

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 23270/08-STJ-

SENTENCIA N° 80

///MA, 20 de octubre de 2009.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis Lutz, Víctor H. Soderó Nievas y Alberto I. Balladini, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Álvarez, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “SANDOVAL, Mirta Elizabeth c/PERONI, Jorge Omar y Otro s/SUMARIO s/CASACION” (Exp. N° 23270/08-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVa. Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación deducido a fs. 1490/1512, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----

----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Que pronunciamiento corresponde?----- V O T A C
I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:--

-----1.- ANTECEDENTES. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud del recurso de casación deducido a fs. 1490/1512, contra la Sentencia N° 20 de fecha 20 de junio de 2008, dictada a fs. 1477/1482 y vta. de autos; por la que se resolvió hacer lugar a los recursos de apelación deducidos y revocar la condena recaída respecto de la Municipalidad de Cipolletti y Caminos del Valle S.A.-----

-----2.- AGRAVIOS DEL RECURSO. Ante lo así resuelto la actora, interpuso recurso de casación, en el cual se agravia de que la sentencia cuestionada ha incurrido en: a) vicios ///.-

///.-sustanciales en la aplicación de la norma procesal –violación del principio de congruencia-; b) vicios en la aplicación de la norma de fondo –ley de tránsito-; y c)

arbitrariedad en la apreciación de los hechos y la prueba.- - -

-----De tal modo, en primer lugar, sostiene que la Cámara se equivoca en la consideración del principio de congruencia, al sostener que la falta de mantenimiento de las banquetas, era un elemento extraño a la litis, en violación de lo dispuesto en los arts. 163 inc. 6) y art. 34 inc. 4) del CPCyC.; ya que sí integró la litis, y fue puesta en la cadena causal, no sólo por su parte sino también por el demandado en su responde. Continúa expresando que, asimismo incurre en excesivo rigor manifiesto al considerar que el hecho de no haber incluido en la demanda el término “pastos y malezas” constituye una violación al principio de congruencia por parte del Juez de primera instancia; y reafirma que esa cuestión ha sido debida y oportunamente incluida en la demanda, no como cuestión genérica, o extraña, sino expresamente, como la omisión del cumplimiento del deber de seguridad al que está sujeto el concesionario vial y del cual deviene su responsabilidad objetiva. Asimismo, sobre este punto afirma que no se impidió el derecho de defensa de la demandada, puesto que ésta no sólo se defendió de la imputación de falta de mantenimiento, que incluía el de las banquetas y malezas, sino que tenía en claro la relación de causalidad imputada; y que, es la propia Cámara quien termina violando el principio de congruencia.- - - - -

-----Seguidamente, se agravia de que la sentencia es arbitraria por efectuar afirmaciones dogmáticas sobre prueba inexistente; por omisión de prueba esencial y por violación al principio de unidad de la prueba. En tal sentido, considera que la sentencia de Cámara es infundada por cuanto no dice cómo hace para///.- ///2.-calcular -en las fotografías- los doce metros que determinarían que los matorrales y pastizales se encontraran fuera del área concesionada; y que además no considera las fotografías del expediente penal en las que se ve claramente que las malezas invaden las banquetas, ni las conclusiones del perito accidentológico de sede penal, ni del perito civil. También se agravia por la arbitraria valoración que efectúa la Cámara de la pericia accidentológica, en cuanto hace decir a los peritos lo que estos no dijeron, ya que ninguno de ellos ha expresado que el estado rugoso mejora el frenado. Continúa señalando, que la sentencia también efectúa una arbitraria valoración de la prueba pericial, al no considerar la ruta como una cosa riesgosa y considerar que el accidente igualmente se hubiera producido de existir la señalización correspondiente, que ello se contradice con el espíritu de prevención vigente en la ley de tránsito. A su vez, señala que existe arbitrariedad en la apreciación de la prueba relativa a la iluminación artificial, ya que, si bien no puede acreditarse con precisión la hora exacta del accidente, sí se encuentra acreditado que el accidente fue al

“ocaso”, es decir, cuando ya era necesaria la luz artificial para mejor visualización, máxime en una zona como la del accidente, en la que cruzan continuamente peatones y bicicletas.- - - - -

