causal entre daño y hecho a través del incumplimiento del contrato y sus instrumentos anexos (pliegos, etc.)", (Gonzalo López Del Carril, "Responsabilidad Civil en rutas, autopistas y vías de circulación - El rol de los concesionarios viales", Ed. La Ley, pág. 81).-

VIII. Poder de Policía y función de policía administrativa:

Intimamente relacionado con la extensión de las obligaciones del ente vial, se encuentra el tema referido a que, en virtud de la "delegación transestructural de cometidos", con la concesión se transferiría no sólo el mantenimiento y la explotación del tramo concedido sino, además, el poder de policía que, por definición, pertenece al Estado.-

El poder de policía es una potestad del Estado para establecer limitaciones a los derechos privados bajo nuevos títulos de intervención a los que fueran otrora admitidos a esa intervención estatal (seguridad,

salubridad y moralidad), con la finalidad esencial de satisfacer el bien común (Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. II, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, págs. 450 y ss.).-

El poder de policía así definido se traduce en el poder de legislación mediante leyes y reglamentos que limitan el ejercicio y contenido de los derechos individuales, para hacerlos compatibles con los derechos de los demás o con el fin del bien común.-

La policía administrativa refiere, en cambio, a una función administrativa que se desenvuelve a través del dictado de actos concretos. El poder normativo que la función de policía comporta para la Administración siempre requiere de cobertura legal. De allí que, si las potestades tienen su origen en el ordenamiento jurídico, se requiere por aplicación del principio de legalidad, que una norma previa las configure y las atribuya, ya que en el marco de nuestra Carta Magna Local, ningún magistrado o funcionario público puede delegar sus funciones en otra persona, "... salvo los casos previstos en esta Constitución" (art. 13, Const. Provincial).- Como bien pone de manifiesto el recurrente, el poder de policía constituye un atributo irrenunciable del Estado, consistente en "la potestad jurídica en cuya virtud el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad, la salud y el bienestar general de los habitantes, impone por medio de la ley y de conformidad con los principios constitucionales, limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales" (Linares Quintana, citado por Bidart Campos, "Derecho Constitucional", t. II, Ediar, pág. 547). Así conceptualizado, su titularidad constituye, sin duda, una prerrogativa del poder público inalienable e indelegable, lo que determina que, bajo ciertas condiciones, sólo pueda efectuarse una "imputación de funciones" o "atribución de competencias" (ver Marienhoff, M. S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Bs. As. 1978, t. IV, pág. 526).-

A mérito de ello, su eventual "delegación" de funciones o competencias, en todo o en parte, nunca produciría efectos de tal sino, más bien, los de una yuxtaposición de facultades -y correlativos deberes- en orden al ejercicio de aquella prerrogativa.-

El tratamiento del punto sería fácilmente soslayable recurriendo a un argumento invocado por el Máximo Tribunal de la Nación en basamento de la irresponsabilidad del concesionario, al resolver el rechazo de una pretensión similar a la planteada en autos. Tras descartar la responsabilidad del Estado (según doctrina sentada en fallo anterior), concluyó que "... tampoco cabe atribuírsela a la demandada -léase, la concesionaria-, quien no puede asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propias de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que -conforme a los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública ..." (C.S.J.N., del voto de la Mayoría in re "Colavita", -sup. cit.-).-

Sin entrar a discurrir acerca de la posibilidad de atribuir responsabilidad al Estado por el acaecimiento de un hecho como el que se ventila en la especie (negada por la Corte al resolver, entre otras, la causa "Ruiz c/ Provincia de Buenos Aires", Fallos 213:2138), entiendo que, de haber asumido expresamente la concesionaria la obligación de realizar actividades vinculadas al ejercicio de funciones que participen de la naturaleza apuntada, su incumplimiento podría llegar a colocarla en el deber de responder frente a los damnificados por su conducta omisiva.-

Así esbozada la cuestión, debemos recurrir primeramente al denominado "Reglamento de Explotación de Corredores Viales", cuyos arts. 21 y 24 fueran citados en el voto del Dr. Jorge Flores -al que adhirieran los restantes miembros del Tribunal- como fundantes del deber de custodia y seguridad delegado por la Administración (fs. 286/286 vta.).-

El primero (art. 21), reza: "Responsabilidad del Ente concesionario: El Ente Concesionario será responsable por los daños y perjuicios ocasionados al concedente o a los usuarios cuando le sea imputable".-

El art. 24 (en rigor, art. 23, según texto aprobado por Decr. 2039/90 que tengo a la vista, Anexo I, título Segundo, Conservación y Policía), dice: "Responsabilidad de los propietarios de los fundos aledaños: En la zona de camino no podrán existir animales sueltos. Los propietarios de los fundos aledaños deberán adoptar las medidas tendientes a impedirlo y son responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar. En ningún caso el Concedente será responsable por los daños y perjuicios causados por las acciones u omisiones de los propietarios o poseedores de los fundos aledaños, descriptos en este artículo".-

El claro texto de las normas transcritas demuestra que las previsiones en orden a adoptar medidas de seguridad y responder por los daños que los animales sueltos ocasionen a terceros, recae especial y exclusivamente sobre los propietarios de fundos aledaños a la ruta (sea que revistan la calidad de dueño o guardián del animal).-

Tomando en especial consideración que no existe una norma específica de derecho común que asigne a la concesionaria responsabilidad por la presencia de animales sobre el pavimento, aquellas cláusulas contractuales no podrían considerarse "exonerativas" importando, en rigor, una particular confirmación de lo que, en términos generales, dispone el art. 1124 del Cód. Civil.-

Como si esto fuera poco, el art. 28, R.E.C.V., es terminante al disponer que "Vigilancia: "Las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito, serán ejercidas por la autoridad pública".-

Es verdad que el art. 29, ord. cit., designa al ente concesionario "Autoridad supletoria", pero lo hace en los siguientes términos: "En ausencia de la autoridad pública destinada a la policía de seguridad y de tránsito, la autoridad del E. C. 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".-

Del "Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación" tampoco surge que el Estado concedente haya impuesto al ente el deber de ejercer la función de policía de seguridad y tránsito.-

La cláusula 6.3 (redactada en consonancia con el art. 29, R.E.C.V.) establece que el personal del ente que éste determine a sus efectos, tendrá el carácter de "autoridad" en ausencia de otra estatal; pero esta calidad -se aclara- es otorgada exclusivamente frente a los usuarios, que deberán obedecer sus indicaciones "que tendrán fuerza obligatoria hasta tanto se ratifiquen o anulen por el funcionario u órgano a quien compete la adopción de medidas sobre el particular".-

Aún cuando se entendiere que de las normas aludidas -o de cualquier otra- surge la asunción de obligaciones emergentes de la función de policía -sea de seguridad o de tránsito-, de todos modos la responsabilidad del concedente por incumplimiento de tal competencia "delegada" -antes bien, compartida con el concedente-, dependería de la factibilidad jurídica de ejercerla en forma íntegra pues, de lo contrario, se estaría imponiendo una carga de cumplimiento imposible y, en un momento posterior, una responsabilidad por hechos que no pudo materialmente evitar.-

Para atribuir responsabilidad al ente no bastaría, entonces, con declararlo -genéricamente e in abstracto- autoridad pública, si no se lo inviste de las correlativas e imprescindibles facultades para, v.gr., "constreñir" a los frentistas a mantener sus alambrados en perfectas condiciones o incautar ganado detenido a la vera del camino.-

Sobre esta delicada cuestión, vienen plenamente a cuento la Ley Nacional de Tránsito, N° 24.449 (que, en su art. 48 prohíbe dejar animales sueltos en la vía pública) y su decreto reglamentario (N° 775/95), que faculta expresamente a la autoridad competente, al ente vial o la empresa responsable del mantenimiento del camino a proceder a su retiro.-

En comentario a estas disposiciones, luego de recalcar que "una facultad no es una obligación", se ha aseverado que "esa reglamentación no puede constitucionalmente alterar la legislación de fondo del país en materia de responsabilidad civil ... ni convertir en posible lo imposible ...", a lo que cabría adicionar que "desde el punto de vista normativo jurídico, dicha facultad no es compatible con la circunstancia de que estas empresas no son titulares del poder de policía de seguridad como para incautarse animales ... De modo que, al no ser las empresas autoridad pública, se les está otorgando una facultad de cumplimiento imposible, en cuanto que otra norma legal, es decir, de nivel superior al meramente reglamentario, se lo está prohibiendo", (Martín R. Ymaz Videla y Esteban R. Ymaz Cossio, "Responsabilidad de los concesionarios frente a accidentes de usuarios en las concesiones viales argentinas", L.L. 1997-F, págs. 1025/1026).-

En resumen, adhiriendo a las conclusiones supra apuntadas, considero que la presunta -y, en su caso, deficiente- "delegación" de una porción de la función de policía a los concesionarios, no resulta argumento suficiente para asignarle responsabilidades exorbitantes, sin perjuicio de la interpretación que quepa efectuar de los deberes expresamente asumidos, según se explicitará infra.-

IX. Existencia y extensión del deber de seguridad.-

Tomando como premisa que el daño padecido por quien, transitando por un corredor sujeto al régimen de peaje, colisiona con un animal suelto, podría tener como causa eficiente el incumplimiento de un deber de seguridad a cargo del ente concesionario (emergente de una relación jurídica preexistente), corresponde analizar los términos en que tal obligación fuera asumida.-

En el caso "Colavita" ("Doctrina Judicial", Año XVI, n° 28, del 8.6.00, pág. 370) la Corte Suprema, cuya autoridad como intérprete último de la ley no puede ser discutida, puntualiza la obligación del concesionario de "facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino" (lo que implica asignarle un deber de seguridad), pero agrega que "dicha obligación debe ser interpretada en el contexto de las

obligaciones propias del ente concesionario ... enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas y a la oferta de servicios auxiliares al usuario".-

No creo que esa doctrina conduzca, necesariamente, a excluir toda obligación del concesionario en relación a otros hechos o circunstancias que generen riesgos o peligros al tránsito. Una tan restrictiva evaluación de las obligaciones asumidas por el concesionario, estaría reñida con el contrato y los reglamentos que lo vinculan. Aún reconociendo que de ellos no se desprende, de modo incontrastable, que el ente vial haya asumido explícitamente la obligación de vigilar animales de propiedad de terceros, no estimo apropiado convalidar que los deberes implícitos que hacen a una correcta e integral prestación del servicio se limiten a la reparación de roturas del pavimento o baches y a la señalización necesaria para asegurar la libre circulación vehicular.- Pero tampoco se comparte una interpretación tan amplia como la propiciada en el pronunciamiento opugnado, en cuanto se interpreta -con apoyatura en las ya transcritas normas del R.E.C.V.- que sobre el concesionario pesa un deber genérico de garantía y seguridad, que genere automáticamente su responsabilidad por la existencia de animales sueltos, sin posibilidad alguna de recurrir a la indagación de los aspectos subjetivos, lo que limitaría las posibles causas de exoneración a la alegación y prueba del hecho de un tercero por el cual no deba responder, la culpa de la víctima o el "casus", como únicas circunstancias con virtualidad de fracturar el nexo causal.-

En basamento de la tesis amplia, se suele citar al art. 24, R.E.C.V., que expresa: "Obligación de Mantenimiento: El E.C. está obligado a la conservación en condiciones de utilización del camino de acuerdo a lo dispuesto en el Punto 11 del Título III del Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación, debiendo suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios ...", sin que entre las pautas a que remite (contenidas en el citado Pliego, bajo el acápite "Condiciones a cumplir en la conservación de rutina") figure -en puridad- un específico deber de vigilancia ni de remoción de animales sueltos.-

El Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales, por su parte, tampoco se vislumbra esclarecedor en el punto. La cláusula 6.1 establece que "el ente concesionario queda obligado a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios ...", bien comprendido que la obligación de "facilitar" no implica la de "garantizar".-

No obstante la laxitud de los términos en que fueran redactadas las reseñadas normas, estimo que, en su tenor, se revela implícito el "deber" de seguridad, entendido éste como la obligación de arbitrar las diligencias necesarias para dispensar condiciones mínimas de seguridad a quienes circulan por el corredor.-

No podría ser otra la télesis asignable a la obligación de remover o eliminar las "causas" susceptibles de obstaculizar la fluidez en el rodamiento de los vehículos o representar una amenaza a la normal circulación, que se impone en orden a la interpretación sistemática de todo el bloque normativo que regula la materia.-

La asignación al concesionario de este deber genérico de seguridad, no requiere la elaboración de teorías novedosas en materia de responsabilidad civil, sino atenerse a la vieja enseñanza "de que un contrato, junto a las obligaciones esenciales que le impone a las partes, contiene obligaciones accesorias ... El ejemplo más típico que se puede poner es la obligación de seguridad, que puede referirse a la persona o a los bienes (Mazeaud - Tunc, op. cit., t. I-1, pág. 213). Y para establecer si ese deber existe, se trata simplemente de verificar "si la seguridad de uno de los contratantes (en nuestro caso el usuario) tiene o no tiene un nexo con las obligaciones principales que el contrato le impone a la otra. Si ese vínculo existe, cabe admitir, sin "forzar" el contrato, que la obligación de seguridad ha sido puesta desde luego por los contratantes a cargo de una de ellas" (op. cit, pág. 214).-

Así las cosas, resulta claro que, aún cuando las obligaciones expresas que el contrato de concesión pone a cargo del concesionario se entiendan limitadas "al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas y a la oferta de servicios auxiliares al usuario", su deber de seguridad está implícito en la obligación de facilitar la circulación, "suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios". Entre esas "causas" que el concesionario debe "suprimir", está incuestionablemente la presencia de animales sobre el camino. El incumplimiento de esa obligación genera responsabilidad para el concesionario, en los casos y con los límites que precisaremos más adelante.-

Más allá de una estricta exégesis legal de los preceptos involucrados en la materia, la existencia de tal "deber" viene igualmente impuesta por elementales razones de justicia y equidad, fundadas en criterios de razonabilidad y proporcionalidad.-

Sucede que no podría reputarse "excesivo, en miras a una adecuada prestación del servicio, exigir que la empresa de peaje asuma un comportamiento activo y diligente en la adopción de medidas tendientes a conjurar los peligros potenciales que se ciernen sobre los automovilistas (entre ellos, la presencia y

subsistencia de animales sueltos sobre la carpeta asfáltica), aseveración que se aprecia particularmente válida si convenimos que ella, al tener circunscripto su objeto de control a un corredor determinado (cuyo recorrido es dable presuponer conocido y patrullado a diario), se encuentra en mejores condiciones que el usuario -e incluso que la Autoridad Policial- para advertir la existencia de aquellos obstáculos y, en su caso, eliminarlos.-

El temperamento sustentado encontraría, además, apoyatura en lo dispuesto por los arts. 512 y 902 del Cód. Civil pues, si todo individuo se halla constreñido a obrar con la diligencia que exigiere la naturaleza del caso, en atención a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, cuanto mayor sea el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (cf: Fernando A. Sagarna, "Responsabilidad de la concesionaria de peaje por omisión de sus deberes ...", L.L.Cba. Año 17, N° 7, Agosto de 2000, pág. 907).-

X. Factor de atribución: obligación de medio.-

Corresponde ahora determinar si, en el caso, el factor atributivo de responsabilidad a la concesionaria es de corte subjetivo (a título de dolo o culpa) o, lisa y llanamente, objetivo, a cuyo fin nos será de gran utilidad determinar si el "deber de seguridad" asumido por el ente vial constituye una obligación de "medio" o "de resultado".-

A fin de caracterizar el distingo, podemos decir que en éstas últimas "... el deudor compromete su actividad para el logro de un interés final del acreedor, no contingente o aleatorio, de suerte que su falta de obtención importa incumplimiento. En esta categoría el deudor asegura un resultado exitoso y "asume todas las contingencias que puedan presentarse en el desempeño de la conducta proyectada, salvo aquellas absolutamente fortuitas, generadas por un factor ajeno y determinable" (Pizarro - Vallespinos, "Instituciones ...", ob. cit., pág. 582).-

En las obligaciones "de medio", en cambio, "... el deudor se compromete a realizar una conducta "diligente", orientada a la obtención de un resultado, esperado y querido por el acreedor, pero no asegurado. Existe, si se quiere, un doble juego de intereses: uno de carácter primario, que se satisface en tanto el deudor despliegue una conducta diligente orientada a alcanzar la finalidad satisfactiva del acreedor, y otro de carácter aleatorio (el resultado), cuya concreción no depende exclusivamente de la conducta del deudor sino de otros factores contingentes o azarosos ... En las obligaciones de medios, el factor de atribución es subjetivo, sin perjuicio de que la prueba de la culpa del deudor pueda descansar -como de ordinario sucede- sobre el acreedor o, en casos más excepcionales, ser presumida iuris tantum, correspondiendo al deudor la acreditación de un obrar diligente (prueba de la no culpa)", (autores y ob. cit. -con cita de Alberto J. Bueres-, págs. 581/582).-

