

San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, 15 de diciembre de 2017. Reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINERÍA de la Tercera Circunscripción Judicial, Dres. Carlos M. CUELLAR, Edgardo J. CAMPERI y Emilio RIAT, después de haberse impuesto individualmente de esta causa caratulada "LOBOS, CARLOS HECTOR C/ NADUR, JUAN CARLOS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (R.C. 02002-17) y discutir la temática del fallo por dictar, de todo lo cual certifica la Actuaría, emiten sus votos en el orden establecido en el sorteo practicado respecto de la siguiente cuestión por resolver: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada el Dr. CUELLAR dijo:

Corresponde resolver sendas apelaciones interpuestas por la Sra. COÑA (fs. 621) y el Sr. LOBOS (fs. 597) contra la sentencia que, haciendo lugar parcialmente a la demanda, sólo condenó a la primera y al Sr. NADUR a resarcir los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito (fs. 586/596), concedidas libremente con efecto suspensivo (fs. 622), fundadas (fs. 629/633 y 641/651) y sustanciadas también con la PROVINCIA DE RIO NEGRO (fs. 653/657 y 659/661 vta.).

A) El recurso de la Sra. COÑA.

La crítica es atendible.

La cuestión atinente a la subsistencia o no de la responsabilidad civil del titular registral que, al momento de sobrevenir el hecho ilícito, aún no había hecho ni siquiera la denuncia de venta ha venido motivando, como suele suceder en un país disnómico por antonomasia como Argentina, verdaderos ríos de tinta.

Ya mientras revisté como Juez de grado tuve algunas oportunidades de referirme a dicha materia (cf. v.gr. casos "MUENA", SD 97/2001 y "NAHUELQUIN", SD del 3-3-2003), en los siguientes términos pertinentes a este nuevo caso.

La materia de la eventual subsistencia de la responsabilidad civil indirecta o refleja del titular registral que transfirió la posesión del vehículo originó en su momento dos muy recordados fallos plenarios dictados en el ámbito de la Justicia Nacional.

Sobradamente conocidas son las circunstancias que condujeron al dictado del primero (CNCiv. en pleno, "MORRAZO Y OTRO", 18-8-80, LL 1981-B-98) cuya doctrina puede sintetizarse en los siguientes términos: No subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor como titular del vehículo causante del daño cuando lo hubiese enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la fecha del siniestro si esta circunstancia resulta debidamente

comprobada en el proceso

Lo propio puede decirse con relación a las que condujeron al segundo fallo plenario cuya referencia resulta de interés para este caso (CNCiv., en pleno, "MORRIS DE SOTHAM", 9-9-1993, LL 1993-E-586), en el siguiente sentido La doctrina establecida en el fallo plenario dictado el 18-8-80 en la causa "MORRAZO Y OTRO C/ VILLARREAL Y OTROS" no mantiene su vigencia luego de la sanción de la ley 22.977 modificatoria del decreto-ley 6582/58 ratificado por ley 14.467.

Pero sin embargo resulta sumamente sugestivo que, pese a la reforma introducida por dicha ley 22.977 al decreto-ley 6582/58, la polémica doctrinaria y jurisprudencial sobre tan compleja cuestión antes de haber cesado, muy al contrario, se hubo reavivado.

Dice a este respecto muy calificada doctrina, paradójicamente afecta al mantenimiento de la responsabilidad del dueño en las condiciones apuntadas: Nos hemos detenido en mencionar estas opiniones (en referencia a los Magistrados que votaran en "MORRIS DE SOTHAM") para poner de relieve que las discrepancias sobre los posibles eximentes de responsabilidad del titular registral no han cesado aún después de la sanción del nuevo texto legal... El propósito que inspiró al legislador al introducir estas reformas al régimen de automotores es loable pero el mecanismo elegido no parece el más acertado, por lo que puede vaticinarse que no ha de poner punto final a las discusiones que han dividido a nuestros autores y, lo que es todavía más grave, no contribuirá a solucionar el divorcio que existe entre "realidad" y "registro" que es la raíz de todos los problemas (Moisset de Espanés, L. "Responsabilidad del titular registral", Rev. Derecho de daños, N° 1, "Accidentes de tránsito", T° I, sección Doctrina, págs. 277 y sgts.).

Resulta entonces muy interesante hacer una breve referencia a dos de los ocho lúcidos votos minoritarios habidos en el último fallo aludido.

Así, en efecto, los Dres. Bossert y Ojea Quintana, con la adhesión del Dr. Daray entre otros, dijeron: dicho fallo plenario (en referencia a "MORRAZO Y OTRO") abre a criterio del Juez una amplia posibilidad de analizar, conforme a las circunstancias fácticas, si está debidamente acreditado ese total desdoblamiento de las calidades de propietario titular registral y guardián del vehículo. Se busca evitar así la consecuencia disvaliosa de que el titular registral, por inactividad del comprador en la gestión administrativa de transmisión de la titularidad, deba cargar con las consecuencias de los accidentes que el riesgo del vehículo pudiese ocasionar con posterioridad a su venta y entrega al comprador. Y es justamente este mismo propósito el que guía a la ley 22.977

cuando pone al alcance del vendedor un modo de obtener formal e indudablemente la liberación de su responsabilidad tras la venta del vehículo, si en determinado plazo el comprador no concretara las gestiones tendientes a la transferencia de la titularidad registral. Es decir que la ley crea un sistema específico, abarcado entonces dentro de la previsión genérica del plenario "MORRAZO" a través del cual el titular registral quedará desobligado de responsabilidad sin que ello quede sujeto a la producción y análisis de elementos probatorios y circunstancias fácticas. Adoptando el vendedor el camino específicamente señalado por la ley 22.977 la eximición de su responsabilidad no queda sujeta a un análisis de mérito por parte del Juez, sino que opera en razón de la previsión legal y con independencia del aporte de pruebas sobre circunstancias fácticas. Pero ello no implica que el propietario que no adopta el procedimiento específico que le ofrece la ley 22.977 no pueda probar ante el Juez, conforme a la previsión genérica del plenario "MORRAZO" que antes del siniestro había enajenado el vehículo y se había desprendido de su guarda. Cabe agregar que esta interpretación protege al vendedor que actúa de buena fe, se desprende de la guarda del vehículo al punto que puede acreditarlo ante el Juez y no adopta el procedimiento de la ley 22.977 no por desidia sino, como sucede en tantos supuestos, por desconocimiento de esta previsión legal específica.

Y a su vez el Dr. Gargano dijo: La ley 22.977, que modificó el art. 27 del decreto-ley 6582/58, no ha derogado la doctrina del plenario "MORRAZO" pues libera de responsabilidad al transmitente que hizo la tradición, como también sostiene la doctrina plenaria, pero lo atinente a la comprobación de esa circunstancia es una cuestión de hecho cuya prueba deberá ser valorada por los Jueces en cada caso.

Luego: sin dejar de reconocer la intrínseca autoridad que tiene -y con fundamentos de peso- la posición mayoritaria del fallo plenario "MORRIS DE SOTHAM", traducida empero en un voto impersonal que esencialmente definió la cuestión desde la óptica de la incompatibilidad entre el fallo plenario "MORRAZO" y la ley 22.977, me resultan mucho más atendibles por responder justamente a la situación de hecho que suele darse en la materia, es decir que acaso la inmensa mayoría de los habitantes de un país con una disnomia cultural como Argentina no concrete la denuncia de venta, los fundamentos brindados por la minoría ya referida; es que éstos tienen la virtud de meritarse el elocuente divorcio que existe entre la realidad y el deber ser registral y si, precisamente, es el ámbito jurisdiccional la última ratio para definir responsabilidades entonces qué mejor que brindar al titular dominial la posibilidad de probar, en forma sucedánea, que en los hechos a la fecha del accidente ya no detentaba la posesión y/o

guarda del rodado formalmente inscripto a su nombre; lo contrario o sea el frío apego a las constancias registrales, sin dejar de reconocer por cierto que constituye la conducta debida como resultado de la prudencia y diligencia, conduciría en los hechos a convalidar flagrantes injusticias.

Es cierto que la Cámara, con su anterior integración, hubo modificado su tradicional criterio interpretativo que venía sosteniendo de modo coincidente con la minoría del plenario "MORRIS DE SOTHAM", precisamente en el segundo de los precedentes referidos (in re "NAHUELQUIN"), pero en vistas de las actuales circunstancias me parece más que propicio invitar a mis colegas del Tribunal para reflexionar sobre la conveniencia de volver a retomar lo que a mi juicio constituye la buena doctrina en toda esta manida cuestión.

Por lo demás ya hoy día la Corte Suprema Nacional, en su carácter de intérprete final de todo el derecho argentino, hubo definido la cuestión en idéntico sentido al propuesto precedentemente (cf. v.gr. "CAMARGO Y OTROS", 21-5-02).

Aquí la Sra. COÑA recién concretó la denuncia de venta registral muy a posteriori del accidente pero sucedáneamente, tanto por vía de la absolución posicional del Sr. NADUR como del testimonio de los Sres. Muñoz y Cayuman, quedó acreditado con suficiencia que al momento de sobrevenir éste ya no detentaba la posesión del vehículo siniestrante.

Consecuentemente, en vista de tales condiciones fácticas, no cabe duda que la condena a la citada co-demandada por su sola condición (aunque relevante por cierto) de titular registral del vehículo involucrado al momento del accidente sería una decisión técnica y formalmente correcta, es decir jurídicamente acertada, pero en cambio, enfocada la cuestión desde la Justicia misma, tampoco cabe duda ninguna que estaríamos ante un pronunciamiento intrínsecamente disvalioso por desatender a lo que muestra la elocuente prueba rendida la cual, en definitiva, indica de manera inequívoca que hubo por parte suya un desprendimiento de la guarda antes del hecho.

Nótese cómo, inclusive, ante tal circunstancia estamos frente a uno de los supuestos exonerativos de la responsabilidad civil del dueño desde que la verdad real nos está indicando que el responsable directo del hecho es el Sr. NADUR (guardián) por quien la Sra. COÑA no debe responder (art. 1113 Código Civil).

Así pues el argumento del Juez de grado direccionado a justificar la condena de la recurrente, en tanto y cuanto resultó esencialmente apuntocado en la omisión de parte de ésta por denunciar oportunamente la venta del rodado ante el Registro, no puede ser

mantenido ya que a la fecha del accidente aquella tan sólo detentaba formalmente la condición de dueña por haber hecho mucho antes tradición de hecho de la posesión y/o guarda del automotor; quedando entonces la inscripción registral subsistente a su respecto como una virtual situación de apariencia jurídica que, por lo considerado, no justifica extenderle la condena.

Mi primer conclusión: aún sin perjuicio del carácter de titular registral que revistiera la Sra. COÑA al momento de acontecer el hecho ilícito, e inclusive de que la ignorancia de las leyes no constituye una excusa válida en el ámbito jurídico (art. 20 Código Civil), en cualquier caso sería un virtual absurdo condenarla, de consuno con el restante responsable, por un accidente sucedido tiempo después que ella se desprendiera efectivamente de la guarda del automóvil pues, ante tales condiciones de revista fáctico-jurídicas, aparecen claramente dissociadas las calidades jurídicas de dueño y de guardián y, en consecuencia, quien finalmente recibiera el uso y/o tenencia derivada (Sr. NADUR) reviste con relación a ella el carácter de tercero por quien no debe responder (art. 1113 cit.); razones todas estas de peso para receptar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta.

B) El recurso del Sr. LOBOS.

También aquí la crítica es atendible.

Indaguemos a continuación sobre la responsabilidad imputada de consuno a la PROVINCIA, en orden a lo cual resultarán de utilidad algunas pocas referencias conceptuales (pues trátase de materias virtualmente inagotables por su enjundia) atinentes a la función del Estado, a sus poderes y roles en el ámbito de su actuación, a las omisiones del Estado administrador, al Estado como persona jurídica, a la responsabilidad del Estado por omisión de los deberes de contralor o vigilancia y al poder de policía consiguiente (cf. in extenso caso "MELLADO" cit. en demanda y los sucesivos "VAZQUEZ", "GONZALEZ" y "PAINEMIL Y DIAZ" del Juzgado Civil y Comercial N° 3).

Existe liminarmente una imperiosa necesidad de precisar la función (objetivos o fines) del Estado para deducir de allí su eventual responsabilidad pues, en efecto, a nadie podemos imputar responsabilidad sin previamente dejar establecido con toda claridad cuáles son sus roles, qué debió hacer y no hizo y para qué existe la institución. Se trata de las funciones o fines del Estado (Martínez Paz, E., "Manual de Derecho Político", p. 254; Fayt, C., "Derecho Político", T° I, p. 313; cf. in extenso Sabine, G., "Historia de la teoría política", FCE, México).

Para unos la función del Estado fue siempre la de perfeccionar al hombre ya que es un ser imperfecto y sólo en sociedad puede alcanzar su perfección (Aristóteles). Otros consideraron que el fin del Estado sólo es establecer el Derecho y hacerlo regir en sociedad (Duguit). Hay quien aseguró que el Estado, a través de pactos mutuos, apunta a asegurar la paz y la defensa común (Hobbes, T. "Leviathan", 2a. parte, Cap. XVII). Hay quien, en fin, juzgó que la función o acción del Estado debe ser esencialmente social, pues consiste en organizar y poner en actividad la cooperación en el territorio (Heller, H., "Teoría del Estado", p. 228). Y quien sostuvo que el fin del Estado, es decir la razón de ser de su existencia, consiste en favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común; fines estos que no son transitorios o circunstanciales, sino permanentes y universales (Jellinek, G., "Teoría General del Estado", p.197). En el ámbito local se ha sostenido que los fines propios del Estado no pasan de ser funciones subordinadas y adecuadas a la realización de fines humanos colectivos e individuales (Sanchez Viamonte, C., "Manual de Derecho Constitucional", p. 122). También que los fines estatales son: su propio engrandecimiento (doctrina del poder); la formación moral de los individuos (doctrina de la moral); religiosos (doctrina de la religión); la prosperidad de sus habitantes en general y de sus ciudadanos en particular (doctrina del bienestar); jurídicos porque el Estado cumple el Derecho y éste a su vez en el Estado (doctrina del estado de derecho)(Linares Quintana, S., "Gobierno y administración de la República Argentina", Tº I, págs. 22 y sgts.).

