

**479.504.- “LENCINAS, VERÓNICA CECILIA C/ GRUPO CONCESIONARIO DEL OESTE S.A. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS”.**

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 17 días del mes de septiembre de 2007 reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala “E” para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados “LENCINAS, VERÓNICA CECILIA C/GRUPO CONCESIONARIO OESTE S.A. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” respecto de la sentencia corriente a fs. 710/727, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿La sentencia apelada es arreglada a derecho?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. Racimo, Dupuis y Calatayud

A la cuestión planteada el Dr. Racimo dijo:

**1. Reseña de la causa.**

Valeria Cecilia Lencinas promovió demanda por daños y perjuicios contra la firma Grupo Concesionario Oeste S.A. y el Estado Nacional -Ministerio de Infraestructura y Vivienda- a raíz del accidente que afirmó haber sufrido el 18 de junio de 2000. Adujo que viajaba en el asiento delantero derecho acompañando a Orlando Oscar Burgardt que conducía el automóvil Volkswagen dominio VAZ 180 por el Acceso Oeste en dirección a Ituzaingó cuando un objeto contundente impactó contra el parante delantero al trasponer el puente peatonal sito a la altura del kilómetro 18 produciéndose la rotura del parabrisas. Señaló que los trozos de vidrio impactaron sobre su cara y una de las astillas se introdujo en su ojo derecho provocando una importante úlcera de córnea. Reclamó el resarcimiento por los daños causados a los demandados y pidió la citación de la compañía aseguradora en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Bradesco Argentina de Seguros S.A. compareció a fs. 110/121, negó los hechos aducidos en la demanda y sostuvo que no existía responsabilidad contractual entre la firma concesionaria y los usuarios por lo que no podía sostenerse que aquella tuviera un deber de seguridad similar al contrato de transporte. Afirmó que el hecho fue provocado por un tercero y que la obligación de la concesionaria consiste en mantener a las rutas en excelente estado de conservación.

El Estado Nacional se presentó a fs. 150/159 y opuso excepción de falta de legitimación pasiva ya que ha “permisionado” esta clase de servicios o prestaciones que

otorgan la tenencia de los bienes muebles e inmuebles necesarios al concesionario que es responsable de los daños y perjuicios que se produzcan como consecuencia de dicha actividad.

El Grupo Concesionario del Oeste S.A. contestó la demanda a fs.216/236 y negó los hechos allí invocados. En cuanto a la responsabilidad endilgada por la actora, afirmó que la totalidad de las pasarelas peatonales y puentes que cruzan las calzadas principales del Acceso Oeste fueron construidas de acuerdo a las normas de la Dirección Nacional de vialidad respetándose el plano tipo H-4338 que no prevé la construcción de cercos ni ningún tipo de alambrados a la fecha del supuesto hecho dañoso. Adujo que no tenía obligación de alambrear las pasarelas o puentes peatonales y que sólo el 29 de febrero de 2001 el órgano de control ordenó la colocación de alambrados en todas las pasarelas y que se completaran los cercos construidos con el techo superior en correspondencia con las pasarelas peatonales. Sostuvo que no debe responder por el hecho porque éste se debió a la culpa exclusiva y excluyente de un tercero que produjo la ruptura del nexo causal.

El juez de primera instancia dictó sentencia el 4 de octubre consideró que los contratos de peaje generan, en principio, dos obligaciones troncales o esenciales; una, la principal o sustancial, que es la de habilitar el regular desplazamiento del tránsito en el corredor vial “permisionado” y otra una obligación de seguridad por los daños que pueda sufrir “el deambulante al tiempo que demande su normal circulación.” Consideró que el pase de circulación o comprobante de peaje tipifica el precio que abona el usuario -en cuyo guarismo se encuentra incluido el I.V.A.- lo cual revela que no puede tratarse de un tributo.

Estimó que tratándose de una obligación de seguridad de alcance objetivo la responsabilidad del adjudicatario engloba a toda causal de dañosidad como derivado natural de lo dispuesto por el art. 1198 del Código Civil debiendo dispensarse al usuario de todo aquello que le asegure que la ruta estará despejada o desbrozada de peligros y obstáculos pudiendo transitar con total normalidad.

En estas condiciones le corresponde a la concesionaria probar la culpa de la víctima, la de un tercero o el caso fortuito debiendo demostrar que el percance le fue imposible de prever o que no pudo impedir su consumación no obstante haber realizado un adecuado control de los sectores colindantes del camino.

El magistrado tuvo en cuenta la existencia de incidentes anteriores con piedras arrojadas desde puentes y estimó que la responsabilidad de la demandada es amplia y subsume la obligación de garantizar el tránsito y de responder por un amplio abanico de situaciones o de

daños subsecuentes que se extienden desde los vicios de construcción, de información o -como en el presente caso- de omisión de seguridad culposa, destacando que los percances no poseían los caracteres del caso fortuito y constituían hechos evitables, remusgables y previsibles.

Concluyó que el accidente se produjo en los términos indicados en la demanda y que el concesionario debe responder por las consecuencias dañosas del accidente en tanto había medado adecuado nexo de causalidad entre el evento y los daños probados. Analizó la prueba producida y estimó que la demanda debía prosperar por la suma de \$ 10.600 que se desglosa en las sumas de \$ 5.000 (incapacidad sobreviniente), \$ 5.000 (daño moral) y \$ 600 (gastos médicos, de medicamentos, de farmacia y de traslados).