-----Por otra parte, respecto a la liberación de responsabilidad a la Municipalidad de Cipolletti, el recurrente sostiene que existe arbitrariedad en la valoración de la prueba, y que la misma debe responder en su calidad de dueña de la avenida, en virtud del art. 1113 del Cód. Civ.. De tal modo expresa que acreditados los severos incumplimientos en el mantenimiento y la falta de medidas de prevención de la Avenida de Circunvalación, que sigue de todos modos bajo su ///.- ///.-custodia, debe asumir la responsabilidad de los eventos dañosos; y que la responsabilidad de la Municipalidad excede el mero contralor del cumplimiento de los pliegos de condiciones de explotación del concesionario. A su vez, afirma que al liberar de responsabilidad a la Municipalidad se ha incurrido en violación a los arts. 70 y 72 de la ley 24.449, en tanto la Municipalidad debe responder por los daños causados por vehículos que no se encuentran en condiciones de circular (incumplimiento de la vigilancia activa del tránsito vehicular). También, en este punto sostiene que existe violación al art. 1.074 del Cód. Civil, al no condenarse a la Municipalidad como subsidiaria de la Aseguradora, por ausencia de seguro.- - - - -

-----Finalmente, sostiene que existe violación del art. 906 del Cód. Civil., al atribuir responsabilidad a la víctima y a los padres por falta de vigilancia activa; ya que –a su entender- ha quedado demostrado con toda evidencia, que ni la conducta de la víctima, ni la supuesta falta de vigilancia activa de la madre han sido la causa determinante del accidente y que, por el contrario, los demandados han aportado los factores causales, debiendo responder ante la víctima.- - - - -

-----3.- PUESTOS A RESOLVER LOS PRESENTES AUTOS. Ante todo, hay que efectuar un breve repaso de las sentencias precedentes, a los efectos de determinar precisamente la cuestión a resolver en autos. De tal modo tenemos:- - - - -
--

-----A) EL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: Hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Mirta Elizabeth Sandoval y consecuentemente condenó solidariamente a Jorge Omar Pieroni, Caminos del Valle S.A., Reliance Nacional Compañía Argentina de Seguros (en la medida del seguro y sin perjuicio de su estado de liquidación) y a la ///.- ///3.-Municipalidad de Cipolletti a

abonar a la nombrada en primer término, la suma de \$251.813. Esta decisión fue apelada únicamente por los codemandados Municipalidad de Cipolletti y Caminos del Valle S.A., quedando firme el pronunciamiento para los restantes codemandados.- - - -

- - - - -

-----B) EL FALLO DE LA ALZADA: Por su parte la Cámara de Apelaciones de la IVa. Circunscripción hizo lugar a dichos recursos de apelación y revocó la condena impuesta por el Juez de grado contra esas dos codemandadas.- - - - -

-----C) ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS RECURRENTES: Ahora bien, de acuerdo a tal escenario y de conformidad con los agravios vertidos por la recurrente, ceñiremos el análisis que venimos efectuando a los argumentos contrapuestos en la presente causa respecto a la responsabilidad que le cabe a los codemandados Caminos del Valle S.A. y Municipalidad de Cipolletti. De tal modo, comenzaré por analizar la responsabilidad del primero de los mencionados y luego del Municipio.- - - - -

-----D) RESPONSABILIDAD DE LA CONCESIONARIA VIAL: Efectuaré una concisa reseña de cómo las sentencias precedentes han resuelto esta cuestión. Así, tenemos que el Juez de Primera Instancia entendió que la primera resultaba causalmente responsable del acaecimiento del trágico hecho, en tanto en orden a las puntuales obligaciones del concesionario respecto del mantenimiento de la vía y sus adyacencias (en los términos del art. 5 inc. m. de la Ley 24.449 y del régimen de la concesión que le fuera otorgada), ya que respecto de tales condiciones comprobó falencias en los siguientes tópicos: 1)mantenimiento de los pastos y malezas de las banquetas (no podían superar los 0.15 mts. de altura); 2)ausencia de correcta señalización; 3)mal estado del pavimento, con rastrillado///.- ///.-de su superficie; 4)falta de iluminación adecuada. En cambio, la Cámara basó la exoneración de responsabilidad en considerar que ninguna de las circunstancias que el a quo tuvo en cuenta para fundar la sentencia condenatoria, guardaban, en opinión de dicho Tribunal, relación causal con el desgraciado suceso. Así consideró que: a)el estado rugoso de la cinta asfáltica no ha constituido un factor que favoreciera el evento; b)tampoco la falta de luz en el sector ha contribuido pues al momento del hecho había luz natural; c)igual consideración hace respecto de la falta de señalización, en tanto considera probado que existían carteles indicando la velocidad máxima; d)respecto a la falta de mantenimiento de las banquetas y los laterales de la cinta asfáltica, sostiene, por una parte, que tal hecho no ha formado

parte de las alegaciones de la actora al interponer la demanda, y por otra, que tampoco se ha demostrado que el sector concesionado se encontraba con malezas al momento del hecho.-----

