

Causa n°: 2-59966-2015

"BIORDO, MIGUEL ÁNGEL C/ RUTAS AL SUR CONCESIONARIO VIAL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONT."

JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL N° 1 - OLAVARRIA

Sentencia Registro n°: Folio:

En la ciudad de Azul, a los once días del mes de Noviembre del año Dos Mil Quince, reunidos en Acuerdo Extraordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Sala II, Doctores Jorge Mario Galdós y Víctor Mario Peralta Reyes (arts. 47 y 48 Ley 5827), encontrándose en uso de licencia la Doctora María Inés Longobardi, para dictar sentencia en los autos caratulados: **“BIORDO, MIGUEL ÁNGEL C/ RUTAS AL SUR CONCESIONARIO VIAL S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONT.” (CAUSA N° 59.966)**, habiéndose procedido oportunamente a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Dr. Galdós – Dra. Longobardi - Dr. Peralta Reyes.**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

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

1ª.- ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 612/624?.

2ª.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

- V O T A C I Ó N -

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Señor Juez **Doctor GALDÓS**, dijo:

I.- Antecedentes.

I. 1.- A fs. 86/104 vta. se presentan los Dres. Alejandro J. Zulaica y Nerina H. Huth, en su carácter de apoderados del Sr. Miguel Ángel Biordo, promoviendo demanda resarcitoria de daños y perjuicios contra “Rutas al Sur S.A.”, reclamando la suma de \$ 247.425.-, o la que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, en concepto de daños patrimoniales y no patrimoniales, con más intereses y costas. Expresan que el 9 de Junio de 2007, aproximadamente a las 10:00 hs., en día de densa niebla, el actor conducía el vehículo de su propiedad -Peugeot 306 Dominio BJE 593- junto a su grupo familiar, circulando por la Ruta Nacional 226, desde la ciudad de Coronel Suárez hacia Azul. Al arribar a la estación de peaje ubicada en la localidad de Hinojo, circulando a 80/85 km/h., colisionó contra uno de los taludes de cemento que protegen las cabinas, el que carecía de adecuada señalización, sobre todo para un día de mucha niebla. Sostienen que el accidente se debió a las condiciones climáticas desfavorables, la señalización vertical deficiente, y la calzada húmeda, lo que le impidió a Biordo evitar el impacto contra la protección de cemento de

la cabina de peaje. Reclaman daño emergente, pérdida de valor venal, lucro cesante y privación de uso del automóvil y daño moral.

Corrido traslado, a fs. 115/129 comparece el Dr. Alejandro A. Camaño, en su condición de apoderado de la accionada "Rutas al Sur S.A.", contesta la demanda y solicita la citación en garantía de "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", aseguradora de su poderdante. Seguidamente efectúa la negativa de los hechos y de la autenticidad de la prueba documental acompañada, admitiendo que el día 9 de Junio de 2007 alrededor de las 10:00 hs., a la altura del peaje de la localidad de Hinojo ocurrió el accidente de tránsito que protagonizó el accionante, el que se produjo por su exclusiva culpa al chocar contra las defensas de las cabinas de peaje, pese a la adecuada y suficiente señalización del lugar. Destaca que la zona estaba debidamente demarcada y señalizada para advertir con antelación la proximidad y la existencia de la estación de peaje. Sostiene que en cuatro años de concesión y numerosos días de niebla hubo un sólo caso anterior de similares características. Manifiesta que existían advertencias lumínicas intermitentes, colocadas en forma tipo "guirnalda" sobre el separador central de ambas trochas de marcha y en posición horizontal, con luces destellantes, además de las luces propias de las cabinas de peaje y de los semáforos que se hallan ubicados en la parte superior. Seguidamente, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

A fs. 157/170 vta. se presenta -en representación de "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A."- el Dr. Jorge Eduardo Rocca, contesta la citación en garantía e invoca una franquicia deducible a cargo de la empresa asegurada mediante la cual la concesionaria accionada ("Rutas al Sur S.A.") responde por cualquier contingencia hasta U\$S 65.000.- procediendo la cobertura sólo si el monto es superior. Aduce que la suma reclamada es inferior a la franquicia estipulada y, por ende, no indemnizable por la aseguradora. A continuación -y a todo evento- contesta la citación en garantía y adhiere al responde formulado por la empresa concesionaria del peaje "Rutas al Sur S.A.".

2.- La sentencia de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda promovida por el señor Miguel Ángel Biordo, contra Rutas al Sur S.A. y contra 'La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.' (aclarándose respecto de esta última que su responsabilidad lo será en la medida del seguro pactado), condenándolas en forma solidaria a abonar dentro de los diez días de quedar firme la liquidación que al efecto se practique el setenta por ciento (70%) del monto que resulte de computar los siguientes rubros: por daño emergente al vehículo del actor \$ 32.676,22. y por privación de uso \$ 9.600.- Dispuso que se aplique la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de los honorarios de los letrados y peritos intervinientes para la oportunidad prevista por el art. 51 del Decreto Ley 8904/77. Para así decidir, la Sra. Juez de Grado emplazó la cuestión litigiosa en el marco de la relación de consumo, conforme la doctrina de sentada por la Corte Nacional a partir de la causa

“Bianchi”, destacando que a fines de juzgarse la responsabilidad de la concesionaria debe tenerse en cuenta que el corredor vial presenta una importante circulación vehicular, lo que le exige el cumplimiento estricto de las medidas de seguridad a fin de evitar las contingencias previsibles, debiendo apreciarse rigurosamente su responsabilidad. Manifiesta que está acreditada la presencia de densa niebla en el Partido de Olavarría, sobre la Ruta Nacional 226 en el km. 276, con una visibilidad escasa, conforme surge de la Publicación del Diario “El Popular” informado a fs. 214/217, a lo que hay que sumarle lo declarado por el testigo Schwindt a fs. 591 y el propio reconocimiento de las partes en sus escritos postulatorios y lo informado por el perito a fs. 568. A continuación detalla los deberes que le incumbían cumplir a la demandada –de señalización, de información y de dar aviso al usuario (especialmente en casos de emergencia)- explicando que la empresa podía disponer, dada las contingencias climáticas, la suspensión total o parcial del tránsito, máxime que es conocido para los habitantes de la región la existencia de niebla o neblinas durante las distintas estaciones del año. Concluye afirmando que la demandada no adoptó las medidas de seguridad necesarias para evitar el hecho en el tramo de la Ruta 226 sobre el que ocurrió el accidente, haciendo hincapié en que las circunstancias meteorológicas, conocidas por la concesionaria del peaje, la obligaban a prevenir los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada incluso limitando o suspendiendo la circulación de vehículos. Destaca que la pericia indica la existencia de las siguientes falencias: falta de iluminación y pintura y cartelería no acorde con la situación climática reinante ese día, principalmente por la escasa visibilidad (100 mts. aproximadamente –según dichos del testigo). Por todo ello el prestador del servicio incumplió el deber de seguridad que le era exigible, lo que lo obligaba a adoptar medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes en la ruta concesionada. Empero el conductor del vehículo Peugeot 306, Dominio BJE 593 no se encuentra eximido totalmente de responsabilidad, dada la excesiva velocidad que desarrollaba al momento del impacto (superior a los 80 km/h.), lo que también surge de sus propios dichos-. El perito sostiene que para un vehículo de características similares al de los actores, a esa velocidad, la distancia de frenado es de 150 mts., por lo que debió extremar su deber de precaución por las condiciones meteorológicas imperantes. Pone de relieve que el mismo actor reconoció en el escrito de demanda que circulaba entre 80 y 85 km/h.- y manifiesta que tuvo la opción de detener la marcha hasta que las condiciones mejoraran, evitando contribuir a la causación del daño. Así las cosas, entiende que en la producción del evento dañoso hay responsabilidad compartida, la cual determinó en un 70% a cargo de la demandada “Rutas al Sur S.A.” -condena que hizo extensiva a la compañía aseguradora de ésta (“La Meridional Cía. Argentina de Seguros S.A.”) en la medida de la cobertura contratada- y el 30% restante a cargo del accionante conductor del vehículo –Sr. Miguel Ángel Biordo-. Seguidamente analizó los distintos rubros resarcitorios reclamados. En concepto de daño emergente del automotor y sobre la base de la pericia practicada admitió el reclamo por la suma de \$ 32.676,22. Tras ello rechazó el lucro cesante

y la pérdida del valor venal del auto y en concepto de privación de uso del rodado otorgó \$ 9.600.-, desestimando el daño moral. Finalmente, resolvió que las sumas de condena fijadas (en concepto de daño emergente y privación de uso del rodado) devengarán intereses desde la fecha del evento dañoso ocurrido el 09 de Junio de 2007, y hasta el efectivo pago a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa de interés. Citó la normativa legal y la jurisprudencia aplicables al caso, impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de los honorarios profesionales.

3.- Contra dicha sentencia la demandada vencida dedujo a fs. 631 recurso de apelación y luego a fs. 648 la citada en garantía desistió del interpuesto a fs. 629.

A fs. 643/647 se glosó la expresión de agravios, que cuestiona que se le endilgue no haber adoptado las medidas de seguridad necesarias y apropiadas y que se le atribuya sólo el 30 % de responsabilidad al actor, haciendo hincapié en la excesiva velocidad que conducía ,conforme las circunstancias de tiempo y lugar. Dice que la conducta temeraria de Biordo provocó el accidente y si bien es cierto que había niebla (como lo informara el diario “El Popular” y el testigo Schwindt) el informe pericial y un informe del Colegio de Ingenieros indica que el puesto de peaje contaba con señalización lumínica intermitente, instalada en la parte superior, perpendicular a mampostería, vinculados por disposición tipo guirnalda, y se refuerza a la similar ya existente en la parte superior. Luego de brindar detalles sobre otros aspectos de la señalización –que considera adecuada y suficiente para evitar accidentes- añade que del informe ampliatorio de fs. 501/502 (emitido por el OCCOVI, órgano de contralor de dicha concesionaria) se desprende claramente todas las señalizaciones y cartelerías con que contaba dicha estación de peaje al momento del accidente. Resaltando otro dato objetivo: en once años hubo seis siniestros –no todos por niebla- lo que arroja un promedio de un accidente cada dos años. Igual información surge del oficio diligenciado a la concesionaria vial anterior “Camino del Abra SACV”. Afirma que del análisis de esos informes, queda demostrado que la estación de peaje no es un elemento de riesgo, y que el accidente ocurrió por la exclusiva responsabilidad del actor. Además –agrega- si el propio actor reconoció que circulaba a una velocidad excesiva de acuerdo a las condiciones climáticas imperantes ese día, independientemente de desatender todos los carteles y advertencias existentes, esa conducta temeraria no está contemplada en la falta de deber de seguridad que se le pueda imputar a la concesionaria del peaje. Remarca que atendiendo a las constancias objetivas obrantes en estos obrados es clara que la responsabilidad del suceso debe recaer exclusivamente sobre el conductor del automóvil Peugeot 306, es decir, el actor, debiendo revocarse la sentencia. Luego de realizar un relato explicativo sobre en qué consiste el deber de seguridad remarca que el hecho se produjo por la conducta de un actor irresponsable, puesto que desatendió las indicaciones de las señales que estaban debidamente colocadas y se desplazó a una velocidad inadecuada para el clima reinante, por

lo cual insiste en que se revoque el fallo o, caso contrario, se distribuya nuevamente el porcentaje de responsabilidad asignado a cada parte dado que el único factor causante del evento fue un hecho humano (la irresponsabilidad del conductor).