Así esbozada ambas categorías obligacionales, no parece posible calificar al deber de custodia y seguridad de las concesionarias viales como "de resultado".-

Varias son las razones que coadyuvan a formar tal convicción. Entre ellas, el carácter accesorio del deber de seguridad, respecto de la obligación principal asumida en el contrato, pues aquél es secundario y, si se quiere, instrumental, por haber sido incluido sólo como un medio enderezado al cumplimiento de la prestación esencial: permitir, en condiciones de igualdad, el tránsito normal de los usuarios por la vía concedida.-

La accesoriedad a que venimos refiriendo, se ve reflejada en la ambigüedad y laconismo que, en el punto, muestran tanto el contrato como las normas que lo complementan. Así, en ninguno de estos dispositivos se ha incluido cláusula alguna que habilite a sostener que el Estado ha impuesto al Ente de un deber "finalista" de asegurar la indemnidad de los usuarios.-

Interpretando el marco reglamentario con un criterio de buena fe (arg. art. 1198, Cód. Civil) y a la luz del principio del "favor debitoris", es razonable sostener que el Ente no ha creído comprometer, en este deber, un resultado sino, antes bien, su máxima diligencia en la ejecución de su cometido de custodia y seguridad dentro del corredor.-

Descartado que el carácter "de resultado" del mentado deber emane de una declaración expresa de las partes en tal sentido (en ejercicio de la autonomía de la voluntad) o de un imperativo de la ley, nos queda recurrir a otros parámetros que nos ilustren acerca del punto.-

Como pautas que permiten encuadrar las obligaciones como de medios o de resultado, podemos citar -entre otras- el carácter "aleatorio" del resultado y el "riesgo" contractual.-

La primera es, sin dudas, la de mayor relevancia a falta de una previsión explícita, pues remite a la naturaleza de la obligación. De acuerdo a la doctrina que se viene siguiendo, si la concreción del resultado depende de un "factor aleatorio", que va más allá de la conducta comprometida por el deudor y que no es asumido por éste, la obligación será de medios.-

En punto al riesgo contractual, el deudor no carga con el riesgo por la no obtención del resultado cuando no puede, por sí sólo, garantizarla.-

En el caso del deber de seguridad que pesa sobre los concesionarios viales respecto de la presencia de obstáculos móviles en la ruta, el álea es evidente, pues, aún cuando sea previsible que ello acontezca, no resulta posible -por lo general- anticipar, con certeza, cuándo y dónde se producirá la aparición del animal suelto.-

Esa condición se revela aún más ostensible, a poco que reparemos en que, para el concesionario, las dificultades en la detección del obstáculo y la evitación del evento, no sólo se derivan de la libre movilidad de los animales y del álea propio del caso sino que, además, dependen de un factor totalmente ajeno a sus posibilidades de previsión y que trasciende a toda diligencia que pueda imprimir en el cumplimiento de su cometido, tal la conducta descuidada o imprudente de los propios dueños o guardianes de los semovientes (terceros por los cuales no debe responder), a quienes tanto la ley de fondo (art. 1124, Cód. Civil) como la reglamentación especial (art. 23, R.E.C.V.) responsabilizan por las consecuencias dañosas que aquéllos provoquen.-

Respecto del deber de seguridad al que venimos refiriendo, se ha señalado: "La ley establece una obligación de custodia a cargo del concesionario. Deducir de ello una obligación de resultado que importe una responsabilidad objetiva, nos parece que no es posible en el Derecho vigente ... En cambio, es admisible una obligación de seguridad que consista en adoptar medidas de prevención en relación a la previsibilidad concreta de los riesgos existentes ..." (Ricardo Luis Lorenzetti, "Concesionarios viales: ¿en qué casos hay responsabilidad?", Revista de Derecho de Daños N° 3, Accidentes de tránsito-III, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 170).-

En base a lo expuesto y no siendo posible extraer del contexto normativo que el deber de seguridad haya sido concebido como una obligación "de resultado", sólo cabe entenderla incluida en la categoría de obligaciones "de medio", con todas las consecuencias que ello implica.-

Remárcase, entonces, la dirimencia que, necesariamente, cabe asignar a la "diligencia" del concesionario (factor subjetivo), como elemento axiológico para valorar su conducta frente al hecho y, en un estadio posterior, determinar el grado de responsabilidad que le resulte atribuible.-

Esta parece haber sido la inteligencia que informara el voto de los Dres. Nazareno y Bossert en el reciente precedente de la Corte ("Colavita", sup. cit.), en donde, tras señalarse que el accionante no había invocado que el concesionario hubiera adoptado una "conducta desaprensiva", se resaltó: "... el demandado -quien ha manifestado que, a fin de garantizar la seguridad de los usuarios, vehículos de la empresa recorren permanentemente la ruta y que se han instalado cada 10 Km. postes telefónicos de comunicación con las estaciones de peaje-, ha probado haber enviado notas de advertencia sobre la situación a la Dirección Provincial de Vialidad, a efectos de que se adoptaran las medidas preventivas correspondientes ...".-

La negligencia comprobada del Ente y la posibilidad que asistiría a éste de excluir su responsabilidad acreditando haber puesto la diligencia asequible en la prevención del accidente, también ha merecido especial consideración por otros Tribunales, a la hora de decidir su condena o exoneración (entre otros: C. 1ª C.C. San Nicolás, "Riva, Rubén D. c/ Alfásud y ESA. y otras UTE. s. daños y perjuicios", E.D. 173-351 y "Expreso Suipacha S.A. c. Servicios Viales S.A. - Daños y perjuicios", D.J.B.A. 154-124; C.N.Civ. sala D, "Roa, Juan M. c. Semacar S.A.", L.L. 1998-F-286; C.N.Civ. sala I, en "Papasidero, Agostino c. Camino del Atlántico S.A.", L.L. 1999-E-143).-

Las consideraciones que preludian autorizan a afirmar, entonces, que la responsabilidad del concesionario por transgresión a su deber de seguridad, control y vigilancia, emerge en base a un factor subjetivo de atribución. Responderá, entonces, cuando se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de su omisión culpable o negligente en el cumplimiento de sus obligaciones específicas o, en igual sentido, cuando el Ente no logre aportar pruebas de haber obrado con la debida diligencia que era dable exigirle para el cumplimiento acabado de sus obligaciones, de acuerdo a las circunstancias de personas, tiempo y lugar".-

IX. b. Los dos últimos acápites que aborda el Dr. Ferrer son:

1º), los atinentes a la prueba del incumplimiento, diciendo al respecto "que el principio de equidad impondría hacer reposar sobre la concesionaria la carga de acreditar la realización de hechos "positivos", reveladores de su actuar diligente en la prevención y evitación de accidentes provocados por la presencia de obstáculos móviles sobre la carpeta asfáltica".-

Advierte, al mismo tiempo, que "las variantes que podrían darse en la casuística se revela incompatible con cualquier intento por unificar criterios en punto a la distribución de las cargas probatorias, lo que me exime de profundizar en mayores disquisiciones sobre el particular".-

2º), los que aluden a la cuestión de "previsibilidad" del evento dañoso, aseverando sobre el punto que "... tanto las diligencias exigibles al concesionario para tener por cumplido su deber de seguridad, como las posibilidades materiales de prevención que aquéllas le brinden, no admiten estandarización de ninguna índole.

No podría ser de otro modo, desde que ambas cuestiones se presentan estrechamente vinculadas y deben ser sopesadas con arreglo a los demás extremos fácticos que rodeen a la causa. La "previsión" no entraña, entonces, un concepto unívoco e invariable sino, antes bien, determinable en función de las exigencias propias del caso concreto. A guisa de ejemplo, no cabría exigirsele igual intensidad preventiva en la localización y remoción de semovientes, al ente vial cuyo corredor sólo atraviesa zonas urbanas y a aquél que tiene a su cargo una autovía que atraviesa zonas ganaderas. Tampoco aparecería razonable exigir, en las rutas de escasa longitud, similar infraestructura de vigilancia (en cantidad de agentes y vehículos de control disponibles) a la que correspondería a otras de gran extensión. Todo ello, por supuesto, deberá ser ponderado en atención a las particulares circunstancias fácticas que informen cada caso concreto (v.gr.: presencia habitual o esporádica de animales en la zona, su permanencia durante lapsos prolongados, recorrido de la traza vial, extensión del tramo concedido, etc.), sin que quepa establecer, a su respecto, lineamientos uniformes".-

A mérito de todo ello, propone la anulación de la Sentencia cuestionada por no coincidir con la doctrina que sienta.-

La importancia del precedente transcripto es ostensible por su bagaje.-

Aclaro que los resaltados efectuados y que haré más adelante, son de mi pertenencia al solo efecto de aclarar mi exposición.-

IX. c. En La Ley Córdoba, T 2001-1076, Gonzalo López de Carril anota el fallo, diciendo: "Por unanimidad el Tribunal siguió los criterios sentados en el voto del doctor Ferrer, vocal preopinante en la cuestión. La premisa que se propuso, conforme el punto IV del voto aludido, estableció: 1) que se debe determinar cuál es la naturaleza jurídica que ostenta el vínculo entre concesionario y usuario; 2) en función de ello, que se debe establecer qué tipo de responsabilidad se cierne sobre el concesionario; y 3) circunscribir el factor de atribución que generaría en su caso el deber de resarcir del concesionario a consecuencia de la colisión con el animal suelto".-

Inmediatamente después, el comentarista se define afirmando que "a nuestro juicio el debate por los daños producidos por animales sueltos está superado hace tiempo", remitiéndose a otro trabajo de su autoría en el que sienta la tesis de la irresponsabilidad civil del concesionario por el accidente con animales sueltos, y al final expone sus conclusiones de esta manera: "Hemos sido muy críticos con un decisorio valioso. Por ello también queremos ponderar sus logros, sin perjuicio de no coincidir en varios aspectos que ya mencionamos ut infra.-

El primer aspecto positivo de esta sentencia es que no evita tratar el tema de la responsabilidad del concesionario en forma extensiva, aún más allá de la cuestión de "animales sueltos". No elude analizar el carácter de la responsabilidad de la concesionario (contractual o extracontractual), la vinculación jurídica entre usuario y concesionario, el tipo de obligaciones a cargo del concesionario con respecto a los usuarios, etc.-

El segundo aspecto positivo es que claramente toma partido por la posición que a juicio del tribunal corresponde. No deja "puertas abiertas" para sofismos o encubiertos "arrepentimientos" respecto de la posición adoptada.-

El tercer aspecto positivo es que la sentencia intenta circunscribir el campo de la discusión a sus aspectos legales, desdénando los aspectos políticos, metajurídicos y de otra índole que a menudo se expresan. Se trata de acotar las cosas, evitando así la arbitrariedad, el desconocimiento y el prejuicio. Por ello entendemos que el decisorio aprovecha su oportunidad al analizar la situación del concesionario vial conforme criterios científicos y no, como desgraciadamente ha sucedido en algún caso aislado, de acuerdo al poco agrado que genera en todos nosotros el tener que pagar peaje.-

Decisorios como el apuntado, que toman el "toro por las astas", pulen la temática, desdénan las opiniones que abrazan ideas no como producto de un razonamiento jurídico, sino como consecuencia de sus propios intereses, merecen ser destacados. Y no importa que no coincidamos en todos los aspectos del análisis jurídico, ya que nos hemos sabido escuchar y debatir".-

IX. d. Más adelante, daré a conocer mi punto de vista y, entonces expresaré mi disidencia parcial respecto a esta solución del caso.-

X. Antes de la resolución del más Alto Tribunal de la Provincia, se expidió la Excm. Cámara Civil, Comercial, del Trabajo y Familia, de Cruz del Eje, mediante voto del Dr. Eduardo Sársfield al que adhirieron los Dres. Ricardo Francisco Seco y Lilia Christine Ahrensburg, en Sentencia nº 4 del 20 del mes de marzo del año dos mil, en los autos caratulados "Sosa Carreño, Adrián y otra c/. Laureano Luna y otros - Daños y perjuicios".-

Dijo ese Tribunal, al desestimar los recursos de apelación de la codemandada Red Vial Centro S.A. y "La Buenos Aires Compañía de Seguros S. A." y confirmar la decisión condenatoria, que:

X. a. "... El caso traído a resolver se origina en la pretensión de Adrián Sosa Carreño y Marcela Suárez de Sosa Carreño de cobrar por esta vía a Red Vial Centro y Laureano Luna la suma de ciento setenta y seis mil ciento cinco pesos con sesenta centavos como consecuencia de la reparación económica, daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito en el que murió el hijo de ambos Javier Alejandro Sosa cuando en la Ruta Nacional N° 38, embistiera el 27 de octubre de 1991 a un animal vacuno que se encontraba sobre la misma.- ... En el campo de la responsabilidad civil, la relación de causalidad cumple una doble función: por un lado, permite determinar con rigor científico a quién debe atribuirse un resultado dañoso y por el otro, brinda los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias (SC Mendoza, Sala I, 26-3-92, "Buel c/ Compañía de Perforaciones Río Colorado", LL 1992-C-115) y, como lo sostienen Gherzi, Rossello y Haise, la relación de causalidad siempre necesita ser alegada y probada por quien reclama el daño, sin perjuicio de que en determinados supuestos aparezca como situación notoria (aut. cit., "Derecho y reparación de daños", pág. 36, Ed. universidad, Bs. As., abril de 1999).-

Pero además, en estos procesos de daños por accidentes de automotores, rigen los principios generales en materia de prueba y lo que en realidad se particulariza son los criterios de apreciación de la lograda en el proceso; de allí que, resultaría difícil encontrar situaciones discordantes con los principios jurídicos que rigen para todos los procesos (cfr. Miguel A. Pedecasas, "La Prueba en los Procesos por Accidentes de Tránsito" - Revista de Derecho de Daños - Accidentes de Tránsito I, pág. 213, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, marzo de 1998).-

Lo que acabo de señalar se relaciona directamente con la advertencia formulada por Roberto Vázquez Ferreyra cuando sostiene que: "... Si lo que estamos tratando es la eventual responsabilidad por daños de los concesionarios de rutas -e incluso el propio Estado concedente-, más allá de toda normativa y los principios propios del Derecho Administrativo, el acento lo tenemos que poner en la relación responsable-víctima y en particular en los principios y normas propias del Derecho de Daños ...", (aut. cit., "La demanda contra los concesionarios de autopistas" - Revista de Derecho de Daños - Accidentes de Tránsito I, pág. 158 ya citada).- Félix Trigo Represas con sustento en la opinión de diferentes juristas ha concluido -en igual sentido- que la obligación de resarcir el daño producido tiende a fundamentarse en la existencia de éste, poniendo el acento sobre la víctima, que siempre debe tener derecho a la reparación, y no sobre el victimario con lo cual, se ha operado un tránsito del derecho de la responsabilidad al derecho de daños; el primero preocupado por el responsable, el segundo por la víctima; uno mirando fundamentalmente si la conducta del primero lo hacía pasible de sanción, el otro observando si es justo que el daño lo soporte quien lo ha sufrido (cfr. aut. cit., "Lineamientos Actuales de la Responsabilidad Civil", Revista Ley, Razón y Justicia, N° 1, enero - julio 1999, pág. 18, Alveroni Ediciones, Córdoba septiembre de 1999).-

Coincido con estos notables publicistas en tanto el Derecho ya no dirige su mirada al autor del daño, sino que más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca reparar el mal sufrido y citando a Gherzi, Vázquez Ferreyra agrega: "Este nuevo cuadro de situación es filosóficamente más solidario con las víctimas, atendiendo más a la óptica de los damnificados, creando una concepción social del Derecho de Daños. Se posibilita así el acceso mismo a la reparación (...) de tal forma que el sistema rector es la misma reparación de daños como axioma ...".-

... Sarmiento Güemes (Concesiones viales - Relaciones jurídicas, LL, t. 1995-C, sec. doctr., pág. 1164) opina que la responsabilidad del concesionario debe admitirse si la permanencia de animales en las banquetas es prolongada.-

La Cámara Federal de Córdoba, sala A y por sentencia del 20 de diciembre de 1995 en los autos caratulados "Costa de Lasala, Stella Maris y otro c/ Dirección Nac. de Vialidad" (publ. en LL Cba. 1996, pág. 1033) ha dicho que en caso de encontrarse animales establecidos en la ruta durante un lapso de tiempo lo suficientemente considerable, sin que advertido de ello, el concesionario tome medida alguna o de aviso a la autoridad policial, hace responsable a ésta de la indemnización que se persiga.-