-----Es evidente que, lo que se pone en controversia en las sentencias precedentes, más allá de las cuestiones fácticas que pueden llegar a divergir, es el alcance que se le debe dar a la responsabilidad que le cabe a la concesionaria del camino donde se produjo el accidente. Si bien es cierto que uno de los aspectos más controvertidos que presenta el derecho de daños actualmente, es el vinculado con la responsabilidad civil de las empresas concesionarias de peaje por daños experimentados por los usuarios que circulan por las vías concesionadas; también lo es que no existe mayor duda en cuanto a la responsabilidad del ente concesionario, cuando la misma surge del contexto de las obligaciones que le son propias. Para ser más preciso, si tomamos el desarrollo jurisprudencial seguido en esta materia por la Corte Suprema de Justicia ///.- ///4.-de la Nación –y que de algún modo ha sido receptado en el resto de la jurisprudencia nacional- podemos observar que en principio, en los casos “COLAVITA” –CS, 2000/03/07- y “BERTINAT” –CS, 2000/03/07-, no obstante que el Máximo Tribunal de la Nación se pronunció en forma negativa respecto de la responsabilidad de las concesionarias de rutas, aplicando un criterio restrictivo en los supuestos de accidentes de los usuarios de dichas rutas por aparición de animales sueltos; sí admitió la responsabilidad del concesionario vial en caso de incumplimiento de algunas obligaciones o deberes asumidos en el régimen legal-reglamentario por medio del cual el Estado Nacional le otorgó a las empresas la concesión del servicio. Es decir, a pesar del criterio restrictivo adoptado en un principio, la Corte señaló que las cláusulas del pliego de bases y condiciones para la concesión de obras viales que obligan a la concesionaria a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino, deben interpretarse en el contexto de las obligaciones propias del concesionario en torno a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquetas y a la oferta de servicios auxiliares. Este criterio luego se afianzó en mayor medida en el precedente “FERREYRA” –CS, 2006/03/21-, en especial en el voto del Dr. Lorenzetti, para finalmente consolidarse en el caso “BIANCHI” –CS, 2006/11/07- donde –a su vez- se amplió el criterio amplio sostenido primigeniamente para los supuestos en el que la responsabilidad del ente concesionario surgiera del

contexto de las obligaciones que le son propias, a los casos de accidentes con animales –no contemplado anteriormente-///.- ///.-estableciéndose también la responsabilidad del concesionario -que puede llegar a concurrir con la del dueño del animal- por el deber de seguridad, en tanto se considera que debe adoptar las medidas de acción que habiliten la circulación del usuario sin riesgo. Así en tal precedente el Máximo Tribunal Nacional sostuvo que: “Hay una obligación nuclear del contrato, constituida por la prestación encaminada al mantenimiento de la ruta en todos sus aspectos, y también deberes colaterales con fundamento en la buena fe, entre los cuales se encuentra el deber de seguridad que obliga al prestador a adoptar las medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada, en tanto resulten previsibles.” (CSJN, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Provincia de Buenos Aires y/u otros”, Se. del 07/11/2006).- - - - -

-----En suma, de esta descripción jurisprudencial de la postura de la Corte Suprema de Justicia, se puede observar que dicho Tribunal, para el supuesto de autos - responsabilidad del ente concesionario, cuando la misma surge del contexto de las obligaciones que le son propias- siempre tuvo un criterio amplio en cuanto a lo que hace al deber de seguridad de las concesionarias de rutas; y en cambio si efectuó una variación de criterio para otros supuestos –como lo sería el de responsabilidad del ente concesionario por accidentes de usuarios con animales sueltos-, donde dejó de lado la concepción restrictiva de la responsabilidad para acceder a una mucho más amplia. A tal efecto es dable recordar el voto de la doctora Highton de Nolasco, en el precedente BIANCHI”, donde sostuvo que: “El deber de seguridad a cargo de las empresas concesionarias de rutas, es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la///.- ///5.-vigilancia permanente del camino, su señalización, la remoción inmediata de elementos extraños que se depositen, el retiro sin demora de animales que transitan por el lugar y toda otra medida que pueda caber dentro del referido deber, a los efectos de resguardar la seguridad y la fluidez de la circulación, asegurando que la carretera se mantenga libre de peligros y obstáculos”.- - - - -