A fs. 649 primer párrafo se corre el traslado de la expresión de agravios, la que no fue objeto de réplica (conf. informe de Secretaría de fs. 650).

A fs. 651 se ordena la vista del caso al Sr. Fiscal General Departamental, quien dictamina a fs. 652/654 vta. Expresa que el recurrente no logró desvirtuar las conclusiones del fallo acerca de su incumplimiento del deber de seguridad y que la determinación de los porcentajes de responsabilidad es tarea del juez, quién en el caso debe apreciar la incidencia de la excesiva velocidad del actor. Luego propicia el dictado de las medidas conducentes para que en la sentencia que este Tribunal dicte incluya recaudos que permitan evitar lamentables accidentes como el de marras; sostiene, además, que teniendo en cuenta el porcentaje de condena de la empresa concesionaria no se advierte que cualquiera que sean las medidas de seguridad que pudieran ordenarse, éstas lleguen a infringir el principio que prohíbe la reformatio in pejus de la instancia revisora.

Llamados autos para sentencia y firme el resultado del sorteo del orden de votación, el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto (conf. fs. 655 segundo párrafo y fs. 656).

II.- El art. 7 CCCN y el derecho aplicable.

1.- Inicialmente cabe mencionar, muy sucintamente, que este proceso está alcanzado por las normas del Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1º de Agosto de 2015 (leyes 26.994 y 27.077). El art. 7 CCCN -sustancialmente análogo al art. 3 CC, según la modificación del año 1968- dispone que la ley nueva se aplica (“aún”, decía el texto anterior) a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Se trata de una de las reglas contenidas en ese precepto: la aplicación inmediata de la nueva ley (Borda, Guillermo, “La Reforma de 1968 al Código Civil”, Bs. As., Ed. Perrot, p. 41; Moisset de Espanés, Luis, “La irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3º del Código Civil (“Derecho Transitorio””, ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1976, pág. 41; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015; pág. 18; esta Sala Causa N° 56441, del 8/9/15 “D. B., A c/ A., L. C. y Otros s/ Derechos personalísimos-Sumario”; Causa N° 56571, del 8/9/15 “D. B., A. c/ A., L. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios”).

Otra de las principales reglas de interpretación del actual art. 7º CCCN consiste en distinguir los hechos constitutivos de la relación jurídica de sus consecuencias, derivaciones o efectos. Las relaciones jurídicas nacen, se modifican o se extinguen en virtud de hechos a los que la ley le asigna efectos generadores o constitutivos; esos “hechos constitutivos” (comprensivos de los hechos modificatorios y extintivos, tal como también lo enseña Moisset de Espanés) se rigen y son juzgados por la ley vigente al momento de producirse. En cambio las consecuencias de la relación

jurídica deben ser diferenciadas: las ya consumidas, agotadas o producidas, es decir las que ya concluyeron sus efectos, quedan en la órbita de la ley anterior (vgr. el daño que se consolidó antes de la entrada en vigencia); las consecuencias que no son instantáneas sino que se prolongan en el tiempo quedan alcanzadas por el nuevo Código (esta Sala Causa N° 56441, del 8/9/15 “D. B., A c/ A., L. C. y Otros s/ Derechos personalísimos-Sumario”; Causa N° 56571, del 8/9/15 “D. B., A. c/ A., L. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios”; Moisset de Espanés, Luis, “El daño moral (arts. 522 y 1078)” y “La irretroactividad de la ley (art. 3)”, cit., J.A., T. 13, Serie Contemporánea, 1972-355).

En materia de responsabilidad civil la aplicación inmediata del Código Civil y Comercial conduce a juzgar los hechos constitutivos de la relación jurídica según el Código derogado, porque es el derecho sustancial vigente en el momento de concurrencia del siniestro vial. En otras palabras: la aplicación inmediata del nuevo Código Civil y Comercial, en función de lo dispuesto por el art. 7 CCCN, conduce a resolver este caso conforme las normas sustanciales del Código derogado porque el art. 7 CCCN reenvía al anterior Código Civil.

En general existe consenso en que los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual se juzgan por la ley vigente al momento del hecho antijurídico (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes” cit., pág. 100). “Los hechos ilícitos se rigen en lo que atañe a sus efectos u consecuencias por la ley vigente al momento en que ocurrieron ... porque la acción derivada de un hecho ilícito nace el mismo día y las relaciones jurídicas no están en curso de desarrollo cuando adviene el cambio legislativo” (Borda, Guillermo, “La Reforma de 1968 al Código Civil” cit., pág. 54, n° 27; en el mismo sentido: Dell’ Orefice, Carolina – Prat, Hernán, “La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio”, RCCyC, Julio 2015, pág. 19).

Es importante destacar que el momento de la traba de la litis “es irrelevante” para determinar la ley aplicable porque los hechos constitutivos de la relación jurídica (como presupuesto de hecho que da nacimiento a la obligación de resarcir) se rigen por la ley vigente en el momento en que se producen y los efectos o consecuencias se rigen de inmediato por la ley nueva (Moisset de Espanés, aut. cit., “El daño moral (arts. 522 y 1078) y la irretroactividad de la ley (art. 3)”, J.A., T. 13, Serie Contemporánea, 1972-352). La postura del profesor cordobés fue compartida por Kemelmajer de Carlucci y por Rivera quién también sostuvo que el daño moral es un presupuesto de hecho de la obligación de resarcir (Rivera, Julio Cesar, “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, T. I, 94, Cuarta Edición Actualizada, Lexis Nexis, pág., 255, n° 205).

Igualmente debe tenerse en cuenta otra importante regla interpretativa: el nuevo CCCN es invocable, en todos los casos, como argumento de autoridad o como doctrina interpretativa, es decir que las normas actuales constituyen valiosas herramientas de interpretación del Código Civil derogado (conf. para otro supuesto Moisset de Espanés – Tinti, Guillermo P., “El artículo agregado a la fianza en las locaciones. Primera aproximación”, Zeus, T. 90, D-141). Ello así porque, con

palabras de Saux, “el nuevo Código no ha generado variaciones sustanciales con relación al sistema precedente (está mejor ordenado el tema a nivel metodológico, sin duda alguna), y, a nivel personal, no conseguimos imaginar qué afectación constitucional puede sufrir un justiciable que demanda como víctima o que es demandado como victimario si se le aplica el Código nuevo en lugar del Código derogado” (Saux, Edgardo I., “El controversial tema del derecho transitorio: ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado”, La Ley 26/10/2015; esta Sala, Causa N° 56.441, del 8/9/15 “D. B., A c/ A., L. C. y Otros s/ Derechos personalísimos-Sumario”; Causa N° 56.571, del 8/9/15 “D. B., A. c/ A., L. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios”).

2.- Dado que el Sr. Fiscal General reemplazante, Dr. Javier Barda, solicitó el dictado de medidas conducentes para disminuir el riesgo existente en el lugar del hecho (fs. 652/654), lo que significa actuar la función preventiva de la responsabilidad civil que ahora recogen los arts. 1710 a 1713 CCCN, cabe destacar que esas normas no resultan aplicables en tanto son posteriores al hecho ilícito. Ello es así, porque el hecho constitutivo de la responsabilidad civil en su faz preventiva de derecho sustancial ocurrió durante la vigencia del Código derogado. La función de prevención nace en el momento de ocurrencia del hecho y es la ley vigente en ese momento la que determina el derecho aplicable. Empero, aún si se entendiera que en tal caso debe prevalecer el aspecto procesal de la función preventiva (el mandato de prevención; art. 1713 CCCN), que la cesación del daño se trata de una consecuencia no consumida, o que el juez toma conocimiento definitivo de la pretensión de prevención -en el momento de sentenciar- todo lo que conduce a la aplicación inmediata del nuevo Código, lo cierto y decisivo es que ahora la nueva regulación legal de los arts. 1710 a 1713 CCCN cuanto menos constituye “doctrina interpretativa” del criterio anterior que es el que en definitiva se plasmó legislativamente.

Por eso y de cualquier modo (sea como aplicación inmediata de la función de prevención del daño por su carácter procesal o por configurar una consecuencia y no un hecho constitutivo de la responsabilidad civil o cómo argumento de autoridad o doctrina de interpretación del sistema anterior) es insoslayable acudir al actual sistema de prevención del daño previsto en los citados arts. 1710 a 1713 CCCN (art. 7 CCCN).

Los criterios interpretativos expuestos son lo que han de regir el juzgamiento del “presente caso”, conforme lo prevé el art. 1° CCCN (arts. 2 y 3 CCCN).

III.- El siniestro vial y la responsabilidad civil.

1.- Anticipo opinión en el sentido que el recurso de apelación de la demandada “Rutas al Sur SA” no es procedente por lo que cabe confirmar la sentencia que distribuyó la responsabilidad en el siniestro vial asignándole el 70 %, por el incumplimiento de su deber de seguridad (de adecuada señalización y advertencia de la existencia de la estación de peaje), y al actor el 30 % restante por circular a excesiva velocidad, a más de 80 km/h. en un día de mucha niebla.