## **2. Agravios de las partes.**

El Grupo Concesionario del Oeste S.A. expresa agravios a fs. 770/776 y postula la revocación de la sentencia porque el magistrado ha errado en la determinación de la naturaleza jurídica de la relación existente entre el concesionario y el usuario de una autopista por peaje al calificarlo como una relación contractual. Postula -con sustento en la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “Estado Nacional c/Arenera El Libertador S.R.L. s/ cobro de pesos” (Fallos: 314:595)- que el peaje es el tributo regulado en concesión y que la responsabilidad a juzgar es de naturaleza extracontractual y de carácter subjetivo y, en el caso, atribuible a un hecho delictivo de un tercero. Cuestiona asimismo que la sentencia haya efectuado una errónea interpretación del alcance de la responsabilidad del concesionario frente a la comisión de hechos ilícitos ya que éste no ejerce el poder de policía sobre las rutas toda vez que el hecho fue producido por la comisión de un hecho ilícito. Critica a la sentencia recurrida en tanto se han impuesto las costas a su parte a pesar de que la actora obtuvo una victoria parcial muy inferior a lo pretendido en el escrito de demanda.

Asimismo, la citada en garantía expresa agravios a fs. 766/768 y plantea que la concesionaria no tiene a cargo el “deber de seguridad “ derivado de la existencia del contrato de peaje que surge de las relaciones contractuales como ocurre con el contrato de transporte que tiene su base en el art. 1198 del Código Civil. Sostiene, en cambio, que se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual y que el peaje tiene naturaleza tributaria ya que no hay contrato entre el usuario y la administración pública y tampoco entre el usuario y el concesionario.

Aduce que el pronunciamiento ha extendido la responsabilidad del

concesionario a cuestiones ajenas al contrato de concesión en el que se había asumido la obligación de conservar el acceso en perfectas condiciones de utilización y tránsito debiendo proceder a la reparación inmediata de aquellos elementos que se deterioren. La actora no ha alegado una relación de causalidad entre el mal estado del corredor y los daños invocados toda vez que el objeto principal de dicha responsabilidad apunta a la preservación, dentro de un marco de racionalidad, del cumplimiento de las normas básicas de tránsito por los usuarios, lo cual no debe ser entendido como el traspaso de la titularidad del poder de policía de seguridad.

Finalmente, invoca que el hecho se produjo por la intervención de un tercero por quien no debe responder ya que resulta impensable que se encuentre obligada por el hecho delictivo de un tercero toda vez que ni las leyes de tránsito ni el plexo normativo que creó las concesiones establecieron esta función en manos de los concesionarios

### **3. Excepción de falta de legitimación pasiva.**

Teniendo en cuenta el modo en que han sido planteados los agravios, estimo pertinente en el subexámene estudiar, en primer lugar, la queja de la demandante respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado Nacional que fue acogida por el juez de primera instancia.

Sobre ese punto el a quo ha entendido que -de acuerdo a lo decidido reiteradamente por la Corte Suprema- el ejercicio del poder de policía de seguridad que corresponde al Estado no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad de un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo parte pues su responsabilidad en orden a la prevención de delitos, de modo que no puede llegar a ser involucrado en las consecuencias dañosas que aquellos producen con motivo de hechos extraños a su intervención directa (cita de los precedentes de LL 1990-C, 430 y LL 2000-E, 494 y 2000-E, 801).

A pesar de estas consideraciones y de la específica referencia a precedentes del más alto tribunal, la demandante plantea la cuestión exclusivamente desde la perspectiva del art. 1113 del Código Civil sin hacerse cargo de los fundamentos en el alcance del poder de policía del concedente en estos casos. La invocada titularidad del Estado Nacional resulta insuficiente fundamento para modificar la sentencia en este aspecto que se ha sostenido en argumentos de Derecho Administrativo que no han sido respondidos por la apelante, lo que era particularmente necesario en el caso, de acuerdo con las exigencias requeridas actualmente por la Corte Suprema para estos supuestos (ver considerando 2 b) de la causa 606 XXVI de Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico”,

del 7-11-06).

Sin embargo, es cierto que la actora tenía argumentos para demandar como lo hizo toda vez que pudo creerse con derecho a considerar que el Estado Nacional debía responder conjuntamente con la concesionaria por el deber de seguridad invocado en la demanda. Por ello entiendo que corresponde confirmar la decisión en cuando admitió la falta de legitimación pasiva y modificarla en cuanto a la imposición de costas que se distribuyen en el orden causado.

#### **4. La responsabilidad de la concesionaria.**

La concesionaria vencida se agravia de la condena que le ha sido impuesta en la sentencia apelada. Corresponde, pues, examinar si procede en esta clase de casos aplicar el concepto de relación de consumo para examinar la responsabilidad de la demandada; determinar, en caso afirmativo, el alcance de las obligaciones asumidas por el prestador del servicio respecto de un usuario al mando de un automóvil, el efecto que tiene en el caso la intervención de un tercero y el análisis de la eventual responsabilidad de la concesionaria respecto de la víctima que acompañaba al conductor del vehículo.

El agravio sustancial que comparten la demandada y la aseguradora respecto de la sentencia de primera instancia se centra en la crítica a la decisión del *a quo* al haber encuadrado la responsabilidad de los concesionarios viales por los daños causados a la víctima -en el caso, acompañante del conductor- dentro del marco de la responsabilidad contractual. Sostienen que dichas concesionarias sólo deben responder por las obligaciones asumidas en el respectivo contrato de concesión pública celebrado por el Estado.

Sabido es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió, en un principio, que la responsabilidad de los concesionarios viales revestía naturaleza extracontractual (conf. causas “Colavita” Fallos: 323:318; “Bertinat” Fallos: 323:305; “Rodríguez” Fallos: 323:3599; “Ramírez” Fallos: 325:1141; “Expreso Hada” Fallos 325:1265; “Greco” 326:750 y “Ferreyra” del 21-3-06). Sin embargo, este criterio ha sido revertido en la sentencia dictada en la causa C. 606 XXVI “Bianchi de Pereyra, Isabel del Carmen c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico” -del 7-11-06- según la cual el régimen del concesionario se encuadra en la responsabilidad contractual con una obligación de seguridad que surge del art. 1198 del Código Civil respecto de los hechos ocurridos antes de la sanción de la ley 24.999 (1º de julio de 1998) que incorporó el art. 40 a la ley 24.240 que había sido vetado por el art. 6 del decreto 2089/93. Respecto de los accidentes posteriores a dicha fecha -y

este es un punto relevante en el *sub lite* toda vez que el evento ocurrió el 18 de junio de 2000- el máximo tribunal estableció “que el vínculo que se establece entre el concesionario de las rutas y los usuarios de las mismas es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente” (ver considerando 3º, primer párrafo).