-----En este sentido Pizarro, también se adscribe a tal criterio, diferenciando perfectamente los distintos supuestos que se pueden dar, y otorgando mayor responsabilidad en los casos como el sub examine. Así, dicho autor señala que: “Una calificada doctrina proclama que la obligación de seguridad que asume la concesionaria es siempre de resultado, por lo que la responsabilidad que deriva de su incumplimiento

es objetiva. Ello conduce a un dilema de hierro: si el concesionario asumió la obligación de seguridad, debe responder salvo la prueba del rompimiento del nexo causal; si no la asumió entonces no responde por estos daños. Nosotros nos inclinamos por una solución más moderada y admitimos que la obligación de seguridad puede ser, según los casos, de medios o de resultado agravada. Pensamos que la mayoría de las obligaciones que emergen del referido plexo normativo son de resultado, tal lo que sucede, por ejemplo, con los daños causados por riesgo o vicio de la carpeta asfáltica (v.gr., pozos, grietas, falta de adherencia del pavimento por defectos de su compuesto, desniveles entre calzada y banquina, montículos, banquetas en mal estado, defectos de señalización y en general toda deficiencia en los deberes de conservación de aquella). Las mismas consideraciones, nos parece, valen para los supuestos de defectos de iluminación adecuada, particularmente en tramos donde sea necesaria, tal lo que sucede en cruces, rotondas///.- ///.-u otras intersecciones que imponen la adaptación de medidas de seguridad suficientes para advertir y prevenir. En estos supuestos, como en toda hipótesis de responsabilidad objetiva contractual o extracontractual, el deudor sólo se libera acreditando la causa ajena: hecho o culpa de la víctima, hecho o culpa de un tercero extraño o el caso fortuito o fuerza mayor ajeno al riesgo de la actividad empresarial desplegada. La obligación de seguridad no siempre asume la misma entidad o dimensión cualitativa y cuantitativa y puede, en otros supuestos, ser de medios, o lo que es igual, de prudencia y de diligencia. En tal caso el factor de atribución es subjetivo, basado en la idea de culpa probada o, en la mayoría de los casos, afinadamente presumida de modo iuris tantum; tal lo que sucede, por ejemplo, en los supuestos de accidentes por falta de advertencia adecuada sobre riesgos (v.gr., existencia de niebla, incendios al costado de la ruta, presencia de animales sueltos sobre la carpeta o de otros obstáculos móviles o inertes momentáneos, etcétera, aspectos que deben ser ponderados con criterio estricto y afinado, atento al carácter profesional que ostenta el concesionario (argum. art. 902 Cód. Civil), sin perder de vista las circunstancias de persona, tiempo y lugar)” (conf., Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad Civil de las Empresas Concesionarias de Peaje. La Corte Suprema Consolida su Criterio”, RCyS 2007, 366).- - - - -

-----Direccionando dichas consideraciones hacia el caso sub examine, y en particular a la solución propiciada en la sentencia atacada, en cuanto considera que el hecho del mantenimiento de la banquina no ha sido parte de las alegaciones de la actora, es preciso establecer que tal cuestión no se puede desconocer, y mucho menos ser dejada

de lado en el análisis de la relación causal del accidente.///.- ///6.-Ello así, ya que, de conformidad con la jurisprudencia y doctrina señalada precedentemente, se debe considerar con mayor amplitud la responsabilidad del ente concesionario, cuando la misma surge del contexto de las obligaciones que le son propias, y por lo tanto, la falta de mantenimiento de banquina debe ser considerada dentro de uno de esos objetivos primordiales, sin que ello implique -de ninguna manera- la violación del principio de congruencia.- - - - -

-----Ahora bien, dicho esto, y considerando que la situación en que se encontraban las banquetas, no es una cuestión ajena al planteo de la actora, también se observa que la Cámara ha entendido que las mismas no se encontraban con malezas dentro del sector concesionado y que debía mantener la empresa. Es evidente que en este análisis se soslaya el deber de diligencia que se le debe exigir a quien tiene la concesión de rutas en lugares poblados, como en el caso de autos, que difiere sustancialmente de una ruta que se encuentra en una zona rural y despoblada. Sobre este punto, es dable destacar que la Corte Suprema de Justicia en el precedente “BIANCHI”, en cuanto a la extensión del deber de seguridad de las empresas concesionarias de rutas, sostiene que debe ser modulada caso por caso, pudiendo la misma variar, pues no todas las concesiones viales tienen las mismas características operativas, ni idénticos flujos de tránsito, ni extensión lineal, condiciones geográficas, etcétera. Así también se ha dicho que, no es el mismo deber de diligencia el exigible en temas como éstos a quien tiene la concesión de la Red de Accesos a Córdoba o de la Autopista Humberto Illia en Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que al concesionario de una ruta abierta en zona rural y despoblada (conf. Pizarro, Ramón, ob. Cit.).- - - - -