No está discutido que el siniestro se produjo el día 9 de Junio de 2007, aproximadamente entre las 10:00 hs., en día de espesa niebla que dificultaba la visibilidad, cuando Miguel Ángel Biordo conducía su automóvil Peugeot 306 Dominio BJE 593 -junto a su grupo familiar- por la Ruta 226 desde Coronel Suárez hacia Azul. El hecho ocurrió en un tramo recto de esa Ruta Nacional, a la altura del kilómetro 276 en el denominado “Peaje Hinojo”, dentro de la zona rural del Partido de Olavarría, mientras circulaba en dirección de Olavarría hacia Azul y cuando el conductor del rodado roza el bunker derecho (o pilote o talud de hormigón armado que sirve de protección) de la vía para luego colisionar contra la cabina de peaje (conf. pericia de ingeniería fs. 567/570; arts. 384 y 474 CPC). Tanto el incumplimiento del deber de seguridad de la accionada como el aporte causal del actor (arts. 901, 901, 906 y concs. CC), por transitar a velocidad inapropiada, surge nítida de la prueba producida, particularmente de la pericia del Ingeniero Electromecánico Martín A. Pirola (fs. 567/570); del informe extrajudicial consistente en el “Análisis de las condiciones de Entorno del Puesto de Peaje de Hinojo” realizado por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, en Julio de 2006 (por el Área de Hidráulica y Vías de Comunicación), suscripto de modo conjunto con el Distrito III del Colegio de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires (conf. fs. 219/232); de las constancias documentales de la publicación del día 10 de Junio de 2007 del Diario EL Popular de Olavarría (fs. 214/217); de los informes respondidos tanto por la empresa concesionaria como por el Órgano de Control de Concesiones Viales -OCCOVI- (fs. 259, 270 y 271/274 y 287) y del Contrato de Concesión, del Pliego de Condiciones Particulares, del Reglamento de Explotación y del Reglamento del Usuario vigentes en el momento de los hechos, según Resolución 41/91 de la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos (SSOySP) Resolución 221/89 del Ministerio de Obras Públicas y restante documentación de la concesión pública de los corredores viales según decreto 425/03, otorgada por el Estado Nacional a la empresa demandada como concesionario (conf. piezas fotocopiadas de la normativa agregada a fs. 290/496); del testimonio de Pedro J. Schwindt (fs. 584/585 y 591) y de la confesión ficta de la accionada (pliego fs. 606/608; arts. 376, 394, 415, 384, 385, 386, 387, 456, 474, y concs. CPC). Menciono, de paso, que el sustrato fáctico aquí en juzgamiento (daños derivados del impacto de un automóvil contra las defensas de cemento o bunkers que protegen las cabinas de peaje de la Estación Hinojo, en día de escasa visibilidad en razón de la niebla espesa) y su emplazamiento legal, fue resuelto recientemente por éste Tribunal en otro precedente que guarda esa similitud y al que habré de recurrir, obviamente sin perjuicio de las singularidades de cada caso, para argumentar y fundar algunas conclusiones coincidentes (esta Sala, causa n° 59.625, 20/10/2015, "Braszka, Carlos Jorge y Otros c/ Rutas Al Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios”).

El precitado informe técnico, elaborado por la Facultad de Ingeniería, tiene relevante valor probatorio porque se trata de un dictamen científico expedido por la Universidad Nacional del

Centro (UNICEN), tercero y ajeno al proceso, de indiscutible nivel académico, realizado sobre la base de los estudios de especialistas en la materia, anteriores al siniestro (el estudio es del año 2006 y el hecho ocurrió en el año 2007), que también tiene el aval del Colegio Provincial de Ingenieros, quién informó que “se ha efectuado un estudio conjunto entre este Distrito III del Colegio de Ingenieros y la Facultad de Ingeniería dependiente de la Universidad Nacional del Centro” (sic. fs. 220) y cuyas propuestas fueron elevadas en su oportunidad al OCCOVI, a la empresa demandada y al Ministerio de Planificación (conf. fs. 220/232). Si bien la accionada desconoció ese informe al contestar la demanda (fs. 115 vta.) no puede soslayarse que el Colegio reconoció su autenticidad (fs. 219/ 232; arts. 384 y 394 CPC) y que al conferírsele traslado junto con la restante prueba documental ofrecida por la actora, la demandada tuvo oportunidad de contradecir su eficacia produciendo prueba en contrario tendiente a desvirtuar las conclusiones científicas y las propuestas técnicas de dicho dictamen. Más aún: no sólo que al ofrecer la prueba pericial la accionada solicitó que se sortee “perito ingeniero mecánico a fin de que analizando las constancias de autos y demás elementos (respuesta al oficio a cursarse al OCCOVI y a la ex concesionaria...)” (sic. fs. 125 vta. punto 7) sino que consintió que el perito lo tuviera en cuenta. En efecto el Ing. Pirola hace referencia expresa a dicho informe (fs. 569 vta.) y concluye coincidiendo -en lo esencial- ya que propone idéntica medida de prevención: implementar en el lugar del hecho la señalización horizontal prevista en el Anexo L (Marcas Especiales H 18 para Niebla) del decreto 779/95 reglamentario de la ley 24.449. Por consiguiente el valor probatorio del mentado “Análisis de las condiciones del entorno del Puesto de Peaje de Hinojo” -al que por otro lado se alude a fs. 643 en la expresión de agravios, sin cuestionamiento- es relevante para integrar y complementar la pericia de ingeniería de autos (fs. 220/232, 567/570; arts. 384, 474, doctrina art. 475 CPC). Por lo demás esa prueba bien puede emplazarse en los informes científicos o técnicos previstos por el art. 475 C.P.C., que “guarda analogía con la prueba de informes” aunque no debe confundirse con ella porque se trata en realidad de una “opinión” (así lo expresa el art. 476 CCCNación), cercana a la prueba pericial (conf. Christello, Martín A., en Highton, Elena I. – Areán, Beatriz A., “Código...”, Tº 8, pág. 526; Camps, Carlos Enrique, “Código...”, Tomo II, pág. 188).

2.- Dado que en autos se discute la participación causal del exceso de velocidad del rodado del actor y la deficiente señalización de un puesto de peaje por la falta de visibilidad provocada de la cerrada niebla, corresponde inicialmente analizar las situaciones climáticas imperantes el día del hecho. Al respecto es muy ilustrativo el informe periodístico publicado en el diario “El Popular” de Olavarría en el que se relata que el 9 de Junio de 2007 ocurrieron tres graves siniestros viales. Con el título “La niebla enlutó Olavarría. En dos choques murieron tres mujeres” se menciona que “cerca de Azul” (aunque no precisamente en la red vial concesionada) murieron dos jóvenes y una tercera en grave estado perdió su embarazo; luego se menciona que “en la Ruta 226 (que corresponde a la red vial concesionada) una ambulancia que trasladaba a una mujer de 74 años a

Sierras Bayas chocó contra un patrullero. La paciente murió. La densa niebla que cubría la región fue la causa que originó estos trágicos accidentes”. Más adelante, en referencia al caso de autos, se menciona que “hubo otro choque con menores consecuencias” (sic. fs. 214/217; arts. 384 y 394 C.P.C.). También se hace alusión a que después del choque de Biordo se produjo un nuevo accidente “alrededor de las 9:30 esta vez sobre la Ruta 226 (es decir, agrego, en la red vial concesionada), “pero a metros de la intersección con la Ruta Provincial 51... protagonizado entre un Fiat y un camión Mercedes Benz”. A raíz de este choque se produjo un tercer siniestro “a las 9:50 a la altura del kilómetro 290 de la Ruta Nacional 226 donde una ambulancia embistió por detrás a un patrullero que se dirigía a intervenir en la colisión del Fiat Uno y el camión”, siniestro éste que provocó -como lo anticipaba el título de la nota- el fallecimiento de la paciente trasladada en la ambulancia (fs. cit.; arts. 384 y 394 del C.P.C.C.). La claridad y contundencia de las graves condiciones climáticas por la intensa niebla, que dificultaba notoria y evidentemente la visión, fue ratificada por las declaraciones testimoniales de Orlado D. Gorlero (fs. 590 1ª ampliación) y de Pedro Jesús Schwindt (quien intervino en los hechos en su condición de policía de la provincia; fs. 591; arts. 384 y 456 C.P.C.C.). Este testigo aclaró además que a raíz de uno de los choques anteriores la policía provincial desvió el tránsito hacia caminos colaterales, mencionando también que “la visibilidad era inferior a los 100 metros” y que la cabina de peaje poseía “un único destellador de cada lado, sobre el arco existente encima de las cabinas de peaje (techo parabólico)”, el que “no se veía cuando había nieblas intensas”. Acota que unos dos meses después del hecho la demandada puso “unos destelladores pequeños sobre los separadores, lo que no hicieron fueron las señales transversales pintadas sobre el asfalta indicando las cabinas de peaje” (fs. 591 y vta. a tenor del interrogatorio de fs. 584/585; arts. 384 y 394 C.P.C.).

En este contexto fáctico es importante tener en cuenta las explicaciones técnicas vertidas por los docentes de la Facultad de Ingeniería, quienes destacan que “para que una carretera sea segura, además de contar con un diseño geométrico adecuado a las necesidades de seguridad y visibilidad, debe presentar un entorno inmediato que tenga en cuenta los siguientes aspectos: informar al conductor las condiciones que va a encontrar más adelante, prevenir al conductor de la existencia de características no habituales y guiarlo de forma segura en tramos que presenten características diferentes de las habituales. Esto se debe básicamente a que en última instancia la percepción del riesgo (entendido como la posibilidad de que se produzca un daño) por parte de los conductores y, en consecuencia, su comportamiento con relación a la velocidad o la aceleración, están determinados por el entorno y las características físicas de la vía. En función de ello –continúan- se considera necesario definir los siguientes conceptos de relevante importancia en la realización análisis crítico del entorno: la velocidad de proyecto, la señalización y las expectativas del conductor” (sic., fs. 222). Tras ello destacan la importancia decisiva de la “velocidad de proyecto” que es “la máxima velocidad que puede ser mantenida por un conductor con absoluta seguridad