Aita Tagle ("Peaje y animales sueltos - Responsabilidad del Estado y del concesionario", LL Cba., pág. 1) afirma que la obligación del concesionario no se agota en mantener y conservar la carretera demarcada con sus banquetas desmalezadas, la carpeta asfáltica impecable, etc., sino que, conforme al pliego de condiciones de la concesión de la obra pública, el concesionario está obligado a proveer la seguridad en la ruta y esto incluye controlar y evitar la presencia de animales sueltos que, tengan o no dueño, son factores que originan peligro para el usuario.-

Mariano Arbonés (nota a fallo - "Peaje: opiniones encontradas y algunas reflexiones sobre el sentido de las privatizaciones de servicios públicos", Sem. Jur. 1997 - A - pág. 651) atribuye al art. 21 del pliego de condiciones carácter definitorio y en tal sentido, afirma que existe en la concesionaria un deber de seguridad,

pues en caso de que se verifique una infracción de esta naturaleza (animales sueltos en la ruta), debe inmediatamente dar cuenta a la autoridad pública para que adopte las medidas tendientes a conjurar el peligro potencial, no sólo a eximirse de responsabilidad y solidifica su idea rotundamente cuando asevera que no puede sostenerse válidamente que los concesionarios tengan sólo el "derecho" de cobrar por pintar una línea blanca o tapar algunos baches; el servicio de seguridad va más allá y consiste en garantizar a los vehículos circulantes, condiciones razonables de seguridad.-

Para Fernando Alfredo Sagarna, la responsabilidad del concesionario si bien es objetiva, se basa en la seguridad que debe ofrecer el concesionario al usuario del corredor pero si la acción es impetrada por los damnificados indirectos la responsabilidad es subjetiva al haber omitido la empresa los deberes de cuidado y diligencia necesarios para ofrecer al usuario una carretera libre de peligro y obstáculos para el tránsito (aut. cit., "Responsabilidad por daños causados por animales", pág. 210, Ed. Depalma, Bs. As., agosto de 1998).- En el fallo de la Cámara en lo Civil y Comercial de 1º Nom. de San Nicolás se concluyó que no es suficiente con que hubiera un animal suelto en la ruta, sino que para la procedencia del reclamo indemnizatorio debe acreditarse que quien tenía a su cargo el control de la ruta participó en la soltura, tuvo la concreta posibilidad de impedirla, o advertido de la presencia del animal no adoptó medida alguna para retirarlo, o no alertó de ello a los transeúntes y existe responsabilidad del concesionario de peaje por la presencia de un animal suelto, si ha incurrido en un concreto acto de acción u omisión que le sea imputable a título de culpa (Trib. cit., "Riva, Rubén Darío c/ Alfasud y E.S.A. y otras U.T.E. s. daños y perjuicios", ED 173-351).-

Tiempo después, este mismo tribunal entendió en otra causa según la cual, el accionante había demostrado la patente conducta omisiva de la accionada y ello la hacía responsable. Se atribuyó la misma por haberse desentendido de la adopción de medidas que le imponía el contrato de concesión y condenó a la concesionaria por haberse probado que un auto había colisionado con un animal a la hora 23 del día anterior en el que se había producido el accidente que se juzgaba en dichos autos, lo que había provocado que varios automovilistas alertaran de la presencia de animales al personal de las estaciones de peaje, ocurrido este hecho a la hora 0,30 del día siguiente (trib. cit., "Expreso Suipacha S.A. c/ Servicios Viales S.A. Concesionaria de rutas de peaje - Daños y Perjuicios", cit. por Sagarna en ob. ind., pág. 203).-

Gonzalo López del Carril ("Animales sueltos en rutas y responsabilidad civil", LL t. 1996-A, pág. 1329 y s.s.) advierte que de considerarse adecuadas las imputaciones de responsabilidad a la empresa concesionaria, tendrán como eximente la existencia del caso fortuito pero con cita jurisprudencial que él mismo hace, se puede responsabilizar a quien se le ha probado la relación causal entre la conducta imputada al organismo y la producción del accidente que aparece originado por los efectos de los elementos naturales.-

... Hay autores como Poclava Lafuente ("Concesionarios de rutas por peaje. Irresponsabilidad por los daños causados por animales", LL Actualidad del 9-6-94, pág. 1) o López del Carril (ob. ind., pto. VIII in fine), que no se expiden expresamente en este aspecto y sí lo hacen cuando hablan de la presencia de los animales sueltos, negándole responsabilidad alguna a los concesionarios.-

Quisiera referirme brevemente y se justifica que lo haga, a la línea de pensamiento desarrollada por el Dr. Muzi, el abogado de la co-demandada Red Vial Centro S.A., quien además de haber escrito sobre el tema ("Responsabilidad del concesionario de rutas por peaje frente a un accidente provocado por un animal suelto", LL Cba., 1992, págs. 597 en adelante) defiende -como se ha dicho- a la empresa en este caso concreto.- Según he podido notar, su postura ha sido objeto de consulta por parte de numerosos publicistas y fallos jurisprudenciales, como también debo admitir que su contestación de demanda, alegato y expresión de agravios revelan no sólo el meduloso estudio que ha hecho sobre el particular, sino también el nivel académico expuesto en los mencionados escritos.-

Ahora bien, en función de un estricto criterio de justicia, pongo de manifiesto que para este letrado "... se encuentra dentro de la diligencia del concesionario y cuya omisión tendría entidad para comprometer en algún grado su responsabilidad en el evento, la adecuada advertencia a los automovilistas acerca de la posibilidad de presencia de animales sueltos en la ruta, sea mediante la entrega de folleto al ingreso, sea también mediante la existencia de carteles a lo largo de toda la ruta, sea mediante la denuncia a la autoridad policial pertinente de la existencia de un animal que se hubiere advertido en la ruta ..." (ver pág. 605), lo cual me permite inferir que el caso específico de autos tal como se encuentra, ha dado las aristas necesarias como para encuadrarlo en una concepción fáctica diferente a los enfoques doctrinarios efectuados sobre el tema en cuestión, incluido el del propio defensor de la empresa co-demandada.-

En este orden de ideas sigo al maestro Alsina, para quien "... todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho. De aquí que la primera función del juez en el proceso sea la investigación de los hechos para luego, en la sentencia, deducir el derecho que surja de ellos. El juez conoce el derecho, y nada importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque a él le

corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del principio *iura novit curia*; pero no ocurre lo mismo con los hechos, que sólo puede conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlos", (aut. cit., "Tratado de Derecho Procesal Civil", 2° edic. 1958, t. III, págs. 221 a 223, citado por Hernán Daray, "Accidentes de Tránsito", pág. 231, Ed. Astrea, Bs. As., junio de 1994).-

En definitiva, Red Vial Centro no adoptó ninguna medida de seguridad para el usuario del corredor vial conociendo fehacientemente que en él se encontraban animales sueltos (ver fs. 80/81) sumado al hecho de haber tenido un tiempo prolongado para remover ese peligro entre los avisos y el horario del evento luctuoso.- Omitió eliminar el peligro que representaban las vacas sobre el asfalto y la banquina, como también dar aviso a la autoridad policial correspondiente (ver fs. 206/7 y 246) siendo que -dadas las circunstancias apuntadas- era su obligación (arts. 21 y 24 del Reglamento de Explotación) al no tratarse de un hecho imprevisto o fortuito.-

No puede dudarse acerca de que la administración en orden a esta puntual característica ha delegado los deberes de custodia y seguridad de las rutas para que los usuarios gocen de una mínima preservación de su integridad física.-

... Tampoco descarto, a mayor abundamiento, la normativa de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449 que en su art. 5 define al concesionario disponiendo entre otras cosas, que tiene a su cargo la custodia de la vía y con ello involucro el concepto al cual estoy haciendo alusión.-

... A riesgo de ser reiterativo, insisto de acuerdo a lo que hasta aquí he considerado, que mi conclusión es hacer responsable a Red Vial Centro por los daños ocasionados al encontrar incumplido de su parte el deber de seguridad puesto a su cargo, máxime al no existir caso fortuito ni culpa de la víctima como más adelante se verá.-

X. b. Como dijera, en este caso como en el anterior y con el mismo propósito, me ocupé del resaltado.-

X. c. En nota a esa resolución, Fernando Alfredo Sagarna, concluye aseverando, que:

"El fallo bajo comentario, luego de sintetizar las posturas de los agravios de las codemandadas y del responde de la actora, adelantó su opinión favorable a la sentencia recurrida y efectuó una recorrida por la doctrina en la materia y hace suyas las palabras de Vázquez Ferreyra expresando que no es primordial determinar si la responsabilidad del concesionario es contractual o extracontractual, sino más bien dilucidar las cuestiones, resultando más importante saber si la responsabilidad es objetiva o subjetiva y, en su caso, cuáles son los hechos que quedan bajo el deber de responder de aquél. Recordemos que el profesor citado, posteriormente al trabajo señalado por el fallo bajo estudio, ha afirmado con razón: "La responsabilidad de los concesionarios de rutas por peaje frente al usuario tiene naturaleza contractual. En el contrato atípico que vincula a las partes encuentra cabida una obligación tácita de seguridad de resultado en virtud de la cual el concesionario garantiza al usuario que no sufrirá daño alguno y para eximirse de responsabilidad debe demostrar el caso fortuito en sentido amplio. Dicha obligación de seguridad se hace extensiva al supuesto de accidentes provocados por animales".-

El caso reúne una particularidad semejante a la ocurrida en la causa de la C1ªCC San Nicolás, del 2/4/96, "Expreso Suipacha S.A. c. Servicios Viales S.A. Concesionaria de Rutas de peaje. Daños y perjuicios", y a la de la C7ªCC Córdoba, del 27/5/99, "Hernández, Emilio C. c. Red Vial Centro S. A.", citadas retro.-

Un testigo había declarado que el día anterior al accidente -el 26 de octubre de 1991- en el tramo donde ocurrió el evento, había visto por la mañana y por la tarde animales sueltos. En la declaración el testigo afirmó que había avisado de la presencia de las bestias en la carretera en una de las cabinas de cobro de peaje en dos oportunidades a distintos empleados.-

Mediante respuesta a un oficio librado, la Comisaría respectiva había informado que la concesionaria en cuestión no había dado ningún aviso ni formulado la denuncia por escrito con motivo de la presencia de animales sueltos en el tramo de la ruta en donde había ocurrido el infortunado accidente (ni antes ni después de acaecido éste).-

Así, la Alzada sostuvo, que: "... el accidente que costara la vida al hijo de los reclamantes es producto del deber incumplido por el concesionario cuya obligación está expuesta en el contrato de concesión y consistente, precisamente, en omitir hacer aquello elemental para conservar la seguridad del usuario".-

Además, la Cámara interpretó que el art. 24 del Reglamento de Explotación, al establecer de un modo imperativo la inexistencia en el camino de animales sueltos, se refería a la obligación de la concesionaria contratante.-

Coincidimos con el fallo bajo comentario, pero remarcamos que en el caso al ser actores padre de la víctima, la responsabilidad de la concesionaria era extracontractual y podría haberse aplicado, atendiendo al fundamento de la pretensión resarcitoria de los accionantes, los arts. 512, 902, 1074 y 1109 o el art. 1113,

párr. 1º, del Cód. Civil; éste último, si la acción se hubiese basado en la responsabilidad de la concesionaria por el hecho de sus subordinados", (cf. La Ley Córdoba, 2000-897).-

X. c. El apunte del anotador es interesante al distinguir las distintas situaciones jurídicas de la víctima y del damnificado.-

XI. Veamos, ahora, otros antecedentes del orden nacional.-

XI. a. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Colavita, Salvador y otro c/. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", (C. 356. XXXII - Originario), en fallo del 7 de marzo del año 2.000, dijo:

"... 1º) Que en las causas publicadas en Fallos: 312:2138; 313:1636, el Tribunal sostuvo, como principio general y con relación a un reclamo como consecuencia de los daños provocados por un animal suelto en una ruta, que "el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado" -cuyo incumplimiento se le endilgaba- "no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos puede llegar a involucrarla a tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa". Y agregó: "la omisión que se alega como sustento de la responsabilidad de la provincia no puede hacerla responsable de los daños causados por un animal del que no era propietaria ni guardadora" (Fallos: 312:2138, considerando 5º). Esta doctrina se reiteró en la causa B.146.XXIV "Bertinat, Pablo Jorge y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia de la fecha. Ello es así con relación a casos semejantes por cuanto la eventual responsabilidad que genere la existencia de animales sueltos en la ruta debe atribuirse, en virtud de lo dispuesto en el art. 1124, a su propietario, quien en el caso no ha sido demandado. 2º) Que sentado lo expuesto respecto de la responsabilidad que pretende endilgarse al Estado provincial, forzoso es concluir que tampoco cabe atribuírsela a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario -por la delegación de funciones propia de la concesión- derechos o deberes mayores a los que correspondían al ente concedente, conclusión particularmente válida si se advierte que -conforme a los términos pactados- las funciones de policía de seguridad y policía de tránsito debían ser ejercidas por la autoridad pública (cf Reglamento de Explotación. Título segundo. Conservación y Policía; art. 29. Vigilancia). 3º) Que, al margen de ello, no surge del contrato de concesión que la demandada hubiese asumido obligaciones vinculadas con el hecho que motiva la presente acción, y cuyo incumplimiento pudiese generar su consiguiente responsabilidad (cf art. 21 del Reglamento de Explotación). En efecto, si bien Concesionaria Vial del Sur S.A. se encontraba obligada en términos genéricos "a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino" (Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación. Título II. art. 6.1 y art. 25 del Reglamento de Explotación), dicha estipulación debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del ente concesionario en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido (Título III, pliego citado), enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario. 4º) Que, de este modo, no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de tales obligaciones -inherentes al estado de la ruta misma-, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza (faltantes en el lugar del hecho, cf testifical de José M. Fernández, preguntas 14º y 15º, fs. 636 y 23º, fs. 637), ya que el Reglamento de Explotación antes citado impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar las medidas tendientes para impedir la presencia de animales sueltos en la zona del camino, y los erige en "responsables de todos los gastos que ocasione su retiro y de los daños que pudieran causar" (cf art. 24). Por ello se decide: Rechazar la demanda ...", Fdo: Julio S. Nazareno (según su voto), Eduardo Moliné O'connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert (según su voto), Adolfo Roberto Vázquez (en disidencia).-

Respecto a la codemandada Concesionaria Vial del Sur S. A., el Señor Ministro Vázquez, afirmó:

" ... Que a su respecto no se trata de establecer si, en función de la relación concedente-concesionario, la responsabilidad de esa empresa puede aparecer allí donde también debería aparecer la responsabilidad estatal, o ser más o menos extensa que esta última, como tampoco si deriva o no del contrato de concesión o del reglamento de explotación del corredor vial. Que ello es así, porque el contenido y términos de la relación de derecho público que existe entre el concedente o el concesionario no es oponible al usuario del sistema de rutas concesionadas por peaje, quien al pagarlo establece con la empresa concesionaria una relación de derecho privado distinta de base contractual. En tal sentido, el vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial es una típica relación de consumo (arg. arts. 1 y 2 de la ley 24.240), por lo que la responsabilidad del último por los daños sufridos por el primero se ubica en el régimen contractual. Que, en

concreto, frente al usuario el concesionario tiene una obligación tácita de seguridad de resultado, en el sentido de que debe proveerle todo aquello que le asegure que la carretera estará libre de peligros y obstáculos, y que transitará con total normalidad. Casi innecesario resulta agregar que para obtener tal prestación es que precisamente el usuario paga un precio, y que para lo mismo el concesionario vial lo percibe. Que, entendida de tal manera, la obligación del concesionario no se agota en la remodelación, conservación y explotación del corredor vial en cuanto hace a su demarcación, retiro de malezas, cuidado de la carpeta asfáltica, etc., sino que alcanza a todo lo que sea menester realizar para asegurar al usuario una circulación normal y libre de dificultades. Por ello, demostrado que el usuario sufrió un perjuicio, emergerá en contra del concesionario - como sucede en todo supuesto de responsabilidad objetiva- una presunción de responsabilidad, para desvirtuar la cual, en el caso de daños provocados por animales sueltos en la ruta, deberá probar que le ha resultado imposible prever o evitar el perjuicio, o que previsto no ha podido evitarlo no obstante haber realizado un adecuado control de los alambrados linderos al camino, una prolija inspección visual, etc. ...".-

XI. b. En otros casos, se ha dicho que la concesionaria del peaje, en su carácter de adjudicataria de la concesión y por ende guardiana de la cosa, es responsable de los daños causados por los incumplimientos que se le imputen, en los términos del art. 1.113 del Código Civil, pues es quien debe arbitrar los medios necesarios para que la calzada esté expedita para su normal uso.-

XI. c. La Corte Suprema de Justicia, se definió como tributarista al decidir en "Estado Nacional c/. Arenera El Libertador", el 16-6-91 (ED. 144-164) dijo que la relación del denominado "peaje" no es otra cosa que la que surge del derecho fiscal y no genera más derechos al usuario de los que podría generar un tributo.-

Igualmente, se afirmó:

XI. d. "La responsabilidad derivada de la relación concesionario-usuario es extracontractual, ya que el peaje que abona el usuario configura una contribución de naturaleza tributaria y no un precio por el uso del camino", (cf.: CNCiv., Sala L, 28/04/2000, "Roa, Juan Manuel c. Covinorte S.A.")-.