El pronunciamiento del máximo tribunal no resulta directamente aplicable al caso toda vez que fue dictado en una causa que se tramitó en la instancia originaria del tribunal al tratarse de un proceso promovido contra una provincia (art. 117 de la Constitución Nacional). Es más, la afirmación de la Corte Suprema sobre la relación de consumo ni siquiera tuvo repercusión sobre dicho proceso toda vez que el análisis se realizó -como quedó dicho - a la luz de lo dispuesto por el art. 1198 del Código Civil en cuanto se entendió que esa norma impone una obligación de seguridad para el prestador de concesiones viales. No obstante, también tendré en cuenta que el Tribunal estableció una suerte de declaración prospectiva de arbitrariedad basada en un doble supuesto hipotético, esto es, que en el caso de que se considere que la responsabilidad no se encuentra dentro de una relación de consumo en un caso que provenga de instancia ordinaria probablemente ha de considerar que la decisión es arbitraria -según su propia doctrina- al considerar que no se trata de una derivación razonada del derecho vigente aplicable al caso y hallarse fundada en meras opiniones del sentenciador sin sustento normativo (ver Fallos: 261:209 y sus citas; 319:2262; 323:2468; 324:556; 325:2817 y causa “Cuello, Patricia D. c. Lucena, Pedro A.” del 7-8-2007 pub. en La Ley del 22-8-07, pág. 11 entre muchos otros y también la divergente posición al respecto en el voto de la Dra. Highton de Nolasco en el caso Ferreyra, considerando 4º).

Respecto a la naturaleza de la relación jurídica entre concesionaria y usuario, esta Sala -con la integración del Dr. Mirás- ha tenido la oportunidad de expedirse en varias oportunidades sobre la responsabilidad de los concesionarios viales en supuestos de accidentes ocurridos ante la presencia de animales sueltos en la ruta. Así ha señalado el tribunal -con sustento en el citado precedente Colavita- que corresponde liberar a la empresa en tales supuestos ya que no puede pretenderse atribuirle responsabilidad a causa de animales sueltos por sus dueños o guardadores toda vez que sería imponerlos a aquella una obligación de cumplimiento imposible. Así se tuvieron en cuenta los precedentes de la Sala F (votos de la Dra. Highton de Nolasco en la causa n° 250.214 “Greco, Gabriel c. Caminos del Atlántico S.A. y otro s/ daños y perjuicios” y en la causa n° 250.215 “Borneo, Mario Blas Andrés c. Caminos del Atlántico S.A. s/ daños y perjuicios” ambas del 13-3-2000) y de la Sala M (causa 305.147

“Caja de Seguros S.A. c. Caminos del Atlántico S.A.C.V. s/ cobro de sumas de dinero” del 30-4-01 pub. en LL 2001-F, 692) que hacían referencia a la presencia de una relación de consumo en supuestos similares. Sin embargo, este tribunal señaló que no compartía tal postura ya que ello importaría extender la responsabilidad del concesionario más allá de las obligaciones que había asumido y por hechos extraños que no le son atribuibles (ver causa n° 378.492 “Cichero, Juan José c. Caminos del Río Uruguay S.A. S/ daños y perjuicios” del 16-9-03 y causa n° 396.241 “Serrano, Néstor Gustavo c. Concesionaria Vial del Sur S.A.” del 28-5-04 pub. en DJ 2004-3, 809).

Sin ánimo de ser exhaustivo entiendo apropiado señalar que las salas de esta Cámara han contemplado la cuestión desde esas dos ópticas. Por un lado existen en los últimos tiempos algunos precedentes que han considerado aplicable a estos hechos el encuadre jurídico bajo la denominada relación de consumo. Así la Sala A en la causa 469.308 “Milanese, José Mario y otros c. Servicios Viales S.A. Concesionaria de rutas por peaje y otro s/ daños y perjuicios” del 23-4-07 y causa 458.943 “Malcervelli, Horacio Flavio y otros c. Grupo Concesionario del Oeste S.A. s/ daños y perjuicios” del 2-5-07 modificando el criterio que había sido sentado en la causa 461.392 “Ronco, Horacio Alberto c. Autopista del Sol S.A. s/ daños y perjuicios” del 20-12-06. Del mismo modo han adherido a este criterio las Salas D (c. 451.021 “Arena, Salvador Sergio c. Covinorte SA. Ruta 34 s/daños y perjuicios” del 27-11-06), H (c. 451.000 “Molina, Gustavo Juan y otro c. Servicios Viales S.A. s/daños y perjuicios” del 28-12-06 y c. 470.747 “Bustos, Walter Marcelo c. Servicios Viales s/ daños y perjuicios” del 21-3-07), I (c. 53.139 “Niklison, Roque Martín y otros c. Covisur S.A. y otro s/ daños y perjuicios” del 6-2-06), K (causa “Galli, Cintia Nora c. Autopistas Urbanas S.A. s/ daños y perjuicios” del 27-12-06 ) y M (causa 428.280 “Minervino, Hugo Guillermo c. Red Vial Centro S.A. y otro” del 6-7-06). En cambio la Sala G ha mantenido recientemente en la c. n° 473.124 “Hernández, Oscar Alberto y otro c/Nuevas Rutas S.A. s/ daños y perjuicios” del 27-6-07 el criterio basado en la responsabilidad extracontractual que había impuesto el voto del Dr. Greco *in re* “Carnelli, Juan O. c. Nuevas Rutas S.A.” del 7-6-95 (LL 1995-D, 337) aunque ahora con una disidencia del Dr. Carranza Casares que aplicó estrictamente el precedente Bianchi a un supuesto fáctico que había ocurrido antes de la sanción de la ley 24.999.