Sea como fuere (excedería el fin de esta sentencia ahondar más en la materia) convengamos que si por su propia naturaleza el Estado es una sociedad (agrupamiento humano con un objetivo) tiene que tener un fin que no es otro, en términos generales, que procurar el bien común; y el conjunto de actividades que llevan a la sociedad a ese bien común que es su objeto es lo que se conoce como funciones al servicio de fines humanos. El bien común presupone la protección de los bienes individuales y colectivos en orden a lo cual irrumpen el Derecho como representación de un orden justo, voluntario y libre, y la consiguiente ordenación de la convivencia. La función social del Estado es una cuestión de capital importancia, de donde lo normal y natural es que el Estado deba atender, dentro de sus fines y funciones, a todo lo concerniente con el respeto a la persona humana, a su desarrollo, a su dignidad, a su salud, al cumplimiento de sus proyectos, a su vida de relación, al goce de los bienes y a su seguridad personal; lo cual a su vez se interrelaciona con la plena realización de la personalidad humana,

como fin constitucional esencial del Estado de derecho, mereciendo especial referencia con arreglo a las circunstancias relevantes del caso los derechos a la vida, a la seguridad, a la integridad, a la preservación de la salud y al bienestar todos ellos pluralmente consagrados, como es bien sabido, en las Constituciones Nacional y Provincial y en los tratados y convenciones internacionales que son derecho positivo vigente.

Obviamente subyace en toda la cuestión la conocida dicotomía entre la concepción liberal y la social del Estado. Varias veces se advierte e insiste en la ausencia del Estado en el cumplimiento de las políticas esenciales, lamentando una visión reduccionista de la realidad que la "religión del mercado" impone a nuestros gobernantes, y provocando que el único criterio valorativo sea el economicista. Lo necesario reemplaza casi siempre a lo correcto. No importa la justicia de la demanda social, ya que sólo hay presupuesto para el gasto que admite el modelo económico (Hutchinson, T., "La emergencia económica", Rev. Derecho Público, N° 2002-1, y también "La emergencia y el Estado de derecho", págs. 27 y sgts.). Ocurre que la emergencia económica como consecuencia del estado de necesidad ha llegado a ser entre nosotros algo permanente (Crivelli, J., "La emergencia económica permanente", ob. y loc. cit.; Labanca, J., "Notas sobre la legislación monetaria de emergencia", p. 321; Gozaíni, O., "La interpretación judicial de la emergencia", p. 187), dispuesta como panacea o solución a los problemas generados por todos los últimos gobiernos habidos en el país. La cuestión pasa en consecuencia por ajustar la denominada emergencia a la realidad del país y evitar los abusos y excesos en su invocación, que concurren a deteriorar el Estado de derecho y en muchos casos hace irrisoria la responsabilidad económica estatal (cf. Mosset Iturraspe, J., "Responsabilidad por daños-Responsabilidad del Estado", T° X, p. 34).

En el ámbito de la actuación del Estado, con arreglo a sus poderes y roles, conviene prevenir que la responsabilidad por daños proteja también a la víctima de un daño injusto causado por aquél y es diferente de otras responsabilidades en las que puede incurrir (v.gr. moral, social, política, administrativa, etc.). En un país federal como (teóricamente es) el nuestro no puede obviarse el distinguo entre responsabilidad del Estado nacional, del Estado provincial y del Estado municipal por todo aquello que es incumbencia de cada uno. No perdamos de vista que el Estado, sea el de la privatización y la desregulación que signara la década de los '90 o el actual de las neoestatizaciones, es un importante dañador pues su actuación u omisión es fuente de frecuentes y graves perjuicios para los particulares. Tampoco que hoy el hombre rechaza todo menoscabo o

lesión. Y que en consecuencia la preferencia por los gobiernos democráticos no se basa en las propias reglas sino sobre la esperanza de que esta forma de gobierno contribuirá al bienestar común e individual y a otros fines deseables; la capacidad de los gobiernos para producir tales fines se considera como un elemento destacado en lo que hemos llamado aceptación de las reglas legitimadas que, como reglas formales, deben validarse en sí mismas (Claus, O., "Contradicción del Estado de bienestar", p. 123). El Estado sólo puede actuar conforme a una vía jurídica y sólo entonces puede desarrollar actividad legítima (Hisse, M., Rosello, G. y Ghersi, C., "Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el resarcimiento de daños", JA 1997-III-1160). El problema central en la reparación de daños por actos del Estado es la distribución del daño soportable por la comunidad en pos de la convivencia (Kamerman, S y Kahn, A., "La privatización y el Estado benefactor", p. 11). Se menciona así el "riesgo" como contrapartida de la "reparación del daño individual", es decir el peligro de dañosidad que las personas deben soportar sin posibilidad de promover acciones indemnizatorias. La fijación del umbral del riesgo y el daño entre lo individual y lo social es determinante pues tiene que ver con el deber de garantía social, es decir la razón por la cual todo ser humano está dispuesto a ceder parte de su libertad por una medida óptima de seguridad; lo cual equivale a decir ¿qué daños causados por el Estado deben repararse y cuáles soportarse como precio de la convivencia? La Corte Suprema ha entendido, en distintos fallos, que la función de seguridad se relaciona precisamente con el control del daño y su evitación a los habitantes.

La fundamentación acerca del deber de reparar los daños causados a cargo del Estado dañador descansa en variados criterios superadores. El que se apoya en los principios generales del derecho y especialmente en el Estado de derecho y sus postulados, cuya finalidad precisa es proteger el derecho (Marienhoff, M., "Fundamento actual de la responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público", posición compartida por otros administrativistas como Bullrich, Palazzo y Fiorini). El que, sin abandonar los principios, pone el acento en la actividad del Estado en bien de la colectividad entera y recuerda, en especial, que el Estado es el asegurador del riesgo social con base en la equidad (Duguit, L., "Las transformaciones del derecho público", posición compartida por Linares Quintana y Waline, M. "Droit Administratif", Paris, 1963). El que también desde los principios sostiene que la responsabilidad del Estado tiene como fundamento los derechos adquiridos por los particulares (Gierke, O. "Nurrech und deutsche Recht", Berlín, 1902; De Estrada, J., "Responsabilidad del Estado por actos legislativos

discrecionales", ED 102-843). El que atiende a la normativa constitucional (arts. 14 a 20 CN) y considera los derechos individuales que el Estado no puede alterar (Gordillo, A., "La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública", 1959); como una variante del cual se alude a la imperatividad consecuente (arts. 31 y 116 CN). El que propicia un fundamento único consistente en el restablecimiento de equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado (Cassagne, C., "La responsabilidad del Estado por omisión", LL 1989-C-512). El que repara en la llamada teoría del sacrificio especial que funda la responsabilidad en la existencia de un perjuicio desigual y desproporcionado en cabeza de un individuo respecto de los demás integrantes del grupo social (Bianchi, O., "Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa", p. 136). El que finca la responsabilidad estatal en la justicia distributiva como distinta de la conmutativa y apta para resolver desde el Estado cuestiones que tienen que ver no sólo con el derecho sino con la política y las finanzas (Barra, R., "Responsabilidad del Estado", ED 122-859). Y en fin la teoría de la expropiación que recurre al derecho de propiedad como fundamento de la responsabilidad del Estado, aunque concluye en una indemnización acotada (Consolo). En homenaje a la regla o principio implícito de lógica jurídica cabe recordar las palabras de muy calificada doctrina comparada:

"Puede parecer ocioso insistir sobre la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad civil de la administración. Desde el punto de vista jurídico lo que sería preciso justificar es la solución contraria, es decir el principio de una inmunidad de la administración respecto a la responsabilidad derivada de daños causados por su actuación (u omisión); esta justificación se ha venido proponiendo secularmente en virtud de principios cuya consistencia dogmática se ha derrumbado estrepitosamente, y no es posible ya encontrar un sólo argumento objetivo que abone el postulado de la irresponsabilidad. La doctrina parece haber llegado en nuestros días a la tesis común de que la razón que justifica una responsabilidad de la administración no es, ni tendría razón alguna para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma instrucción a las personas privadas" (García de Enterría, E., "Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa" Madrid, 1984, p. 159; con razón afirma Mairal, H., "Responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado", págs. 367 y sgts.: de nada sirve tener un sistema de responsabilidad del Estado muy generoso en teoría si después el monto de la sentencia es muy reducido).

En orden a los criterios acerca de la responsabilidad del Estado se percibe

definidamente un auspicioso tránsito desde la irresponsabilidad, con sustento en la soberanía o en el obrar en beneficiencia (el Estado no es quien actúa), hasta la consagración de la responsabilidad, sólo del funcionario o sólo del Estado o concurrente o solidaria entre ambos, pasando de la responsabilidad civil a la administrativa y considerando las razones invocadas para la configuración de una responsabilidad pública o de derecho administrativo. Significativa trascendencia en este aspecto revisten las razones para postular una responsabilidad por daños única que alcance al Estado, ya que no hay motivos valederos o suficientes para duplicarla y de hecho hoy la doctrina de la doble responsabilidad estatal es unánimemente rechazada (cf. Mosset Iturraspe, J., ob. cit., págs. 77 y sgts.). "Ut infra" veremos el Estado es una persona jurídica necesaria que debe actuar al conjuro del hilo de la ejemplaridad. En el Estado de Derecho es excepcional su actuar como "poder público soberano".

Como la PROVINCIA aludió con recurrencia a la responsabilidad funcional (art. 1112 Cód. cit.), en su intento por eludir la imputada contra ella por el Sr. LOBOS, estimo útil prevenir sobre su completa irrelevancia técnica con arreglo a las circunstancias del caso pues el único problema subsistente, en el marco de la discusión doctrinaria en torno al alcance de la expresión "son comprendidas en las disposiciones de este título" contenida en dicha norma (art. cit. frente al art. 1113 Cód. cit.), es el relativo a la responsabilidad indirecta del superior jerárquico del autor del daño y no ya la responsabilidad del Estado desde el ángulo civilista que se ubica en el ámbito de la de las personas jurídicas (art. 43 Cód. cit.); sabido es que los administrativistas limitan la aplicación de este precepto requiriendo siempre la invocación de principios de derecho público, pero sin embargo las normas civiles han prestado y siguen prestando utilidad al tema de la responsabilidad estatal (cf. Kemelmajer de Carlucci, A., "Responsabilidad del Estado", págs. 55 y sgts.). El Estado es una persona jurídica, sea nacional o provincial o municipal, y la ley civil la equipara con la persona física en orden a su capacidad de derecho y a su responsabilidad.

El tema por cierto ha sido motivo de arduas polémicas doctrinales así como de una larga evolución jurisprudencial, cuyo corolario fue el establecimiento de una amplia responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas por los daños causados por quienes las dirijan o administren, trátase o no de un delito del derecho criminal, siempre que los hubieren causado en ejercicio o con ocasión de sus funciones. La norma las hace responsables por los actos ilícitos cometidos por sus órganos, disponiendo también que la responsabilidad por los hechos de los dependientes se regirá por las normas generales

(arts. 1113 y cdt.).

Es un hecho contemplado por el derecho que la actividad del Estado puede causar daños resarcibles. Cuando tales daños no se originan en el incumplimiento de obligaciones convencionales se puede hablar de responsabilidad extracontractual del Estado, la cual puede originarse en actos u omisiones de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La actuación de cualquiera de estos poderes debe siempre ser imputada al Estado pues en cada caso concreto debe verse a éste actuando a través de uno de sus órganos o departamentos de gobierno (Marienhoff, M., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº IV, págs. 690/691). En nuestro sistema constitucional a la responsabilidad del Estado Nacional debe aditarse la de los Estados Provinciales y Municipales, así como la de las entidades autárquicas; por eso cuando mencionamos al Estado lo hacemos en sentido lato comprensivo de todos los entes de carácter público.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado resultan aplicables el derecho administrativo o el derecho civil, según sea el ámbito en que aquél haya actuado. Si bien en la actualidad es unánimemente rechazada la doctrina de la doble personalidad de los entes públicos (arg. art. 33 Cód. cit.), por ser indivisible su subjetividad, ello no es óbice para que se les reconozca una doble capacidad: aptitud suficiente para desenvolverse o actuar en el campo del derecho público o del derecho privado (Marienhoff, M., ob. cit., Tº I, pág. 364) pudiendo obrar como poder público soberano o en pie de igualdad con los particulares. Será pues aplicable en el primer caso el derecho público y en el segundo el privado (Marienhoff, M., ob. cit., Tº IV, pág. 719; Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", Tº I, págs. 228 y sgts.; Reiriz, G., "responsabilidad del Estado", págs. 25/26; Mosset Iturraspe, J., ob. cit., Tº II-B, págs. 320/321; Nota de Vélez a los arts. 33 y 34 Cód. cit.). Pero aún en aquellos casos en que la responsabilidad del Estado debe regirse por el derecho público resulta aplicable por analogía la ley civil, por no existir normas específicas de derecho administrativo que lo resuelvan (Spota, A., "Los daños causados por los bienes públicos y la responsabilidad extracontractual de la administración", LL 15-48). De ahí que nuestros Tribunales aplicaran en muchas ocasiones normas civiles sin distinguir claramente los actos de imperio y los actos de gestión del patrimonio estatal (C.Paz Capital Federal, Sala III, 9-5-39, LL 15-48; CSJN, 11-4-75, LL 1975-C-67 con nota de Fiorini, B., "La ilicitud y la responsabilidad de la administración pública"); además cabe agregar que la distinción entre actos de imperio y de gestión no es absoluta, ya que existen multiplicidad de casos en los cuales el imperio es inseparable de la gestión y viceversa (cf. Salvat, R., "Tratado de Derecho

Civil Argentino - Fuentes de las obligaciones", Tº IV, pág. 293).