"Toda vez que el pago de peaje no autoriza a considerar que media entre el concesionario y usuario una relación de naturaleza contractual, corresponde encuadrar dentro de la órbita extracontractual la eventual responsabilidad de aquél y de la Dirección Nacional de Vialidad por los daños ocasionados en el accidente sufrido en la ruta", (cf.: CNCiv., Sala I, 07/07/2000, "Corujo, Rita S. c. Empresa Caminos del Uruguay S. A. de Const. y Concesión y otros")-.

XI. e. La Sala "G" de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, el 7-6-95, se pronunció en los autos "Ceranelli, Julio c/. Nuevas Rutas S. A.", con voto del Dr. Greco publicado en el diario La Ley del 6-11-95, y dijo, respecto del peaje, que: "este no es fijado en contraprestación que configure un contrato entre cesionario y usuario. La esencia de esta relación, regida por el derecho publico, es similar a la que existe entre la administración y los usuarios, ya que el concesionario recibe de aquella una delegación que los administrativistas denominan "transestructural" y asume frente al usuario el mismo papel que le corresponde a la administración concedente, siempre en su concesión de delegado, es decir, de gestor de un determinado cometido público, (Rodolfo Carlos Barra, "Contrato de Obra Pública" T. 1, pág. 281 y ss., en especial 295 y 346 en adelante, Ed. Ateneo, Buenos Aires, 1.984)"-.

En este caso, el que tenemos bajo análisis, resulta consecuente determinar que la relación existente entre la empresa concesionario y el usuario es de naturaleza extracontractual en los términos del art 1.113 del Código Civil, siempre y cuando la causa del siniestro radique en algo inherente a la ruta: mal estado del pavimento, roturas, baches, montículos, etc, o en la falta de indicaciones o señalización, así como la permanencia de todo objeto inerte que dificulte el tránsito o que lo haga peligroso.-

XI. f. También se ha señalado, que:

"Importante doctrina vernácula considera que, en casos como el de autos, resulta operativa una "obligación tácita de seguridad" impuesta en cabeza del concesionario por imperio del principio general de buena fe emanado del art. 1198 C. C.: la concesionaria debe garantizar al usuario que no sufrirá daño alguno con motivo de la circulación por el corredor. Siendo esta obligación de resultado, el concesionario sólo se eximirá de responsabilidad probando la causa ajena (caso fortuito en sentido amplio) (cfr. Roberto Vázquez Ferreyra, "La demanda contra los concesionarios de autopistas", Revista de Derecho de Daños, Accidentes de Tránsito I, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 174 y ss.)-.

En igual sentido, en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (celebradas en Septiembre de 1996) se concluyó que para la empresa concesionaria se generan diversos tipos de obligaciones: por ej., una obligación típica de habilitar al usuario el tránsito por la ruta y también en forma tácita una obligación de seguridad por los daños que pueda sufrir con motivo de la circulación por esa ruta.- En general, las obligaciones asumidas por las empresas prestadoras frente al usuario son de resultado y la responsabilidad de carácter objetivo. La empresa prestadora del servicio, además de la obligación específica,

asume una obligación de seguridad. Este deber de indemnidad está presente en todo contrato de servicio y es invariablemente de resultado (ver J.A. 1996-IV-1027 y ss.).-

Siendo el factor de atribución la "garantía", el concesionario para eximirse de responsabilidad debe demostrar la ruptura del nexo causal, es decir, la causa ajena en sentido amplio que comprende entre otros el caso fortuito en sentido estricto, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (ver Alberto Jesús Bueres, "Responsabilidad contractual objetiva", en J.A. 1989-II-964).-

En el caso "sub examine", teniendo especialmente en cuenta el lugar en que ocurrió el evento y su mecánica, el nexo de causalidad -en cuanto se le atribuye responsabilidad por los daños a la codemandada "Semacar S.A."- se encuentra, a mi criterio, fracturado sólo parcialmente.-

En efecto. De tal forma y con lo dicho hasta aquí, el señalado encuadre jurídico autoriza a endilgarle la responsabilidad a los accionados en la misma proporción en que lo hizo el sentenciante de grado.-

No obstante y a mayor abundamiento, es menester destacar que si se enfocara la cuestión en análisis desde la perspectiva de la "culpa", teniendo en cuenta las adversas condiciones climáticas que imperaban en el momento del siniestro -cuestión sobre la que no media controversia- y meritando apropiadamente el hecho de encontrarse habilitado sólo un carril a la altura del peaje, también resultarían de aplicación el art. 512 C. C. (en cuanto Semacar incurrió en una "omisión de las diligencias debidas") y el mismo art. 902 del Código Civil.-

Se entiende que la relación causal importa siempre una imputación fáctica objetivada del resultado; la culpabilidad, a su vez, hace al juzgamiento de la conducta del sujeto, relacionándose ambos con un elemento común: la previsibilidad. A su vez, se aplica el criterio emanado del art. 902 C. C. cuando las condiciones objetivas o circunstancias que rodean el hecho también dan lugar a juzgar con mayor estrictez el nexo causal (cfr. Ruben H. Compagnucci de Caso, en el "Código Civil y normas complementarias", Bueres - Highton, Ed. Hammurabi, T. 2B, pág. 432-433).-

Reitero que sin perjuicio del soporte jurídico desarrollado más arriba con respecto a la "obligación de seguridad" que pesaba sobre Semacar S.A. -y a partir de la cual, habida cuenta su incumplimiento, se le endilga cierta cuota de responsabilidad-, llego a la conclusión señalada por cuanto la concesionaria codemandada debió también haber extremado el cuidado tal como le era exigible, no siéndole factible, por lo tanto, alegar que se trata de una exigencia que escapa al marco legal. Por el contrario, tuvo que adoptar todas las medidas de prevención necesarias para reducir al mínimo el riesgo de eventuales accidentes, lo que no hizo: muestras fotográficas revelan que un sólo carril habilitado es usado por camiones, camionetas y automóviles al mismo tiempo (ver pericial de ingeniería de fs. 510)

Teniendo en cuenta la lluvia reinante aquel día y el mayor riesgo que en la circulación de automotores ella apareja, considero relevante la falta de habilitación de otros carriles en la estación de peaje, lo que -a mi criterio- ha incidido concausalmente en la producción del evento.-

Téngase presente que, de conformidad con el art. 14 del Reglamento de Explotación, el concesionario se encuentra facultado a suspender total o parcialmente la circulación cuando así lo exijan las condiciones climáticas. Esta normativa tiene como claro propósito evitar eventuales daños a los usuarios de la ruta a raíz del mayor peligro que conllevan las circunstancias climáticas desfavorables, las que a la postre pueden resultar causa o concausa de perjuicios (ver Pirola, Martín, "Responsabilidad por daños derivados del peaje", Editorial de Belgrano, Abril de 1999, pág. 127 y ss.).-

En el mismo sentido (y tal como lo señala González López del Carril en su obra "Responsabilidad civil en rutas, autopistas y vías de circulación - El rol de los concesionarios viales", Editorial La Ley, Julio de 1999, pág. 91) el Pliego de Condiciones Particulares para la Concesión de Obras Viales y de Precalificación (PCP), aprobado por Resolución MOSP 221/89, en forma genérica, en su Título II pto. 6, dispone que el concesionario está obligado a facilitar la circulación por el camino en condiciones de "absoluta normalidad", suprimiendo las causas que originan molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino, la que debe cumplirse ininterrumpidamente las 24 hs. del día, adaptándose en las barreras de cobro de peaje las medidas necesarias para asegurar la adecuada fluidez del tránsito en todo momento", (cf.: voto del Dr. Eduardo M. Martínez Alvarez y adhesión de los Dres. Domingo A. Mercante y Alberto J. Bueres en CNCiv., Sala "D", Sentencia del 8 de octubre de 1.999 en autos "Di Gregorio, Roque Vitale A. y otro c/. De Godos, Julio A. y otros s/ daños y perjuicios y sus acumulados "Di Gregorio, Lolita c/. De Godos, Julio A. y otro s/ sumario" y "Di Gregorio, Marcela J. c/. De Godos, Julio A. y otro s/ sumario").-

XI. g. En otro antecedentes, se indicó:

"En la actualidad comparto la opinión expuesta en fallos y doctrina que consideran que la relación que se establece entre el concesionario y el usuario de un corredor de circulación, es una relación contractual de derecho privado que hace nacer una obligación objetiva de seguridad por resultado a cargo del primero. El

vínculo que enlaza al usuario con el concesionario vial es una típica relación de consumo, por lo que la responsabilidad del último por los daños sufridos por el primero se ubica en el régimen contractual (cfme. disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez en la causa "Colavita, Salvador y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 07/03/2000, en E.D. 187-939). En igual sentido, voto de la Dra. Highton - en mayoría- en autos "Greco, Gabriel c/ Caminos del Atlántico S.A. s/ daños y Borneo, Mario Blas c/ Camino del Atlántico S.A. s/ cobro de sumas de dinero", (CNACivil, Sala F, exptes. 250.214 y 250.215 del 13/03/2000 y "Cardell, Fabián Ernesto y otros c/ Caminos del Oeste S.A. s/ daños y perjuicios", expte. 267.814 de 24/10/2000, por sus fundamentos); Bustamante Alsina, "Responsabilidad por el daño que el estado de una autopista provoca al vehículo que circula por ella", LL. 1992 D 194; Vázquez Ferreyra Roberto, "La demanda contra los concesionarios de autopistas" en Rev. de Derecho de Daños, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1998, tomo I, pág. 155/178, entre otros).-

El pago del peaje no es un tributo, es un precio que percibe el concesionario y en su monto está incluido el IVA. Esta circunstancia revela que no puede tratarse de un tributo porque técnicamente no podrá aplicarse un impuesto a un tributo y además el usuario es calificado como consumidor final y no como contribuyente, (Gherzi, Carlos A., "Juicio de automotores", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p.347; Galdós, Jorge Mario, en "Peaje y animales sueltos ¿La clausura de un debate?", Nota a Fallo, en La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 06/10/2000).-

Debe recordarse que los consumidores o usuarios se encuentran protegidos por el art. 42 de la Constitución Nacional instrumentados en el art.5º y concs. de la ley 24.240. Así lo expresó mi distinguida colega la Dra. Highton en los casos citados afirmando que independientemente de que la responsabilidad sea contractual o extracontractual, de lo que no cabe duda es de que la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo.-

El propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de relación de consumo para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios. El particular que transita y aprovecha el servicio que presta el concesionario utiliza el corredor vial para trasladarse con un vehículo de un punto a otro, si sale no puede reingresar en el circuito porque si lo hace es como comenzar de nuevo y es en definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1º y 2º de la ley 24.240 y la empresa concesionaria es un típico proveedor de servicios, (Cfme. Rinessi, Antonio J., "La desprotección de los usuarios viales", Revista de derecho de daños nº 3, Accidentes de tránsito-III, Rubinzal-Culzoni, Bs. As.- Santa Fe, 1998, p.111/137).-

La responsabilidad de la demandada es amplia, debe garantizar el tránsito; responder por los daños que se produzcan por vicios de la construcción, de información u omisión culposa. (Cfme. Boragina Juan Carlos y Meza Jorge Alfredo, "La Responsabilidad Civil de los Concesionarios del Servicio de Peaje en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Un criterio disvalioso", en Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, año 2000, páginas 24/32).-

La relación de derecho público que liga a la demandada con el Estado quien detenta el poder de policía, no es oponible al usuario de la ruta por peaje. Tampoco puede la accionada descargar su responsabilidad en el propietario del animal, quien sin lugar a dudas es también responsable en los términos del art. 1124 del Código Civil.-

En la causa Colavita, ya citada se dijo que "La responsabilidad que el citado artículo establece para el dueño o guardián de un animal por los daños que cause, no es exclusiva ni excluyente de la responsabilidad de distinta índole que, de un modo u otro puede caberle a otras personas sobre las cuales pesa el deber de evitar que ningún animal esté suelto en determinados lugares por razón de la peligrosidad que su presencia representa, por ejemplo, que un semoviente invada una vía de circulación", (voto en disidencia del Dr. Adolfo Vázquez, y voto de los Dres. Bossert y Nazareno, por sus fundamentos).-

La concesionaria sólo podrá eximirse de responsabilidad acreditando la ruptura de la cadena causal a través del caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder (Vázquez Ferreyra, "La demanda ..." ya citado) ya que rige el criterio objetivo de atribución de responsabilidad, el principio de la buena fe (art. 1198 del Código Civil) y la obligación de seguridad por resultado (Bueres, Alberto J., Responsabilidad contractual objetiva, J.A. 1989-II-964).-

No se exime invocado y probando la falta de culpa", (cf.: voto de la Dra. Gladys S. Álvarez y adhesión del Dr. Hernán Daray, en "Caja de Seguros S. A. c/. Caminos del Atlántico SACV s/ cobro de sumas de dinero - CNCIV - Sala "M" - Sentencia del 30/04/2001).-

XI. h. El poder de policía constituye función propia e irrenunciable del estado pudiendo los particulares sólo colaborar con el cumplimiento de dicha función por lo que el concesionario de un corredor vial, que asumió un compromiso de colaboración con el Estado no puede tener una responsabilidad mayor y más extensa que la que tiene el propio Estado frente a la comunidad, (C1aCivComSanNicolás, 04/02/1996, "Riva, Rubén D. c. Alfasud y otras", LLBA, 1998-131).-

XI. i. No es posible responsabilizar a los concesionarios viales por los accidentes producidos en los caminos en concesión por animales sueltos por sus dueños o guardianes, o simplemente escapados o libres, pues ello importaría imponer una obligación de cumplimiento imposible, ya que resulta materialmente imposible que aquéllos puedan advertir de inmediato dicha situación, (CNCiv, Sala I, 24/11/1998, "Papasidero, Agostino c. Camino del Atlántico S. A.", LA LEY, 1999-E, 143, con nota de Gonzalo López del Carril - RCyS, 1999-894 - ED, 182-602).-

XI. j. Es inadmisibles extender la responsabilidad del concesionario vial más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma -en el caso, se produjo un accidente provocado por la existencia de animales sueltos en el camino-, ni exigirle el control de los alambrados linderos a la traza (del voto en disidencia del doctor Eyherabide), (CcivComDolores, 22/08/2000, "Castro, Luis y otra c. Camino del Atlántico", LLBA, 2001-890, con nota de Jorge Mario Galdós).-

XI. k. La responsabilidad del concesionario vial no puede extenderse más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta, por lo que no puede exigírsele el control de los alambrados linderos -en el caso, faltantes en el lugar en que un animal suelto causó un accidente-, máxime cuando el reglamento de explotación de la concesión impone a los propietarios de los fundos aledaños el deber de adoptar medidas para impedir la presencia de animales sueltos y los responsabiliza por los daños que éstos pudieran causar. El concesionario vial no es responsable por el accidente causado por un animal suelto en la ruta si, pese a que la responsabilidad del dueño o guardián no excluye la que pudiese corresponderle por su deber de suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios, no se invocó una actitud desaprensiva de su parte ante denuncias o informaciones que revelasen la presencia de animales -en el caso, cuenta con vehículos que recorren la ruta a diario- ni un actuar negligente frente al peligro que éstos representan (del voto de los doctores Nazareno y Bossert). (C.S.J.N., 11/09/2000, "Rodríguez, Eduardo J. c. Provincia de Buenos Aires y otros", LA LEY, 2001-D, 96 - DJ, 2001-2-663).-

XI. l. La responsabilidad del concesionario por los daños que sufren los usuarios del corredor vial -en el caso, debido a un asalto a mano armada a escasa distancia del puesto de peaje- es de carácter contractual, ya que entre ambos sujetos existe una relación de consumo -arts. 1º y 2º, ley de defensa del consumidor 24.240 (Adla, LIII-D, 4125)- teniendo aquél la obligación tácita de asegurar que la carretera esté libre de peligros y obstáculos y pueda transitarse con total normalidad (del voto en disidencia del doctor Vázquez. La mayoría de la Corte declaró inadmisibles el recurso extraordinario). La prueba del daño sufrido por el usuario de un corredor vial -en el caso, debido a un asalto a mano armada a escasa distancia del puesto de peaje- hace presumir la responsabilidad del concesionario vial, pues la misma es de tipo objetivo y contractual, recayendo sobre este último la obligación de seguridad, que no se agota remodelar, conservar y explotar la carretera -demarcación, retiro de maleza, cuidado de la carpeta asfáltica-, sino que comprende todo lo necesario para asegurar una circulación normal y libre de dificultades (del voto en disidencia del doctor Vázquez. La mayoría de la Corte declaró inadmisibles el recurso extraordinario). (C.S.J.N., 18/09/2001, "Choi Do Min y otro c. Huarte S. A. y otro", DJ, 2001-3-936, con nota de José Blas Made).-

XI. ll. Otro pronunciamiento, contiene precisión acerca del alcance de la responsabilidad del concesionario vial, a la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales conocidos.-

De tal manera, se ha dicho:

"Al iniciar el análisis de la eventual responsabilidad de los concesionarios de rutas y autopistas frente a los usuarios, se ponen de manifiesto las divergencias suscitadas en torno a su naturaleza jurídica.-

Sobre el particular, la jurisprudencia mayoritaria afirma que el peaje abonado por los usuarios de caminos concesionados, no constituye la contraprestación de éstos hacia el concesionario por la utilización de la ruta. Por el contrario, se juzga que, en tales supuestos, se está ante un cometido público delegado por el Estado al concesionario, en el cual el peaje no es el precio del uso por parte de quien utiliza el camino, sino que su cometido esencial es el tributo regulado en concesión y en función de pagar los gastos generales de la construcción, conservación o uso de la vía, cuyo deudor no es el usuario sino el concedente.