sobre un determinado tramo de una carretera, cuando las condiciones del tránsito no interfieren en sus habilidades conductivas y no se presentan condiciones ambientales desfavorables” (sic., fs. 222). Luego se pone de relieve que “una señalización adecuada y que garantice seguridad debe cumplir los siguientes principios: claridad, sencillez y uniformidad. Este último aspecto no sólo se refiere a la selección de los elementos, sino también a su implantación y a los criterios que la guían” (sic., fs. 223). A ello se añade la incidencia del tercer factor que denominan “expectativa del conductor” toda vez que “un conductor que circula por una carretera adapta su estilo de manejo a las características de la misma, influenciando en éste la expectativa respecto de lo que va a encontrar. Esta expectativa está básicamente construida a partir de la experiencia de recorrido de tramos y/o de viajes anteriores, y de la seguridad subjetiva de la vía. Ello en definitiva condiciona la respuesta ante una situación inesperada y, consecuentemente, aumenta la probabilidad de accidente cuando las expectativas y situación real no coinciden” (sic., fs. 223). Luego de un exhaustivo y detenido análisis que incluye el prolijo estudio de la señalización vial existente en la estación de peaje de Hinojo el informe explica que “se denomina distancia de visibilidad al tramo visible de carretera ubicado delante del conductor, debiendo asegurar la mínima distancia necesaria para realizar los tres tipos de maniobras posibles por parte de los conductores: maniobra imprevista de frenado; distancia de visibilidad requerida para realizar una maniobra de sobrepaso; y tomar decisiones en la conducción, como abandono de la carretera hacia otras rutas, detenciones obligatorias (Puestos de peaje, etc.), cambio de velocidad reglamentaria, etc.” (sic., fs. 227). Más adelante se efectúan consideraciones particulares para el puesto de peaje Hinojo analizando diversos tópicos y, en literal y parcial transcripción, refiriéndose a las condiciones ambientales dice que: “la zona de localización del puesto de peaje cuenta, en reiteradas ocasiones, con condiciones atmosféricas que disminuyen fuertemente la visibilidad. Es fácilmente observable que en situaciones con niebla densa no se visualiza, hasta muy reducidas distancias del puesto, la señalización lumínica existente en la parte superior de las cabinas. En este sentido la Ley 24.440 (Anexo L – Sistema de señalización vial uniforme) plantea la necesidad de señalar horizontalmente ante la existencia de bancos de niebla, no obstante que ‘la existencia o no de esta demarcación, o crea responsabilidades, ni exime al conductor de las que le puedan corresponder’” (sic., fs. 228). Tras ello se transcribe el citado Anexo L (Sistema de señalización vial uniforme) del Dec. 779/95 Reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 cuyo Capítulo VI prevé el supuesto de señalización horizontal en el “punto H. 18 Para Niebla”, el que transcribe, y en el que se indican que para tales casos es necesario marcar el camino con figuras sucesivas de “v” invertida, en las restantes condiciones técnicas allí previstas. Así la presencia de dos figuras de “v” invertida sobre el camino indican que no se pueden superar los 60 km/h. y la presencia de una figura indica que no se deben superar los 40 km/h. Todo “sin perjuicio de la velocidad máxima permitida para el tramo” y que “cuando al signo recién se lo percibe a muy corta distancia o no se lo ve se debe

reducir la velocidad y dejar la vía en forma segura, deteniéndose fuera de la calzada y la banquina. En las zonas en las que sea habitual la presencia de bancos de intensa niebla la autoridad competente determina en los lugares en que debe utilizarse esta demarcación”. Prosigue dicho informe estudiando “el tipo de vía y tráfico de la estación de Hinojo” destacando que dada su conformación la señalización vertical es insuficiente para “un importante número de maniobras de sobrepaso e implica la probabilidad de que los conductores que se encuentran en dichas maniobras no puedan visualizar la señalización vertical ubicada sobre la banquina (externa a la autovía)”, para cuyo caso la única señalización que es posible visualizar es la lumínica. Más adelante se hace referencia a que “Si bien la Ley 24.449 no lo especifica para las Estaciones de Peaje, además de la señalización vertical, propone para determinados casos complementar con señalización horizontal (Anexo L – Sistema de señalización vial uniforme). En el caso de acercarse a una Estación de Peaje, este señalamiento son las líneas auxiliares para reducción de velocidad, que se materializa mediante la demarcación de sucesivas líneas transversales sobre el pavimento y cuyo objetivo es inducir a los conductores a reducir la velocidad” (sic. fs. 229). Entre otras conclusiones, y en el marco de las “expectativas del conductor”, se expresa que “la calidad de la vía en general y la segregación de los sentidos de circulación en particular, generan una expectativa en los conductores que no se condice con la probabilidad de encontrarse con el obstáculo sin distancia de maniobra, que se da en determinadas condiciones ambientales y de tránsito” (sic. fs. 229).

Sin el propósito de transcribir por completo dicho informe es importante destacar que a fines de disminuir la ocurrencia de accidentes en el puesto de peaje los especialistas formulan propuestas puntuales con respecto a la señalización vertical (señales de acercamiento y reducciones de velocidad que respete las distancias de visibilidad de decisión, entre otras) y puntualmente, en función de las condiciones climáticas que se presentan habitualmente, se propone: “La demarcación de la señalización horizontal complementaria a la vertical existente, que en determinadas condiciones climáticas y de tránsito, se transforman en las únicas posibles de percibir por el conductor” (sic., fs. 231); “que la citada señalización horizontal se materialice mediante la demarcación de las líneas auxiliares para la reducción de velocidad”, según el sistema que describen (sic. fs. 231); “que por otro lado se analice, en función de la existencia de bancos de niebla, la conveniencia de complementar la señalización vertical referida a las velocidades máximas permitidas, con señalización horizontal tal cual lo enuncia la Ley 24.440 en su Anexo L – “Sistema de señalización vial uniforme, Capítulo VI: Señalización Horizontal – H.18 Para Niebla”. Esta señalización debe evidentemente localizarse anteriormente a la demarcación de las líneas de reducción de velocidad” (sic. fs. 232); “la señalización vertical con mayor eficacia en vías de múltiples carriles son las de tipo ‘arco’, ya que posibilitan la isoaccesibilidad al ‘mensaje’ por parte de todos los conductores, independientemente de la maniobra y/o carril por el que se encuentre circulando” (sic. fs. 232); “a pesar de su eficacia como señal de advertencia, no se ha analizado

posibilidad de señalización lumínica, no obstante, ello implicaría un estudio de la mejor localización en función de la conformación física de la autovía” (sic., fs. 232).

Todo lo expuesto revela claramente que, contrariamente a lo que señala el apelante, la colocación de carteles indicativos de la distancia y de la velocidad máxima no cumplen adecuadamente el deber de seguridad del concesionario vial, tal como lo pone de manifiesto la pericia del Ingeniero Martín Pirola de fs. 567/570. Dice el perito: que de acuerdo al análisis compulsado por el Colegio de Ingenieros “en situaciones adversas de condiciones atmosféricas – con niebla densa- se nota la falta de visualización hasta distancias muy reducidas del puesto de peaje. Cabe aclarar que la autovía de acceso al puesto está conformada por dos trochas por sentido, segregados mediante un separador de hormigón armado y cuenta con señalización lumínica intermitentes, instalados sobre la parte superior de estos –perpendicular a mampostería, vinculados por disposición tipo guirnalda- en proximidad al peaje se refuerza a la similar y a la ya existente en la parte superior del peaje ... En lo que respecta a señalización horizontal se carece de alguna que perciba al conductor su aproximación al puesto, en tanto cabe aclarar que en la actualidad (o sea, agrego, con posterioridad al hecho) existen limitadores –de material termoplástico, reflectante- amurados al pavimento en forma transversal, cuyo objetivo es inducir a los conductores a reducir su velocidad. Con respecto a esto último no existe documentación al respecto que afirme, estar instalados con anterioridad al suceso, de estar errado quien suscribe, el conductor hubiera percibido la prevención de peligro y nada de esto hubiese sucedido” (sic., fs. 568).

Luego, haciendo suyo el dictamen presentado por el Colegio de Ingenieros y la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, dice que “este experto quiere agregar en función de la existencia de niebla, la conveniencia de complementar la señalización vertical referida a las velocidades máximas permitidas, con señalización horizontal tal como lo expresa la ley 24.449 –Anexo L, Marcas especiales, H18 Para Niebla-“; además se deben colocar señales preventivas informativas, advirtiendo la presencia y explicando el funcionamiento de esta demarcación”, lo que implica que el conductor en la zona de niebla al encontrar pintada una V con su vértice en dirección al sentido de circulación indica que la velocidad debe ser no más de 40 km/h. Y dos señales la velocidad podrá ser de 60 km/h” (sic. fs. cit.).

IV.- El deber de seguridad del concesionario vial y la excesiva velocidad.

1.- El deber de seguridad de la accionada no se cumple con la mera colocación de carteles de advertencia o de señalización de las velocidades máximas permitidas y de distancias de proximidad con la estación de peaje por lo que, contrariamente con lo señalado en el agravio, resulta marcadamente insuficiente la existencia de “las diferentes secuencias de señalización observadas en sentido de Olavarría-Azul –en conformidad a señalización vial en ruta-, es: Máx. 80 –a 1900m-, peaje a: 1000 m y a 500 m, Máx. 60 –a 450 m-, Máx. 40 –a 280 m-, peaje –a 250m- y Máx. 20 –a 220 m-.”(sic pericia del Ing. Martín Pirola de fs. 567/570).

Esta Sala ha sostenido que “el concesionario vial asume un deber jurídico determinado de brindar al usuario un servicio sin riesgos y en condiciones normales y previsibles de uso” (esta Sala, causas N° 43.944, 4/7/2002 “Marini, Stella Maris c/ Semacar S.A. s/ Daños y Perjuicios” y N° 59.625, 20/10/15, “Braszka, Carlos Jorge y Otros c/ Rutas Al Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios”). La concesión de obra pública por peaje (entre el Estado como concedente y el concesionario) encuadra en el régimen de un servicio público (art. 58 ley 23.696, modificatorio del art.1° ley 17.520, y la legislación dictada apenas comenzó a regir el sistema de concesionarios viales: arts. 1, 2, 4 y concs. dec. 823/89; resolución 221/89 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos: Título II “De la Explotación” puntos 2, 2.1, 3, 6, 7; Título III puntos 11.1, 14, 15, 16; Título IV “Incumplimiento. Penalidades”; decreto 2039/90 Anexos II a XVI, Resolución 41/91 del Subsecretario de Obras y Servicios Públicos, arts. 15, 18, 21, 24, 25, 28, 29, 32, 40 y concs.; ley 24.449, arts. 1, 2, 5 inc. m., 9, 21, 23 y concs.; dec. 527/91 (B.O. 2/4/91, p. 3); dec. 1817/92 –B.O. 6/10/92 P. 10-). Empero entre el usuario y el concesionario se genera una situación jurídica de derecho privado, propia de la relación de consumo, por lo que se aplica el régimen legal que protege al consumidor o usuario, en función de lo previsto por la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (T.O. ley 26.361) que tiene mayor jerarquía normativa y prevalece por sobre las normas de derecho administrativo. Ello está potenciado a partir del nuevo Código Civil y Comercial que claramente prevé la constitucionalización del derecho privado en el marco del diálogo de fuentes (arts. 1, 2 y 3 CCCN).