Toda vez que se trata del primer caso en que me toca intervenir en el que se controvierte teóricamente la cuestión atinente a la responsabilidad que les cabe a los concesionarios de rutas viales me explayaré sobre la naturaleza del vínculo existente entre el

usuario de la autopista y el concesionario vial.

El punto esencial en este tema es que el concepto de la relación de consumo se ha introducido como un principio protector a favor de los consumidores mediante la vía legal por la ley 24.240 (sancionada el 22 de diciembre de 1993) y por la vía constitucional en tanto dicho principio ha sido ratificado -y aún más, ampliado- por la incorporación del art. 42 de la Constitución Nacional en la reforma del año 1994. La decisión del Poder Legislativo -en uso de las facultades previstas por el art. 75, inc. 12 de la Carta Magna- ha impuesto por la ley 24.999 la extensión de aquel principio protector a las relaciones contractuales en cuanto a la responsabilidad que cabe a los prestadores de servicios por los daños y perjuicios producidos a los usuarios y consumidores. Los casos en los que se incluya la prestación de servicios en los términos indicados en la ley 24.240 deben ser ahora interpretados -no por decisión creativa judicial sino por expresa disposición constitucional y legal- desde esa perspectiva que importa una modificación esencial a lo dispuesto en normas tan angulares del Código Civil como son el art. 1197 respecto a la autonomía de la voluntad y el art. 1195 en cuanto al efecto relativo de los contratos (ver Miguel Federico Di Lorenzo, “La protección extracontractual del contrato”, LL 1998-F, 927).

Es que el concepto de relación de consumo implica -en el actual estado de nuestro derecho vigente- un modo de considerar a los vínculos contractuales y a la responsabilidad extracontractual que se adiciona a ambos como una especie de principio directriz respecto a la habitual dualidad de regímenes de responsabilidad que rige en nuestro derecho según la clásica distinción (ver por todos Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, 5a. ed., 1987, págs. 71 a 83). Surge ahora de la ley 22.240 un deber de seguridad que se impone al proveedor del servicio o al fabricante del producto respecto de los usuarios, debiendo tenerse en cuenta que el art. 42 de la Constitución Nacional establece todavía un sistema más amplio (conf. Rinesi, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Buenos Aires, 2006, pág. 14) ya que contempla situaciones no previstas por aquella norma legal (Julio Conte Grand, “Perspectiva económica y jurídica” en *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 2003, pág. 44).

Ahora bien, para comprender realmente cuál es el alcance de las obligaciones que resultan de la relación de consumo entiendo oportuno tener en cuenta el modo en que se ha originado el deber de seguridad de los usuarios. En realidad, la custodia de los intereses de los consumidores de productos elaborados surgió del proceso creativo de los jueces a través del



procedimiento del *common law* y después se incorporó para proteger a los usuarios en nuestra legislación vigente cuya filiación respecto del derecho norteamericano resulta indudable (ver Félix A. Trigo Represas, “La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, LL 1982-B, 663, cap. III y IV y Mathias Reimann, “Liability for defective products at the beginning of the twenty-first century: emergence of a worldwide standard?” 51 *American Journal of Comparative Law* 751 [2003]) aunque por voluntad legislativa se ha extendido a la prestación de servicios hasta alcanzar a personas no involucradas en la relación contractual (conf. ley 24.240). La ruptura del efecto relativo de los contratos -el concepto de *privity* en el derecho anglosajón- se desarrolló desde principios del siglo XX mediante el reconocido fallo del juez Cardozo en la causa *Mac Pherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916) en cuanto dejó claramente establecido que “hemos dejado de lado la noción de que salvaguardar la vida y la integridad física, cuando pueden ser previstas las consecuencias de la negligencia, emerge del contrato y de nada más. Hemos puesto la obligación donde debe estar. Hemos puesto su fuente en la ley” (*law*), criterio que fue posteriormente aceptado en el Reino Unido con el fallo *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562 Cámara de los Lores. La imposición por vía judicial de la teoría objetiva de la responsabilidad extracontractual (*tort theory of strict liability*) por la puesta en circulación de un producto defectuoso fue introducida por el juez Traynor de la Corte Suprema de California -saliendo de la responsabilidad por negligencia en que se movía Cardozo- quien asumió también que la responsabilidad del fabricante no se supone existente por acuerdo sino que es impuesta por el derecho, por el derecho de la responsabilidad objetiva extracontractual en *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* 59 Cal.2d 57 [13 A.L.R.3d 1049] (1963).

El *common law* permitió extender así una obligación de seguridad (*duty of care*) que surge del derecho extracontractual (conf. David G. Owen, *Products Liability Law Hornbook*, St. Paul Minn, 2005, pág. 183, nota 1) o del conjunto de reglas o principios que para la mayoría de los fines se llama derecho (como señalaba el mismo Cardozo al comentar su propio fallo desde la posición creadora del derecho judicial anglosajón en “Meaning and Genesis of the Law”, pub. en *The Growth of the Law*, 5a ed. New Haven, 1934, pág. 43), que se trasladó desde el derecho de la negligencia a la responsabilidad con fundamento objetivo (*strict liability*) y que no es otra cosa que la traslación al consumo de productos defectuosos del familiar concepto de responsabilidad extracontractual objetiva basada en la responsabilidad por daños causados por animales, por las actividades anormalmente dañosas y la

responsabilidad del principal por el dependiente (William L. Prosser, “The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)”, 50 *Minnesota Law Review* 791, 802 [1966]) y desde otra perspectiva también “John C. P. Goldberg y Benjamin C. Zipursky, “The moral of Macpherson”, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1733 {1998} y que también se encontraba como requisito de la responsabilidad respecto de algunas relaciones contractuales (posadero respecto del huésped).