Consecuentemente con tal criterio, los tribunales han entendido que la responsabilidad a juzgar en estos casos no reviste naturaleza contractual, sino extracontractual (CSJN, in re "Estado Nacional c/ Arenera El Libertador", Fallos: 314:595; CNac. Civ., Sala G, in re "Carnelli, Juan c/ Nuevas Rutas S.A.", del 07/06/95; CNac. Civ., Sala D, in re "Roa, Juan M. c/ Secamar S.A." del 05/06/98, LL 1998-F-1013; CCC de Rosario,

LL 1995-D-336; CCC San Nicolás, in re "Navarro c/ Servicios Viales S.A.", del 06/02/96, LLBA 1996, p. 444 y ss., entre muchos otros).-

De cualquier modo, el aspecto central a dilucidar consiste en establecer si la responsabilidad de la concesionaria es de carácter subjetivo u objetivo, y discernir en su caso, cuales son los hechos que acarrear su deber de resarcir.-

En punto a ello, he de recordar que si bien parte de la doctrina nacional se pronuncia por la existencia de una obligación tácita de seguridad que asume el concesionario frente al usuario, debiendo por ende garantizar a éste que podrá circular por la ruta tranquilamente sin correr ningún tipo de peligro -siendo esta una obligación de resultado- (ver VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La demanda contra los concesionarios de autopistas", Rev. de Derecho de Daños, Accidentes de Tránsito, v. I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1998, p. 173 y ss.), ciertamente no es éste el criterio adoptado por nuestro máximo tribunal nacional y provincial. La Corte Suprema de Justicia Nacional, in re "Colavita, Salvador y otro c/ Provincia de Bs. As.", fallada el 07/03/2000, sostuvo que la concesionaria vial no puede asumir frente al usuario derechos o deberes mayores a los que corresponden al ente concedente, agregando que las cláusulas del Pliego de Bases y Condiciones para la concesión de Obras Viales que obligan a la concesionaria a "facilitar la circulación del camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino", deben interpretarse en el contexto de las obligaciones propias del concesionario en torno a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas, y a la oferta de servicios auxiliares al usuario. En dicha oportunidad el Supremo Tribunal dijo que es inadmisibles extender la responsabilidad del concesionario vial más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma.-

En otros términos, las cargas y facultades asumidas por el concesionario aluden específicamente al tránsito de la ruta, y a los factores que puedan alterarlo, para lo cual el concesionario debe velar por el uso apropiado y resolver los obstáculos que presenta atribuyéndole la potestad de funcionar como autoridad dentro de ese ámbito y respecto de los usuarios, quienes deben obedecer por la delegación operada que alcanza a la aplicación de sanciones. El objeto principal de la concesión apunta, precisamente, a la preservación de las condiciones aptas para el tránsito normal (esta Sala 1ª, causa 87.629).-

Por consiguiente, la concesionaria es responsable por los daños sufridos con motivo o en ocasión de su uso, siempre que la causa del siniestro radique en algo inherente a la ruta misma -mal estado del pavimento, roturas, baches, montículos, etc.-, o en la falta de indicaciones, señalización, iluminación u otros elementos que ordinariamente posibiliten la normal circulación de automotores (CNCiv., sala D, LL 1998-F-1013),(cf.: "Rojas, Santos c/. Adi, Carlos y otros s. ds. y ps.", Sentencia de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, dictada el 18 de junio del corriente con voto de la Dra. Graciela Medina y la adhesión del Dr. Roland Arazi).-

XII. De la selección de fallos reseñados, puede extraerse como conclusión que son variadas las posturas por las que se han definido los distintos Tribunales con apoyo de importante doctrina autoral.-

En síntesis, puede afirmarse la viabilidad de la siguiente clasificación en torno a la adjudicación de la responsabilidad civil de los concesionarios viales:

- a) contractual y extracontractual;
- b) contractual tributaria;
- c) contractual por el consumo;
- d) obligación de medio o de resultado;
- e) deber de seguridad subjetivo, y
- f) deber de seguridad objetivo.-

XIII. La causa "Hernández" que fuera resuelta por el Excmo. Tribunal Superior local, al disponer la nulidad de la Sentencia que fuera en casación y el reenvío de la causa, mereció el pronunciamiento de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de Octava Nominación, lo que se produjo por Sentencia del 27 del año dos mil uno.-

El Dr. Napolitano, autor del primero voto, con adhesión del Dr. Bontá, sostuvo:

" ... surge la negligencia de la concesionaria en el cumplimiento del deber de seguridad.-

... No ha acreditado la concesionaria haber desarrollado diligencia alguna para la prevención del accidente a fin de excluir su responsabilidad.-

... Ninguna acción desplegó la concesionaria ante el aviso de la presencia anormal del animal en la ruta, no obstante encontrarse a solo un kilómetro de la Estación de cobro del peaje, siendo que en escasos minutos hubiera podido o bien apartar al cuadrúpedo de las proximidades del asfalto o bien adoptar alguna medida para señalar el peligro. Nada hizo, por lo que su obrar en la emergencia fue negligente.-

... El concesionario no tiene el poder de policía sobre los animales pero tiene el deber de custodia sobre la ruta y un deber de advertir sobre los obstáculos anormales, de detener los vehículos y de coordinar las acciones. Si el concesionario es atento, frente a la presencia de los animales, puede detener a los vehículos o formular advertencias eficaces que puedan prevenir los accidentes. Si no hubiera un ejercicio concreto del deber de previsión y de evitación, puede haber responsabilidad con base en la culpa.-

... está suficientemente acreditada la culpabilidad de la concesionaria de la red vial en el deber de seguridad, entendido como la obligación de arbitrar las diligencias necesarias para dispensar condiciones mínimas de seguridad a quiénes circulan por el corredor ...".-

La restante integrante del Tribunal, se inclinó por compartir la solución propuesta por sus colegas, pero con una importante -a mi juicio- salvedad.-

La Dra. Matilde Zavala de González, dijo:

... "2) Sin embargo y como lo he expresado doctrinariamente ("Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del Derecho de daños", ed. Hammurabi, t. 4, p. 390 y ss.; especialmente, p. 394 y nota 40; y "Valoraciones sobre responsabilidad", ed. Mediterránea, p. 117 y ss.), en el caso de obligaciones de seguridad, aun siendo tácitas, opera la garantía como factor objetivo de atribución y, por ende, la responsabilidad debe ser objetiva (sólo opera la eximente de la causa ajena), pues se asegura la indemnización por el daño que correspondía prevenir, a pesar de que no medie concreta infracción a algún deber por el responsable. Situación que alcanza a los concesionarios de rutas con sistema de peaje por daños sufridos por los usuarios al transitarlas, toda vez que el factor etiológico del suceso resida en obstáculos o falencias a la libre circulación, incluyendo la presencia de cosas, inanimadas o animadas, que puedan alterarla sorpresivamente.-

Me remito a los fundamentos y antecedentes citados en tales obras, pues tal significa sólo una discrepancia teórica con la interpretación del tema por el Superior, que por razones de seriedad científica y jurisdiccional me veo constreñida a expresar, además de que los eventuales cambios en la integración de aquél pueden modificar su orientación jurisprudencial.-

A lo expuesto, corresponde agregar que, en función de lo previsto en el art. 42, Const. Nacional, es elevado a principio máximo el derecho de consumidores y usuarios de bienes o servicios a la protección, en la relación de consumo, de su salud, seguridad e intereses económicos. Dicho principio es general, de modo que rige aun en defecto de contrato "stricto sensu": basta la prestación de servicios, cualquiera sea su encuadramiento, para que surja la obligación irrestricta del prestador de tutelar la incolumidad personal y económica de los consumidores o usuarios.-

Así pues, quedan ellos abarcados por la normativa de la ley 24.240 (protección del consumidor) y su reglamentación, cualquiera sea también la relación entre el prestatario y el Estado. Y en el art. 40 de dicha ley se establece: "Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".-

Finalmente, la ley nacional de tránsito 24.449 impone la obligación a los propietarios de inmuebles linderos de "tener alambrados que impidan el ingreso de animales a la zona del camino" (art. 25, inc. g), y de su reglamentación (decreto 779/95) se infiere que ello es también de competencia del ente vial, quien se encuentra autorizado para realizar los trabajos necesarios a costa de aquéllos en caso de deficiente conservación o falta de colocación de los alambrados. Coincidentemente con Galdós, "La Corte Suprema y el peaje: ¿irresponsabilidad de los concesionarios por animales sueltos?", Semanario Jurídico, N° 1307, 7-9-2000, estimo que esta normativa desplaza cualquier otra de índole administrativa que pudiera excluir o aminorar la responsabilidad frente al usuario de un servicio público, así lo preste un concesionario.-

Finalmente, si éste se encuentra autorizado a suplir las omisiones o negligencias de los frentistas, significa que tiene un poder jurídico y fáctico sobre los alambrados y, consecuentemente, también la guarda respecto de los animales que ellos están destinados a contener; por tanto, rige además la responsabilidad objetiva por riesgo que el Cód. Civil establece respecto de cosas que se tienen bajo cuidado (aplicación analógica del art. 1113 a los animales sueltos en rutas y, por ende, máximamente peligrosos). No constituye eximente la circunstancia de que el animal se hubiese soltado sin culpa de la persona encargada de guardarlo (art. 1127) pues, salvo la hipótesis de fuerza mayor o de otra causa ajena, la presencia del animal en la vía pública denota, "in re ipsa" y acorde con el más elemental sentido común, la falta de una adecuada custodia. En definitiva, aunque se prescindiera de la tesis contractualista (o más propiamente: obligacional) a raíz del pago del peaje, de todos modos la responsabilidad sería objetiva.-

3) En la especie, la solución práctica no varía, al haberse puesto de relieve la culpa de la demandada, según se analiza en el voto precedente. Pero la discrepancia personal con el encuadramiento por el Superior puede llegar a ser decisiva en situaciones diversas.".-

XIII. a. En el primero de sus trabajos -a los que remite-, la Dra. Zavala de González enseña que la garantía puede tener diferente origen y que en el caso de la responsabilidad contractual, se exterioriza a través de una obligación de seguridad, que puede ser principal o bien accesoria a la que constituye el objeto directo del convenio. Citando a Vázquez Ferreira, dice que ha sido definida como "aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley o bien surgir tácitamente del contrato, a través de su interpretación en base al principio de la buena fe".-

Como uno de los casos en los que funciona la obligación de seguridad contractual, indica el de los concesionarios de rutas por peaje que responden por los daños sufridos por los usuarios al transitarlas.-

XIII. b. Para ilustrar la afirmación, realiza la siguiente cita de la resolución de la Cám. Civ. y Com. de Resistencia, Sala IV, del 4/12/97, en autos "González Torres, M. E. c/. Deluca, J. A. y/o Servicios Viales S. A. s/ Indemnización de daños y perjuicios", (LLLitoral-Juris, 1998-9l y ss.), que ha declarado:

"Las causales de dañosidad que eventualmente perjudiquen los usuarios, tales como animales sueltos, exceso de velocidad de otro automovilista o ebriedad, fallas vehiculares o falta de iluminación de los automotores, manchas de aceite, detención de vehículos sobre la ruta, entre otras, no exoneran de responsabilidad a la concesionaria; para que hechos de terceros puedan reputarse como causas ajenas, no deben ser imputables a una falta u omisión de aquélla, a la vez que necesitan poseer las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propia del "casus". Al anotar el fallo, precisa con acierto Sagarna, (Jurisprudencia sobre responsabilidad de los concesionarios de rutas por peaje) que el factor de atribución reside en la garantía inherente al contrato entre concesionario y usuario y que es debida como un resultado, en el sentido de la responsabilidad de transitar libremente y sin daños. Dentro de similar orientación, Vázquez Ferreyra, La demanda contra concesionarios de autopistas, en "Accidentes de tránsito", n° 1, "Revista de Derecho de Daños", ps. 177 y 178, considera que la eximisión sólo procede acreditando un caso fortuito. De allí que no constituya causal liberatoria la presencia de animales sueltos, en tanto obstáculos al tránsito, así no representen fallas propias de la carretera y aunque pueda determinarse quién es su propietario o guardián.- En contra: Cám. Fed. Córdoba, Sala A, 20/12/95, "Foro de Córdoba", 1996, n° 33, p. 192.", (ob. cit. pág. 394).", (cf.: "Resarcimiento de Daños ...", pág. 394)".-

XIII. c. Es bueno tener presente algunas de las disposiciones de la ley n° 24.449, contenidas en los siguientes artículos:

5. DEFINICIONES. A los efectos de esta ley se entiende por:

m) Concesionario vial: el que tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o el mantenimiento y/o explotación, la custodia, la administración y recuperación económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación;

z) Zona de camino: todo espacio afectado a la vía de circulación y sus instalaciones anexas, comprendido entre las propiedades frentistas;

z') Zona de seguridad: área comprendida dentro de la zona de camino definida por el organismo competente.-

21. ESTRUCTURA VIAL. ... En autopistas, semiautopistas y demás caminos que establezca la reglamentación, se instalarán en las condiciones que la misma determine, sistemas de comunicación para que el usuario requiera los auxilios que necesite y para otros usos de emergencia.-

23. OBSTÁCULOS. Cuando la seguridad y/o fluidez de la circulación estén comprometidas por situaciones u obstáculos anormales, los organismos con facultades sobre la vía deben actuar de inmediato según su función, advirtiendo del riesgo a los usuarios y coordinando su accionar a efectos de dar solución de continuidad al tránsito.-

59. OBSTÁCULOS. ... La autoridad presente debe remover el obstáculo sin dilación, por si solo con la colaboración del responsable si lo hubiera y estuviere en posibilidad de hacerlo ...".-

XIV. No comparto la afirmación categórica de la distinguida colega de la Excm. Cámara Octava, respecto a que la concesionaria vial tiene un poder jurídico y fáctico sobre los alambrados y, consecuentemente, también la guarda respecto de los animales que ellos están destinados a contener; por tanto, rige además la responsabilidad objetiva por riesgo que el Cód. Civil establece respecto de cosas que se tienen bajo cuidado, por las razones que a continuación expongo.-

XIV. a. El art. 1.124 del Código Civil (El propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario), establece la responsabilidad del propietario o guardián del animal, doméstico o feroz, del daño que causare. En los artículos siguientes determina las causas de eximisión de esa responsabilidad.-

El fundamento de esta responsabilidad, es la que se basa en el riesgo creado. Considera al animal una cosa peligrosa sobre la que se tienen los poderes de dirección, de control y de uso, en definitiva el poder de mando que corresponde al propietario, al guardián, o a quien, en definitiva, aprovecha de él.-

Entiendo, no obstante, que la norma no establece un principio absoluto de atribución de responsabilidad.-