Empero la obligación del Estado de reparar los daños causados por sus actos de imperio sólo ha sido reconocida después de una larga evolución histórica. El antiguo precepto anglosajón *the King can do no wrong* fundamentó durante siglos la irresponsabilidad del Estado amparada en razones de soberanía. Pero el moderno estado de derecho superó aquel rígido esquema: nunca soberanía puede ser sinónimo de impunidad (Bullrich, A., "Curso de derecho administrativo", Tº II, pág. 181). El estado creador de la ley no está por encima de ella sino autorregulado por ella (Acuña Anzorena, A., "La responsabilidad extracontractual del poder público", LL 24-459). La doctrina y la jurisprudencia nacionales debatieron largamente sobre el fundamento de la responsabilidad estatal, sosteniendo autores de nota que el mismo no existe y que el Estado responde cuando una ley formal establezca a su cargo una obligación indemnizatoria (Bielsa, R., "La responsabilidad del estado y la responsabilidad de los funcionarios", LL 24-82) en lo que inicialmente coincidieron los Tribunales hasta que, finalmente, se adoptó una línea que al presente es cada vez más amplia y protectora de los derechos de los particulares damnificados por el Estado (CSJN, "DEVOTO C/ GOBIERNO NACIONAL", 22-9-33, JA 43-417). Actualmente la responsabilidad de la administración pública se fundamenta en el estado de derecho y se basa en las garantías constitucionales que lo establecen. Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad, de los habitantes del país constituyen restricciones establecidas principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos (CSJN, 6-11-22, Fallos 137:254), razón por la cual la responsabilidad estatal no ha menester de ninguna ley que expresamente la determine (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala I, 17-9-70, LL 143-561); hay actos realizados por el Estado en carácter de poder público que siempre lo responsabilizan en virtud del principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad (CNCiv., Sala C, 19-7-68, LL 134-132). Y más recientemente se ha fundamentado la responsabilidad resarcitoria del Estado en el principio general de derecho que establece que todo aquel que causa un daño a otro debe repararlo (CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala II, 14-5-74, LL 155-463).

Todo lo atinente a la actividad policial (policía y poder de policía) constituye una materia cuyo concepto y contenido aparecen imprecisos, de lo cual también se hizo eco la doctrina.

Hoy se conceptualiza el poder de policía como una potestad reguladora del ejercicio de

los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales de los habitantes (Marienhoff, M., ob. cit., Tº IV, pág. 514).

Conceptualmente policía y poder de policía son considerados como cosas o valores distintos y de ahí las marcadas diferencias que se observan en el mundo jurídico: por de pronto no es igual en Europa que en América, pues mientras en aquélla el concepto es restringido ("narrow") en cambio en ésta es amplio ("broad and plenary"). La propia Corte Suprema evolucionó en su concepción del poder de policía. Originariamente consideró incluido en él la facultad de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad públicas sosteniendo así el criterio restringido aludido (in re "EMPRESA PLAZA DE TOROS", 13-4-1869, Fallos 7:150). Pero luego la Corte amplió su concepto sobre poder de policía sosteniendo que el Estado no sólo tenía la obligación de atender a la seguridad, salubridad y moralidad públicas, sino que también tenía el deber de proteger los intereses económicos de la comunidad (cf. "ERCOLANO", 28-4-1922, Fallos 136:161); de tal modo abandonó el criterio restringido de policía para adoptar el amplio, temperamento que mantiene hasta hoy día.

En el derecho argentino el fundamento jurídico del poder de policía radica en el carácter relativo y en modo alguno absoluto de las prerrogativas del individuo, como la libertad y la propiedad (Villegas Basavilbaso, F., "Derecho Administrativo", Tº 5, págs. 103/105).

Las normas de policía tanto pueden imponer obligaciones de hacer como de no hacer. Si bien son más frecuentes las obligaciones negativas excepcionalmente pueden consistir en obligaciones positivas. Sólo se requiere que la medida exigida sea justa y razonable (Bielsa, R., "Derecho Constitucional", p. 457).

El muy amplio campo susceptible de ser objeto del poder de policía, su contenido tan vasto y heterogéneo, correlativamente se presta a diversas clasificaciones, interesando a las circunstancias del caso aquí dado la orientada por razón de la jurisdicción según la cual puede ser nacional, provincial y municipal como consecuencia de nuestro sistema político-jurídico de gobierno. En el orden municipal las Provincias atribuyen a las Municipalidades la competencia necesaria para estatuir sobre diversas expresiones del poder de policía.

El ejercicio del poder de policía por sí solo no da lugar a resarcimiento ni genera responsabilidad del Estado por los perjuicios resultantes, pues éstos en tal caso no significan otra cosa que efectos de las lícitas y normales limitaciones al respectivo derecho del administrado: menoscabos semejantes no constituyen jurídicamente daños

resarcibles. Pero esto se refiere al ejercicio regular del poder de policía. Si en cambio se tratare de un ejercicio irregular es evidente que los daños serían indemnizables, sea por el propio Estado o por sus agentes que hubieren intervenido; concurrirían aquí los requisitos que fundamentan jurídicamente la responsabilidad en general: la culpa. De manera que los menoscabos que reciba el habitante por el ejercicio lícito y regular del poder de policía por parte del Estado no lo hacen responsable; en cambio sí es responsable por el ejercicio irregular de dicho poder (Demogue, R., "Des obligations en général", Tº 5, págs. 591/592, París, 1925; Velasco Calvo, F., "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", Tº I, págs. 164 y 168; Fiorini, B., "Poder de policía", p. 320).

Veamos pues en concreto aquello atinente a lo que el Estado "no hace" debiendo efectuarlo, es decir la responsabilidad del Estado por omisión de los deberes de contralor o vigilancia en lo cual subyace el siguiente interrogante: ¿Qué ocurre cuando el Estado debe controlar por mandato legal y no lo hace?

La corrupción o el simple mal manejo o la gestión ineficiente o improductiva, vicios todos lamentablemente muy comunes en nuestra democracia vernácula, requieren de un seguimiento que se denomina control o vigilancia (en el ámbito nacional está vigente la ley 24.156 denominada Ley de Administración Financiera y de Sistemas de Control del Sector Público Nacional) que el Estado, en todas sus formas, directamente omite cumplir. Francamente pululan hoy en Argentina, cual máxima expresión de la disnomia cultural que nos corroe, innumerables supuestos de tareas de contralor y de su abierto incumpliendo por parte del Estado en cualquiera de sus formas (v.gr. quiebra de entidades financieras que el B.C.R.A. -ente oficial de contralor- debía vigilar y no lo hizo o lo hizo irregularmente; entidades aseguradoras que la Superintendencia de Seguros debía controlar por mandato legal y tampoco lo hace posibilitando su insolvencia y el perjuicio a los asegurados; omisiones en el contralor o vigilancia de los "entes reguladores" del propio Estado sobre las concesionarias de los servicios públicos: luz, gas, agua y teléfono; la privatización de los servicios públicos domiciliarios, la puesta en manos privadas de servicios esenciales, el monopolio y las posibilidades de abusos o aprovechamientos facilitados por la omisión del rol fiscalizador del Estado; otros tantos casos de tareas de contralor y de su incumplimiento: Ente controlador de la AFIP, Comisión Nacional Reguladora del Transporte, Organismo Regulador del Servicio Nacional de Aeropuertos, Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, Sindicatura General de la Nación, Auditoría General de la Nación,

Contaduría General de la Nación, Procuración del Tesoro de la Nación, etc., etc.). Pero existe un supuesto verdaderamente paradigmático sobre omisión de los deberes del Estado en materia de contralor o vigilancia que es, en efecto, la regulación del tránsito. Sin duda ninguna juega en dicha materia la situación del Estado frente a las calles y caminos, a las vías circulatorias que tiene a su cargo, que son de dominio público (nacional, provincial o municipal) y sobre las cuales ejerce el poder de policía de tránsito (cf. Hutchinson, T., "Breve análisis de la responsabilidad del Estado por accidentes de tránsito"). El neoliberalismo argentino ha devastado al Estado en su rol de ejercicio del poder de policía para imponer y controlar, así como también en sus funciones básicas como la seguridad vial; esta ausencia de rol se concreta en dos direcciones: no legisla en la medida de la necesidad de los tiempos que corren ni controla las leyes vigentes... (cf. Ghersi, C., "Accidentes de tránsito-Responsabilidad del Estado por omisión de control y ejercicio del poder de policía", JA del 18-7-01, p. 32). En rigor de verdad el Estado descuida las vías de circulación que están a su cargo, no las mejora ni las vigila, de donde -como han destacado los Tribunales- su responsabilidad resulta inexcusable (por acciones mal cumplidas y por omisiones imputables: como la falta de control de la velocidad, de una publicidad en la ruta molesta y obstructiva, del mal estado y pésimo señalamiento, etc.) (Mosset Iturraspe, J., ob. cit., pág. 240, nota 68). No debe perderse de vista ese doble rol del Estado, dueño del dominio público y controlador de la seguridad, en orden a introyectar adecuadamente sus funciones (v.gr. recorrer caminos y rutas para consolidar su poder de policía y así evitar o anticipar o prevenir las consecuencias riesgosas). Cualquiera fuere pues el Estado (nacional, provincial o municipal) resultan aplicables las normas del Código Civil en materia de responsabilidad. El Estado tiene facultades normativas en orden al tránsito (Gordillo, A., "La administración local argentina", págs. 46 y sgts.). Las Provincias disponen de personal para dirigir y ordenar el tránsito. Ya desde antigua data la propia Corte Suprema, sin desarrollar una teoría en derredor de la responsabilidad por omisión, entendió que había culpa del Estado por aplicación de la responsabilidad objetiva (arts. 1113 y 1133 Cód. Cit.), por ejemplo, ante una demanda por reparación de daños por pérdida de vidas (cónyuge y tres hijos) como resultado del naufragio de una lancha imputando a la Provincia de Buenos Aires porque incumbía a la Dirección de Hidráulica, perteneciente a aquélla, la omisión de mantener en debidas condiciones las vías navegables y remover los obstáculos que impiden el normal transporte por agua (cf. caso "FRANCK", 14-11-69, Fallos 275:357, comentado por

Mosset Iturraspe, J., ob. cit., Tº X, pág. 121, nota 14: decisión sin duda generosa y amplia en tema de omisiones que dicho autor comparte pues el tamaño, lugar de ubicación del tronco que causó el accidente y antigüedad en el mismo, tienen que ver con la razonabilidad de la decisión). También la Corte hizo lugar a la demanda originada en los daños ocasionados por un accidente automovilístico originado en la existencia, en la ruta nacional N° 40, de una zanja profunda ubicada después de una lomada por entender que la demandada, Dirección Nacional de Vialidad, omitió cumplir con su deber al no advertir a los conductores en general y al actor en particular semejante dificultad en la marcha que, por ende, también había violado su obligación de conservar y vigilar el estado de la ruta (cf. caso "LANATI", 2-7-91, Fallos 314:661). Hay otros fallos del Alto Tribunal en idéntico sentido, pero reduzco la cita a los dos referidos por su analogía situacional con las circunstancias relevantes de este caso (cf. in extenso Mosset Iturraspe, J., ob. y loc. cit., págs. 120 y sgts.).

Tampoco debe perderse de vista que la ley civil (art. 1074) apunta a las omisiones que, de una u otra manera, violan el derecho ya sea en sus normas legales o en sus costumbres o principios. Lo contrario, a no dudarlo, implicaría volver al sistema de catálogos cerrados o *numerus clausus* propio de una visión positivista, descreída de los Jueces y sólo confiada en el legislador. Y si bien es cierto que la norma citada provoca inquietudes no menores, como por ejemplo si se trata de omisiones "a secas" u omisiones "abusivas" o por caso la incidencia del deber de actuar frente al presupuesto de la Nación o de las Provincias, no lo es menos que los deberes del Estado surgen de la Constitución, de las leyes y de su propia función indelegable e indeclinable en orden a procurar el bienestar general. Justamente el argumento clave implícito o explícito de muchas decisiones tiene que ver con la pobre realidad económico-financiera de Argentina, en cuyo marco la aspiración a realizar obras y cumplir servicios encuentra presupuestos agotados que redundan en una imposibilidad absoluta de gestionar, pero no por ello cabe abdicar de la operatividad de muchos de los derechos consagrados constitucionalmente como *vademecum* del debido obrar del Estado y por ende de las omisiones imputables. La realidad económica del Estado caracterizada por una emergencia endémica (cf. in extenso consideraciones efectuadas por este Juzgado en el *leading case* "RANCAÑO"), siempre presente cuando se trata de imputarle omisiones, no puede ni debe hacernos olvidar del bien común.

Y es por tales razones, intrínsecamente trascendentes en la búsqueda de Justicia, que comparto y hago mías las lúcidas consideraciones hechas por muy calificada doctrina en

lo siguientes términos:

"Dentro de la oportunidad o conveniencia del obrar administrativo se encuentra la omisión de un hacer que se pretende en beneficio de un particular, es decir un conflicto de intereses entre la afectación del patrimonio de éste y el gasto o incidencia patrimonial en el presupuesto provincial de las obras pretendidas, y el Tribunal no hesitó en salvaguardar el patrimonio del Estado con lo cual se visualiza un error y una injusticia pues la misma sentencia reconoce que el 70% de Mendoza padece el fenómeno climático de los aluviones. Es irrazonable e injusto que se permita por años que la ejecución insuficiente o simplemente la inejecución de obra alguna ponga en peligro la seguridad y los bienes de los habitantes; satisfacer el daño sufrido es el precio de la discrecionalidad administrativa" (cf. Berçaitz de Boggiano, A., "La discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad por omisión", ED 137-861, donde critica el sugestivo fallo de la CSJ de Mendoza in re "TORRES", LL del 17-7-89, originado en una demanda contra dicha Provincia por daños sufridos por inundaciones que fue acogida en primera y segunda instancia pero no en la Corte provincial con el argumento de que no había norma que impusiera al Estado la obligación de realizar las obras pretendidas).