Este deber de seguridad que, por supuesto, no es ajeno a nuestro derecho tradicional (por ejemplo en art. 1118 para la responsabilidad extracontractual y el art. y 1988 primer párrafo del Código Civil para la responsabilidad contractual) se ha expandido -en virtud de la influencia del derecho anglosajón por la responsabilidad por productos defectuosos- para alcanzar por la ley de defensa del consumidor a los productos y servicios que causan daños a los usuarios. A partir de estos antecedentes, la ley 24.240 atendió a la particular situación de los usuarios frente al consumo de productos, superó la restricción de la responsabilidad del prestador del servicio por el efecto relativo de los contratos (art. 1) y amplificó el deber de seguridad (art. 5) para incluir a los prestadores de servicios (capítulos V y VI). El punto no se centra, pues, en el carácter contractual o extracontractual de la relación entre el productor y la víctima ya que el deber de seguridad se asienta -en cuanto principio teórico general- en razones de política pública dirigidas a privilegiar la salud y la integridad del usuario que se pueden expresar a través de una particular perspectiva contractual (ley 24.240), desde el ámbito más amplio de la relación de consumo (art. 42 de la Constitución Nacional) o incluso a través del artificio jurídico de la responsabilidad extracontractual (*torts* en sentido amplio) en el sistema normativo anglosajón.

Queda claro, pues, que a esta idea de la protección del consumidor de productos elaborados nuestra Ley Fundamental y nuestra legislación (arts. 5 y 40 de la ley 22.240) han agregado la imposición del prestador de servicios de un deber de indemnidad de usuarios y consumidores respecto de daños que se *encuentren causalmente vinculados* a la actividad de aquél. Asimismo, el art. 42 ha sentado que todo usuario y consumidor tiene derecho -y no una mera expectativa- a encontrarse protegido frente a la existencia de una relación de consumo. Se ha producido así una ruptura del efecto relativo de los contratos que se da -por fuente legal- tanto respecto de aquellos situados en la cadena vertical de elaboración de productos o de prestación de servicios (art. 2 de la ley 24.240) como respecto de aquellos que se encuentran en una especie de relación horizontal como posibles víctimas (el grupo familiar o social aludido

en el art. 1 de la ley 24.240). La lectura del discurso del miembro informante Irigoyen en la mencionada Convención permite advertir que se tuvo particularmente en cuenta el veto del decreto en cuanto la ley 24.240 “quedó seriamente desmembrada” por esa decisión del Poder Ejecutivo (Convención Nacional Constituyente de 1994, 31a reunión, 3a. Sesión ordinaria del 16 de agosto de 1994, pág. 4172) de modo que la sanción de la ley 24.499 importó mantener el rumbo de la ley 24.240 ratificado por el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional.

Lorenzetti ha señalado que el derecho del consumidor tiende a la supresión del distinguo entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual (“La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional MERCOSUR” en LL 1996-E, 1303) otorgándose una posición de centralidad en el sistema al consumidor que autoriza la derivación directa de derechos a través de normas constitucionales que se consideran directamente aplicables (“La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor”, en *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, 2003, pág. 72). Por ello y demostrada la existencia de una relación de consumo y el nexo causal entre el daño y el uso del producto o la prestación del servicio se produce una presunción de responsabilidad del demandado -no absoluta- quien puede aportar defensas más limitadas que las habitualmente consideradas en el derecho contractual o extracontractual (arts. 1067 y 1109 del Código Civil).

No se trata de una mera preponderancia de la posición procesal en favor del consumidor (art. 3 de la ley 24.240), ya que también implica un nuevo criterio para el examen de las relaciones de consumo similar a la alteración del sistema del art. 1009 adoptado por medio de la decisiva reforma de la ley 17.711 que importó también una perspectiva novedosa - y ahora acogida en forma general- respecto del modo en que debían considerar la responsabilidad por daños cuando estos son provocados por el uso de una cosa riesgosa o viciosa (art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil). El estándar de seguridad que se impone al prestador del servicio se lleva -por disposición constitucional general y por norma legislativa específica- a un umbral superior al que corresponde a las relaciones que se conforman en los contratos típicos o los señalados en la misma ley (ver art. 2, segundo párrafo) en los cuales la ley -art. 1197- presupone que las partes se encuentran en una relativa paridad de información y de condiciones de negociación al momento de contratar.

Por otra parte, la relación de consumo ha establecido un deber de seguridad en términos inequívocos a cargo del prestador del servicio que reviste el carácter de principal y que ya no puede ser colocada en el rango de un deber secundario de conducta emanado del

principio de buena fe del art. 1198, primer párrafo, del Código Civil o de una obligación tácita de seguridad que requería averiguar si existía un nexo con las obligaciones principales del negocio (ver lo señalado por Roberto A. Vázquez Ferreyra respecto a esta situación anterior a la sanción de la ley 24.240 en su artículo “La buena fe y las relaciones jurídicas” en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, 1990, pág. 261). En concreto, lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art. 1198 se ha transformado -conf. art. 42 CN y art. 5 de la ley 24.240- en un deber de seguridad central y no escindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo.

Es verdad que han existido problemas de interpretación relativos a la clasificación de una obligación de seguridad por las dificultades inherentes a ubicarla en la órbita contractual o extracontractual en países de similar tradición jurídica a la de nuestro país como Francia (Hans C. Taschner, “Harmonization of product liability law in the European Community”, 34 *Texas International Law Journal* 21, 29 [1999] y Parra Lucan, *Daños por productos y protección del consumidor*, Madrid, 1990, pág. 160 y sigtes.) y España (Prada Alonso, *Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Madrid, y Vela Sánchez, “Products liability in Spain”, 32 *Texas Tech Law Review* 979, 982 [2001]). Empero actualmente -y tal como resulta del precedente Bianchi- resulta claro que la obligación del concesionario proviene de la incorporación de la ley 24.999 como derecho vigente aplicable a estos casos. Dicho deber legal de protección del usuario o consumidor de un servicio proviene también de fuente constitucional que deriva del principio de no dañar a otro (*alterum non laedere*) contemplado en el art. 19 de la Constitución Nacional según lo ha sostenido la Corte Suprema en reiterados pronunciamientos (ver Fallos: 308:1118 y 1160; 320:1996; 324:2972; 325:11; 327:3753 y causa D. 995 XXXVIII “Díaz, Timoteo Filiberto c. Vaspia S.A.” del 7-3-06 entre otros) y que se recibe también en el ámbito contractual tutelado por la relación de consumo.