La doctrina de la Corte Federal, a partir del precedente “Bianchi” modificó su anterior postura y receptó la tesis de la relación de consumo como marco jurídico que tutela al consumidor o usuario vial (C.S. 7/11/2007, “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/Provincia de Buenos Aires y/u otros”, con nota “Sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. El fallo Bianchi. Clausura definitiva del debate”, L.L. 2007-B-282). Allí sostuvo que el deber de seguridad del ente vial, está asociado a la previsibilidad de los riesgos y sobre la base del deber jurídico de obrar (arts. 1109, 1074 Cód. Civ. y arts. 5, 6, 40 y concs. ley 24.240 T.O. ley 23631; me remito, “brevitatis causa” a L.L. 2000-E-494 y L.L.B.A. 2001-890; esta Sala, causa n° 52.326, 27/02/09, “Fernández, Julia Irene y otros c/ Agrupación Ciclista Azuleña s/ Daños y Perjuicios”, pub. en L.L., Bs. As., 2009-304: causa citada N° 59.625, 20/10/15, “Braszka, Carlos Jorge y Otros c/ Rutas Al Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios”).

En el citado antecedente de la Corte Nacional –causa “Bianchi”- se resolvió la responsabilidad de la demandada precisamente por el incumplimiento de su deber de señalización. Para determinar si el concesionario cumplió o no con su deber de garantía no se debe evaluar su conducta analizando sólo si observó las normas y reglamentos impuestos por el Estado en el contrato de concesión. El deber de seguridad es más amplio, lo que no significa soslayar la importancia de esas normas. En otras palabras: cumplir con las reglamentaciones dictadas por la autoridad concedente no exime necesariamente al concesionario vial de su deber de indemnidad. Es

que “el deber de información, contenido en el Reglamento de Explotación y en el Reglamento del Usuario es válido en cuanto prevé obligaciones específicas y técnicas propias de la circulación y seguridad vial, pero es dependiente y está subordinado al principio directriz de información del art. 4º de la ley 24.240, lo que es extensivo al trato digno y equitativo que prevé el art. 8º” (ver “Accidentes en ruta por peaje”, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos Precedentes, “Responsabilidad Civil – Parte Especial”, Lorenzetti, Ricardo L., Director, Tomo III, pág. 463). En el caso “Bianchi” se resolvió que la demandada no señaló adecuadamente la zona, existiendo sólo un cartel de advertencia en la mano contraria por la que transitaba el actor (que embistió de noche un caballo) estando en la suya prevista la colocación de uno similar. Esa omisión de señalamiento es la causa fuente del deber de reparar de la concesionaria y representa el evidente incumplimiento de un específico y claro deber de previsión (considerando 5 del voto de la mayoría de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Maqueda; considerando 6 de Highton de Nolasco; considerando 18 de Zaffaroni y considerando 6 de la minoría). La relación de consumo impone al concesionario un verdadero y determinado deber jurídico de obrar, evitando –de acuerdo a la previsibilidad exigible con un cartabón de razonabilidad- la producción de daños, incluidos los derivados de la presencia de animales sueltos o muertos en la traza concesionada. Cabe añadir que también constituyen un valioso soporte normativo las leyes nacional y provincial de tránsito y sus decretos reglamentarios, (ley 24.449, arts. 23, 25, inc. g, 48, inc. 5, 72, inc. d; ley provincial 11.430, arts. 62, 102 y 103; dec. reglamentario 779/95; arts. 25, 48, inc. 5, art. 102, dec. 2719/94).

2.- Es importante destacar que en autos se acreditó concreta y puntualmente cuál es el derecho de origen administrativo aplicable en este caso ya que de la abundante documentación agregada (fs. 270/497) se desprende que el régimen legal corresponde al vigente apenas comenzado a regir el sistema de concesión pública por peaje. Se trata de la Resolución 221/89 del Ministro de Obras y Servicios Públicos y del Reglamento de Explotación aprobado por Resolución 41/91 del Subsecretario de Obras y Servicios Públicos. En la actualidad estas normas han perdido vigencia toda vez que las nuevas concesiones otorgadas en el año 2003, y posteriores al año 2008, están sometidas a otro sistema administrativo (Resolución 581/2008 del Secretario de Obras Públicas – SOP- que establece el Reglamento del Usuario y Resolución 582/2008 de la SOP que establece el Reglamento de Explotación) (ver in extenso ver “Responsabilidad civil de los concesionarios viales y relación de consumo”, en Picasso – Vázquez Ferreyra, Directores, Ley de Defensa del Consumidor, Parte Especial, Tomo II, págs. 877/878).

Empero, y como se acreditó en este juicio, dado que a la fecha del hecho no se había dictado esa normativa del año 2008, el caso queda alcanzado por la Resolución 221/89 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos (MOySP del 30/11/1989) que “Aprueba el Programa de Mejoras, Reparación, Construcción, Conservación, Ampliación, Remodelación y Mantenimiento de la Red

Vial ” y por el Reglamento de Explotación aprobado por Resolución 41/91 del Subsecretario de Obras y Servicios Públicos (ver in extenso ob. cit. supra).

Resulta relevante puntualizar que la obligación esencial asumida por el concesionario consiste en el “Mantenimiento del Tránsito” y que la Resolución 221/89 establece textualmente en el punto 6 que:

“6.1: el Ente concesionario queda obligado a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino. El Ente concesionario podrá restringir la circulación cuando razones de seguridad o de urgente reparación así lo exijan”;

“6.2: La circulación deberá facilitarse ininterrumpidamente durante las veinticuatro horas del día, salvo supuestos excepcionales debidos a casos fortuitos o de fuerza mayor y deberán adoptarse en las barreras las medidas necesarias para asegurar la adecuada fluidez del tránsito en todo momento”;

“6.3: El personal del Ente concesionario que éste determine a dichos efectos, tendrá carácter de autoridad en ausencia de otra estatal, debiendo los usuarios obedecer sus indicaciones, que tendrán fuerza obligatoria hasta tanto se ratifiquen o anulen por el funcionario u órgano a quien compete la adopción de medidas sobre el particular”. (Resolución 221/89 MOySP, Título II “De la Explotación” punto 6 “Mantenimiento del Tránsito”).

Se prevén también precisas descripciones sobre las condiciones de seguridad y las distintas formas del señalamiento obligatorio (vertical, lateral, aéreo, horizontal, etc.) y si bien el Estado no delegó y mantiene el poder de policía de seguridad y el del tránsito “en ausencia de la autoridad pública destinada a la policía de seguridad y de policía de tránsito, la autoridad del Ente Concesionario es obligatoria para los usuarios y podrá adoptar, con carácter transitorio, las disposiciones necesarias en orden a la regulación del tránsito, debiendo formular de inmediato, cuando así corresponda, la denuncia procedente ante la autoridad policial o requerir su presencia”. Es decir que el ente concesionario es “autoridad supletoria”, según los prescribe el art. 29 Resolución 41/91 SSOySP. Igualmente “el Ente concesionario está obligado a la conservación en condiciones de utilización del camino... debiendo suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios...” (Resolución 41/91 SSOySP, art. 24) y se lo faculta para adoptar las medidas necesarias para asegurar y garantizar la normal circulación toda vez que “el Ente Concesionario en caso de ausencia de la autoridad policial podrá suspender parcial o totalmente la circulación en la zona del camino o en alguno de sus tramos, para todos o algún tipo de vehículo, por razones de seguridad cuando así lo determinen las condiciones meteorológicas o exigencias técnicas derivadas del Servicio de Mantenimiento y Conservación, urgente reparación, caso fortuito o fuerza mayor”. (Resolución 41/91 SSOySP, art. 14).

Todo ello se corresponde con lo previsto en el Pliego de condiciones particulares (Capítulo I. Conservación y mantenimiento. 1. Objetivos) que establece que la concesionaria “debe responder permanentemente a exigencias mínimas que garanticen la seguridad vial y la comodidad al usuario” (sic. fs. 342) y adoptar las medidas de emergencia necesarias para lograr la reanudación del tránsito en el menor lapso posible con arreglo a las circunstancias” (sic. fs. 377).

3.- En el contexto fáctico expuesto, de insuficiencia de la señalización y de omisión de adoptar otras medidas adicionales (sea la suspensión transitoria del tránsito), la demandada incumplió con su deber de garantía con sustento en la relación de consumo (arts. 1, 2, 6, 7, 40 y concs. ley 24.240). También quedó claro que el actor circuló a velocidad inapropiada por lo que contribuyó causalmente a producir el resultado final, aunque en menor proporción (la fijada en el 30%; arts. 901, 906, 1111 y concs. CC).

Biordo manifestó que transitaba a 80/85 km/h. la que, en las condiciones antes descriptas, de niebla muy cerrada con visibilidad notoriamente reducida, constituye velocidad excesiva aún cuando la velocidad máxima, aunque en condiciones normales, era de 110 km/h. (art. 77 inc. 3, ley 11.430 vigente en el momento del hecho) y no había otras indicaciones o señalizaciones- incluso de emergencia- que indicaran lo contrario, como por ejemplo las previstas para los días de densa niebla por el decreto 779/95 (Anexo L citado anteriormente). Quiero destacar que aún en defecto de indicación de que Biordo debía circular más despacio, y aún cuando el perito ingeniero dictaminó que “en las condiciones climáticas adversas no se debía sobrepasar los 80 km/h.”, y que en tal caso la distancia de frenado a esa velocidad “es de 150 metros con pavimento húmedo” (sic. fs. 569 y vta.; arts. 384 y 474 CPC), todo lo que beneficiaría al actor, no es menos cierto que infringió la previsión genérica del art. 76 ley 11.430. Esta norma dispone que el conductor debe siempre circular a la velocidad que le permita tener el dominio total de su vehículo, atendiendo –entre otras circunstancias- a la visibilidad existente, y el tiempo y densidad del tránsito y en caso contrario debe abandonar la vía o detener la marcha. Todo ello erige su conducta en parcialmente causante de su propio daño, al adoptar un comportamiento negligente e imperito (arts. 901, 902, 906, 1111 y concs. CC).

En definitiva: el incumplimiento de la demandada de su deber de seguridad consistente en el caso en brindar adecuada información sobre el estado de la ruta y sobre la existencia de la cabina de peaje y la inconducta del actor al circular a excesiva velocidad conllevan la responsabilidad compartida (al 70% y al 30%, respectivamente) por lo que propicio la confirmación en lo sustancial de la sentencia recurrida, en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravio (arts. 499, 901, 906, 1113 y concs. Cód. Civil; arts. 1, 2, 5, 6, 40 y concs. ley 24.240; arts. 47, 59, 78 y concs. ley 11.430); con imposición de costas en la Alzada a la demandada apelante perdidosa (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.) y difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77).

V.- El mandato preventivo.