La realización de la Justicia en la vida comunitaria trasciende lo meramente individual. Es cierto que la triste verdad en este fallido país está dada por presupuestos que se agotan en el pago de remuneraciones, angustia económica y, en fin, carencia de recursos que impide hablar de obras y servicios. Pero no debe olvidarse que es deber del Estado (podre o rico) velar por el bienestar general en orden a asegurar a sus ciudadanos una vida digna, tranquila y confortable. A ello se puede y se debe apuntar. Ese es el rol fundamental del Estado. Para eso fue concebido. Y para eso tiene deberes y compromisos con los administrados. No puede ser que el Estado, en todas sus formas, dilapide recursos en tareas secundarias divorciadas de las necesidades elementales de la sociedad.

Cita puntualmente muy señera doctrina civilista:

"EL ACHICAMIENTO DEL ROL DEL ESTADO EN LA BUSQUEDA DEL BIEN COMUN, LA PERSECUCION DEL INTERES GENERAL, LA CONSAGRACION DE UN ORDEN PUBLICO ECONOMICO Y LA VIGENCIA DE LA MORAL SOCIAL. Nos parece que los descuidos del Estado, sus abandonos o muestras de desinterés en temas que hacen a los derechos fundamentales de las personas, son de harta peligrosidad y ponen en riesgo a la Nación, a su destino y valores esenciales. Es

verdad que sin recursos económicos nada se puede hacer en muchísimos ámbitos de la administración, pero también es cierto que las restricciones con base en una visión economicista conducen a la parálisis...; lo vemos en la actualidad en los más diferentes terrenos: en la prestación del servicio de salud, son graves asimismo las omisiones en el control o vigilancia de alimentos y bebidas, de medicinas y de otros rubros de interés... el Estado argumenta falta de inspectores... La jurisprudencia más reciente provee algunas soluciones que permiten afirmar que en el campo de la responsabilidad del Estado por sus omisiones antijurídicas se disipa, cada vez más acentuadamente, la frontera entre las abstenciones a deberes que se inscriben en el tradicional ámbito de la actividad discrecional de aquellas conductas que se califican como actividad reglada; ello es así debido a un cambio en la consideración del ejercicio de dichas facultades, a las que ya no se concibe como de puro arbitrio administrativo sino como soluciones alternativas provenientes de o aportadas por la propia ley que ordena al órgano administrativo su actuación" (Mosset Iturraspe, J-, ob. y loc. cit., pág. 138, con cita de Mertehikián, E., "La responsabilidad pública", pág. 274 y sgts.).

Precisamente con arreglo a tal orden telético también la Corte Suprema sentenció que hay responsabilidad de la Provincia de Río Negro por la ausencia de seguridad en un aeropuerto, debido a la muerte de una mujer sucedida al pasar cerca de una hélice del avión en que viajaba, declarando que se trataba del incumplimiento de obligaciones concurrentes o "in solidum" del Estado provincial" (cf. caso "FABRO", 9-11-2000, publicado en el trabajo de Sagarna, F., "Actualidad de la jurisprudencia de la Corte", LL del 1-6-2001, p. 3). Y en el mismo sentido también sostuvo que quien alega responsabilidad del Estado debe individualizar del modo más claro y concreto posible cuál es la actividad de los órganos estatales que reputa irregular, vale decir tanto la falta de legitimidad de la conducta estatal como la idoneidad de esta para producir los perjuicios cuyo resarcimiento reclama (Fallos 317:1233)" (cf. caso "COHEN", 30-5-2006, elDial.com - AA35C2).

Así pues en materia de responsabilidad del Estado por omisión debe volverse de los excesos de su achicamiento y buscar la construcción de uno que, aún siendo reducido, genere la fuerza suficiente como para cumplir una serie de roles imprescindibles tendientes a asegurar una mayor justicia social. Lo cual por cierto es un clamor in extremis de los argentinos durante décadas. En este sentido las normas del Código Civil (arts. 43, 1066, 1074, 1109, 1113 y cdt.), bien interpretadas y no con ánimo pseudogarantista y/o puramente efectista, permiten arribar a soluciones de consuno

justas y equitativas. Este y no otro es el espíritu que subyace en la jurisprudencia de la Corte que hube aludido. Y en orden a todo ello se requiere desde luego la conjunción de al menos dos circunstancias dirimentes aunque no excluyentes: existencia de una norma que imponga un "hacer" del Estado y que la consecuente omisión administrativa en cumplirlo resulte abusiva. Cuando alguno de los órganos o dependencias del Estado tenga parte, de manera directa o indirecta, en determinado evento dañoso, sea por acción u omisión, el ejercicio irregular o defectuoso del poder de policía de seguridad que le corresponde resulta suficiente para atribuirle responsabilidad; en tal caso es justo y razonable activar la responsabilidad general que le incumbe en orden a la prevención, de forma de imputarle las consecuencias dañosas suscitadas con motivo o en ocasión de hechos que no resultan extraños a su deber de intervención. La obligación genérica de brindar seguridad que pesa sobre el Estado, en virtud del poder de policía del que está investido, permite fundar su responsabilidad en presencia de una intervención directa de sus órganos. Debe haber un control directo y proactivo por parte del Estado en todo lo atinente a la seguridad vial, máxime en un país disnómico como Argentina. Y a modo de adecuado complemento de todo lo hasta aquí expuesto contamos con lo que doctrina y jurisprudencia han venido conceptualizando como deber de seguridad implícito que también tiene el Estado, como directa e inmediata consecuencia de sus mismos fines y funciones ya reseñadas, y que es el fundamento concurrente de la responsabilidad objetiva que cabe imputarle por el agravamiento del riesgo derivado precisamente de su omisión en cumplir sus deberes de contralor o vigilancia legalmente impuestos (cf. vgr. CNCiv., Sala C, "PERALTA", 23-5-2005, en eIDial.com del 2-9-05, y "ZAPATA", 28-12-01). Esa obligación tácita de seguridad constituye un plus por sobre los fundamentos ya expuestos en orden a la responsabilidad omisiva extracontractual del Estado.

Quiero detenerme brevemente en algunas consideraciones sobre la teoría del abuso de derecho que creo de particular utilidad para este caso.

Sin ánimo de reeditar aquí y ahora la extensa polémica desatada en torno de los criterios propuestos para caracterizarlo, pero recordando muy especialmente que la justificación del nacimiento de dicha teoría -explicitados por Josserand como primer autor que la sistematizara- pasa por una doble reacción tanto contra el liberalismo individualista, a fin de procurar imponer una concepción más social del derecho, como contra la rigidez de las disposiciones legales y la aplicación mecanicista del derecho, en orden a constituirse en un instrumento flexibilizador del derecho precisamente para su

adaptabilidad a la realidad socio-económica, creo oportuno hacer especial referencia a los dos criterios que parecieran prevalecer en la ley y en su interpretación doctrinario-jurisprudencial. Así el criterio funcionalista o del fin económico-social del derecho según el cual el derecho subjetivo debe ejercitarse sin contradecir su destino económico y social, so pena de caer en el ejercicio abusivo de la prerrogativa jurídica, y adaptarse a los fines actuales de forma que la jurisprudencia capte las necesidades existentes en el momento de la aplicación de la ley (cf. Molina, "Abuso de derecho, lesión e imprevisión", p. 90; Orgaz, "Abuso de derecho", en LL 143-1219; Carranza, "'Abuso de derecho - arts. 1071, 2513 y 2514 del Código Civil según la ley 17.711", en JA 3-1969-678; Laquis, "El abuso de derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 359; López Olaciregui, J., "Efectos de la ley con relación al tiempo - Abuso de derecho y lesión subjetiva", en Rev. Colegio Abogados La Plata, vol. 21, p. 81; CNCiv., Sala A, , 6-12-60, LL 101-635; idem 25-2-75, ED 65-209; idem Sala D, 17-2-67, ED 20-61; idem Sala F, 20-3-73, ED 51-576; C.Apel. Junín, 26-9-68, ED 26-276). Y también el criterio del ejercicio del derecho en contra de su espíritu conforme al cual el acto abusivo es el contrario al objeto de la institución, a su espíritu y a su finalidad (CNCiv., Sala F, 20-3-73, ED 51-576). O inclusive el criterio del ejercicio incompatible con la regla moral que considera los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres como pauta directiva de configuración del abuso de derecho (cf. Belluscio, A. y Zannoni, E., "Código Civil", T° 5, p. 60, nota N° 34 con infinidad de citas doctrinarias y jurisprudenciales). Pero, en cualquier caso, parecieran prevalecer los llamados criterios mixtos para los cuales basta con que la ley declare que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos para que quede librado al arbitrio de los jueces decidir en cada caso donde termina el derecho y dónde empieza el abuso (Fleitas, "El abuso de derecho", N° 9, p. 5, con citas de Capitant, Prates, Ossorio y Díaz de Guijarro).

En realidad la jurisprudencia nacional registra muy pocos casos en los que se haya valido de uno sólo de los criterios o pautas expuestos ya que, por el contrario, siempre hace mención a varios de ellos valorando una serie de circunstancias que, recíprocamente completadas unas con otras, llevan al ánimo del juzgador la necesidad de aplicar la teoría de que se trata. Y es lo que ocurre con la ley 17.711 que receptó el criterio finalista o funcionalista aunque reforzado con la directiva de la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Acaso en última instancia, como bien dice Cammarota, el abuso de derecho sea strictu

sensu un simple problema de jurisprudencia que los magistrados han de solucionar con arreglo a las circunstancias de cada caso (cf. "Responsabilidad extracontractual", T° I, p. 123).

Concordantemente con lo expuesto no debe perderse de vista que el acto abusivo es intrínsecamente legal pero se le imputa una sanción porque ha vulnerado la funcionalidad del derecho al ejercérselo irregularmente, es decir, el meollo radica en distinguir "uso" de "abuso". El derecho cesa donde empieza el abuso.

Desde luego que, por ser justamente una reacción contra el puro legalismo, el abuso de derecho debe ser interpretado con carácter estricto y restringido, de forma que sólo cuando aparezca manifiesto el antifuncionalismo recién debe acudir a este remedio excepcional. Se requiere pues que la conducta abusiva sea claramente probada, ya que se trata de evitar el llamado abuso del abuso del derecho.

Asímismo cabe recordar como elementos constitutivos del abuso, entre otros posibles, la existencia y ejercicio de una conducta permitida dentro del derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal, la contrariedad con los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres, la existencia de un daño y la imputabilidad.

Finalmente adviértase cómo el juego del instituto del abuso de derecho también en esta materia de accidentología vial se explica con elocuencia por cuanto, aún cuando la teoría nació -ut supra vimos- como una reacción frente al liberalismo individualista (cf. Josseland, L., "De l'esprit des droits et de leur relativité - Theorie dite l'abus des droits", 2a. ed., Paris, 1939), en la actualidad -repito- se ha consolidado su carácter de principio regulador de los derechos subjetivos que, por ende, extiende su influencia como un standard propio del orden jurídico todo (cf. v.gr. Ripert, G. y Boulanger, J., "Tratado de derecho civil según el Tratado de Planiol", T° V, Obligaciones, 2a. parte, p. 77; Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., "Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", T° I, vol II, p. 249; Llambías, J., "Tratado de derecho civil - Parte general", T° 2, p. 179; Molina, J., "Abuso de derecho, lesión e imprevisión en la reforma del Código Civil", cap. 1, punto 1; Spota, A., "Instituciones de derecho civil - Contratos", T°1, parte general, p. 752; Boffi Boggero, L., "Tratado de obligaciones", T° 6, p. 487; y Belluscio, A. y Zannoni, E., ob. cit., T° 5, p. 53).

Con todo el orden telético in mens retenta vayamos a las circunstancias dirimentes acreditadas en este caso, en orden a despejar el siguiente interrogante de intrínseca y significativa trascendencia: ¿hubo o no de parte de la PROVINCIA responsabilidad por

omisión de los deberes de contralor y vigilancia en materia de tránsito?

Prevengo que si bien al presente la jurisprudencia del STJ ha vuelto a ser no ya de consideración sino de aplicación obligatoria para los Jueces y Tribunales de grado (art. 46 L.O.), razón esta dirimente por la cual correspondería en este caso seguir la fijada en la materia por la anterior integración del STJ (cf. casos "SANDOVAL" y "FERRARIS"), visualizo en esta caso circunstancias particulares que justifican extender la condena a la PROVINCIA.

De un lado tenemos (aún cuando vimos que se trata de una condición dirimente pero no excluyente) la norma positiva, concreta y clara, que posiciona a la PROVINCIA como una de las autoridades de aplicación y comprobación de las normas atinentes al régimen de tránsito (art. 2 ley 24.449 a la cual adhiriera Río Negro). Es más: hace unos años hasta se creó el Consejo Federal de Seguridad Vial (art. 6 ley cit. modif. por art. 21 ley 26.363), organismo interjurisdiccional de carácter permanente como ámbito de concertación y acuerdo de la política de seguridad vial de Argentina integrado por la Nación y las Provincias; también se endurecieron las condiciones para el otorgamiento de las licencias de conducir (arts. 13 y 14 ley cit. modif. por arts. 25 y 26 ley cit.), se creó el Registro Nacional de Antecedentes del Tránsito (RENAT) (art. 8 ley cit. modif. por art. 23 ley cit.) y hasta se agregó al catálogo de sanciones (art. 77 ley cit.) la conducción del vehículo sin el comprobante que acredite tener seguro (art. 33 ley cit.). Pero el colmo es que 2007 fue pomposamente designado como año de la seguridad vial (?).

Dos fueron las omisiones imputadas por el Sr. LOBOS a la PROVINCIA: que el Sr. NADUR conducía un remedo de vehículo y que además lo hacía sin seguro. Nada más ni nada menos. Y todo ello -como si fuera poco- mixturado con otra no menos importante: no controlar ni prevenir ni sancionar ambas circunstancias,

A más de obvios, en tanto impuestos hasta por el más mínimo sentido común, todos son requisitos obligatorios para circular (arts. 40 incs. "a", "c" e "i" y 68 ley cit.) y es incontrovertible que la fiscalización de su cumplimiento corre a cargo de la PROVINCIA como autoridad aplicativa del régimen legal de tránsito (arts. 70 y 72 ley cit.). Adviértase muy especialmente que aquí y ahora se trata de determinar la eventual co-responsabilidad omisiva de la PROVINCIA, por haber abdicado por completo de su control o ejercitarlo de modo irregular en una materia singularmente sensible para la seguridad de la gente como es el tránsito vehicular en este desquiciado país.