Nuestra legislación positiva contempla así la presencia de un deber de seguridad legal -contractual en el sub lite- que alcanza a no contratantes y que no exige el factor de atribución subjetiva basada en el art. 512 del Código Civil ya que resulta insuficiente que el prestador del servicio pruebe su ausencia de culpa una vez demostrada la relación causal entre el daño y al ámbito de las obligaciones o deberes que le corresponden respecto del usuario.

Se advierte así que la protección derivada de la relación de consumo no es una mera extensión de las garantías implícitas en los contratos o la aplicación de principios

tradicionales del Derecho Civil como la responsabilidad por vicios redhibitorios. El objetivo del reformador constitucional y del legislador consistió en imponer como fuente legal específica de responsabilidad a la relación de consumo basada en dicho principio de no dañar a otros que es sostén de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual y que también debe serlo -como principio rector inequívoco para el juez- respecto del examen de las obligaciones surgidas del contrato de concesión vial.

Ni el art. 42 de la Constitución Nacional ni la ley 24.240 han creado, según entiendo, un contrato de consumo autónomo que se extiende a todas las ramas del derecho. El fin de ambas normas es reafirmar la protección de la integridad de la salud y del usuario con sustento en los arts. 19 y 33 de la CN imponiendo al prestador del servicio el deber de proteger la integridad física y el patrimonio del sumario. Salvo la extensión a los prestadores de servicios, no es más que la derivación de un principio aceptado hace tiempo en los Estados Unidos de América respecto de la responsabilidad de los fabricantes de productos defectuosos en cuanto allí se sostiene que “el interés público en la vida humana, la salud y la seguridad exige el máximo posible de protección que el derecho (*law*) puede dar contra los defectos peligrosos en productos que los consumidores deben comprar y contra los cuales se encuentran indefensos para protegerse ellos mismos; y ello justifica la imposición, para todos los proveedores de tales productos, de la responsabilidad plena por el daño que ellos causen, incluso aunque el proveedor no haya sido negligente” (Prosser, “The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer”, 69 *The Yale Law Journal* 1099, 1122 (1960) y reiterado por el mismo autor en “The Fall of the Citadel”, pág. 799). La traslación de este tipo de criterios se ha producido por imposición constitucional y por decisión legal no correspondiendo a los tribunales sino al Congreso la apreciación acerca del mérito y conveniencia de las leyes (Fallos: 317:1541)- debiendo, por consiguiente, considerarse vigente la existencia de una obligación de seguridad para el prestador de servicios (conf. art. 1 de la ley 24.240).

Entiendo que en sub lite existe una relación contractual entre la concesionaria y el consumidor -que no es aquí la víctima- por diversos motivos. Preciso, en primer lugar, que el pago del peaje incluye el Impuesto al Valor Agregado de modo que debe entenderse que se presenta a la persona que ingresa al peaje como un contratante con la concesionaria (ver voto del Dr. Zaffaroni en Ferreyra, considerando 4º). La ley 24.240 hace referencia a los servicios públicos domiciliarios (ver capítulo VI), lo que supone que la figura del consumidor en una relación de consumo se extiende también a los servicios públicos en general sin que pueda

excluirse el servicio público de concesión vial (me remito en este aspecto a las consideraciones del juez Lorenzetti en la causa “Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c. V.I.C.O.V. S.A. s/ daños y perjuicios” del 21-3-06 y de Galdós, en “Peaje y Ley de Defensa al Consumidor” en Stiglitz, *Derecho del consumidor*, pág. 77). El mismo art. 42 se dirige a garantizar la calidad de los bienes y la eficiencia de los servicios debiendo incluirse entre estos últimos a los servicios públicos como señaló el convencional informante este artículo (ver convencional Irigoyen, Convención Nacional Constituyente de 1994, 31a reunión, 3a. Sesión ordinaria del 16 de agosto de 1994). De todos modos, estimo que es la relación de consumo la que define el estándar de protección del consumidor en estos casos como sujeto protegido independientemente de su encuadramiento en el ámbito contractual o extracontractual, para lo que basta advertir que mientras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se ha optado por un régimen de protección por responsabilidad extracontractual objetiva, en nuestro sistema se ha escogido un principio constitucional amplio del que se ha derivado por legislación específica un régimen de protección al consumidor por vía contractual no excluyente toda vez que resulta claro que ni el grupo social ni el grupo familiar (aludidos en el art. 1) son contratantes *stricto sensu* con la empresa de peaje. En resumen, el centro de irradiación de la protección es el deber de seguridad respecto del usuario y las vías de protección - constitucional, legal o judicial en el *common law*- son de una importancia relativa cuando se trata de tener en cuenta la naturaleza del bien protegido cual es la indemnidad de aquél.

Existiendo, pues, un contrato entre el prestador de servicios y el usuario bajo la protección de la relación de consumo, resulta claro ahora que existe un deber de seguridad que incumbe a aquél y que alcanza a la protección contra los riesgos que puedan afectar la salud y la seguridad del consumidor (Farina, *Defensa del consumidor y del usuario*, 3a. ed., Buenos Aires, pág. 24 y 181) y cuyo incumplimiento genera, en principio, una responsabilidad objetiva.