-----En autos es evidente que la empresa codemandada ///.- ///.-debió prever la situación de obstaculización visual de las malezas, más allá de que se encontraran o no en el sector de las banquetas concesionadas, puesto que ello hacía a su deber de seguridad amplio o genérico que compete a las concesionarias de rutas. Asimismo, tampoco parece acertada la apreciación efectuada por la Cámara respecto a las malezas, ya que para llegar a la conclusión a la que arriba, valora únicamente las fotografías tomadas con mayor posterioridad al momento del hecho, y cuando las banquetas ya habían sido desmalezadas; siendo que a diferencia de ello, las fotos tomadas en un momento temporal más próximo al accidente (fs. 48 del Expte. Penal), revelan que la situación de las banquetas era absolutamente distinta por la existencia de arbustos y tamariscos más desarrollados –tal como lo señalara el Juez de Primera Instancia-. Además, la diferencia

de vegetación existente en las banquetas se puede observar de un simple cotejo fotográfico, ya que en las agregadas a la causa penal –temporalmente más cercana al momento del accidente- se puede advertir que las malezas cubrían, no sólo hasta una importante altura, los postes de luz y teléfono, sino que además avanzaban hacia delante de los mismos en dirección a la cinta asfáltica; circunstancias estas que en las fotos posteriores –las únicas que valoró la Cámara- no se observan, dado que ese sector fue debidamente acondicionado, y que de haber estado en la nueva condición al momento del accidente, es altamente probable que el mismo no hubiera acaecido.- - - - -

- - - - -

-----Otra cuestión que debió haber sido considerada por la Cámara, con el criterio amplio del deber de seguridad de las concesionarias de ruta, poniéndose especial énfasis en la diligencia requerida a la empresa concesionaria cuando la ruta atraviesa zonas urbanas, es la relativa a la señalización///.- ///7.-requerida en supuestos como el de autos. Se ha dicho, y no es materia de controversia, que existían carteles que indicaban una velocidad máxima de 40 Km/h antes y después del Barrio 1200 viviendas. Sin embargo, en base a los conceptos antes señalados, es evidente que dichos indicadores no son suficientes en orden a la seguridad que deben brindar la empresa concesionaria, no se puede pretender que dos carteles de máxima velocidad sean las medidas de seguridad para prevenir accidentes en una ruta de alta peligrosidad (de lo cual tenía plena conciencia la concesionaria) que atraviesa un populoso barrio de nada menos que 1200 viviendas; y que la magnitud de esta deficiencia se acrecienta cuando quien conducía el vehículo que atropelló a la víctima no era de la localidad -importante extremo fáctico que tampoco se encuentra controvertido-, ya que ante esa insuficiencia de señalización, el conductor –a priori- no tiene elementos que le permitan dimensionar el lugar por donde se encuentra transitando. Con lo cual la carga de autoinformación que pesa sobre el concesionario de rutas respecto de la peligrosidad del lugar por donde se transita y el deber de transmitirla al usuario de modo oportuno y eficaz, pesa sobre aquél e importa también el deber de adoptar medidas concretas frente a riesgos reales de modo preventivo.- - - - -

-----Nutrida jurisprudencia que citaré da cuenta de la responsabilidad de la concesionaria de una ruta en casos como el de autos, es decir, en el que el sistema de señalización es defectuoso e inadecuado. En efecto, se ha resuelto que la responsabilidad de la empresa concesionaria de la ruta se impone cuando promedia la inexistencia de una señalización adecuada y eficaz en orden a evitar accidentes y para

encausar sin riesgos el tránsito, extremo que enlaza en autos la///.- ///.-responsabilidad de la tercera citada en virtud del incumplimiento de las obligaciones de señalamiento y seguridad que asumiera por el contrato de concesión (cfr. CNCiv., Sala G, “Duarte, Alejandra c. García, Hugo s/Ds. y Ps.”, del 15-02-00, elDial - AA3B8; en similar sentido, ver, CNCiv., Sala B, del 13-11-95, n° recurso B127796, voto del Dr. López Aramburu, elDial - AEBA8; ídem, Sala L, n° recurso L056757, del 22-03-01, voto del Di. Giardulli, elDial - AE1791); en similar sentido, se ha encontrado responsable a la concesionaria de una ruta por los daños sufridos con motivo o en ocasión de su uso si la causa del siniestro radica en algo inherente a la ruta misma, como, por ejemplo, el mal estado del pavimento o la falta de indicaciones, señalización, iluminación u otros elementos que ordinariamente posibiliten la normal circulación de automotores (cfr. C.Apel.Civ.yCom. de San Isidro, Sala 1°, “Rojas, Santos c. Adi, Carlos s/Ds. y Ps.”, del 18-06-02, elDial - AA1092).- -

-----En conclusión, estimo que de conformidad a lo aquí expuesto y en virtud de las consideraciones de orden fáctico y jurídico, resulta desacertada la resolución de la Cámara en cuanto exonera de responsabilidad en el hecho luctuoso a la codemandada Caminos del Valle S.A.- - - - -