Luego: aún cuando para lo que aquí interesa establecer -insisto- no sea una conditio sine

qua non de la responsabilidad civil estatal, las normas que imponen "un hacer" concreto y definido a la PROVINCIA existen y están en plena vigencia... pero ésta no las cumple ni las hace cumplir.

Ya al decidir el primer caso que me tocó en esta materia como Juez de grado del Juzgado Civil y Comercial N° 3 ("MELLADO" cit.) resultó cuasi-determinante la prueba testimonial rendida nada menos que en la persona del Ing. Catini, de indudable atendibilidad plena en aquel entonces por su condición de revista intrínsecamente calificada que tuviera en el Municipio local pudiéndose establecer que era responsable de los controles y fiscalización en distintos lugares del éjido municipal, que tanto la Municipalidad como la Policía realizan controles sobre las normas de tránsito, que los más importante y la prioridad de los inspectores es el secuestro preventivo de la unidad ante la falta de licencia o de seguro, que los controles son diarios y puntuales para detectar tales falencias, que la ley de tránsito faculta al Municipio a hacer inspecciones oculares en la vera de la ruta sobre el estados del vehículo y el inspector tiene la obligación de secuestrar preventivamente hasta que se resuelva el inconveniente y que la Dirección de Tránsito de la Municipalidad ejercita efectivamente tales facultades incluso con campañas publicitarias (fs. 111 y sgts. causa cit.). En aquél caso dicha prueba desvirtuó por completo los términos de la litiscontestatio elucubrada por el Municipio para intentar eludir su responsabilidad, incluida desde luego la excepción de falta de legitimación pasiva pluralmente apuntocada en circunstancias inatendibles. Aquí existe, a mi juicio, un análogo correlato con otro testigo intrínseca y significativamente cali y cualificado como es el Sr. Ostapezuk.

Si a su vez traspolamos lo antes referido en punto al abuso de derecho, irrumpen de modo elocuente las siguientes conclusiones prima facie relevantes.

No cabe ninguna duda sobre que el intento de la PROVINCIA por eludir la responsabilidad concurrente que le cabe sirviéndose de argumentos mínimos y difusos redundaría en una situación disvaliosa para todos los habitantes pues, por un lado, las omisiones relevantes de aquélla en materia de contralor y vigilancia en lo atinente a la seguridad vial expone a éstos a un continuo y alto riesgo de sufrir más y más accidentes y, por otro, termina por contrariar los fines mismos de la normativa.

Al igual que sucediera antes también ahora, ante la persistencia de la misma falencia cali y cualificada por provenir del Estado que tendría que dar el ejemplo, sigo persuadido que el proceder de la PROVINCIA, con motivo o en ocasión de omitir controlar el cumplimiento de los requisitos circulatorios vehiculares, no sólo trasunta

una peligrosa conducta vedada dentro del derecho positivo por expresas y especiales disposiciones legales sino que incluso termina mutando en un evidente antifuncionalismo producto de un ejercicio irregular de sus obligaciones legales. Los casos se multiplican y también las lesiones y las muertes. Pero la PROVINCIA sigue sin fiscalizar el calamitoso estado de revista de buena parte del parque automotor circulante como es debido.

Con todo ello quedó irremediabilmente comprometida esa loable interpretación finalista del derecho a la que hube referido en párrafos anteriores, que pretende casualmente prescindir de la pura y fría exégesis normativan para servir a un afán protectivo en pos de la justicia conmutativa, desde que la PROVINCIA no cumple con sus obligaciones legales desviándose pues de los fines que justifican parte de su misma existencia.

Ya en su demanda el Sr. LOBOS apontocó la responsabilidad imputada al Estado, en esencia, en la violación de deberes concretos a su cargo, como autoridad aplicativa legal (arts. 40, 68 y 77 ley 24.449), en lo referido a verificación, control y seguridad, en materia vial lo que terminó redundando en que el Sr. NADUR, quien vive en el Barrio 2 de Abril y a diario pasa por el puesto policial ubicado en la intersección de ruta 40 sur con pasaje Gutierrez, circulara con un virtual remedo de auto y encima sin seguro.

La PROVINCIA al contestar incurrió en generalidades pero sin brindar, a mi juicio, una contraversión fáctica en sintonía con las circunstancias determinantes de la del actor.

Pero sin embargo tomando en cuenta dos hechos a mi juicio dirimientes para una justa solución como son, de un lado, el domicilio del Sr. NADUR (fs. ....) de consuno con la ubicación del puesto caminero permanente sito a tan sólo 6 cuadras de donde aconteciera el accidente y, de otro, su circulación en un automóvil en malas condiciones de revista y además sin seguro no veo ninguna dificultad ni de fondo ni de forma, en cualquier caso, para presumir de manera fundada, seria, cierta, grave, precisa y concordante, que aquél lógica y muy verosímilmente hubo pasado en innumerables ocasiones justo frente al personal de la Policía destacado, justo en las inmediaciones del lugar del hecho, precisamente con motivo y en ocasión del control vehicular sin que, como por otra parte es de público y notorio conocimiento para cualquiera que viva en Bariloche sugestivamente respecto de automotores en estado deplorable, nunca jamás se lo controlara o detuviera o infraccionara.

La peor disnomia de Argentina sigue siendo siempre la estatal.

Estamos hablando de un retén policial permanente sobre una ruta nacional que atraviesa la ciudad desde Lago Gutierrez, de un vehículo con neumáticos delanteros con un 50 %

de vida útil y los traseros con un 40 % sin luces de posición (fs. 57 causa penal), de un conductor temerario que incluso circulaba sin seguro obligatorio que ocasionó, en fin, lesiones secuelas muy graves.

Me resulta pues bien evidente la relación causal adecuada negada por la PROVINCIA entre el hecho ilícito (cuasidelito cometido con virtual culpa grave rayana en dolo eventual por parte del Sr. NADUR) y el daño, trasuntada en su responsabilidad por omisión de control en el ejercicio del poder policial o en la falta servicial, por el incumplimiento de deberes cali y cualificados de su exclusivo y excluyente cargo como autoridad aplicativa en materia vial.

Por lo mismo, causalmente (no casualmente) a diferencia de lo acontecido en los referidos precedentes del STJ, aquí sí que la PROVINCIA tuvo no ya una sino muchas oportunidades ciertas y concretas de ejercer un control previsto por la ley específica en la materia justamente para evitar la causación de daños. Resulta de tal suerte patente cómo, previo al hecho ilícito que motivara las presentes actuaciones, la PROVINCIA, en ejercicio del poder de policía del cual es titular, hubiera debido concretar un control efectivo sobre el vehículo en cuestión, en orden a constatar que ni el automóvil cumplía con las exigencias mínimas de seguridad reglamentaria ni su conductor contaba con el seguro de rigor, todo lo que fatalmente hubiera redundado en su retención preventiva. Así entonces la omisión que se le imputa a la PROVINCIA reviste, a mi juicio, condición y entidad más que suficientes para convertir dicha omisión relevante en típicamente antijurídica pues el deber de retener de la autoridad de comprobación (art. 72 inc. c) ap. 1 ley cit.), en definitiva, hubo de resultar operativo a partir de la constatación de las referidas deficiencias que las aludidas circunstancias de tiempo y lugar imponían.

Luego: acuerdo in totum con los agravios esenciales del Sr. LOBOS contra la sentencia en crisis ya que tanto el marco jurídico como el fáctico imponen una conclusión opuesta a la del Juez de grado, en función a su vez de la interpretación doctrinario-jurisprudencial contraria a la que éste siguiera, con arreglo a una conducta proactiva que debe desempeñar la PROVINCIA en materia de seguridad vial sobre todo en un país y en una región signada por el desquicio.

En tal sentido acaso quepa detenerse en los dichos de un testigo intrínseca y significativamente cali y cualificado como es el Sr. Ostaczuk, casualmente empleado policial (sargento 1º) de 21 años de antigüedad con vasta experiencia en el tema, quien aseveró que durante los años 1998 y 1999 se hacían controles las 24 hs. de los que él

mismo participaba pidiendo carnet conductor, tarjeta verde y seguro... se secuestraba preventivamente... hoy cambió mucho el temperamento... si no se cumplen las medidas básicas de seguridad se detiene al vehículo o si ven uno destruido se lo para... estuvo en el puesto de ruta 40 y pasaje Gutierrez donde se secuestraban muchos vehículos por falta de documentación y seguridad, había un control riguroso pero hoy ya no, no paran a nadie, el control depende de la orden del jefe (?)... en la ruta trabaja la Policía... "tenemos poder de policía y se hacen controles dentro del éjido (municipal) por seguridad vial (cf. DVD).

Con lo meritado hasta este punto queda patentizada la total y absoluta improponibilidad objetiva del verdadero argumento central esgrimido por la PROVINCIA a lo largo de todo el proceso, tanto en la contestación a la demanda (ver sobre todo fs. 206 vta./207 para sustentar su falta legitimatoria pasiva) como en el alegato (fs. 570 vta. aludiendo a la ley orgánica policial cuando puesto del caso se ubica sobre una ruta) y en la respuesta del memorial de agravios (fs.654 y vta. y 656 y vta.), consistente en invocar con recurrencia una suerte de desentendimiento jurisdiccional de su ineludible poder de policía sobre tránsito y/o circulación automotriz que de ninguna manera puede servirle como excusa absolutoria porque se lo impone una ley nacional.

Estamos pues ante un evidente supuesto de no exigibilidad de otra conducta pues la PROVINCIA puede y debe controlar tanto las condiciones como la documentación vehicular, como de hecho y de derecho está probado que lo hace en la intersección vial referida aunque de modo manifiestamente irregular porque a diario vemos desfilar un parque automotor miserable por las "mismas narices" (como bien apunta el recurrente) del personal policial destacado al control del tránsito.

En fin: la PROVINCIA incumple su obligación legal (sólo ) porque, pese a cuenta con dos puestos fijos ubicados en puntos neurálgicos de la ciudad como son el ya indicado y otro sobre ruta 40 norte, directamente no controla ni el desastroso estado de revista de los rodados ni tampoco la documentación

Y eso jurídicamente tipifica, sin ambage ninguno, la tan manida responsabilidad estatal omisiva de consuno con la falta servicial.

No se me escapa desde luego el criterio interpretativo acaso contrario a la responsabilidad estatal que habría prima facie definido el STJ en su anterior composición (cf. in re "FERRARIS", SD del 10-8-2010, con remisión directa al precedente "SANDOVAL", SD del 20-10-2009), en la misma dirección que siguiera el Juez de grado. Pero sin embargo, reitero, en cuenta las particulares circunstancias del

sub lite que hube meritado lo considero en principio inaplicable aún cuando, en definitiva, también aquí hubo variadas posibilidades de ejercer el poder de policía en el ámbito de un control concreto que debió haber existido pues, como vimos, existe normativa específica que ordena implementar procederes proactivos justamente en sintonía con la evolución doctrinario-jurisprudencial que la cuestión tuvo. . Y ya vimos cómo la misma jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, intérprete final de todas las Constituciones del país, fue abriendo camino en el sentido de responsabilizar al Estado precisamente por las deficiencias u omisiones en el ejercicio del poder policíaco que detenta (cf. sobre todo casos "FRANK" y "LANATI" cits.); y lo hizo por cierto sin subordinar dicha circunstancia a la concreta y puntual detección -en alguno de los cuasi-inexistentes controles- de tantos y tantos remedos vehiculares que circulan todos los días por cualquier calle. Ante la disnomia generalizada del Estado en materia de fiscalización integral del tránsito no debiera haber situación concreta que valga. Siendo todavía Bariloche -insisto también- un pueblo en innumerables aspectos de la vida cotidiana resulta obvio que la PROVINCIA demandada tiene a diario innumerables oportunidades ciertas de ejercer el control que la ley pone de su exclusivo y excluyente cargo. Ello es perfectamente viable. Se trata por ende de hechos ilícitos dramáticamente previsibles, obviamente esperables y por tanto perfectamente evitables. Lo contrario implicaría tanto como volver a consagrar la irresponsabilidad del Estado.

¿Frente a la rotunda claridad y elocuencia de las plurales circunstancias que vengo meritando puede la PROVINCIA ensayar la falta de relación causal, para eximirse de responsabilidad por otro accidente grave cuya víctima se ve indebidamente expuesta a la falta de un seguro automotor obligatorio? ¿Acaso puede justificarse la desidia en una de sus obligaciones fiscalizantes esenciales en una materia que ubica al país en los primeros rankings mundiales de muertes y lesiones por accidentes vehiculares? ¿No habrá llegado el tiempo de pensar en culpa grave o hasta con representación? ¿Algún día se instalará en Argentina una cultura prevencional que pueda mínimamente evitar tantas muertes y lesiones absurdas?