1.- Anticipé antes que la función preventiva de la responsabilidad civil del sistema actual (arts. 1710 a 1713 CCCN) resulta de aplicación como doctrina interpretativa del régimen anterior, lo que significa que no hay obstáculo normativo para acudir al instituto del mandato preventivo. Más aún: la primera medida de esta naturaleza fue adoptada por este tribunal en el año 2001 aunque entonces se la denominó -tal vez no muy apropiadamente- medida cautelar innovativa (esta Sala, causa n° 42.433, 15/05/2001, “Carrizo, Carlos Alberto y Otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/ Daños y Perjuicios”) y que confirmada por la Suprema Corte (S.C.B.A. Ac. 82656, 30/03/05, “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/ Daños y Perjuicios”, voto de la mayoría del Dr. de Lázzari, L.L.B.A. 2006, 451). Señalo, de paso, que la evolución doctrinaria y jurisprudencial de la figura admite que actualmente algunos autores distingan al menos cuatro variantes (“mandato preventivo clásico”, “mandato preventivo constitucional”, “mandato preventivo complementario” y “mandato preventivo facilitador”; ver Peyrano, Jorge, “El mandato preventivo y sus variantes”, L.L., 20/10/2015). Otros distinguen la “pretensión preventiva propiamente dicha” de la “pretensión preventiva de cese” –que opera frente al daño ya ocurrido- la que a su vez puede ser autónoma o incidental (cf. Camps, Carlos Enrique, “La pretensión preventiva de daños”, en R.C.C. y C., 2015, (agosto), 17/08/2015, 3, Cita Online: AR/DOC/2482/2015).

Luego de otros antecedentes (sobre los que volveré más adelante) hace más de dos años esta Sala se pronunció otra vez por la admisibilidad actual de la llamada tutela preventiva o de prevención (también denominada tutela civil inhibitoria o tutela inhibitoria o tutela inhibitoria contra daños) con fundamento en la interpretación íntegra y armoniosa de varias normas del derecho privado patrimonial argentino (esta Sala, causa n° 57.090, 27/3/2013, “Pérez, Nicolás Y Otros c/ Zoffranieri, Salvador Y Otro. Daños y Perjuicios”). Se sostuvo allí que el fundamento normativo de la prevención del daño fluye de la interrelación de muchas normas expresas del derecho positivo, a saber: vgr. derecho a la intimidad -art. 1071 bis-, daño temido -arts. 2499 Código Civil y art. 623 bis del C.P.C.-, molestias en razón de la vecindad -art. 2618-, interdictos y a las acciones confesoria y negatoria -arts. 2795 a 2799 y 2800 a 2806-, protección de los derechos del acreedor hipotecario –arts. 3157 y 3158-). Igualmente la legislación especial contiene varias disposiciones en sentido similar: por ejemplo la ley 11.723 (Régimen de la propiedad intelectual, art. 79); ley 13.512 (Régimen de la propiedad horizontal, art. 15); ley 18.248 (Nombre de las personas naturales art. 21); ley 22.262 (Defensa de la competencia art. 26); ley 23.592 (Defensa contra las discriminaciones, art. 1º), ley 24.240 (Defensa del consumidor, ley 26.361 art. 52); la Ley General del Ambiente 25.675 prevé los principios de prevención y precaución (arts. 2, 4, 27, 30); ley 23.551 (de Asociaciones Profesionales) sobre la conducta antisindical (arts. 53 y 55 inc. 4); el desahucio en el juicio de desalojo (art. 676 bis y 676 ter; C.P.C.); la proscripción de la violencia familiar y a la exclusión del hogar conyugal (leyes 24.270 y 24.417 y art. 273, ley 11.723 Pcia. Bs.

As.); la suspensión de las asambleas de las sociedades comerciales y de la ejecución de sus resoluciones (art. 252, ley 19.550). La ley 24557 y el decreto 170/96 establecen que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo está obligada a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos laborales. (conf. Nicolau, Noemí L. “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, L. L. 1996-A, 1245, Lorenzetti Ricardo L. “La tutela civil inhibitoria”, L.L. 1995-C-1217; Zavala de González “La tutela inhibitoria contra daños” R.C.y S. 1999- pág. 2; esta Tribunal, esta Sala, causa n° 57.090, 27/3/2013, “Pérez, Nicolás Y Otros c/ Zoffranieri, Salvador Y Otro. Daños y Perjuicios”).

También en éste último precedente se tuvo en cuenta que la Corte Nacional, de modo reiterado, destacó la primacía de la tutela de la persona humana en el marco del derecho constitucional a la seguridad (arts. 42 y 43 Constitución Nacional; C.S., 06/03/07, “Mosca”, Fallos: 330: 563; LL 2007-B-363; C.S., 22/04/2008, “Ledezma”, Fallos: 331:819. CS, 09/03/10, “Uriarte”, Fallos 333:203 con nota de Sagarna, Fernando “El deber de seguridad de la empresa ferroviaria en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en R.C.y S. 2010-IV, 61. C.S., 20/12/2011, “Migoya,” AR/JUR/84373/2011; C.S., 20/12/2011, “Molina” /JUR 184375/2011; ver “La relación de consumo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”- en Picasso Sebastián-Vázquez Ferreyra Roberto “Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada” Tomo III pág. 1 Ed. La Ley Bs. As. 2011).

Los dos institutos esenciales comprendidos en la tutela o acción preventiva son las medidas autosatisfactivas y la tutela anticipada (ver “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas”, J.A. 1998-III-659; “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, LL 1997-F, 482 en anotación a fallo Cám. de Apel. Civ. y Com. Rosario, sala III, 1997/05/05 ~ “M. L. N. c. R. C”). Así, y con la denominación de “anticipo de jurisdicción”, en un elogiado leading case, (C.S., 7/8/97, "Camacho Acosta, Máximo v. Grafi Graf S.R.L. y otro" L.L. 1997-E-652; J.A. 1997-IV-620, D.J. 1997-3-59, ED 176-62 con nota de Augusto M. Morello, “La tutela anticipada en la Corte Suprema”), la Corte Nacional durante el proceso y antes de la sentencia principal ordenó una tutela anticipada ó la provisión al actor de una prótesis, debido a la urgencia y a las singularidades del caso. Esa doctrina fue reiterada por la Corte Nacional y hace hincapié en la eficacia del proceso y en el carácter instrumental de sus normas a fines de hacer efectivos los derechos sustanciales “especialmente para la adecuada protección de la integridad psicofísica de las personas, la que tiene reconocimiento supraconstitucional en diversos tratados internacionales” (C.S., 6/12/2011, “P., H. P. y otro c. Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C.”, LL 2012-A, 352 y con notas de Peyrano “Una confirmación de que la jurisdicción anticipada está entre nosotros”, R.C.y S. 2012-II, 191; Carbone, “Tutela anticipada por daños derivados del tránsito”, L.L. 2012-A-351; Medina “Tutela anticipada y daño vital”, L.L. 15/02/2012, 7 y Sosa “El activismo

procesal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: tutela anticipatoria en el caso “Pardo”, R.C.y S. 2012-III-170).

2.- En este marco, a la tutela anticipada y a las medidas autosatisfactivas –reitero: las típicas tutelas de urgencia- emplazadas en la denominada flexibilización del principio de congruencia (Berizonce, Roberto O., “El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis (Flexibilización del principio de preclusión)”, en Revista de Derecho Procesal, 2007 – 2, Sentencia – I, pág. 85; De Los Santos, Mabel “La sentencia anticipada”, en Revista de Derecho Procesal, 2008 – 1, Sentencia – II, pág. 103), cabe añadir no sólo las medidas cautelares clásicas y las atípicas sino también el mandato preventivo. Se trata, en lo esencial y para lo que aquí importa, de una orden judicial generalmente oficiosa para las partes o terceros (en este caso a requerimiento del Sr. Fiscal General reemplazante) “cuando la sustanciación de un proceso le ha dado al juez la oportunidad de tomar conocimiento de que es probable que un daño ya acaecido se repita (o agrave) en detrimento de sujetos identificados o no” (cf. Peyrano, Jorge W., “La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable”, pág. 103, nota 12, en Revista de Derecho Procesal, 2007 – 2, Sentencia – I, págs. cits.). La medida, y como lo señalan la doctrina y la jurisprudencia, es aplicable particularmente en casos en los que está en juego el derecho a la seguridad y de las personas (derecho a la vida), a la salud y a la integridad física y psíquica (cf. Berizonce, Roberto Omar, “Técnicas orgánico-funcionales y procesales de las tutelas diferenciadas”, en Revista de Derecho Procesal, 2009 – 1, “Tutelas procesales diferenciadas – II”, pág. 29).

3.- La función preventiva de la responsabilidad civil ahora está consagrada de modo expreso y se confieren al juez facultades para actuar de oficio o a pedido de parte para impedir o evitar la producción o el agravamiento o extensión del daño en curso (arts. 1708, 1710 a 1713 ver Seguí, Adela “La Prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, S.J.A. 2012/12/26-9; J.A. 2012-IV; Acciarri, Hugo A. “Funciones del derecho de daños y de prevención”, L.L. del 04/02/13, p. 1; Tolosa Pamela “Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo Proyecto de Código Civil y Comercial”, R.C.y S. Año XIV N° 12 pág. 14).

Las normas citadas, recogiendo el derecho jurisprudencial anterior, admiten que la sentencia de prevención puede ser dictada de modo provisorio (medidas cautelares típicas) o definitivo (sentencia definitiva), principal (es decir autónoma, como las medidas autosatisfactivas) o accesorio (como la tutela preventiva), a pedido de parte o de oficio, en un proceso ya iniciado (juicio ordinario o sumario) o promovido sólo a esos efectos (como las medidas autosatisfactivas), otorgándose al juez amplias facultades para dictar mandatos de dar, hacer o no hacer.

Las conclusiones unánimes de las Terceras Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (25, 26 y 27 de Octubre de 2012.), celebradas en la memoria de Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana conciben al instituto como “la acción de prevención específica sustancial

que persigue evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño, en forma provisoria o definitiva, principal o accesoria. Será operativa a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas. Entre ellas: acción de amparo, medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria. Ello sin perjuicio de la legislación procesal provincial que se dicte al efecto”.