XIV. b. El animal, "... no es capaz de culpa, como tampoco lo es el demente o el menor de diez años. Aunque les falta el discernimiento, en general no carecen los animales de cierta iniciativa, de cierta autonomía de movimientos, realizados en razón de su propia vitalidad, o por impulsos de su instinto o de sus tendencias naturales o adquiridas, los que los lleva a atacar o a defenderse, a satisfacer sus propias necesidades o a difundir males de que son portadores. Puede, así, el animal, ser causa autónoma de un daño cuando lo produce al reaccionar en presencia de los hechos de un tercero y hasta los de su misma víctima.", (cf.: Henoch D. Aguiar, "Hechos y Actos Jurídicos en la doctrina y en la ley", T. III, "Actos ilícitos. Responsabilidad Civil. 2", pág. 297, Tipográfica Argentina Editora, Bs. As., 1.950).-

El mismo autor, al referirse a los casos especiales de presunción juris tamtum, manifiesta, que: "... Lo normal, lo común, lo que ordinariamente sucede -quod plerumque fit- es que el propietario mantenga, con la posesión jurídica de su cosa, la tenencia de la misma, conservándola bajo su poder y bajo su cuidado, por sí o por intermedio de sus dependientes o empleados, y que él obtenga, también ordinariamente, el provecho económico de los animales que le pertenecen. Esas circunstancias sirven de cimiento a la responsabilidad que la ley impone al dueño del animal, ya se refieran ellas a la culpa en que ha incurrido en su guarda y cuidado, ya al provecho económico que de él obtiene, fundamento, la primera de la responsabilidad subjetiva y el segundo, de la fundada en el riesgo, como contrapeso del provecho que le redunda el uso del animal. Así, tanto en una como en otra hipótesis, la responsabilidad del dueño del animal tiene fundamento sólido, firme e indiscutible.", (cf.: ob. cit., pág. 308).-

Salvat, admite que en una teoría más moderna -a diferencia de la clásica- se considera que el fundamento de la responsabilidad en estudio reposa en la idea de riesgo: el dueño de un animal aprovecha de sus servicios y, en consecuencia, como una justa compensación del provecho, debe cargar con los perjuicios causados por el mismo.-

Sin embargo, dice: "... 1º. Nosotros no vemos que exista una diferencia fundamental entre la concepción tradicional y esa idea reciente de "falta de guarda". Concebida ésta como la desaparición del control inmediato y permanente del dueño sobre el animal, quedará siempre determinar la causa de esa desaparición, y desde este punto de vista, nos parece que si la ley impone la responsabilidad que estudiamos es, precisamente, haciendo una aplicación de la idea de culpa más bien que de la de riesgo: prueba de ello es que, aunque sean limitados, los casos en que la responsabilidad cesa se vinculan todos a la ausencia de culpa. 2º. Dentro de los principios de nuestro código, la presunción de culpa deriva del propio texto de la ley, pero esta presunción es más enérgica o severa que en el caso de las cosas inanimadas: en cuanto a los animales, en efecto, la ausencia de culpa como causa de cesación de responsabilidad no se admite con carácter general, sino sólo en los casos que la ley concretamente ha contemplado (arts. 1.125, 1.127 y 1.128); en cuanto a las cosas inanimadas, por el contrario, la responsabilidad existe si el dueño no prueba que no hubo culpa de su parte (art. 1.133), cualquiera sea la causa de su inexistencia. En el primer caso, la presunción de culpa tiene un carácter más absoluto que en el segundo, en el cual todo se reduce a una simple inversión de la prueba.", (cf.: Raymundo M. Salvat, "Tratado de Derecho Civil Argentino", "Fuentes de las obligaciones. Hechos ilícitos. Enriquecimiento sin causa. Leyes aplicables", Tomo 3, pág. 82, Ed. La Ley S. A., Bs. As., 1.946).-

Otra visión tiene Borda, para quien "... Sin desconocer que en muchos casos los daños causados por animales se deben a una deficiente vigilancia, nos parece más jurídico fundar esta responsabilidad en el riesgo creado. Frecuentemente no podrá encontrarse en el dueño ninguna culpa. Así ocurre, por ejemplo, cuando una tropa de ganado, encargada a reseros avezados y responsables, se asusta por cualquier hecho imprevisto y embiste y destroza un alambrado; o cuando un caballo manso se espanta y voltea a su jinete. La razón de la responsabilidad está en que el dueño y la persona que se sirven del animal han creado un riesgo del cual aprovechan y cuyas consecuencias es justo que afronten.", (cf.: Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino", Obligaciones, T. II, pág. 303, 3ª ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1.971).-

XIV. c. Este parecer, me resulta acertado a la luz de la interpretación que se realiza de la fuente de la norma del Código Civil, es decir, el art. 1.385 del Código Francés.-

Al respecto, dice Jossérand: "La jurisprudencia y la mayor parte de los autores explican la responsabilidad civil del guardador del animal, y motivan la de los padres, artesanos y comitentes, fundándose en el concepto de la culpa presunta. En nuestra opinión, la explicación no es mejor en este caso que en el otro. La pretendida presunción de la culpa sería una presunción absoluta, juris et de jure, ya que no se admite que el guardador haga la prueba contraria para liberarse, estableciendo que, en el caso particular, no había cometido culpa:

ahora bien, una culpa invenciblemente presumida, no es ya una realidad, sino una pura ficción que no debería comprometer a nadie. En verdad, la responsabilidad del guardador de un animal es de orden objetivo: procede de la idea de riesgo; quien crea un riesgo, introduciendo con ello en la sociedad un elemento virtual de daño, debe, si ese riesgo se realiza, soportar el peso del mismo.", (cf.: Louis Josserand, "Derecho Civil", Teoría general de las obligaciones, T. II, Vol. I, pág. 405, Ed. E.J.E.A., Bs. As., 1.950).-

XIV. d. No soy ajeno a otras interpretaciones distintas a la inmediatamente precedente.-

Así, por ejemplo, Henri y León Mazaud, afirman que el guardián es responsable porque ha cometido una culpa, pero esa culpa no es la presunta falta de vigilancia de la teoría clásica; el fundamento de la responsabilidad a causa de las cosas debe buscarse en lo que han dado en llamar "la culpa de la guarda".-

Mientras, André Tunc reconoce en la ley una presunción de causalidad: todo propietario o guardián debe hacer lo posible para que las cosas que se hallan en su custodia no causen daño a otro.-

Las distintas posiciones de estos autores -los Mazaud y Tunc- pueden verse en "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil delictual y contractual" de Henri y León Mazaud y André Tunc, T. II, Vol. I, págs. 367 y 378, n° 1.312 y ss. y n° 1.328 y ss., respectivamente, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1.962.-

Al hablar del fundamento de la responsabilidad, también se ha dicho: "... es indiscutiblemente la presunción de culpa procedente de vigilancia. Los trabajos preparatorios no dejan duda alguna en este punto ...", (cf.: Ambrosio Colin y H. Capitán, "Curso elemental de Derecho Civil", T. III, Teoría general de las obligaciones, pág. 854, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.943).-

XIV. e. Mi postura comparte la idea de que una responsabilidad fundada sobre el riesgo no podría presumirse, la ley la establece o no lo hace.-

Está o no proclamada por el legislador.-

Le compete al intérprete determinar su existencia.-

En el caso específico de la responsabilidad por los daños causados por los animales, entiendo que la regla establecida en el art. 1.124 de nuestro Código Civil es la manifestación de la teoría del riesgo anexo al beneficio o provecho de la cosa que causa el perjuicio.-

De tal suerte, el propietario del animal -el guardián o la persona que se sirve de él, en su caso- puede obtener la exención o exoneración de la responsabilidad objetivamente atribuida por la ley, acreditando fehacientemente que el perjuicio se ha ocasionado por la culpa de quien lo sufre o de un tercero por quien no debe responder, además, claro está, del caso fortuito o la fuerza mayor.-

XIV. f. Es obvio, entonces, que a mi criterio si la concesionaria vial no es el sujeto que obtiene beneficio o provecho del animal, no le cabe este tipo de atribución de responsabilidad.-

Agrego en apoyo de mi postura que cuando la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de San Nicolás, se pronunció en el fallo dictado en la ya citada causa "Navarro, Eduardo Javier c/. Servicios Viales S. A. s/ cobro de pesos por daños y perjuicios", el 21 de marzo de 1.996, al compartir la solución propuesta por la mayoría, el restante camarista doctor Civilotti, en su voto acotó que la empresa concesionaria de la ruta no es dueña, ni guardiana de ese animal ni goza o saca provecho de él. Por ende no está alcanzada por el artículo 1.124 del Código Civil. Su responsabilidad, de existir, ha de asentarse en la culpa: en haber omitido las diligencias normales y apropiadas, que hacen al objeto de su concesión, tendientes a liberar de obstáculos el tránsito, (cf.: "Revista de Jurisprudencia Provincial-Buenos Aires", junio de 1996, año 6, n° 6, pág. 483; LLBuenos Aires, 1996-444 y D.J.J. 150-225).-

XIV. g. A modo de colofón, sostengo que la concesionaria vial, responde por los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, ocurrido en la ruta concesionada a raíz de la presencia de animales sueltos, a título del deber de garantía objetivamente atribuido desde la relación obligacional con el usuario, derivada del vínculo jurídico que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final, y de esa responsabilidad sólo puede eximirse o exonerarse demostrando la fractura del nexo adecuado de causalidad.-

XV. En el caso bajo examen, hay que tener presente una particularidad.-

El rodado conducido por el Sr. Bauk, embistió un caballo que muerto se encontraba sobre la vía de circulación.-

No es propio, entonces y para este caso singular, predicar que el siniestro deriva de la presencia de un animal suelto en la ruta, pues el yeguarizo debe ser tenido en cuenta no ya como un animal, si no como una cosa inerte que obstaculiza el tránsito.-

Y en ese orden de ideas, vuelvo al voto del Dr. Sánchez Torres en el que se hace ostensible la negligencia de la concesionaria y la consecuente falta de prueba de la fractura del nexo de causalidad alegada.-

Por consiguiente, se ajusta a derecho la condena impuesta a Covicentro S. A., más allá de la cuestión procesal que también se discute.-

XVI. No debo pasar por alto, antes de continuar con la idea que vengo desarrollando, que al trabarse la litis -y menos aún con posterioridad- la concesionaria vial buscara disculpar su responsabilidad alegando la culpa de un tercero por quien no debe responder (situación en la que encajaría el conductor del vehículo en el que se transportaba gratuitamente el actor), habida cuenta que todas las referencias que se han hecho de esa circunstancia han venido a cuento con motivo de la oposición de la citación al juicio como tercero, mas nunca como defensa de fondo ante la acción intentada.-

De tal manera, la Alzada no puede entrar en el análisis de esa cuestión por que la ley ritual se lo veda, (arg. art. 332 del C. P. C.).-

XVII. Según lo expresado hasta a aquí, y compartiendo lo dicho por el Dr. Adán Ferrer en su voto en "Hernández" más arriba transcripto -En lo jurídico, no desconozco que el acierto de esa aseveración podría verse resentido por la disposición contenida en el art. 1107, Cód. Civil, en cuanto excluye el incumplimiento de "obligaciones convencionales" de las reglas que rigen las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos (Título 9, Secc. 2ª, Libro II del Código Civil). Sin embargo, a mi juicio, la genérica incompatibilidad entre ambos regímenes de responsabilidad cede frente a la particular posición jurídica a la cual queda reducido el usuario damnificado, dentro de la compleja trama de relaciones emergentes del contrato de concesión ... Cabe recordar que la doctrina advierte que "... la barrera del art. 1107 sólo priva respecto de las partes ligadas por la relación jurídica que resulta infringida por el hecho dañoso, pero no afecta a los terceros que son ajenos a dicha relación obligacional. Por lo tanto, cualquier tercero lesionado por un acto de culpa practicado en la ejecución de un contrato, puede demandar la reparación según las reglas de la responsabilidad extracontractual ...", (Jorge J. Llambías, "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", t. III, Ed. Perrot, pág. 562)- y a al luz de lo dispuesto en los arts. 699 (La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores.) y 1.109 (Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.), del Código Civil, doy por concluido lo atinente a la responsabilidad y, entonces, corresponde ocuparse de los restantes reclamos.-

XVIII. En lo que hace a la cuestión planteada por Covicentro S. A. a partir de su citación como tercero, sobre la que basa la improcedencia de la condena.-

Héctor A. Renella, al comentar el art. 435 (La sentencia dictada después de la intervención de los terceros, obliga a éstos como a los litigantes principales y será ejecutable en su contra) del C. P. C., dice:

" ... 1. Para poder analizar los efectos de la sentencia respecto al tercero, debemos previamente conocer y reflexionar sobre la citación del tercero y su comportamiento posterior en el proceso.-

2. Ante el fenómeno del proceso, quien se sienta afectado por su trámite y consecuencias posteriores, con el fin de defender su derecho, puede o no incorporarse a él, depende exclusivamente de la voluntad de este sujeto. Anteriormente nos hemos referido a los dos supuestos sobre los cuales nacen las clases de intervención: voluntaria y obligada, estableciendo que en la primera cuando el tercero se incorpora al proceso se lo considera como una parte más ("... tendrá las mismas facultades y derechos que las partes", art. 43 2 in fine), en caso de no incorporarse no podrá defender sus derechos, y para ello tendrá otras vías o procesos judiciales en los que los ventilará. Distinto es el caso de la intervención obligada, en la cual han de analizarse algunas situaciones procesales en relación al tercero.-

3. En la intervención obligada o coactiva se ha expresado (art. 434 §1, 3er párrafo) que si es el actor quien solicita su presencia, ha de demandarlo juntamente con el accionado, con lo que se constituye un litis consorcio pasivo; si es el demandado, se comunica al actor por un traslado, y luego el tribunal resuelve citar o no al tercero. Si se decide no citar al tercero, el demandado puede apelar la resolución: decidida la citación, el tercero puede o no incorporarse al proceso. En caso de incorporarse lo hace como una parte, con lo que se aplica la norma en estudio (art. 435).-

... 4. La norma en estudio (art. 435) establece que "... después de la intervención de los terceros ... se producen los efectos que ella dispone, es decir que es necesaria la incorporación voluntaria del tercero en el proceso, o bien su citación. Es necesario, por el principio de bilateralidad, que se haya otorgado al tercero la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en el proceso, para que le sean aplicables los efectos de la sentencia y aun ser ejecutada en su contra. En este caso y luego de esa intervención se lo considera parte, pero expresamos supra que el tercero puede o no incorporarse al proceso, con lo que nos remitimos a lo allí explicado.-

5. 1. Además de estas normas específicas tratadas en este Capítulo II del Título V, en otras disposiciones el Código Procesal se refiere al tercero, las que pasaremos a mencionar, a fin de poder tener una aplicación armónica de ellas.-

... 5. 4. Anteriormente, hicimos referencia a que el tercero está facultado para recurrir una resolución cuando ésta lo afecte (art. 354), disponiéndose que el plazo para la interposición comienza cuando el tercero toma conocimiento del hecho, entendiéndose por tal la misma resolución o bien sus efectos, como es su ejecución, para lo cual ha de ser notificado de estos actos", (cf.: "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba", dirigido por Rogelio Ferrer Martínez, pág. 826, Ed. Advocatus, Córdoba, 2.000).-

Compartiendo esos conceptos, es obvio que la queja no puede atenderse.-

XIX. En cuanto a la procedencia de los rubros por los que se admite el pedido de reparación y los montos indemnizatorios que contiene la Sentencia opugnada.-

En este causa, se ha producido la prueba pericial por la que se arribara a la determinación del estado de salud del actor con motivo del accidente de tránsito sufrido. De esa opinión, el Señor Juez de primer grado se ha valido para establecer su alcance.-

Acerca de la valoración de este medio probatorio, puede decirse que impone la sana crítica que quien dicte sentencia, explique cuál ha sido el proceso lógico de su razonamiento, puesto que de lo contrario permitiríamos al juez una apreciación arbitraria de los medios de prueba, o lo que es aún más grave, que resuelva fuera de lo que ellos determinan o bien en contra de lo que ellos definen.-

En ese orden de ideas, hay que decir que el juez tiene el deber jurídico de observar las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.-

En punto a la prueba pericial, debe tenerse presente que es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos científicos, artísticos o prácticos -más amplios que por lo común pueden tener los jueces- perciben, verifican hechos y hacen saber a los magistrados su opinión fundada en la interpretación de los mismos, apreciándolos de acuerdo a esos conocimientos especiales que tienen y que sirven para formar la convicción del sentenciante.-

Obviamente, debe también quedar en claro que el juicio de valor que emite el técnico en determinada materia, no puede sustituir la opinión del Juez que es soberano para juzgar los hechos litigiosos, la conducta de las partes y la norma jurídica aplicable a la resolución del caso.-

Para apartarse del juicio de un entendido el magistrado tiene que dar a saber cuales son las razones de entidad suficiente que justifiquen esa decisión.-