Así de claras las cosas francamente no veo motivo de peso ninguno para no meritarse de consuno tan esenciales omisiones de contralor como concausa eficiente o fuente indirecta de la responsabilidad solidaria relevante que cabe atribuir a la PROVINCIA lo cual, aún cuando tampoco es necesario, conlleva incluso ínsita la nota de abusividad ya referida pues, en cuenta la claridad y contundencia de toda la normativa de aplicación antes reseñada, no se alcanza a ver razón ninguna de peso para que la PROVINCIA no

extreme, por la vía y en la forma que fuere pertinente, los controles de tránsito en orden a prevenir y sancionar violaciones legales muy graves que redunden en menos accidentes o, en su caso, que los que igual acontezcan cuenten al menos con un respaldo asegurativo razonable que permita mitigar algunas de sus disvaliosas consecuencias. No se trata de infracciones difíciles de detectar y sancionar máxime en un medio asaz reducido como Bariloche. No hay ninguna excusa mínimamente seria ni razonable para no hacerlo como se debe. Y no me parece que tampoco incida en la cuestión la endémica falta de recursos imperante (de hecho la PROVINCIA no invocó ninguna razón impediendo vinculada a ello) sino que más bien el problema radica -para variar- en la falta de regularidad, optimización, profundización y endurecimiento de los controles que puedan y deben hacerse de una vez por todas para terminar con un flagelo que se lleva tantas vidas, deja otras muchas arruinadas y ocasiona millonarias pérdidas materiales. La anomia boba cultural, magistralmente diagnosticada por Nino ("Un país al margen de la ley") ha signado desde siempre la vida social e institucional de Argentina. No es jurídica ni fácticamente admisible salvo que se piense en argumentos puramente efectistas o meramente economicistas, por no decir pseudo-garantistas, seguir tolerando a diario que circulen automotores obsoletos y encima con conductores sin licencia ni seguro. Si los otros poderes, primariamente obligados como está a terminar de raíz con los accidentes de tránsito por vía de una idónea creación normativa y de su eficaz ejecución, no lo hacen para eso está el Poder Judicial como último guardián de la Constitución. El Estado no tiene ningún tipo de atenuante para omitir dar cumplimiento a una manda legal concreta que, si se cumpliera, sin duda ninguna coadyuvaría a evitar siniestros o al menos minimizaría sus consecuencias dañosas. Tal como acontece en el resto del mundo.

¿Cuánto hace que la inseguridad vial está golpeando a este sufrido país? ¿Cuántos lesionados y muertos tenemos por día? En la guerra de Malvinas murieron 660 soldados argentinos. En el incendio del local bailable Cromagnon murieron 193 personas. En los accidentes aéreos de Austral y de Lapa murieron 141 pasajeros. Sin la espectacularidad de todos estos desastres cada día, en silencio y frente a los ojos de todos, más de 20 personas pierden su vida en las calles, avenidas y rutas, argentinas sin generar ninguna reacción copernicana por parte del Estado ni de sus habitantes. Hay anarquía. El Estado, en todas sus formas, sigue pasivamente sin controlar o lo hace muy de a ratos y encima mal, sigue sin tener una real política estatal de seguridad vial, ya que la existente es meramente virtual, sigue sin asignar fondos mínimo minimorum suficientes en los

presupuestos a la cuestión del tránsito y persiste, en fin, sin sancionar efectivamente a quien incumple la ley. El argentino vive en un estado de caos en el que hace lo que quiere, cuándo quiere y cómo quiere, con la certeza de que no será controlado ni sancionado. ¿Cómo es posible que remedos de autos, destartados como chatarra, circulen impunemente y la policía no haga nada? Mientras tanto -como muy bien dijo alguien- tenemos una verdadera guerra en el asfalto. Exactamente un Cromagnon cada 10 días. O una guerra de Malvinas cada 34 días. O un accidente de Austral y de Lapa cada 7 días. Pero el Estado no atina a encarar acciones eficaces tendientes a disminuir tal calamidad. Sólo reacciona ex post facto tibia y espasmódicamente ante las sucesivas tragedias que signan la vida diaria de un país sumergido cada vez más en una telaraña disnómica. No hay casualidad sino causalidad. No hay caso fortuito sino -como dije- culpa grave (negligencia y/o imprudencia calificada) rayana en dolo eventual. No hay fatalidad sino falibilidad. No se hace nada por quebrar la inercia mortal de un tránsito desquiciado y caótico. Las medidas preventivas requieren primero voluntad política y después inversión financiera. La evolución estadística en los últimos años es trágicamente exponencial: la frecuencia siniestral -número de siniestros dividido por el número de vehículos asegurados- aumentó un 63% lo cual implica que el número de siniestros creció un 63% más que el número de autos asegurados (cf. Astelarra, F., "Sin margen para el azar", La Nación del 28-2-08; también ver los elocuentes datos de CESVI o de Luchemos por la Vida, en eldial.com del 23-11-06). Alrededor de un 30% de los automotores en tránsito ni están asegurados. Se puede estimar en el país una cifra de 220.000 accidentes automovilísticos anuales, es decir uno cada dos minutos y medio. El impacto económico superaría por año el 1% del PBI. Mas aún: 53% de los fallecidos son menores de 30 años y cada dos horas muere un joven en un choque. ¿Hasta cuándo permaneceremos inmóviles sufriendo como sociedad el flagelo del tránsito? Si bien todos en alguna medida somos responsables la acción fiscalizadora, preventiva y sancionadora, del Estado es ineludible, urgente, imperiosa y perentoria. Me refiero a todo Estado: el nacional, el provincial y el municipal. Hay que erradicar el sofisma de que un accidente de tránsito es parte de un destino inexorable o consecuencia de la mala suerte. El Estado no puede ni debe negarse a utilizar los medios legales adecuados para reducir las consecuencias de los accidentes de tránsito. El círculo vicioso del caos y de la ilegalidad debe mutar a uno virtuoso de derecho signado por el orden natural de las cosas.

¿Quién puede dudar que en Argentina la problemática de los accidentes de tránsito

reviste ya terminal gravedad? Muertes absurdas y evitables, heridos de todo tipo, pérdidas materiales que agravan la situación de un país ya empobrecido y casi quebrado, sentencias judiciales meramente declarativas que devienen incumplibles porque el victimario no tiene seguro... en fin una catástrofe acaso peor que una guerra. Están las normas, sobran leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones... hay de hecho sobrelegislación en la materia... (hasta existe un pomposo y rimbombante Plan Nacional de Seguridad Vial y una Agencia Nacional de Seguridad Vial -creada por la cit. ley 26.363-, siempre hay un año para todo en este país: como cruel paradoja 2007 fue el "de la seguridad vial"...), pero lo real y concreto es que nada se controla y menos aún se acata reeditándose así, como diabólica premonición histórica, aquel nefasto legado colonial español de que la ley se acata pero nunca se cumple (cf. al respecto la magistral obra de García Hamilton, J., "El autoritarismo hispanoamericano y la improductividad", pág. 167 y sgts., una brillante explicación de la agonía argentina; idem Mira, C., "Así somos y así nos va", págs. 85 y sgts., otro lúcido ensayo sobre las causas del subdesarrollo argentino; también Nino, C., "Un país al margen de la ley", pág.53 y sgts., el mejor estudio del que se tenga memoria sobre la anomia como componente determinante de tan nefasta circunstancia; y finalmente Tocqueville, A., "La democracia en América", Madrid, 1984, una monumental obra que demuestra lo feliz que resulta el matrimonio entre el desarrollo económico y el cumplimiento de la ley).

Ya no hay margen ninguno para nada del azar. Según otra declamativa declaración del estado de emergencia vial pergeñada hacia fines de 2006 por la Provincia de Buenos Aires (por un decreto de necesidad y urgencia que instauró un nuevo Código de Tránsito en lugar de la ley 11.430), la política de seguridad del tránsito forma parte de la protección de los derechos humanos y los siniestros viales son consecuencia de factores predeterminados y evitables. De más está decir que tales circunstancias son obvias pero denotan una reacción muy tardía y puramente teórica del poder político, sea cual fuere, que gobierna. Los controles intensos en los hechos y no en los papeles y las sanciones ejemplificadoras deben constituirse con urgencia en una pieza esencial del rompecabezas del tránsito argentino. El Estado debe ya mismo, ahora, empezar a atacar el problema con acciones contundentes y no con irrisorias reprimendas como si los infractores fuesen chicos de jardín de infantes. Nada se soluciona con reacciones aisladas y espasmódicas. Es perentorio que las potestades teóricas del Estado pasen de la potencia de los textos legales al acto cotidiano del control y de la vigilancia eficaz. Desde luego que también hay que educar a la comunidad pero, dado el tiempo que tal

circunstancia -nada menor- requerirá, de momento al menos la palabra de la ley debiera entrar sólo con la espada. Inmersos como estamos en la emergencia total y permanente, donde vale todo, paradigmáticamente el descontrol en especial del Estado no debiera encontrar ninguna justificación ni atenuante porque, como vimos, debe dar siempre -en todo tiempo y circunstancia- el ejemplo esperable de quien cuenta con el monopolio de la fuerza (aún cuando en la práctica esta obviedad también esté por completo desnaturalizada) y con los recursos económicos y humanos para vigilar que se cumplan las leyes elementales, básicas y/o mínimas, del tránsito. Mientras tanto el completo desprecio por la vida que hay en Argentina, otro de los cromosomas culturales del país, sigue fagocitando personas sin parar. Necesitamos sanciones más duras y un fuerte control del Estado que hoy está totalmente ausente, como se desprende de la declaración del Sgto. Ostapezuk. Si no es así el astronómico costo de los accidentes viales lo vamos a seguir pagando todos, sin olvidar por cierto la pérdida "boba" de vidas. Los accidentes de tránsito se producen prioritaria y principalmente por la falta de control del Estado que incumple con una obligación legal inabdicable. Hay un total vacío de respuestas a los problemas del tránsito, especialmente en lo referido a seguridad, educación e infraestructura, vial que debe y puede ser llenado por un accionar proactivo del Estado. Sólo el Estado puede cambiar la disvaliosa realidad del tránsito argentino porque paradójicamente él mismo, con su actitud autista hacia tan gravísimo problema, ha contribuido a instalarla y agravarla. En todos los órdenes de la vida las buenas soluciones (las únicas) siempre son a largo plazo. De nada sirven acciones o decisiones aisladas. El Estado tiene en sus manos una bomba pero también sabe cómo neutralizarla. Sólo es cuestión de decisión y ejecución.

Es pues una obligación ineludible del Estado provincial evitar y/o minimizar los peligros del tránsito ciudadano. Las deficiencias en los controles comprometen el deber que pesa sobre la PROVINCIA de atender a la seguridad de sus habitantes y de velar adecuadamente porque se cumplan los requisitos pertinentes para la circulación vehicular. Es deber de la PROVINCIA que todo motorista transite cumpliendo la ley vigente.

Aplaudo por tanto y hago míos in totum los lúcidos argumentos expuestos en un caso análogo (cf. Cám. Apel. Civ. y Com. Río Cuarto, Córdoba, "GERVASI", cit. por La Nación.com del 24-9-08 "Condenan a un Municipio por omisión de control", por un accidente en el que murió una persona protagonizado por un vehículo que circulaba en pésimas condiciones y conducido por un conductor alcoholizado) en el cual como la

Comuna incumplió su obligación de retirar de la vía pública al automotor, cuyo estado representaba un gran peligro ni tampoco reglamentó la inspección mecánica vehicular periódica, se la condenó por su responsabilidad solidaria en la tragedia causada por el rodado que no estaba en condiciones de circular.

La falta de seguro obligatorio no es una situación aislada sino que, muy por el contrario, viene sucediendo desde siempre en Argentina lo que da cuenta de la envergadura del incumplimiento fiscalizador estatal. Se trata de una circunstancia previsible y evitable. Y por lo mismo la PROVINCIA debe responder solidariamente con el restante demandado (conductor del vehículo) por su inexcusable omisión controladora, máxime que hay prevista de modo expreso y taxativo a su cargo una ineludible manda legal en materia de tránsito que impone un deber concreto y positivo en sentido contrario.

La PROVINCIA, que es el ámbito estatal que aquí y ahora interesa tratar, debe aunar esfuerzos, optimizar recursos y redoblar controles, en pos de un objetivo ya impostergable: hacer de Río Negro un camino seguro hacia un futuro mejor.

La noción de sociedad se vincula directamente con la del Estado, dentro de los límites en que la coacción es necesaria para realizar el fin social. El Estado resume la idea de una forma superior del empleo de la fuerza para los fines humanos, dada por la organización social de la coacción. Únicamente en el Estado encuentra el derecho la condición de su existencia: la supremacía sobre la fuerza (Von Ihering, R., "El fin en el derecho", p. 152).

La jurisprudencia de diferentes Tribunales del país es inagotable sobre el punto:

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER DE POLICIA - OMISION DE CONTROL.** Según nuestro régimen constitucional el poder de policía es un poder local de forma que su ejercicio, que implica limitaciones a la libertad individual con la finalidad de preservar el orden público, constituye un atributo irrenunciable del Estado. Compete pues a los Municipios la administración de los intereses y servicios locales y desde luego el control referente a la vialidad pública. La actividad organizada por reglas establecidas en orden a la seguridad de las personas en el tránsito, consiste en el poder de vigilancia y custodia y el deber de hacerlas observar para lograr la finalidad de ese bien común. El incumplimiento de ese deber, al omitir hacer aquello que es indispensable para proveer a la seguridad pública, convierte en ilícito el hecho de la Comuna (art. 1074 Código Civil). La omisión es antijurídica porque se corresponde con la existencia de normas que consagran la obligación de obrar. Si de ella se deriva un daño causado a un tercero, puede afirmarse que existe relación de causalidad adecuada,

entre la abstención y el efecto dañoso (Referencia normativa: Conf Art. 190 ; Conf Art. 192 Inc. 4 ; Cci Art. 1074, Cc0202 Lp 101140 Rsd-67-4 S, 01/04/2004, "LENCINA", en Jurisprudencia Lex-Doctor 9.0).

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO- FALTA DE SERVICIO.** Si bien el control y ordenamiento del tránsito constituyen atribuciones del poder de policía municipal, no lo es menos que significan el prestar un servicio público y por tanto este debe realizarse en condiciones adecuadas para el fin que ha sido establecido y es responsable por tanto el municipio de los perjuicios causados por su incumplimiento, o ejecución irregular, entendiéndose que ello es una falta de servicio, es decir una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular, que entraña una apreciación en concreto, tomando en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. En ese aspecto no puede dejar de meritarse que aunque la ley o el reglamento no determinen específicamente la omisión, si esta comprende a un ejercicio irregular de la función y del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la misma, debe responder el estado por sus actitudes omisivas (Cc0203 Lp 104832 Rsd-196-5 S, 25/08/2005, "SIERRA", idem)

**ACCIDENTE DE TRÁNSITO - RAMPA PARA DISCAPACITADOS - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - PODER DE POLICÍA MUNICIPAL - FALTA DE SERVICIO.** El supuesto en que el daño se invoca ante la omisión de una acción positiva del Estado, es uno de los temas más arduos en la teoría de la responsabilidad, siendo la falta de servicio una especie dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado. Esta responsabilidad existe cuando el Estado omite tomar medidas adecuadas, por ejemplo, en relación a la seguridad de las vías públicas, en las instalaciones deportivas o espectáculos públicos. El tema, se halla íntimamente vinculado al poder de policía del Estado en su sentido más amplio en cuanto involucra también el poder de promover la actividad de los particulares y del Estado tendientes a lograr el bienestar general, dentro de límites siempre razonables. La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. La configuración de dicha omisión antijurídica, requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, C.