4.- Sin teorizar ni confundir los distintos aspectos de derecho sustancial y procesal comprendidos cabe reiterar a modo de simple muestrario algunos precedentes jurisprudenciales mencionados en el precedente citado (esta Sala, causa n° 57.090, 27/3/2013, “Pérez, Nicolás Y Otros c/ Zoffranieri, Salvador Y Otro. Daños y Perjuicios”) que receptaron el instituto, por ejemplo: se ordenó que la obra social entregue a la menor la cobertura total de las prestaciones para el trasplante de médula ósea (Cám. Fed. de Apel. de Córdoba, sala A, 21/10/2011, “Bello Fernando Sebastián y otra c/ OSECAC y otros s/ amparo”, LL-C-2011 (noviembre), 1117; DJ 18/4/2012, 9 con nota de Jorge W. Peyrano); que cese el descuento del sueldo del afiliado para el pago del coseguro (Cám. Apel. del Trabajo de Bariloche, 3/8/2011, “García, Liliana Andrea c/ IPROSS s/ medida autosatisfactiva”; LL Patagonia 2011 (diciembre), 694); que se cubran los gastos sanatoriales y quirúrgicos durante la sustanciación del juicio (Cám. Apel. Civ. y Com. de Jujuy, Sala I, 29/6/2011, “Castillo Pedro Celestino c/ Mutual Rivadavia de Seguros de Transporte de Pasajeros”, LLNOA 2011 (octubre), 1007); constatados problemas de seguridad en los espacios comunes para los niños y adolescentes que habitan el complejo habitacional, se ordenó verificar la situación y, en su caso, liberarlo o adecuarlo a parámetros de seguridad propios del universo social del lugar (Juzg. en lo Crim. y Corr. Fed. N° 12, 18/09/2015, causa n° 298/2013/20, El Derecho, 09/10/2015, nro. 13.830, 2015; se admitió la tutela anticipada requerida por el progenitor de un menor víctima de un accidente de tránsito a fin de que el demandado deposite una suma destinada a la adquisición de una prótesis y a la realización de sesiones de un tratamiento psicológico (Cám. Nac. de Apel. Civ., sala G, 13/07/2012, “Rondo Condori, Concepción c. Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria s/incidente civil”, LA LEY 2013-B, 5, con nota de Olmo, Juan Pablo, ED 250, 158) se dio curso a una medida autosatisfactiva en el marco de la protección de un menor que había sido dado en guarda preadoptiva y cuyo derecho sucesorio estaba en tela de juicio (C.S., 26/09/2012, “M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, La Ley 2012-E, 693 • DFyP 2013 (enero-febrero) , 42 con nota de Úrsula C. Basset).

En el voto del Juez de Lázzari, que en esa oportunidad conformó la mayoría (S.C.B.A., Ac. 82656, 30/03/05, “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/ Daños y Perjuicios”, L.L.B.A. 2006, 451, con nota elogiosa de Rodrigo E. Bionda), se recordaba el señero voto de Héctor P. Iribarne como Juez de Primera Instancia en el Departamento Judicial de Morón (08/07/1986, “Altamira Elsa c/ Cerámica San Martín”, L.L. 1987-D-373), en el que se ordenó una medida análoga a la que progongo, la que contó con la adhesión –siempre temprana-, del maestro

Augusto Morello y Gabriel Stiglitz (“Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses y el compromiso social de la justicia”, L.L. 1987-D-364). Por lo demás la causa “Carrizo” sigue siendo fuente de referencia jurisprudencial cuando se analiza el actual mandato preventivo de daños (ver Baracat, Edgar J., “Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código”, en la La Ley 2015-D, pág. 1; Peyrano, ob. cit. supra, L.L. 20/10/2015).

5.- La medida que corresponde adoptar en este proceso, con fundamento en el sistema preventivo actual, será necesariamente diferente de la dictada en anteriores ocasiones, toda vez que las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial importan la modificación implícita de la doctrina legal de la Suprema Corte de Buenos Aires. Ello, en concreto, significa que ahora este Tribunal está habilitado para decretar mandatos de hacer, sin que ello suponga infringir el principio de congruencia ni imponer al destinatario de la medida obligaciones sin causa legal. Al consagrarse normativamente la función preventiva de la responsabilidad civil, siguiendo antecedentes del derecho comparado no hay obstáculo formal para su admisión procesal (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de código civil y comercial de 2012” en Revista Jurídica UCES, N° 17, 2013, págs. 7/37, Ed. Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales).

En efecto en el caso del año 2001 este Tribunal, con apoyo en las opiniones de Morello, Stiglitz y Peirano, en el caso de un cruce ferroviario peligroso, ordenó “verificar el estado de constatación del lugar (el cruce o paso a nivel) y, de mantenerse el cuadro fáctico, intimar a la demandada para que en el plazo de 30 días dé cumplimiento a las medidas de seguridad a su cargo, con la fiscalización de la Sra. Juez de la causa (art. 36 inc. 2° C.P.C.). “La adopción de estas medidas, que se sustentan en las facultades oficiosas del juzgador –se sostuvo- no vulneran el principio de congruencia y procuran impedir la consumación de probables futuros efectos nocivos” (esta Sala, causa N° 42.433, 15/05/2001, “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/ Daños y Perjuicios”). Por mayoría, y a partir de un voto del Dr. de Lazzari, la Suprema Corte lo confirmó decidiendo que “en el marco de una demanda de daños y perjuicios entablada por la víctima de un accidente ferroviario, el juez se encuentra facultado para dictar una medida cautelar innovativa tendiente a verificar las condiciones del paso a nivel donde tuvo lugar el siniestro, y en caso de incumplimiento de las medidas de seguridad, intimar a la empresa demandada a que cumpla con éstas ya que, el referido mandato implica el ejercicio de la función preventiva de daños que incumbe a los magistrados” (S.C.B.A., Ac. 82656, 30/03/05, “Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/ Daños y Perjuicios”, L.L.B.A. 2006, 451). Con relación a la obligación legal de cumplimentar medidas de seguridad la mayoría sostuvo, interpretando las normas legales específicas involucradas, que “la demandada no cumplió con todas las obligaciones a su cargo: la omisión comprobada sobre al insuficiente señalización en el paso a nivel revela la falta de

coordinación entre los organismos encargados de prevenir el daño en vista del riesgo generado por el tránsito ferroviario”.

Luego, otro precedente de la Sala I de ésta Cámara (parecido, aunque no idéntico, porque disponía la instalación de barreras o señales lumínicas o sonoras para preservar la seguridad del lugar; cf. esta Cámara, Sala I, causa n° 45.268, 25/04/2003, “Saladino, Olga Lucía y otros c/ Balcabao, Oscar Santiago y otros s/ Daños y Perjuicios”), fue revocado por la Suprema Corte (que modificó su composición), prevaleciendo como mayoría la opinión antes minoritaria, y sostuvo que “si bien los jueces cuentan con poderes inherentes a la función para adoptar medidas tendientes a prevenir la proliferación del daño ocasionado o la producción de perjuicios futuros, éstos deben ser ejercicios con mesura, atendiendo particularmente las características del caos en juzgamiento, más allá de la buena fe y real conciencia social inspiradora de los mandatos en cuestión” (cf. S.C.B.A., C 88669, 11/06/2008, “Saladino, Olga Lucía y otros c/ Balcabao, Oscar Santiago y otros s/ Daños y perjuicios”). “Infringe el principio dispositivo –se concluyó- el tribunal que oficiosamente y a título de medida cautelar, impone a la empresa ferroviaria la realización de diversas medidas de seguridad en un paso a nivel, máxime cuando de la legislación respectiva no surge que resulten obligaciones a su cargo”.

Como consecuencia de ello en ulteriores sentencias y en estricto acatamiento de la doctrina legal, se dispusieron mandatos exhortativos, es decir aquellos que no imponen u ordenan medidas concretas (las que el art. 1713 denomina obligaciones de dar, hacer o no hacer) sino que requieren, instan o reclaman a los destinatarios el cumplimiento o acatamiento de las obligaciones o deberes legales propios. Se seguía así las directivas de la Corte Nacional (en los casos “Badaro”, “Halabi”, entre otros) para solicitar que se arbitren otras soluciones que derivan del ejercicio y cumplimiento de las facultades y deberes del destinatario de la medida. Se trataba de lo que este Tribunal denominó “mandato preventivo atípico o exhortatorio” (porque carece de emplazamiento concreto y de apercibimiento en caso de incumplimiento), que no ordena sino que pone en conocimiento de una situación de riesgo o peligro. Por ejemplo la Corte Nacional, siguiendo la tendencia de “Badaro”, exhortó a las autoridades nacionales y provinciales “a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles, por devenir el embarazo de una violación, sea la mujer incapaz o no, y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual” “y a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente “(CS, 13/03/2012, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, La Ley 2012-B, 198). En otro precedente un tribunal provincial comunicó al Superior Tribunal que la situación planteada (numerosas demandas individuales contra el mismo legitimado pasivo y en razón de los daños derivados de las inundaciones) tornaba conveniente analizar la procedencia de instrumentar el proceso y las acciones colectivas (Cám. 1ª Civ. y Com.

Santa Fe, voto Dr. Saux en la causa “Langhi” en RCyS 2010-IV- 72, con nota La inundación de Santa Fe, los daños masivos y el proceso colectivo (Repercusiones de “Halabi”).

De ese modo en otro caso este Tribunal, ante una situación de riesgo comprobada en una ruta nacional, decidió lo siguiente: “en acatamiento de esa doctrina legal vinculante –y dejando a salvo mi opinión en contrario- corresponde poner en conocimiento de la autoridad de aplicación la Comisión Nacional de Transporte, la situación fáctica existente en el citado Paraje “La Colorada”, sito en el Km.295/298 de la Ruta Provincial N° 51, a fines de que adopte las medidas pertinentes conforme sus atribuciones y deberes, adjuntándose copia de esta sentencia (art. 36 inc. 2 y concs. C.P.C.)” (conf. esta Sala, sentencia única en causas n° 51.481 “Gatti, Natalia Soledad Y Otro c/ Ocampo, Juan Antonio y Otros s / Daños y Perjuicios” y n° 51.482 “Ocampo, Juan Antonio c/ Ferrosur S.A. y Otros s/ Daños y Perjuicios” .Empero y dado que la Suprema Corte revocó la sentencia de condena resarcitoria, la medida de prevención quedó sin efecto (cf. S.C.B.A., C 109753, 05/06/13, causas cit. anteriormente).

Así las cosas, en el último caso juzgado en el año 2013, acatando siempre la doctrina casatoria, ante un supuesto de peligrosidad en el estado de conservación y mantenimiento de un tramo de una ruta nacional, con defectos de su estructura, se dictó otro mandato preventivo exhortativo decidiendo “poner en conocimiento (es decir, hacer saber o advertir) de las autoridades competentes el peligro existente en el lugar para que proceda, de conformidad con sus deberes, a evaluar y disponer, en su caso, las medidas conducentes para evitar la reiteración de accidentes. O sea, se trata de instar al órgano de aplicación para que tenga conocimiento efectivo del estado de conservación y mantenimiento de esa parte de la Ruta Nacional N° 3 a fines de adoptar y ejecutar – si correspondiere- las medidas que, en el marco de su competencia, atribuciones y deberes, procuren evitar la reiteración de accidentes (arts. 36 inc. 2 y concs. C.P.C.; arts. 1, 2, 3, 4 y concs. ley 36.363; esta Sala, causa n° 57.090, 27/03/2013, “Pérez, Nicolás y Otros c/ Zoffranieri, Salvador y Otro s/ Daños y Perjuicios”).