Ahora bien, esta idea de garantía no significa que el concesionario se convierta en un asegurador contra todo daño que pueda recibir el usuario. No se presentan en estos casos las obligaciones específicas definidas en los contratos tradicionales por lo cual resulta necesario determinar -con la ayuda del concepto de previsibilidad aludido en Bianchi- cuáles son las obligaciones genéricas y concretas que emanan del concesionario de la autopista respecto del usuario. Es que sólo se podrá saber si hay relación causal entre el daño y el incumplimiento del contrato si se reconocen cuáles son las obligaciones que emergen de la

relación de consumo en cada caso. El deber de seguridad -expandido como categoría básica (art. 5 ley 24.240)- debe ser especificado a través del tamiz del art. 902 del Código Civil porque de otro modo se impondrían al concesionario daños que no se encuentran causalmente vinculados con el deber de seguridad que surge de su relación con el usuario y su grupo familiar o social.

Establecido que el usuario de la concesión vial tiene un derecho fundamental a la protección de su seguridad y de su integridad física que recae sobre el concesionario, el paso lógico consiste en delimitar cuáles son las obligaciones que razonablemente se derivan de este deber de seguridad de acuerdo con el principio constitucional de la relación de consumo.

Las obligaciones del concesionario de autopista se encuentran esencialmente regidas por el contrato de obra pública y no por la concesión de servicios públicos (ver Juan C. Cassagne, “La responsabilidad de los concesionarios viales”, pub. en LL del 1-11-06) y su objetivo primario consiste habitualmente en la construcción o reconstrucción de un trayecto de ruta para su uso por vehículos automotores y en la habilitación de esa vía para su circulación sin dificultades.

Ahora bien, lo que surge de ese vínculo son obligaciones contractuales respecto del Estado concedente en relación a criterios mínimos de diseño de la vía fundados en normas de derecho administrativo y sustentados en lo dispuesto por las partes (art. 1197 del Código Civil). Sin embargo, aparecen -y este es el punto esencial de la conceptualización del tema a la luz de la relación de consumo- obligaciones legales (tuteladas ahora específicamente por la ley 24.240) a favor de los usuarios que emanan de la figura del concesionario como prestador de servicios públicos y que son independientes de las antes citadas obligaciones que hubiera asumido frente al Estado. Son independientes porque emanan de la obligación legal de mantener la salud y la integridad física de los automovilistas y de su grupo familiar y social y no pueden considerarse inexistentes por el solo hecho de que se haya omitido su consideración en el contrato de concesión o porque el Estado haya expresamente liberado de responsabilidad al concesionario. En este aspecto, la firma concesionaria asume un conjunto de obligaciones que es necesario deslindar para comprender el modo en que eventualmente debe responder la demandada en el *subexámine* (ver Rinesi, “El deber de seguridad en las rutas concesionadas”, diario La Ley del 31-7-07, pág. 4).

En primer lugar, entiendo que se encuentran las obligaciones derivadas principalmente del contrato de concesión y que se centran en el perfeccionamiento de la obra

misma tales como el diseño de una vía asfáltica sin peligros (ver al respecto voto del Dr. Dupuis en la causa 366.260 del 7-9-04), incorporación de un sistema estático de avisos respecto al diseño de la autopista (curvas, lugares de paso, cruces), la construcción de obras en lugares que no hagan peligrar la vida del motorista (casillas de peaje identificables o barreras adecuadas), elaboración de un sistema de pasajes alternativos dirigidos a evitar las intersecciones peligrosas (rotondas, pasarelas para peatones), la ejecución de un diseño relativamente cerrado que evite, en lo posible, la incorporación de obstáculos en la trayectoria hipotética de los motoristas, diseños de vegetación inocuos, sistemas de drenaje seguros o elaboración de sistemas de paso para los peatones cuando fuera necesario. El concesionario debe verificar, entonces, que la obra en sí no contenga un diseño que afecte la seguridad del usuario. Estas condiciones son las que habitualmente se estipulan expresamente en los pliegos de condiciones y las que han sido precisadas por la demandada en su contestación de fs. 216/241.

Asimismo la concesión incluye -como se señala en el considerando 4º de Bianchi de Pereyra- un conjunto de obligaciones referentes a la prestación de servicios al automovilista. El servicio central que presta la concesionaria es el control de la vía asfáltica de modo permanente con la consiguiente obligación -en miras a la seguridad del usuario- de desplegar una actividad continua para evitar daños. Ello implica una garantía legal referente al control presunto de la vía asfáltica en favor del consumidor y de su grupo familiar y social. Derivados de ese servicio esencial se encuentra actividades permanentes tales como el mantenimiento de la ruta libre de obstáculos, la reparación de la vía asfáltica para mantenerla en buenas condiciones, el servicio de vigilancia en la ruta para evitar intrusiones, el servicio de auxilio, la limpieza de malezas y de vegetación adyacente a la cinta asfáltica, el servicio de remoción de obstáculos, la atención permanente en las casillas de peaje, el servicio de vigilancia de aviso a la autoridad pública, el sistema dinámico de avisos y de cierre de circulación del tránsito en caso de emergencias y sistemas especiales de señalización cuando se realizan trabajos en la concesión.

La relación de consumo conlleva la presunción en el sentido que el fabricante del producto o el prestador del servicio se encuentra en una superior situación informativa respecto del usuario (conf. considerando 5º del fallo Pereyra de Bianchi sobre el deber de seguridad del art. 1198 del CC). Este conocimiento se especifica en las concesionarias de las autopistas mediante un conjunto de reglas de procedimiento dirigidas a lograr una gestión



profesional de los riesgos inherentes a la circulación vial. Respecto a esta presunción de información deslindaré dos aspectos. Por un lado, el carácter mismo de la autopista como obra construida por la empresa concesionaria que debe conocer las características de su diseño y construcción. En concreto, el concesionario debe conocer su *opus* y supone básicamente una consideración estática de la autopista como medio de circulación vial. Existe otro aspecto relativo a la interacción que se produce entre la autopista, los usuarios y los terceros que convierte en necesario para el cumplimiento del deber de seguridad que el concesionario recaude la necesaria información para cumplir con la obligación de seguridad. Se refiere al bagaje de información que debe recolectar la concesionaria a través de la interacción con los vehículos en movimiento. Este aspecto dinámico de la prestación del servicio implica la organización de un procedimiento técnico y especializado de recolección de datos y la consiguiente obligación de continua adecuación del concesionario a la nueva información. A esta información interna se le debe unir, como se verá más adelante, la obligación de la empresa concesionaria, de obtener información externa respecto al continuo avance tecnológico con la obligación de incorporar esos avances para asegurar la salud de los usuarios.