Civ.), tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que pueda hallarse impuesto también por otras fuentes jurígenas -v gr., la costumbre y los principios generales del Derecho. El Estado es responsable por la falta o inadecuado ejercicio del Poder de Policía, ya que éste implica tanto los deberes que se imponen al ciudadano, cuya inobservancia acarrea la ilicitud de los actos que no se ajustan a sus preceptos, como la consideración de su ejercicio por la Administración, ya no como mero poder discrecional, sino como poder reglado en razón del interés general que debe proteger (poder de policía de protección), y cuya omisión o mal ejercicio implica per se el incumplimiento de uno de los deberes básicos del estado (Id. del fallo: 98164295, 20/07/2010 - Tribunal: CAMARA APEL CIV. Y COM 8A - Fuero: CIVIL Y COMERCIAL, "NADAYA", referencias normativas: CCIV 1074 0, idem).

In itinere véase que aún si se interpretarse que no existe en el derecho positivo público argentino un texto específico que contemple lo atinente a la responsabilidad del Estado por daños ocurridos con motivo o en ocasión de sus hechos o actos de omisión o abstención, en cualquier caso, resultaría razonable acudir a la analogía y a los principios generales del derecho (art. 16 Cód. cit.) y en su mérito remitir a las disposiciones regulatorias de las obligaciones que nacen de los actos y hechos ilícitos (arts. 1066, 1074, 1112 y 1113 Cód. cit.). Precisamente de estas normas se extraen sin dificultades insalvables los requisitos necesarios para responsabilizar al Estado por su conducta omisiva, en tanto la existencia de antijuridicidad o ilicitud constituye el elemento esencial de la responsabilidad estatal por omisión -la contradicción entre la conducta debida y el ordenamiento jurídico- vale decir que el hecho o la conducta omisiva del Estado interesará al derecho en la medida que tal omisión implique un incumplimiento de una obligación legal. Si el deber jurídico no existiere, el hecho omisivo carece de sanción y el derecho se desentiende de él (Marienhoff, M., "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actitud omisiva en el ámbito del Derecho Público", pág. 12). Así entonces la ley hace referencia a la "omisión" en el plano extracontractual, consignando que el que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, sólo será responsable cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir con el hecho omitido (art. 1074), no resultando razonable hacer una interpretación puramente literal sino comprensiva de toda disposición emanada de autoridad competente e inclusive de normas implícitas. Aún desde tal óptica telética la omisión antijurídica requeriría entonces del incumplimiento

de una obligación legal expresa o razonablemente implícita. Es desde esta perspectiva que también llegado el caso, es decir aún si no fuera compartida la solución que propicio, cabría analizar el sub lite, pues ¿si se piensa que no hay norma expresa, que vimos no es así, surgirá entonces de alguna norma implícita?. Luego nos ocupan dos circunstancias (por no decir tres si consideramos la completa ebriedad del conductor que acaso podría también prevenirse y/o evitarse con controles regulares de alcoholemia) que acentúan drásticamente la potencialidad de generar riesgo que "per se" tiene todo automotor como son, en efecto, su circulación en un estado miserable de revista y la inexistencia de seguro en total y absoluta contravención con las prescripciones legales y técnicas nacidas de elementales y básicas razones de seguridad. Tamaña barbaridad se debe a la completa ausencia de alguna medida para denotar y prevenir la existencia de peligro para las personas. Recuérdese que la ley (art. 1113 in fine) alude a riesgos de las cosas, pues de atenernos a la naturaleza intrínseca de las cosas, ninguna en sí misma es peligrosa o inofensiva, sino que resultan o no peligrosas según las circunstancias del caso. (C.C.Apelac.Dolores,14/12/82, "De Anchorena M.N.J.C. vs. Cristóbal A.", L.L. 1.983C-298).

En las anotadas circunstancias que signan el caso el automotor conducido sin seguro por el Sr. NADUR generaba cali y cualificadamente riesgos para la integridad física de los ciudadanos, como las lesiones sufridas justamente por el Sr. LOBOS.

Así el nexo causal del desnudo hecho de las lesiones secuelas del actor y el automóvil que circulaba sin seguro está, incluso desde esta óptica, fuera de cualquier duda razonable. La obligación de la PROVINCIA referida a la verificación previa de la cosa que fue causante del daño existe y fue claramente incumplida, lo cual no resulta excusable al menos en lo que respecta a la potenciación de la capacidad de la cosa para producir el riesgo tal cual sucediera. De modo que no resulta necesario indagar la existencia de culpa en el Estado, ya que la ausencia de medidas tendientes a hacer efectivo el deber de vigilancia, forma parte de las circunstancias que, en conjunto, configuran un agravamiento de la cosa como objeto de riesgo.

Corresponde interrogarse sobre si la responsabilidad que se endilga al estado provincial depende absolutamente de la necesidad de antijuricidad o ilicitud en su conducta comisiva u omisiva. Tal requisito significa que el hecho omisivo contiene el incumplimiento de un deber legal explícito o implícito- por parte del estado pues, si así no fuere resultaría inadecuado propiciar sanción. Y he ahí que, en el caso, la ley contempla la situación que se examina, ya que erige a la PROVINCIA, como vimos, en

autoridad aplicativa precisamente para lo atinente a la verificación del estado de revista de los automotores con el claro fin de proteger la integridad de las personas. Tan elemental precaución no ha sido siquiera implementada en un medio físico y humano cada vez más ganado por la negligencia y la desidia, convertidas en normas de conducta de la mayor parte de las administraciones y también de la propia gente que después - paradójicamente- termina siendo la primera en sufrir los daños. Claro es que el Estado no puede ser exigido de velar por el resguardo de la seguridad personal de todos los habitantes, en las distintas circunstancias y lugares en que la misma pudiere estar en riesgo. Pero de lo que se trata es que el Estado, abandonando el resabio absolutista que propiciaba su irresponsabilidad extracontractual, se haga cargo de los daños que produce cuando las cosas "per se" básicamente creadoras de riesgo no son mínima ni razonablemente verificadas por decisión del propio estado y no cuando se tratare de ilícitos de terceros, de fenómenos naturales o del riesgo engendrado por cosas respecto de las cuales es ajeno por completo. En otras palabras: si la sociedad civil y el estado consideran necesario o conveniente la implantación de un sistema verificador tanto del estado de mantenimiento del parque automotor como de su circulación asegurada, deben estar dispuestos a hacerse cargo de las responsabilidades que puede acarrear su mal funcionamiento; y entre ellas, en primer lugar, las referidas a la integridad y seguridad física de las personas.

La evidente imprudencia del Sr. NADUR, al circular en un remedo de auto y encima sin seguro, no significa para el Estado una excusa válida por ser éste quien hubo agravado exponencialmente el riesgo al permitir (por omisión controladora) su circulación en condiciones tan temerarias.

En fin: ¿qué fue pues del "quid" de la relación causal negada por la PROVINCIA, aún desde el punto de vista del control y/o situación concreta a que vendría a estar subordinada la operatividad de la responsabilidad civil estatal por omisión negligente y/o imprudente en el ejercicio del poder de policía? Resulta incontrovertible desde cualquier punto de vista jurídico que si éste hubiera hecho cumplir sus propias disposiciones la retención del rodado del Sr. NADUR era inevitable, ya que jamás hubiese ultrapasado con éxito ninguna instancia controlante, y por lo mismo muy posiblemente el Sr. LOBOS aún estaría con su plena capacidad.

No se trata en definitiva de meritar una omisión de control abstracta en orden a considerar no acreditado el nexo causal, sino de prevenir que la responsabilidad estatal viene dada por la omisión del deber que el ordenamiento jurídico impone a la

PROVINCIA co-demandada de velar porque el parque automotor circulante cuente con seguro. Y es público y notorio no sólo en Bariloche sino en el resto de la Provincia y en el país mismo todo el constante incumplimiento del ejercicio del poder de policía, el incumplimiento regular de los deberes u obligaciones impuestos, como así también el defectuoso funcionamiento de los servicios; ello así en tanto y cuanto no se adoptan sistemáticamente las diligencias de control que pueden considerarse lógicas y razonablemente exigibles en orden a evitar que determinadas circunstancias de tiempo y lugar, como las de este caso, se combinen para desencadenar cada vez más tragedias en el tránsito.

La PROVINCIA debe, de una vez por todas, intervenir directamente en materia de control del tránsito vehicular como le mandan sin atenuante ninguno la Constitución (art. 229 inc. 15 CP) , las leyes (24.449 y la provincial) y su propia ley local.

Mi segunda conclusión: con arreglo a todo el orden ideario impuesto por la teoría jurídica y en función de las circunstancias dadas en el caso resulta evidente que la PROVINCIA debió haber detectado y hasta secuestrado sin miramientos el rodado conducido por el Sr. NADUR e infraccionar a éste por conducir sin seguro, todo ello desde luego en tiempo propio y de la manera debida, y si no hizo ni lo uno ni lo otro no se precisa mucho más para reputarlo co-responsable solidario del accidente motivo del juicio, como autoridad aplicativa estatal en ejercicio del poder de policía en materia de tránsito vehicular, por haber omitido cumplir su inexcusable obligación de control y terminar cohonstando que un vehículo y su conductor circularan en abierta violación a las condiciones ope legis impuestas por la normativa específica de aplicación; ante tales condiciones fáctico-jurídicas de revista, existiendo a su cargo una obligación positiva de obrar de modo tal de evitar daños y siendo su deber ineludible proveer todo lo conducente al bienestar general y a la seguridad vial en particular, pensar por hipótesis en liberar al Estado de su responsabilidad porque sería tanto como instituirlo en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no debería responder, o peor aún pretextar una supuesta ausencia de relación causal, con fundamento en que se precisa de una situación concreta de contralor, constituiría en mi opinión un flagrante abuso de derecho fulminado por la ley (art. 1071 Código Civil) además de una inadmisibles abdicación de principios básicos impuestos por el estado de derecho ya que, muy al contrario, el Estado puede y debe actuar y controlar mejor, puede y debe evitar en cada tiempo y lugar -máxime en un medio reducido como Bariloche- que se sucedan accidentes viales,

es humana y materialmente posible evitar las circunstancias que puedan acaecer por incumplimientos normativos de parte de los ciudadanos y, en fin, cada día puede y debe verificarse que los conductores cumplan con la ley.

C) La conclusión .

Todo lo lo consignado es a mi juicio más que suficiente para discernir la suerte positiva de sendos recursos porque sólo deben tratarse las cuestiones, pruebas y agravios, conducentes para resolver en cada caso lo que corresponda, sin ingresar en asuntos abstractos o sobreabundantes, siendo bien conocido cómo los Jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas, ni seguir a las partes en todos y cada uno de los argumentos que esgrimen en resguardo de sus pretensos derechos, bastando que lo hagan respecto de las que estimaren conducentes o decisivas para resolver el caso, pudiendo preferir algunas de las pruebas en vez de otras u omitir toda referencia a las que estimaren inconducentes o no esenciales (CSJN, Fallos 308:584; 308:2172; 310:1853; 310:2012; etc.; STJRN, 11/03/2014, "Guentemil", Se. 14/14; STJRN, 28/06/2013, "Ordoñez", Se. 37/13, etc.).

En síntesis, de compartirse mi criterio, propongo al Tribunal resolver lo siguiente: I) MODIFICAR en lo pertinente la sentencia en crisis (puntos 1 a 4 fs. 596), RECEPTANDO al efecto sendos recursos apelativos en cuestión, y en consecuencia RECHAZAR la demanda con respecto a la Sra. COÑA y CONDENAR solidariamente (con el Sr. NADUR) a la PROVINCIA DE RIO NEGRO; II) ADECUAR las costas de 1a. instancia imponiéndolas también a la PROVINCIA y las generadas por la intervención de la Sra. COÑA, por las razones expuestas en el respectivo considerando, por su orden (arts. 68 ap. 2º, 69 y cdts. Código Procesal); III) ADECUAR los honorarios de los Dres. Ruiz Moreno, García Oviedo y Bühner a la suma pertinente (arts. 6, 8 -13 %- y cdts. L.A.; base = la misma considerada por el Juez de grado); IV) IMPONER las costas de 2a. instancia a la PROVINCIA, vencida por el recurso del Sr. LOBOS, y a éste, vencido por el recurso de la Sra. COÑA (art. 68 ap. 1º Cód. cit.); V) REGULAR los honorarios de Alzada de los Dres. Jankovic, Bühner y Lorenzo en las sumas pertinentes(arts. 6, 15 -30 %, 30 % y 25 % respectivamente- y cdts. L.A.; base: honorarios de origen); VI) DE forma.

Así lo voto.-

A la misma cuestión el Dr. CAMPERI dijo:

Adhiero a la propuesta del colega preopinante en cuanto al recurso de la Sra. María. E. Coña se refiere. Discrepo en cuanto hace extensiva la condena a la Provincia de Río

Negro.-

En lo que a la responsabilidad de la administración provincial se refiere, entiendo que no puede realizarse una interpretación tal que obligue al ente público a responder por una "falta de servicio" cuando ninguna obligación se hubo colocado sobre sus espaldas de manera taxativa. Lo contrario, convertiría al organismo público en una suerte de "reaseguradora" de cuanto daño se produzca, lo que no me parece razonable ni, menos aún, legalmente exigible.-

En tal orden de ideas, ha tenido oportunidad de expedirse nuestro Superior Tribunal en sentencia n° 69, del 10 de agosto del año 2010, afirmando: "...En dicha oportunidad, ante un planteo respecto al poder de policía que la Municipalidad de Cipolletti debía ejercer para no permitir la circulación de vehículos que no están en condiciones de hacerlo, fundado en los arts. 70 y 72 de la Ley 24.449, expresé que "tratándose específicamente de responsabilidad estatal derivada del poder de policía es menester que se configure un ejercicio "irregular" o "defectuoso" para que los daños sean indemnizables por el Estado; y aquí no se observa que se haya configurado tal situación. Considero que el Estado, a los efectos indemnizatorios, debe responder cuando coparticipa -por su obrar negligente en el ejercicio del poder de policía-, en la generación de un hecho dañoso y sin que ello signifique generar una suerte de responsabilidad irrestricta, ya que debe tenerse cierta cautela al responsabilizar al Estado por actos omisivos, en los supuestos como el de autos."