De todo lo expuesto se desprende claramente que corresponde retomar la tendencia jurisprudencial inicial de “Carrizo...”, la que también fue compartida y aplicada por otros prestigiosos tribunales bonaerenses; por ejemplo para arbitrar mandatos preventivos en caso de defectos en la ruta (cf. Cám. Civ. y Com. de La Matanza, Sala 1ª, 14/06/2013, “Orsini, Liliana Patricia y Otro c/ Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, Infojus) o de riesgo de daños en un estadio (cf. Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 9/5/2013, “Guerra, Griselda D. c/ Club Atlético Once Unidos y otros s/ Ds. y Ps.”, pub. en Juba).

6.- En definitiva, y tal como se desprende de la prueba pericial analizada; del informe técnico sobre el “Análisis de las condiciones de Entorno del Puesto de Peaje de Hinojo” - realizado por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, en Julio de 2006, conjuntamente con el Distrito III del Colegio de Ingenieros de la Provincia de

Buenos Aires y cuyas propuestas fueron elevadas en su oportunidad al OCCOVI, a la empresa demandada y al Ministerio de Planificación (conf. fs. 220/232); de la sentencia recientemente dictada por éste Tribunal en que la se condenó a la aquí accionada por otro siniestro vial similar, ocurrido el día de 8 de Agosto de 2004, también en esa estación de peaje y en día de niebla cerrada (Conf. copia de la sentencia que se tiene a la vista del Registro de este Tribunal n° 151, causa n° 59.625, 20/10/2015, “Braszka, Carlos Jorge y Otros c/ Rutas Al Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios”), en la que –señalo de paso- el Tribunal no adoptó ninguna medida de oficio en razón de no contar con el citado informe técnico y porque los peritos allí intervinientes manifestaron que se habían modificado parcialmente el sistema de iluminación y señalización vial; de la reiteración de siniestros viales que se produjeron en la zona, especialmente los días de visibilidad reducida por la niebla (conf. detalle de todos los hechos ocurridos el 9 de Junio de 2007 relatados en el diario EL Popular del 10/6/2007, sic. fs. 214/217), corresponde dictar un mandato de prevención que se asentará sobre las siguientes bases: 1º) disponer que sean las autoridades de aplicación y los órganos competentes del Poder Ejecutivo quienes efectúen el relevamiento técnico e implementen las medidas conducentes, con control judicial. Esto supone seguir la tendencia jurisprudencial (C.S., 20/06/2006, “Mendoza”, Fallos 329:2316) consistente en transferir la responsabilidad de la elaboración del relevamiento de la situación y de la ejecución de las medidas conducentes a los órganos competentes del poder administrador que es el que cuenta con los recursos técnicos, materiales y humanos y con la idoneidad científica necesarias para su efectivización; todo sujeto al control judicial. Ello quiere decir que el Poder Judicial debe controlar pero no ejecutar las medidas. En ese sentido señala Matilde Zavala de González, en su obra póstuma, que “no se trata de convertir al juez en experto sobre asuntos técnicos que resultan ajenos a sus conocimientos. Sin embargo, normalmente puede esclarecer que una determinada situación es peligrosa (por ejemplo, cables de electricidad sin coberturas de protección en lugares públicos) y que debe subsanarse mediante resortes adecuados. Sobre esa base, se encuentra en condiciones de ordenar que se elimine el riesgo mediante la adopción de medidas idóneas, aunque no siempre se encuentre en condiciones cognoscitivas de detallar en concreto las que resultan procedentes” (cf. Zavala de González, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Tomo I, pág. 277); 2º) fijar plazos, fechas y apercibimientos para la ejecución de las medidas ordenadas es decir que se efectivizan bajo apercibimiento de aplicar astreintes y sanciones conminatorias (arts. 37 C.P.C. y 804 CCCN) y disponiendo que la ejecución e implementación se lleve a cabo por la autoridad de aplicación (el OCCOVI y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios), con conocimiento de la Facultad de Ingeniería de la Unicen que elaboró las propuestas de mejoramiento (ver, en ese sentido la importancia que le asigna a esos estudios científicos Matilde Zavala de González en obra citada pág. 277), y con intervención de la demandada, siendo el OCCOVI quien

deberá coordinar la intervención entre ellos y con los restantes organismos del Estado, dando intervención -en su caso- a otras dependencias técnicas

VI.- Por todo lo expuesto corresponde:

1º) disponer que en el plazo de **sesenta (60) días corridos** contados a partir de su notificación el OCCOVI (autoridad de aplicación en materia de concesiones viales), y el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios (órgano que por delegación de facultades otorgó la concesión de la red vial y dictó luego la reglamentación administrativa pertinente) procedan a efectuar un informe técnico documentado acerca del relevamiento y condiciones del entorno de la estación de peaje Hinojo, sito en la Ruta 226, aproximadamente kilómetro 276, y verificar si las señalizaciones horizontales y verticales y la iluminación del lugar, y todas las medidas de seguridad y prevención, cumplen con los requisitos, condiciones y demás especificidades técnicas previstas en los contratos administrativos y en la normativa vigente (entre otros: Contrato de Concesión, Pliego de Condiciones Generales y Particulares, Reglamento de Explotación y Reglamento del Usuario vigentes en el momento de los hechos -Resolución 41/91 de la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos (SSOySP) y Resolución 221/89 del Ministerio de Servicios Públicos-) y en la restante normativa de la concesión pública de los corredores viales, según decreto 425/03, otorgada por el Estado Nacional a la empresa demandada como concesionario -conf. piezas fotocopiadas de la normativa agregada a fs. 290/496- incluso reglamentaciones posteriores y ahora vigentes (por caso, Resolución 581/2008 del Secretario de Obras Públicas – SOP- que establece el Reglamento del Usuario y Resolución 582/2008 de la SOP que establece el Reglamento de Explotación). A tales fines se acompañarán fotocopias certificadas de esta sentencia, del informe expedido por la Facultad de Ingeniería de la Unicen glosado a fs. 220/232 denominado “Análisis de las condiciones de entorno del puesto de peaje Hinojo”, de Julio de 2006, de la sentencia recaída en la causa recientemente dicta “Braszka, Carlos Jorge y Otros c/ Rutas Al Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios”), todo con intervención y audiencia de la demandada y con notificación de la Facultad de Ingeniería de la Universidad citada. El informe precitado deberá verificar si el puesto de peaje Hinojo cumple con los estándares vigentes y exigibles sobre la base de los principios de información al usuario, prevención, evitación de riesgos y adecuada señalización que garanticen la seguridad vial.

2º) El informe mencionado deberá incluir el estudio y análisis de la viabilidad de la instalación de la señalización prevista en el decreto reglamentario 779/95 reglamentario de la Ley 24.449 (especialmente Anexo L Marcas Especiales H 18 para Niebla).

3º) Con su resultado, y de verificarse incumplimientos, la autoridad de aplicación (OCCOVI), el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y los restantes organismos competentes a los que -en su caso dará intervención el OCCOVI- deberán disponer las medidas que corresponda adoptar fijando plazos y apercibimientos para su ejecución.

4º) Cumplido, y en el plazo de sesenta días corridos a partir del vencimiento del indicado en el punto 1º), se deberá analizar la viabilidad técnica y económica de la implementación de las propuestas del citado informe de la Facultad de Ingeniería de la Unicen, con intervención de los demás organismos competentes –si correspondiere-, cuya coordinación deberá instrumentar la autoridad de aplicación. A esos fines se deberá también considerar si las medidas propuestas son exigibles por la normativa legal o administrativa vigentes y, en caso negativo, la conveniencia de su implementación en función del análisis económico de su incidencia en el contrato administrativo.

5º) Los informes precedentes deberán ser presentados en este expediente, y estarán sujetos a su fiscalización y aprobación por la Sra. Juez de la causa.

6º) Poner en conocimiento al Sr. decano de la Facultad de Ingeniería de Olavarría perteneciente a la Universidad Nacional del Centro, en cuanto organismo técnico que propuso medidas técnicas para mejorar las condiciones de seguridad del entorno de la estación de Peaje de Hinojo y al Colegio Público de Ingenieros de la Provincia de Buenos Aires, entidad que adhirió y también suscribió el estudio de la UNICEN.

7º) Disponer que la Sra. Juez de Primera Instancia lleve adelante la tarea de contralor judicial de cumplimiento efectivo de los puntos anteriores a cuyo fin podrá adoptar todas las medidas conducentes (arts. 34 inc. 2 C.P.C. y 1713 CCCN).

8º) Disponer que el cumplimiento del presente mandato de prevención se efectúe bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 37 del C.P.C. y 804 del Código Civil.

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez **Doctor Peralta Reyes** adhiere al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Señor Juez **Doctor GALDÓS**, dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, **se resuelve: confirmar** en lo sustancial la sentencia recurrida, en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravio (arts. 499, 901, 906, 1113 y concs. Cód. Civil; arts. 1, 2, 5, 6, 40 y concs. ley 24.240; arts. 47, 59, 78 y concs. ley 11.430). **Imponer** las costas en la Alzada a la demandada apelante perdidosa (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.). **Diferir** la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). **Decretar** el mandato preventivo tratado en el considerando V), el que se efectivizará conforme lo ordenado en el mismo y según las pautas dadas en sus diversos apartados.

Así lo voto.

A la misma cuestión, el Señor Juez **Doctor Peralta Reyes** adhiere al voto que antecede, votando en el mismo sentido por idénticos fundamentos.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Azul, de Noviembre de 2015.-

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del C.P.C.C., **CONFÍRMASE** en lo sustancial la sentencia recurrida, en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravio (arts. 499, 901, 906, 1113 y concs. Cód. Civil; arts. 1, 2, 5, 6, 40 y concs. ley 24.240; arts. 47, 59, 78 y concs. ley 11.430). **IMPÓNGANSE** las costas en la Alzada a la demandada apelante perdidosa (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.). **DIFIÉRASE** la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec./Ley 8904/77). **DECRÉTASE** el mandato preventivo tratado en el considerando V), el que se efectivizará conforme lo ordenado en el mismo y según las pautas dadas en sus diversos apartados. **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE** por Secretaría y **DEVUÉLVASE**.