A tal fin, debe demostrar que el dictamen se halla en contra de principios lógicos o máximas de experiencia, o bien que en el pleito encuentra otros medios de pruebas de mayor valor para acreditar la existencia de la veracidad de lo controvertido, (cf.: mi voto en autos: "Merlino, Enio c/. Miguel Alercia - Ordinario", Sentencia n° 65 del 17 de mayo de 1.990, entre otros).-

La actividad probatoria de los codemandados ha sido nula en orden a demostrar que el perjuicio que se reclama no se ha producido como lo ha sostenido el experto, razón por la cual debe estarse a lo alegado y probado por la parte actora.-

Ello es así al no haberse opuesto argumentos científicos de mayor valor y/o atendibilidad que los proporcionados por el perito interviniente, motivo por el cual cabe aceptar sus conclusiones.-

Al respecto, Palacio ("Derecho Procesal Civil", T. IV, p. 720, y sus citas), ha señalado que cuando la prueba "aparece fundada en principios y procedimientos técnicos no objetables y no existe otra prueba que la desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquél", (cf: mi voto en "Pérez de Cufre, Sumilda Esther y ot. c/. Oscar Cresencio Córdoba y ot. - Ordinario", Sentencia n° 53 dictada el dieciséis de mayo del corriente).-

El reproche, en este aspecto, tampoco puede ser escuchado.-

XIX. a. La actividad desarrollada por el accionante -perfusionista- por cuenta propia, no permite efectuar un cálculo acerca de los ingresos dejados de percibir que reflejen esa cantidad con absoluta precisión.-

Con buen criterio el Inferior tomó un lapso que permite realizar una estimación aproximada en un espacio de tiempo relativamente prolongado. Hacerlo de otra manera, aumenta la posibilidad de error ya que durante un intervalo más o menos corto, podría reflejar una situación distinta a la de la realidad al computarse el tiempo de una ganancia importante o menor.-

De ahí, pues, que se ajuste a derecho el método seguido por el Juez sobre el cual, a decir verdad, no se ha hecho una crítica valedera que lleve a apartarse de él.-

Con esa aclaración, cuadra apuntar que para la fijación de la cantidad de dinero que se estima justa para resarcir el daño ocasionado, resulta de la misma manera adecuado valerse de la fórmula matemática financiera

empleada por la mayoría de los tribunales provinciales a partir del decisorio del Excmo. Tribunal Superior de Justicia local en el caso "Marshall, Daniel A.", (cf.: La Ley Córdoba, 1.984-961).-

Se recurre a un procedimiento por el cual se determine un capital que puesto a una renta anual pura, brinde al beneficiario un monto equivalente al que dejó de percibir a causa del perjuicio padecido por el accidente.-

Dicha fórmula de matemática financiera que se debe emplear, es la siguiente:

$C = a \times (1 - V_n) \times 1/i$; según lo cual tenemos que " V_n " es igual a $1/(1+i)^n$.-

El factor " a " representa el retiro anual de capital e intereses equivalentes a la valoración económica de la actividad, sobre la base de un promedio estimado; " i " es la tasa anual de interés producido por el capital (6%); " n " es el número de periodos anuales durante los cuales debe operarse el agotamiento del capital, es decir, la cantidad de años existentes entre la edad del damnificado (39 a la época de siniestro) y el tiempo que resta para alcanzar la edad de obtención del beneficio previsional (65 años de edad), o sea, 26 (veintiséis) periodos aunque dice el juez que en la demanda se pide por 25 (veinticinco) espacios y sobre ello no hay agravio.-

Para obtener el factor " a " debe determinarse, primeramente, el importe de la pérdida anual y luego multiplicar esta cantidad por la tasa de interés fijada.-

Como se advierte, el a quo lleva a cabo el cálculo en el momento de dictar su sentencia, razón por la cual si aplicara intereses al tiempo anterior, se produciría un enriquecimiento sin causa para el actor.-

Así lo tengo expuesto en mis votos en "Mármora, José Santiago y otro c/. Gazzzone, Omar Horacio y otros - Daños y perjuicios", Sentencia del 26 de agosto de 1.996; "D'Elia, Domingo Fermín c/. Ramón Alfredo Santamarina y otro - Ordinario", Sentencia n° 9 del 19 de febrero de 1.998; "Camino de Cejas, Catalina J. c/. Antonio A. Giménez y otro - Ordinario", Sentencia del 23 de marzo de 1.998, entre otros.-

El embate recursivo, no merece acogimiento.-

XIX. b. Si se tiene en cuenta que en el texto original del art. 1.078 del Código Civil, se encuentra un concepto del daño moral que es válido para precisar qué es lo que persigue indemnización: lo que hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas y que hoy se entiende al daño moral más allá de la órbita sensitiva, como un desmejoramiento espiritual o de la personalidad y aunque no haya dolor (caso de enfermos en estado de coma), (cf.: Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", 4 Presupuesto y funciones del Derecho de daños, pág. 179, Ed. Hamurabi, Bs. As., 1.999) y, asimismo y a los fines de limitar el concepto de la materia en estudio, la definición de daño moral aportada a las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil por Daniel Pizarro (Semana Jurídico n° 904), afirmando que éste consiste en toda modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en el cual se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, necesariamente debe concluirse en que el actor ha padecido una situación particular que encaja en los conceptos recién vertidos y que llevan a establecer una indemnización a cargo de quien resulte responsable civil de tal padecimiento.-

Además, en lo que hace a esta indemnización solicitada a título de daño moral, vale agregar, que la misma tiene carácter indemnizatorio resarcitorio (Orgaz, "El daño resarcible", pág. 191) y ha sido concebido como la lesión en los sentimientos por el dolor o sufrimiento físico, un menoscabo provocado inquietudes, molestias o agravio a la afección legítima. Lesión en suma a intereses extrapatrimoniales en la persona jurídicamente protegidos (Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 264; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad civil", pág. 205).-

La determinación de su cuantía se encuentra librada al prudente arbitrio judicial y no depende de la existencia o extensión de los perjuicios patrimoniales pues no media interdependencia entre tales rubros, ya que cada uno tiene su propia configuración, pues se trata de daños que afectan esferas distintas (Daray, "Accidentes de Tránsito", pág. 507, núm. 84; Llambias, "Obligaciones", T. 1, pág. 229).-

Para el caso de autos, también viene a cuento otro aspecto de este precedente:

"En primer lugar y habida cuenta la específica regulación que el Código Civil ha establecido para esta partida del daño (tal como desarrollaré a continuación), cabe formular una distinción de base ya que el perjuicio moral padecido por los accionantes de autos reconoce distinta causa fuente (proyectando consecuentemente matices diferentes en cuanto a su solución): origen contractual con respecto a la concesionaria de la ruta donde ocurrió el desgraciado evento y extracontractual con relación a los demás.-

En efecto. Este nocimiento -que se encuentra específicamente normado en el art. 1078 del Cód. Civil para aquellos supuestos en que deriva de la producción de un hecho ilícito-, contempla las lesiones como causa de dolores y diversos malestares físicos y psíquicos que afectan la seguridad personal de la damnificada, y todo tipo de padecimientos de esa índole que resulten consecuencia natural del hecho, a tal punto que la

jurisprudencia ha relevado a la víctima de la prueba de los mismos (cfr. Stiglitz, Gabriel A. y Echevesti, Carlos A., en "Responsabilidad Civil", dir. Mosset Iturraspe, Jorge, p. 250).-

A su vez, el art. 522 del Código Civil establece que en los casos de indemnizaciones por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. Con anterioridad a la sanción de la ley 17.711, la jurisprudencia mayoritaria consideró que en materia contractual no era indemnizable el daño moral ya que el art. 1078, único que aludía a él, tenía su ámbito de aplicación a los actos ilícitos. Mas luego de la sanción de la referida norma, la reparación del daño moral se encuentra sujeta a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso, extremos fácticos que es tarea del juez ponderar en cada caso (cfr. Jorge A. Mayo en "Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado", Belluscio-Zannoni, T. V, Editorial Astrea, 1979).-

Las expresiones utilizadas, entonces, por el art. 522 del Código Civil como podrá, índole del hecho generador y circunstancias del caso, en realidad, son pautas que persiguen como finalidad un mayor afinamiento del criterio del magistrado, para evitar que se llegue a situaciones disvaliosas, como sería precisamente, si llegara a admitirse automáticamente, ante el sólo incumplimiento contractual, el daño moral (cfr. CNCiv., Sala L, "Méndez de López Mansilla, Claribel y otra c/ Bonfiglio Wasbein y Bonfiglio SRL s/ Ordinario", n° 43149, del 13-06-91).-

Por lo demás, si bien es cierto que el daño moral no puede ser medido en sí mismo por un procedimiento material (ya que no se lo puede contar, tampoco pesar, etc.), sí es factible hacerlo por una vía no menos real, aunque inmaterial: con la balanza de la mente y el metro del espíritu. Así, cuando se dice que el daño moral no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen también un medio probatorio, sólo que indirecto (cfr. Zavala de González, Matilde, en "Resarcimiento de daños", T. 2b, pág. 593 y ss.).-

A los efectos de establecer la indemnización por el rubro, es necesario en primer lugar considerar las condiciones personales del damnificado y la entidad de los padecimientos sufridos. Así cobra vital importancia el análisis de la gravedad objetiva del daño, la edad y personalidad de la víctima, su situación familiar y social, etc. (ver Roberto Vázquez Ferreira, "Responsabilidad por daños", p. 190, Ed. Depalma, 1.993)", (cf.: voto del Dr. Eduardo M. Martínez Álvarez y adhesión de los Dres. Domingo A. Mercante y Alberto J. Bueres en CNCiv., Sala "D", Sentencia del 8 de octubre de 1.999 en autos "Di Gregorio, Roque Vitale A. y otro c/. De Godos, Julio A. y otros s/ daños y perjuicios y sus acumulados "Di Gregorio, Lolita c/. De Godos, Julio A. y otro s/ sumario" y "Di Gregorio, Marcela J. c/. De Godos, Julio A. y otro s/ sumario").- En definitiva, el reproche sólo esta referido al monto de la compensación que se dispone y al interés que genera, y no puede ser oído por que no se señala, con precisión, el error en el que podría haber incurrido el judicante al fijarlo.-

XIX. b. En lo que atañe a la tasa de interés, el reproche de la parte actora debe prosperar.-

A mi criterio, la tasa solicitada por el recurrente es la correcta.-

Tengo dicho, que:

"... sigo sosteniendo que al interés que resulta de calcularlo sobre el porcentual que indique la tasa pasiva promedio mensual que da a conocer el Banco Central de la República Argentina (BCRA), debe agregársele el 1 % por idéntico período, por las siguientes razones: " ... La realidad del mercado financiero, me muestra que la tasa activa de interés que manejan las entidades de crédito, tanto públicas como privadas, supera en todo los casos el uno por ciento mensual... Si se presta atención a las tasas que el mismo Estado -nacional, provincial o municipal-, establece como de interés moratoria para el caso de incumplimiento en el pago de impuestos o servicios, se advertirá que aquellas alcanzan al dos o más por ciento por un mes", (cf mi voto en "Altamirano, Oscar c. Serrani, María Elena y otro - Ordinario", sentencia No 8 del 27/11/97, entre otros), (cf.: mi voto en "Camino de Cejas, Catalina J. c/. Antonio A. Giménez y otro - Ordinario", Sentencia del 23 de marzo de 1.998 que puede consultarse en Responsabilidad y Seguros, Ed. La Ley, T. 1999-Derecho Práctico-649).-

La situación económica, financiera y social por la que atravesamos los argentinos en estos tiempos, me lleva a reiterarme -con mayor ahínco- en esa postura.-

XX. La imposición de las costas -cuestión accesoria que sigue la suerte del principal-, deriva del resultado del juicio y como consecuencia de la valoración de la conducta procesal de la parte que se declara vencida en el pleito.-

Por supuesto que para su determinación, debe seguirse un criterio puramente jurídico.-

La carga de las costas es una consecuencia lógica que se sigue del principio general establecido en el art. 130 del C. P. C.-

Quien es derrotado en el litigio debe soportar la imposición de las costas, quedando a salvo la ponderación del magistrado al tener en cuenta los montos por los que admite la pretensión.-

XXI. Por todo lo dicho, voto en el mismo sentido en que lo hace el Señor Vocal, Dr. Julio C. Sánchez Torres.-
A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGÑARÁS, DIJO:

1) La relación de causa efectuada por el señor Vocal de Primer voto, resulta ser puntualmente prolija, y a ella nos remitimos para evitar inútiles repeticiones.-

El análisis efectuado a los temas traídos en confrontación y la solución que se aplica al caso resulta ser compartida por el suscripto, al que nos adherimos, pero a consecuencia del elaborado como acertado análisis que se realiza de los temas tratados, es dable -solamente- efectuar algunos apuntes.-

En estos autos -respecto del codemandado-, se trata de resolver la responsabilidad del mismo en el evento dañoso, en que el automóvil en que se conducía el actor era transportado por el Señor Bauck, como ya se relatara suficientemente, con el fin de realizar una intervención quirúrgica.-

El hecho se produjo por encontrarse el conductor con un animal muerto en la ruta, que le impedía la normal circulación, contra el que colisiona y posteriormente se proyecta hacia la banquina, algunos metros hasta que se detiene -sobre sus ruedas- (ver fotos y croquis expte. "Bauk ... p. s. a. Lesiones culposas"), luego de unos vuelcos, produciendo los daños que el actor reclama.-

Que entrando al tratamiento de la cuestión que nos ocupa, debe señalarse que tratándose de un daño causado por la cosa, el supuesto queda regido por lo dispuesto por el art. 1113, 2da. parte, 1er párrafo del C.C. En ese caso, la imputabilidad del daño y el correlativo deber de responder, se colige de la causalidad suficiente entre el hecho y el daño que se pretende subsanar, infiriendo de lo expuesto precedentemente, que la incoada, resulta responsable por las consecuencias dañosas que se produjeron a causa de su conducción imprudente.-

Así debe recordarse que el art. 1113 consagra dos regímenes diferentes: el de los daños que se producen con las cosas, y el de los daños causados por la intervención relativamente autónoma y activa de las cosas. El primer supuesto queda emplazado en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, con fundamento en la culpa o dolo; en cambio en la otra hipótesis -daños producidos por las cosas- son supuestos de responsabilidad objetiva. Debemos aclarar que todo daño, aun cuando en apariencia se produzca por la acción independiente de la cosa, siempre la conducta humana está presente. Es el hombre quien fabrica cosas que presentan vicios, quien no las conserva adecuadamente, quien las sitúa en el lugar del daño, generando un riesgo, etcétera. En consecuencia, toda situación dañosa es producida por el hombre;; algunas veces en vinculación causal directa con el hecho propio y otras indirectamente, a través de la interferencia de las cosas. Situar adecuadamente cuándo el daño es producido por el hecho propio o por la cosa resulta de singular importancia, habida cuenta de las distintas consecuencias que se siguen de ambos regímenes -subjetivo u objetivo-, fundamentalmente vinculadas con los eximentes de responsabilidad y la carga probatoria. En el primer caso, el deudor se libera de responsabilidad con la prueba del actuar diligente (no culpa), mientras que en el segundo supuesto se debe probar la ruptura del nexo causal (culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor) ... Cuando las cosas son un simple instrumento del hombre, y responden a su voluntad cumpliendo un papel secundario y de escasa incidencia en el daño, estamos en presencia de un hecho personal. En estos casos, el actuar humano tiene en sí mismo aptitud suficiente para producir, de acuerdo con el curso natural y ordinario de las cosas, el resultado dañoso ... Daños causados "por" las cosas: riesgo y vicio. Se trata de daños causados por la intervención autónoma de las cosas, que desborden la actividad del hombre y el control material que él mismo ejerce sobre ellas. Si bien, como dijimos, la conducta humana está presente, aquí el daño se encuentra en relación de causalidad directa con la cosa: el accionar humano queda en segundo plano y es absorbido por la presencia de la cosa ... La contingencia del daño puede provenir de cualquier cosa, riesgosa o no por naturaleza, en tanto y en cuanto, por las especiales circunstancias del caso dado, sea apta o idónea para llegar a ocasionar el perjuicio y pueda tener efectiva incidencia causal en su producción. Se trata en verdad de un problema de relación de causalidad ... En estos casos la norma establece una imputación objetiva de responsabilidad, por lo cual la víctima no tiene necesidad de probar la culpa del dueño o guardián, facilitando de este modo el acceso a la reparación. La ley se ocupa de dos supuestos: el riesgo y el vicio de la cosa, que, si bien conceptualmente responden a hipótesis distintas, tienen efectos jurídicamente similares. Siendo el vicio un defecto de la cosa que la torna impropia para su destino, la presencia de ese vicio implica de por sí un riesgo. En ambos casos, hay una imputación objetiva de responsabilidad, por lo cual carece de sentido su tratamiento en forma independiente. En la realidad jurisprudencial, la mayoría de los supuestos de daños con las cosas se encuadra en el marco de la responsabilidad por las cosas ... En los casos de daños ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, por tratarse de un régimen objetivo, se prescinde de toda calificación de conducta, existiendo una presunción de responsabilidad en contra del dueño o guardián de la cosa. La víctima del hecho dañoso sólo

debe probar el daño, la intervención de la cosa y la relación causal entre ella y el daño. Para liberarse de responsabilidad, el dueño o guardián debe acreditar el rompimiento del nexo causal, es decir, la culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder. También puede alegar el caso fortuito, incluido como eximente en la doctrina y la jurisprudencia.", (cf.: Ghersi, Carlos Alberto, Teoría General de la Reparación de Daños, pág 145 y ss, Bs. As., 1.997).-