Y para ser más preciso, sostuve que "una cosa es el deber que el ejercicio del poder de policía imponía al Estado, de actuar directamente o de ejercer su autoridad, para que el dueño o guardián de la cosa riesgosa adoptase medidas de seguridad y garantías apropiadas para evitar que la deficiencia que presentaba el vehículo, se transformara en fuente de daños a terceros; y esto ocurriría -a mera guisa de ejemplo-, si ante un control efectuado por la autoridad respectiva se comprueba que el vehículo no puede circular con las falencias que presenta, pero no se lo retiene, ya que ahí sí habría un ejercicio irregular del poder de policía por infracción al art. 72 inc. C).1 de la Ley 24.449, porque debiendo hacerlo, en la situación concreta, no actuó. Sin embargo, muy distinto, es pretender -como lo intenta el recurrente- responsabilizar al Estado por no haber cumplido con su control policial de seguridad y detener un vehículo que no estaba en condiciones de circular, cuando tal vez -y no se ha probado lo contrario en autos- no tuvo oportunidad cierta de ejercer ese control. Ello es tan inviable como que un ciudadano pretenda responsabilizar al Estado porque fue víctima de un robo por la

deficiente prestación del servicio público de seguridad. En este último ejemplo, es cierto que el Estado debe protegerlo de estos delitos, y en el caso de autos, también es cierto que el Estado no puede permitir la circulación de vehículos que no se encuentren en condiciones; pero de ningún modo puede garantizarse a éstos el resultado de que tales situaciones no ocurran. Para finalizar, hago mías las palabras de Tornos Mas: “se trata, pues, de forzar a la Administración a asumir responsabilidades, sin llegar tampoco a ver en ésta un ente que cubre de forma general todo quebranto económico individual” (TORNOS MAS, Joaquín, “Contaminación atmosférica”, en “Derecho y Medio Ambiente”, M. O. P. y U., C. E. O. T. M. A., Monografías: 4, Madrid, 1981, p. 439, ver nota 8)” (conf. mi voto, en “SANDOVAL, Mirta Elizabeth c/PERONI, Jorge Omar y Otro s/SUMARIO s/CASACION”, Sentencia N° 80, del 20 de octubre de 2009, al que adhirió el doctor Soderó Nievas).

En tal orden de ideas, y en la consideración de que en autos la plataforma fáctica sobre la que se discute el alcance del artículo 72, inc. c), ap. 1. de la Ley de Tránsito 24.449 es igual al precedente citado, pues en ambos casos se discute la responsabilidad del Estado que deriva de la invocada omisión del cumplimiento de la obligación de retención preventiva de los vehículos que no cumplan con las exigencias de seguridad reglamentaria, inexorablemente resulta de aplicación la doctrina legal oportunamente allí fijada.

En consecuencia, dado que en autos, como en el precedente antes señalado, no se verifica de modo alguno un ejercicio “irregular” o “defectuoso” del control a cargo del Estado, o que el mismo, por su obrar negligente en el ejercicio del poder de policía hubiera coparticipado en la generación del hecho dañoso, considero que corresponde desestimar la responsabilidad de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche en el caso en examen.

Ello así, pues no se ha demostrado -ni tampoco surge de las constancias de la causa- que, previo al hecho ilícito que motivara las presentes actuaciones, la Municipalidad de San Carlos de Bariloche, en ejercicio del poder de policía, hubiera realizado un control sobre el vehículo en cuestión, y que no obstante haber constatado que el mismo no cumplía con las exigencias de seguridad reglamentaria, no lo hubiera retenido.

Así, respecto de la responsabilidad del Estado por omisión, en un sentido similar al antes señalado, dije en los autos: “KANJE, Iris Julia c/NEMAN, Mario Héctor y Otros s/SUMARIO s/CASACION” Sentencia N° 34, del 3 de mayo de 2004, citando al ius administrativista BANDEIRA DE MELO, que “Se debe ser muy cauteloso cuando se

trata de responsabilizar al Estado por sus actos omisivos pues otro criterio puede conducir a absurdas conclusiones. En efecto, dice, el Estado debiera cumplir proveyendo de todo cuanto interesa a la sociedad pues teóricamente, de él se esperan todas las medidas aptas para defender el bienestar de la colectividad y de los individuos; entonces ante la mayoría de los sucesos dañosos, siempre sería posible al lesionado reclamar por la omisión estatal, así debería responder por los asaltos en las plazas públicas, por hechos de la naturaleza que no fueren previstos, tales como anegamientos producidos por grandes lluvias, inundaciones producidas por ríos a los cuales no se canalizó debidamente o se rectificó su curso, etc. (cfr. Bandeira de Mello, Celso A. “Responsabilidad Extracontractual del Estado por Comportamientos Administrativos”, Ed. U. N. S. T. A. Tucumán, 1.982, pág. 12).

En similar dirección, en cuanto a la responsabilidad del Estado se trata, Juan Carlos Cassagne expresa, que: “Una significativa porción de los daños que padece el hombre moderno, a raíz del hecho de las aglomeraciones urbanas y del desarrollo de los sistemas de transporte, obedece a omisiones de los gobernantes encargados de velar para que todos los ciudadanos puedan disfrutar las mejores condiciones de vida, protegiendo su seguridad, salud, propiedad y libertad de locomoción, entre otros derechos y valores individuales y colectivos. Va de suyo, sin embargo, que el Estado no puede siempre asegurar con eficacia y eficiencia la prestación de todos los servicios y medios adecuados para impedir los daños que sufren los ciudadanos cuando conducen automóviles y cruzan rutas o autopistas, cuando son asaltados en los comercios o en sus casas, cuando requieren medicamentos imprescindibles para su curación así cuando se reclaman las obras de saneamiento ambiental necesarias para mejorar la salud de la población. Esta problemática, que a nadie se le hubiera ocurrido plantear hace cincuenta o más años, nace como consecuencia de los reclamos sociales insatisfechos que generan demandas que muchas veces resultan imposibles satisfacer por parte del Estado, principalmente por la carencia de medios humanos y financieros. De otra manera, el Estado no se puede transformar en una suerte de caja aseguradora de todos los riesgos que enfrentan los ciudadanos por la circunstancia de vivir en comunidades medianamente organizadas” (Cassagne, “Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, La Ley 2000-D-1219).

En conclusión, en el entendimiento de que la omisión que se le imputa a la Municipalidad de San Carlos de Bariloche no reviste la condición ni la entidad para

convertir la conducta de aquella en antijurídica, pues el deber de retener de la autoridad de comprobación o aplicación que establece el art. 72 inc. c) ap. 1 de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial, sólo resulta operativo a partir de la constatación de las deficiencias en las condiciones de seguridad del automotor, corresponde desestimar la responsabilidad que se endilga a la ahora recurrente..."

En consecuencia, propongo: I) MODIFICAR la sentencia del 08/02/2017 (fs. 586/596), en virtud de la apelación interpuesta por la codemandada Mónica Esther Coña (fs. 621), al solo efecto de rechazar la demanda interpuesta en su contra e imponer en el orden causado las costas ocasionadas por su defensa; confirmando el pronunciamiento en cuando fue apelado por el demandante Carlos Héctor Lobos (fs. 597). II) IMPONER en el orden causado las costas de segunda instancia causadas por la apelación de la codemandada Coña (artículo 68, segundo párrafo, del CPCCRN). III) IMPONER al demandante las costas de segunda instancia causadas por su apelación (artículo 68, primer párrafo, del CPCCRN). IV) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Slavko Lucas Jankovic (abogado del demandante Lobos) en el 25 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia (artículo 15 de la LA). V) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Cristóbal Bühler (abogado de la codemandada Coña) en el 30 % de lo regulado en su favor de todos los letrados de dicha parte por los trabajos de primera instancia (artículo 15 de la LA). VI) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Laura Lorenzo (abogada de la codemandada Provincia de Río Negro) en el 30 % de lo regulado en favor del letrado de dicha parte por los trabajos de primera instancia (artículo 15 de la LA). VII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. VIII) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

A igual cuestión el Dr. RIAT dijo:

Respecto de los puntos en que mis colegas coinciden, me abstengo de opinar (artículo 271 del CPCCRN.).

En cambio, respecto de la responsabilidad del Estado provincial adhiero al voto del Dr. Camperi por compartir lo sustancial de sus fundamentos.

Por supuesto que compete al Estado el poder de policía en el tránsito vehicular, pero sólo incurre en responsabilidad civil por omisión antijurídica cuando alguna norma o circunstancias específica le obligaba a observar una conducta determinada en un caso específico. Así, sólo hubiese existido una obligación concreta de retener el vehículo e impedir su circulación si ante un control específico y probado por parte de la autoridad

se hubiesen comprobado las falencias en cuestión, ya que la obligación de controlar sólo puede cumplirse de modo ocasional, contingente, esporádico, por ser materialmente imposible controlar a todos los vehículos sin pausa alguna, a cada instante y a cada tramo de su marcha.

A pesar del destacable esfuerzo argumental del recurrente, no hay pruebas concretas y circunstanciadas de que el Estado haya incumplido previamente el deber de retener y sacar de circulación al vehículo. No pasa de simple conjetura carente de pruebas concretas y precisas que el vehículo haya pasado varias veces con la complacencia o desinterés del control estatal. Esas conjeturas no llegan a constituir siquiera indicios, y menos aun presunción. La expresión de agravios no invoca pruebas específicas sobre situaciones concretas en que ello habría ocurrido, con precisión de tiempo y lugar, lo cual tampoco fue precisado siquiera en la demanda, de modo que ahora afectaría el derecho de defensa tomar por cierto un hecho meramente conjetural o imaginario que no fue expuesto con claridad suficiente para el descargo y la prueba.

Por consiguiente, al no haberse probado la oportunidad en que el Estado pudo comprobar las falencias, no hubo omisión antijurídica de retención del vehículo ni responsabilidad civil consecuente.

Ello coincide con la doctrina del Superior Tribunal de Justicia, el que incluso ha señalado que responsabilizar al Estado ante cualquier daño como el del caso por la prestación supuestamente deficiente del control vehicular es tan inviable como responsabilizarlo por cualquier robo en virtud de la prestación supuestamente deficiente del servicio de seguridad. En este último ejemplo, añade el máximo Tribunal de la Provincia, es cierto que el Estado debe proteger a la población de los delitos, como también es cierto que debe impedir la circulación de vehículos carentes de condiciones mínimas de seguridad, pero no puede garantizar la inexistencia absoluta de delitos ni de vehículos defectuosos (STJRN-S1, 20/10/20089, "Sandoval c/ Peroni", SD 80/09; y STJRN-S1, 10/08/2010, "Ferraris", SD 069/10).

Y esa doctrina ha sido seguida últimamente por esta Cámara ("Painemil c/ Carrasco", 03/02/2014, SD 001/14; y "Castro Garrido c/ Maldonado", 11/09/2017, SD 050/17; y "Acencio c/ Maldonado", 11/09/2017, SD 051/17).

Por lo demás, es el criterio que he adoptado reiteradas veces como juez de primera instancia ("Verón c/ IPPV", 06/06/2005; "Nasif c/ Manzur Jalil", 12/04/2006; "Focht c/ Díaz", 21/09/2006; "Ferraris c/ López", 07/12/2007; "Painefil c/ MSCB", 04/04/2011; etcétera, todos del Juzgado 5).

En fin, por tales razones, reitero mi adhesión al segundo voto en todo lo relativo a la apelación interpuesta por el demandante, como así también en su propuesta consecuente referida a las costas y los honorarios.

Por ello, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería,

RESUELVE: I) MODIFICAR en lo pertinente la sentencia del 08/02/2017 (puntos 1 a 4 fs. 596), RECEPTANDO al efecto uno de los recursos apelativos en cuestión y DENEGANDO el restante y en consecuencia RECHAZAR la demanda con respecto a la Sra. COÑA. II) ADECUAR las costas de primera instancia generadas por la intervención de la Sra. Coña, por las razones expuestas en el respectivo considerando, por su orden (arts. 68, apart. 169 y cdt. CPCC). III) IMPONER en el orden causado las costas de segunda instancia por la apelación de la codemandada Coña (artículo 68, segundo párrafo, del CPCCRN). IV) IMPONER al demandante las costas de segunda instancia causadas por su apelación (artículo 68, primer párrafo, del CPCCRN). V) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Slavko Lucas Jankovic (abogado del demandante Lobos) en el 25 % de lo regulado en su favor por los trabajos de primera instancia (artículo 15 de la LA). VI) REGULAR los honorarios de segunda instancia del Dr. Cristóbal Bühler (abogado de la codemandada Coña) en el 30 % de lo regulado en su favor de todos los letrados de dicha parte por los trabajos de primera instancia (artículo 15 de la LA). VII) REGULAR los honorarios de segunda instancia de la Dra. Laura Lorenzo (abogada de la codemandada Provincia de Río Negro) en el 30 % de lo regulado en favor del letrado de dicha parte por los trabajos de primera instancia (artículo 15 de la LA). VIII) PROTOCOLIZAR, REGISTRAR y NOTIFICAR lo resuelto, por Secretaría. IX) DEVOLVER oportunamente las actuaciones.

**EDGARDO J.CAMPERI CARLOS M. CUELLAR EMILIO RIAT**

Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

**MÓNICA SILVANA GARDILCICH**

Secretaria de Cámara subrogante