-----E) LIBERACION DE RESPONSABILIDAD A LA MUNICIPALIDAD: seguidamente abordaré el planteo del recurrente respecto a la liberación de responsabilidad de la Municipalidad de Cipolletti, por parte de la Cámara. Considero que en este agravio no le asiste razón al casacionista. En primer lugar, hay que tener en cuenta que los usuarios de una ruta concesionada no se relacionan directamente con el Estado, sino con el prestador del servicio. Con lo cual la cuestión a dilucidar aquí pasa por el estudio de la responsabilidad estatal derivada de la omisión de una concesionaria de///.- ///8.-servicio público.- - - - -

-----Sin dejar de reconocer que existe una postura que se ha inclinado por entender que si el servicio público constituye una actividad cuya titularidad y dirección asume la administración, ésta debe asumir también su responsabilidad y que concesionario y administración serán responsables solidarios con la responsabilidad primaria del concesionario; sin embargo, me inclino por aquella postura que se enmarca en la responsabilidad del concesionario, en tanto que el mismo obra por cuenta y riesgo propio, y para cubrir los eventuales daños que puedan surgir de su actividad, puede y debe contratar seguros. En efecto, en este sentido se afirma que el concesionario, por su experiencia y calificación, es lógico y normal que prevea las consecuencias lógicas y

normales que pueden derivarse de la prestación del servicio, incluyéndolas por lo tanto, en sus costos y previsiones de operación (conf. Pérez Hualde, “El Concesionario de Servicios Públicos Privatizados. La Responsabilidad del Estado por su Accionar”, Buenos Aires Depalma, pág. 57). Además hay que aclarar que esta idea se encuentra en línea con la jurisprudencia de la Corte que exige una diligencia especial al contratista estatal (CSJN, causas: “CHEDIAK” -1996- y “CADIPSA” -2000-). Por ello deviene razonable concluir que la traslación de prestaciones a los concesionarios mediante la técnica concesional –y lo mismo vale para las restantes técnicas de habilitación utilizadas para privatizar la gestión de servicios públicos- ha importado que éstos sean quienes deben hacerse cargo de las indemnizaciones que antes correspondían al Estado. Como señala Perrino, la privatización del servicio implicó no sólo el traslado de la gestión de la actividad sino también de los costos que deben sufragarse por los daños derivados de la prestación del///.- ///.-servicio (conf. Perrino, Pablo, “Los Factores de Atribución de la Responsabilidad Extrancontractual del Estado por su Actividad Ilícita”, en Responsabilidad del Estado, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Bs. As., 2001, pág. 99).- - - - -

-----Al respecto se ha dicho que: “Mediante el acuerdo administrativo, el concesionario debe llevar adelante trabajos de infraestructura y mantenimiento del corredor vial, asumiendo la responsabilidad civil por los daños y perjuicios a personas y cosas que los utilicen. Se trata, sin duda, de la relación Estado/empresa concesionaria, en donde se señala como condición la asunción de responsabilidad por daños a personas y bienes como consecuencia de la causalidad derivada de sus actos (acción u omisión); por ejemplo, accidentes por mala señalización o mal estado de los caminos” (conf. Weingarten, Celia, y Ghersi, Carlos: “Contrato de Peaje, ed. Universidad, pág. 29; citado por Valentín Héctor Lorences, “Derecho de Tránsito”, pág. 50). También se ha sostenido que: “La pregunta que se presenta es si es posible condenar al Estado por los daños ocasionados con los bienes del concedente por aplicación del art. 1113, párr. 2 del Código Civil, o en bienes del dominio del Estado en los que desarrolla su actividad el concesionario. Para el primer caso se ha dicho que ‘las cosas entregadas por acto público al concesionario con motivo de la concesión se hallan bajo su guarda y el Estado puede demostrar que se trata de un tercero que actúa por su propia cuenta y riesgo y por quien no debe responder’ (conf. Pérez Hualde, ob. cit., pág. 69). Es lo que resolvió la Cámara Civil en el caso “Abbba, Miguel Ángel y Otra c. Huarte SACIF”, del 15/5/92, en el que dijo que la transferencia de la guarda jurídica de una autopista a la

concesionaria responsable de su conservación/// ///9.-y mantenimiento libera a la municipalidad de toda obligación en ese sentido. En cuanto a los daños causados en el desarrollo de la actividad del concesionario en bienes de propiedad del concedente, entiendo que no puede atribuirse responsabilidad al Estado pues el ejercicio de policía de seguridad no es suficiente para responsabilizarlo por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte. Esta es la solución que se ha adoptado jurisprudencialmente no sólo en caos de accidentes de ruta ..." (conf. Laura M. Monti, "La Responsabilidad del Estado por los Actos, Hechos y Omisiones de la Empresas Prestadoras de Obras y Servicios Públicos", en Servicio Público y Policía, Director Juan Carlos Cassagne, pág. 319/320).- - - - -