El art. 1113 del C.C. crea una presunción de responsabilidad en relación al dueño o guardián de la cosa, de la cual sólo puede eximirse acreditando circunstancias exculpanes, situación que no se materializó en la causa. Nuestros Tribunales han resuelto: "En efecto, en los daños derivados del riesgo o vicio de la cosa (art 1113) compete al dueño o guardián la prueba de la causa extraña al riesgo o vicio de la producción del daño: " la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (y, para la mayoría de la doctrina), también la operatividad de un caso fortuito ajeno. En consecuencia, se presume allí la relación causal: no pesa sobre el damnificado la prueba de un "estricto" vínculo causal entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Es suficiente, en cambio, que demuestre un nexo de causalidad "aparente": la intervención de la cosa riesgosa o viciosa en el suceso dañoso, a partir de lo cual se traslada al dueño o guardián demandado la carga de probar que, en realidad, el perjuicio proviene de un factor distinto y ajeno al riesgo o vicio (Cám. San Francisco, 26.II.91, Semanario Jurídico, n° 844, 04.VII.91, pág 210 -Del Voto de la Dra. Matilde Zavala de González, en Sentencia n° 18, del 13.III.95, Cám. de Apelac. C.C.8ª Nom).-

En este supuesto, el propietario o guardián de la cosa podrá eximirse de manera total o parcial, demostrando la culpa de la víctima, o de un tercero por quien no debe responder, la existencia de un hecho fortuito, o fuerza mayor, lo que no ha acontecido en los presentes, como ya se expusiera suficientemente.-

El examen efectuado en la expresión de agravios, de la resolución tomada por el Juez de primer grado, es insuficiente para enervar la conclusión a la que arriba el Sentenciante.-

También los autores han expuesto, en este tema, al hablarse de la modificación al Código Civil, se dijo que se seguía una línea que abandonando la expresión riesgo o vicio de la cosa empleada por la ley 17.711, de por sí deficiente para abarcar el amplio espectro de casos que se pretende incluir en dicha locución, debía regularse en forma separada sobre responsabilidad por actividades peligrosas por su propia naturaleza o por los medios empleados, estableciendo una presunción de responsabilidad contra el sujeto que las realiza, de aquella otra que deviene de la sola intervención de las cosas, (cf.: Brebbia, Roberto H, "Un tema recurrente en el Derecho Privado Argentino: el "hecho de la cosa" y el "hecho con la cosa", La Ley 1.989-C-925).-

Siguiendo la disposición legal vigente, sin duda alguna la situación bajo examen encuadra en la previsión contenida en el artículo 1.113 del Código Civil que impone la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa que causa el daño.-

Tal presupuesto legal, establece una similar presunción de responsabilidad para el dueño o guardián cuando el perjuicio se ocasionare por el riesgo o vicio de la cosa. En tales casos, atribuida la responsabilidad civil, como ya dijimos, el dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa, pueden eximirse total o parcialmente de aquélla, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.-

No se excluye, por supuesto, la posibilidad de invocar el caso fortuito y la fuerza mayor, como eximentes.

También, el uso en contra de la voluntad, expresa o presunta, del propietario o guardián. Ninguna de estas posibilidades se han dado en el caso ni han sido expuestas por la accionada.-

En el caso, alegar como hecho anormal el caballo tendido en la ruta, no lo es si se hubiera conducido con prudencia, atento que lo hacía de noche, y a velocidad no acorde a las circunstancias, y agregado a ello que le fue avisado por los camioneros que estaban en el lugar con señas de luces que debió advertirlo que algo extraño ocurría, y no continuar como si ello no pasara.-

2) Respecto a la naturaleza jurídica de la relación del concesionario con el usuario, éste debe tener el mismo tratamiento ya sea porque el sujeto usuario pagó el peaje como aquel sujeto que no pagó el peaje, ya porque pasó por un carril liberado del pago, o por transitar entre localidades que por la distancia no tiene cabina de cobro en el lugar, por lo que la responsabilidad del concesionario frente al hecho dañoso debe ser idéntica frente a uno u otro, ya que no puede apreciarse una graduación de la responsabilidad por el hecho de haber pagado o no el peaje, enfrentando un trato discriminatorio, con lo que no se considera que el pago del peaje haga nacer entre el usuario y el concesionario un contrato, y por ende tampoco le cabe tal relación al que ingresó al camino sin ese pago. El vínculo existente entre el usuario y el concesionario tiene origen extracontractual.-

3) La concesionaria de la ruta por donde transitaba el vehículo con el que se accidentaron las partes, tiene el deber de vigilancia sobre la libre circulación de los tramos de la ruta concesionada. En efecto, no puede argüir ningún eximente cuando al concesionario se le había avisado de la existencia de animales a la vera del camino, y a posteriori del primer accidente con el caballo, también se le avisó de ese hecho (llamado de James

Craik), sin que atinara a tomar alguna medida, ya que no era grande la distancia entre el lugar del hecho y la cabina de peaje, con total desprecio por la vida de los demás, que además se conducen por la ruta, y que para ello se debe pagar para tener un tránsito normal, sin las sorpresas que le depararon a las partes en conflicto: encontrarse con un caballo muerto en el sentido de circulación, y en horario nocturno. Es decir que es doble el deber de vigilancia: uno el estorbo al sentido de circulación producido por el caballo, y otro por el hecho de ser de noche que se reducen los metros para advertir cualquier estorbo. Además, ello debió advertirse por la propia concesionaria, que había expuesto sobre su forma de controlar la ruta, en el sentido de aseverar que sus móviles permanentemente están recorriéndola. Entonces, como es que no se percataron que los animales pueden ser productores de daños, y con mayor posibilidad si es de noche, como lo ocurrido en autos.-

La relación causal existente entre el hecho lesivo y el daño imputado, resulta clara ya que el actor que se conducía en automóvil por una ruta concesionada, al colisionar éste con un caballo muerto que se encontraba en el lugar por donde debían conducirse los automóviles, por el sentido de circulación de la actora, el que por la hora de producción del hecho (en la noche), la cosa inerte es colisionada y se producen los daños reclamados. Corresponde apuntar las expresiones vertidas por reconocida doctrina: "En otros términos, el resarcimiento del daño supone que se conozca que éste existe, pero también como existe, ya que el ser no puede ser divorciado de la sustancia. Como lo dice Bustamante Alsina: "La prueba de la existencia del daño consiste en la determinación ontológica del perjuicio o sea cuál es su esencia y cuál es su entidad". "La responsabilidad civil no puede declararse en el vacío, y éste se presenta no sólo en ausencia de daño, sino también cuando se carece de sustento para identificar su contenido específico" (Conf. Zavala de González Matilde, en "Resarcimiento de Daños - 3 El Proceso de Daños, pág 181, Bs. As. 1993).-

La velocidad en que se conducía el vehículo, que resulta ser superior a la permitida, no exime de responsabilidad a la concesionaria, atento que el cruce de animales por la ruta o que ellos se encuentren tirados en la misma no debe interpretarse como un hecho de fuerza mayor, porque en la producción de ésta no tiene que ver el responsable, en este caso el guardián. Sobre él se han referido los autores. Expresa Llambías: "... el guardián es la persona que tiene de hecho, un poder efectivo de vigilancia, de gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa...", y agrega que la figura del guardián fue creada no para atribuirle prerrogativas, sino para imponerle deberes frente a terceros damnificados (Cf. Llambías Jorge, "Tratado de Obligaciones", T° IV-A, pág 499 ss, N° 2582, citado por Trigo Represas, Félix A, Compagnucci de Caso "Responsabilidad Civil por Accidentes de automotores 2", Bs. As., 1992].-

Por lo antes dicho estimo comprobada la existencia de responsabilidad de los demandados en la producción del daño, no alcanzando a desvirtuar dicha conclusión el resto de las pruebas aportadas, las cuales han sido debidamente analizadas y valoradas, por lo que la sentencia del Juez debe ser mantenida.-

4) Otro agravio al que ya se le ha dado debido tratamiento es el monto condenatorio del daño moral. Es sabido que el daño moral no tiene parámetros legales para su tasación. La gravedad de la lesión inferida al actor es muy difícil de medir. El monto ha sido evaluado por el Sentenciante de acuerdo a la lesión sufrida por el actor. En referencia a la cuantificación del daño moral, es dable advertir que en virtud de la íntima naturaleza del agravio resulta dificultosa su exacta traducción en una suma dineraria, debiendo considerar diversos elementos a fin de establecer una adecuada proporcionalidad entre el padecimiento y su reparación.

Analizando este tema se ha pronunciado reconocido autor al decir: "Cuando el daño es actual, esto es, ya producido al momento de dictarse sentencia, el juicio de valoración acerca de su existencia y cuantía se realiza en términos de máxima certeza, sin que ello importe desconocer, como lo veremos más adelante, el margen de relatividad que siempre tiene la determinación el quantum indemnizatorio en materia de daño moral" (Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral -Prevención - Reparación -Punición", pág. 125, Bs. As., 1996). Sin duda se trata de una lesión que provoca padecimientos espirituales, derivados del hecho dañoso cuya imputabilidad recae en la demandada. La prueba del perjuicio espiritual sufrido, está acreditado a partir de los hechos, teniendo el Juzgador amplitud para apreciar el dolor padecido, sin importar el cálculo seguido para determinarlo, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial, que no responde a pautas aritméticas, resultando suficiente su cuantificación, sin exigir precisiones al criterio seguido por el A quo, pues esto conduciría a una impugnación indefinida, desconociendo la naturaleza del daño.-

Al tratarse sobre la determinación del "quantum" de la indemnización del daño moral a consecuencia de la publicación, se debe tener en cuenta la afrenta sufrida por el accionante, sus calidades personales, su actividad profesional. Coincidentemente expone el Dr. Ramón Daniel Pizarro con suficiente autoridad: "Sin embargo, nos parece que la cuestión no puede quedar librada a su pura subjetividad. La prudencia judicial debe desarrollarse dentro del marco referencial que le brinda la ley, y sin perder de vista las realidades objetivas que el caso concreto presenta. El juez no puede, basado en cuestiones de orden puramente subjetivo, mandar a pagar un daño moral inexistente, o que no guarde relación de causalidad con el hecho que lo generó, como

tampoco le está permitido negar el derecho a ser indemnizado por daño moral cuando el mismo aparece claramente demostrado en sede judicial. ... De nada sirve formular la construcción doctrinaria más perfecta y erudita si, a la hora de su aplicación práctica, por temor, desconocimiento o por falsos preconceptos, el quantum indemnizatorio se traduce en una suma que es inapta para reparar integralmente el daño causado. Insistimos en que una indemnización simbólica es una burla para el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el derecho no puede consentir. ... el daño no puede convertirse en una fuente de lucro indebido para el damnificado y en un motivo de expoliación para el dañador, lo que ocurre cuando este último es obligado a reparar daños morales inexistentes, o que no guardan relación de causalidad adecuada con el hecho generador o, lo que es más frecuente, cuando encubre bajo el ropaje de daños morales a daños patrimoniales que no han sido debidamente probados en juicio." [Cf. Autor citado en "Valoración del daño moral", L.L. 1986-E-831 (el subrayado nos pertenece)]. El Juez en la valoración de los hechos, las probanzas arrimadas que resultan favorables a las pretensiones de la accionante, ha expuesto un monto indemnizatorio que se ha ajustado -a su entender- a lo pretendido por el accionante. Entendemos que el mismo es demasiado elevado, y que es justa una suma del orden de los Treinta Mil pesos, pero ello queda subordinado a lo que han resuelto los colegas, a tenor de lo dispuesto por el artículo 382, CPC.-

5) Los intereses a aplicar, a las sumas condenadas, y como ya lo hemos expuesto en otras oportunidades, atento a que han cambiado las condiciones económicas en el país, que hace necesario modificar las mismas para adecuar las sumas a la realidad económica, es atinado aplicar desde la fecha del hecho la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA más el uno por ciento mensual, a los fines de mantener el equilibrio económico.-

6) Analizando el agravio relacionado con las costas, debe apuntarse que si bien se demandó por una suma superior, el rubro procedió y el demandado fue condenado, por lo que en ese caso es de aplicación el artículo 130, CPC, y debe cargar con las costas del proceso, atento que como la Magistrada lo ha apuntado, se ha demandado por la suma relacionada, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse. Ahora bien, la actora tuvo oportunidad de variar el monto demandado, a tenor de lo normado por el artículo 179, CPC, y por ello ajustar su pretensión a lo que realmente era prudente requerir. No lo hizo y esto sumado al rubro que fuera rechazado modifica la imposición de costas. En efecto, existe un rubro que no fue aceptado por la Sentenciante, y que es el rubro que se reclamaba por gastos de psicólogo.-

Cuando en la demanda y a consecuencia del monto que se reclama, se consigna o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse, para que no tenga influencia sobre las costas, y que la demanda prospere pero por un monto menor, el actor debe proceder a ajustar sus pretensiones a tenor de lo normado por el artículo 179, CPC, atento a los resultados de las pruebas. Si en ese caso la pretensión es aceptada por el Juzgador, no se puede hablar de vencimientos recíprocos. En el presente y a consecuencia de lo expuesto, es que las costas de primera instancia deben ser soportadas por la demandada en un sesenta por ciento, pero a tenor de lo normado por el artículo 382, CPC, deberá resolverse como lo propone la mayoría.-

7) Voto por la afirmativa.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

Por todo lo expuesto, opino

1º) debe hacerse lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, modificar el decisorio impugnado en lo que atañe a la tasa de interés fijada, la que se establece en el 1% mensual con más la tasa promedio que publica el Banco Central, confirmándose el pronunciamiento apelado en todo lo demás que decide y que fue materia de agravio.-

2º) Rechazar los recursos de apelación deducidos por la demandada y citada en garantía, como el del concesionario de peaje Covicentro y su aseguradora.-

3º) Las costas de esta instancia se imponen a los recurrentes que resultaron vencidos (art. 130 C.P.C.).-

4º) Por último, corresponde se regulen los honorarios de las Dras. Silvia V. Romero de Magni y Sonia Pizzetti de Santillán, en conjunto y proporción de ley, en la cantidad de pesos cuarenta y ocho mil ochocientos setenta y uno con noventa y cuatro centavos (\$ 48.871,94). Para establecer las retribuciones, se ha tenido en cuenta el monto de lo que ha sido materia de discusión en la Alzada, estableciéndose como porcentaje regulatorio el punto medio previsto por los artículos 34, 37, 25 y 29 conforme las pautas contenidas en el art. 36 de la Ley Arancelaria 8.226.-

5º) Así Voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR MARIO SÁRSFIELD NOVILLO, DIJO:

Adhiero a la solución propuesta por el Señor Vocal preopinante y me expido en igual sentido.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR MIGUEL ÁNGEL BUSTOS ARGAÑARÁS, DIJO:

Con la salvedad hecha al contestar la cuestión anterior voto como lo hacen los colegas que me preceden.-

Atento al resultado de los votos precedentes, el Tribunal,

RESUELVE:

I) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, modificar el decisorio impugnado fijando como tasa de interés el 1% mensual como más la tasa promedio que publica el Banco Central, confirmándolo en todo lo demás que decide.-

II) Rechazar los recursos de apelación deducidos por la parte demandada, por la citada en garantía, por Covicentro y por su aseguradora, confirmando el pronunciamiento en todas sus partes.-

III) Las costas de esta instancia se imponen a los recurrentes vencidos.-

IV) Regular los honorarios de las Dras. Silvia V. Romero de Magni y Sonia Pizzetti de Santillán, en conjunto y proporción de ley, en la cantidad de pesos cuarenta y ocho mil ochocientos setenta y uno con noventa y cuatro centavos (\$ 48.871,94).-

Protocolícese, y bajen.//-

FDO.: Mario Sársfield Novillo - Julio C. Sánchez Torres - Miguel Ángel Bustos Argañarás