-----En suma, en afinidad con la opinión mayoritaria coincido en que el Estado concedente no responde per se por los actos u omisiones del concesionario; así el máximo exponente de esta postura señala que la explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo; ello significa que toda la responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión, le corresponde al concesionario (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, pág. 581).- - - - -

-----No obstante lo expuesto, y si, a todo evento, consideramos que la Municipalidad puede llegar a ser responsable por no haber controlado debidamente el estado de conservación de la ruta, es decir si no ejerció el debido control de las tareas que debía efectuar la empresa; entonces esta omisión generadora de responsabilidad se encuadraría principalmente dentro del presupuesto denominado tradicionalmente como "falta de servicio". Ahora bien para establecer si la Municipalidad ha incurrido en este otro supuesto, es necesario analizar,///.- ///.-hasta que punto no se han cumplido sino de un modo irregular los deberes legales. Y aquí cobra especial relevancia a los efectos de la decisión que se adopte, determinar quién era el que debía vigilar el cumplimiento del cronograma de obras, controlar los materiales utilizados, el estado de la vía, sus banquetas, la correcta señalización, etc.; y así se llega a la conclusión de que quien debió ejercer tal control no es ni más ni menos que el concedente, y quien reúne tal condición no es precisamente la Municipalidad.- - - - -

-----En efecto, la Municipalidad de Cipolletti le cedió la posesión de dicha vía a la Dirección Nacional de Vialidad –tal como se lee en el Convenio agregado por la propia actora a fs. 22/25-, y fue esta última quien le concesionó a Caminos del Valle S.A. la obra pública de mejora, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento,

explotación y administración del Corredor 29, que incluye la Circunvalación donde se produjo el accidente. Esto además fue expresamente reconocido por la concesionaria, quien a fs. 287 dijo: “La empresa Caminos del Valle Concesionaria S.A. es la concesionaria del sistema vial interurbano Cipolletti – Neuquén, estando a su cargo el control y seguridad del tránsito existente en el mismo. Aclaró que tal concesión fue instrumentada mediante decreto 427 del Poder Ejecutivo Nacional del 27 de marzo de 1995...”. Entonces es evidente que quien debía controlar el corredor vial donde ocurrió el accidente era el concedente, es decir, la Dirección Nacional de Vialidad; con lo cual en este contexto, no resulta razonable achacarle responsabilidad por “falta de servicio” - omisión de controlar- a la Municipalidad, cuando la misma había cedido el uso de esa vía, y ella no fue quién la concesionó. Pero además, a ello hay que agregar que a quién derivó el mencionado control fue a un organismo especializado en la///.- ///10.-materia –si se quiere el más importante en cuestiones viales- y que, a su vez depende del Estado Nacional; por lo que, tampoco se le puede atribuir negligencia alguna en la alternativa que adoptó.- - - - -

-----Finalmente, en lo que respecta a esta cuestión resta analizar el agravio del recurrente relativo al control de policía que debió ejercer la Municipalidad, para no permitir la circulación de vehículos que no están en condiciones de hacerlo, fundándolo en la aplicación de los arts. 70 y 72 de la Ley 24.449. Adelanto que el mismo tampoco puede prosperar. Ello así, por cuanto 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.- - - - -

-----Para ser más preciso, 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).- - - - -

-----F) INNECESARIEDAD DE TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE LA VICTIMA: por último, respecto al agravio relativo a la responsabilidad de la víctima y de los padres por falta de vigilancia activa, de conformidad a los términos en que se han resuelto las cuestiones planteadas precedentemente, resulta innecesario al tratamiento de dicha materia.- - - - -

-----4.- CONCLUSIONES:- - - - -

-----De esta manera, y de acuerdo a lo expuesto ///.- ///11.-precedentemente, considero que: A) La exoneración de responsabilidad decretada por la Cámara, respecto a la codemandada Caminos del Valle S.A., se encuentra en contradicción con los principios antes reseñados que rigen la materia. B) En cambio, la ausencia de responsabilidad decretada respecto a la Municipalidad de Cipolletti, se encuentra debidamente sustentada en base a los criterios doctrinales y jurisprudenciales, que de forma mayoritaria se expiden sobre dicho tópico. C) En consecuencia el recurso sub examine debe prosperar únicamente en lo que hace al planteo de responsabilidad de la codemanda Caminos del Valle S.A., lo cual determina que, en ese punto se revoque la sentencia de Cámara, y se confirme lo dispuesto por el Juez de Primera Instancia. D) No obstante ello, es preciso advertir que dado el modo en que se resolvió la cuestión en la

instancia precedente -esto es que se rechazó la demanda in totum respecto de la Municipalidad y Caminos del Valle- no se dio tratamiento al planteo efectuado por esta última codemandada en el que impugna la forma de calcular las indemnizaciones, así como su monto, tanto del concepto “pérdida de chance” como del “daño moral”; por lo que, a los efectos de la garantía del debido proceso, corresponde que se remitan las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a los efectos que analice y resuelva dicho planteo. ES MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Sodero Nievas dijo:- - - - -

-----ADHIERO a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Lutz, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----Atento la coincidencia de los votos precedentes, ME///.- ///.-ABSTENGO de emitir opinión.- - - - - -A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo: 1*) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 1490/1512 de las presentes actuaciones. 2*) Dejar sin efecto la Sentencia de Cámara de fs. 1477/1482 en lo que respecta a la revocación de la condena a la codemandada Caminos del Valle S.A., y confirmar en este punto lo dispuesto por el Juez de Primera Instancia en la sentencia de fs. 1352/1407. 3*) Reenviar la causa al Tribunal de origen a los efectos que se de tratamiento al planteo sobre la extensión del resarcimiento, efectuado, por la codemandada Caminos del Valle S.A., en el punto VI) de la expresión de agravios de fs. 1450/1469. 4*) Imponer las costas de la instancia extraordinaria: a)en lo que compete al recurso de la actora y la contestación de la codemandada Caminos del Valle S.A., a esta última; b)en cuanto a la contestación de traslado del recurso de la codemanda Municipalidad de Cipolletti: a la actora recurrente (solicitud del 3er. párrafo de fs. 1522 vta.). Disponer la adecuación de las costas de las instancias precedentes, al resultado de lo aquí decidido. 5*) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, del siguiente modo: doctores Javier Octtaviano, Leandro Germán Segovia y Justo Emilio Epifanio –en conjunto- en el 30%; doctor Ricardo Apcarián en el 35% y doctores Rodolfo Paulo Formaro y Pablo Joaquín González, en forma conjunta, en el 25%; todos a calcular sobre los emolumentos que les sean regulados a cada representación por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.), conforme a la readecuación que se dispone

precedentemente, en el punto 4 in fine. MI VOTO.- - - - -///.- ///12.-A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----ADHIERO en un todo a la solución propuesta en el voto precedente.- - - - -

- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:- - - - -

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la parte actora a fs. 1490/1512 de las presentes actuaciones.- - - - - Segundo:

Dejar sin efecto la Sentencia de Cámara de fs. 1477/1482 en lo que respecta a la revocación de la condena a la codemandada Caminos del Valle S.A., y confirmar en este punto lo dispuesto por el Juez de Primera Instancia en la sentencia de fs. 1352/1407 de autos.- - - - - Tercero: Reenviar la causa al Tribunal de origen a

los efectos que se de tratamiento al planteo sobre la extensión del resarcimiento, efectuado, por la codemandada Caminos del Valle S.A., en el punto VI) de la expresión de agravios de fs. 1450/1469.- - - - - Cuarto: Imponer

las costas de la instancia extraordinaria: a) en lo que compete al recurso de la actora y la contestación de la codemandada Caminos del Valle S.A., a esta última; b) en cuanto a la contestación de traslado del recurso de la codemanda Municipalidad de Cipolletti: a la actora recurrente (solicitud del 3er. párrafo de fs. 1522 vta.). Disponer la adecuación///.-

///.-de las costas de las instancias precedentes, al resultado de lo aquí decidido.- - - - -

- - - - - Quinto: Regular los honorarios de los profesionales intervinientes, por sus actuaciones en esta instancia extraordinaria, del siguiente modo: doctores Javier Octaviano, Leandro Germán Segovia y Justo Emilio Epifanio –en conjunto- en el 30%; doctor Ricardo Apcarián en el 35% y doctores Rodolfo Paulo Formaro y Pablo Joaquín González, en forma conjunta, en el 25%; todos a calcular sobre los emolumentos que les sean regulados a cada representación por sus actuaciones en Primera Instancia (art. 14 L.A.), conforme a la readecuación que se dispone precedentemente en el punto 4 in fine.- - - - - Sexto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO.

LUIS LUTZ JUEZ - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - ALBERTO I.

BALLADINI JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: ELDA EMILCE
ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: III

SENTENCIA Nº 80

FOLIO Nº 452/463

SECRETARIA: I