Nada de lo dicho entra dentro del rango de lo extraordinario cuando se trata de una gran empresa destinada a controlar el tránsito en una autopista. Se incluyen dentro de estos cuidados aquellos procesos de reorganización de todos los empleados para participar en los procesos de identificación de los riesgos de la autopista, modificación de los procesos de decisiones de gestión de la concesión, análisis de todos los riesgos identificados, accidentes de tránsito y demandas legales, documentación y determinación de prioridades en los proyectos de programación, provisión de contramedidas para riesgos identificados y evaluación de los resultados de la alimentación de esta información en el proceso de planeamiento (*The Development of a Highway Tort Liability Management System from the Indiana Department of Transportation*, T. Giraud y otros, 2004 en <http://docs.lib.purdue.edu/jtrp/207> y Weingarten “La privatización de la redes viales”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2005-2, pág. 153, puntos 4 y 5).

La obligación atinente a la recopilación de ese conjunto de datos -el bagaje informativo referente a la circulación en la autopista- implica, al menos teóricamente, que es la empresa quien se encuentra en una relación preferente para acumular esos datos propios de la relación de consumo (Mosset Iturraspe y Lorenzetti, *Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Buenos Aires, 1993, pág. 53; Quaglia, “La relación de consumo: su incidencia en los principios

contractuales”, LL 2006-C, 903; Hernández y Frustragli, “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo” en La Ley Suplemento Especial Ob. de seguridad, 2005 (sept.) pág. 21). En el caso, se encuentra demostrado -como indica el juez de primera instancia- que habían existido múltiples incidentes similares antes del accidente que dio origen a estas actuaciones.

El concesionario no sólo se encuentra en una relación preferente -asimétrica respecto del usuario- relativa a los hechos que ocurren en la vía misma sino que también tiene la posibilidad de probar los productos incorporados a la obra. La empresa concesionaria conoce -o se presume que debe conocer- en una relación de consumo en la cual están las ideas de debilidad de una de las partes y de desigualdad entre los contratantes (conf. la definición del convencional Servini García en la sesión ya citada de la Convención Nacional Constituyente de 1994) las características de una pasarela de peatones, las posibilidades eventuales de ser utilizada como plataforma de lanzamiento de proyectiles y la existencia de un diseño alternativo viable destinado a mejorar la seguridad de los conductores y pasajeros.

La empresa concesionaria de la autopista tiene, entonces, la obligación de crear condiciones progresivas de seguridad vial en relación al estándar tecnológico vigente al momento en que se produce el accidente. Sería ridículo, a la luz del criterio constitucional de la relación de consumo, que la concesionaria alegue que su deber de seguridad quedó petrificado en la situación tecnológica vigente al momento de la firma del contrato con el estado concedente. Aquí se advierte nuevamente que la relación de consumo produce una dislocación entre las obligaciones contractuales asumidas por la concesionaria frente al Estado y las obligaciones de seguridad e integridad física frente al usuario surgidas de fuente legal y constitucional que evidentemente no pueden ser evitadas por avisos en los cuales se formula una negativa expresa de garantía frente a esos usuarios.

En este punto y en orden a la consideración genérica del deber de seguridad es necesario ponderar que el concesionario de la autopista no es un asegurador del motorista frente a todo riesgo que éste pueda enfrentar mientras circula por la vía asfáltica. Se trata, más bien, de imponer un estándar de seguridad más elevado que se encuentra a cargo de la concesionaria para que ésta construya y controle una autopista razonablemente segura pero no segura frente a toda hipótesis eventual. La responsabilidad no implica tampoco proteger al motorista en relación al mal uso del producto o de la prestación (art. 5 de la ley 24.240) o frente a la violación de avisos o a la transgresión de los límites legales de velocidad. El mal uso de la autopista por el conductor, la culpa de la víctima, el caso fortuito u otros supuestos -

como la taxonomía locativa de las autopistas elaborada por la Corte Suprema en Bianchi- son circunstancias que el juez debe considerar en cada caso para evitar que se imponga un umbral utópico de seguridad basado exclusivamente en consideraciones basadas en falsas expectativas de los consumidores.

He señalado en los anteriores párrafos la natural derivación del concepto de relación de consumo según la aplicación prospectiva sugerida por la Corte Suprema en Bianchi. Tales afirmaciones en torno a la supuesta situación jerárquica preferente del prestador del servicio, al deber de seguridad frente al usuario, a la posibilidad de dispersar el riesgo mediante el seguro, a la inequitativa posición en que se encuentran las partes a la hora de responder pueden parecer un esquema puramente teórico destinado a crear un derecho parcial en favor de los consumidores.

Hasta aquí la teoría.

Ahora examinaré, pues, el modo en que esta matriz teórica resulta plenamente aplicable al presente caso.

Me detendré a transcribir algunos artículos del Reglamento de explotación del Acceso Oeste. Así, el art. 22 se titula “Responsabilidad de la Concesionaria” y dispone que “la Concesionaria será civilmente responsable frente al Concedente por los daños y perjuicios ocasionados según lo establecido en el Contrato de Concesión, y en relación a los Usuarios y a terceros, de conformidad con la legislación vigente.” El artículo siguiente se titula “Responsabilidad de los usuarios” y señala que “los Usuarios serán responsables de los vehículos que conducen y de las cargas o personas que transporten. Asimismo, responderán ante la Concesionaria por los daños y perjuicios de todo tipo que pudieran producir en la infraestructura o superestructura del Acceso, obras de arte, instalaciones de iluminación, señalización, u otros bienes ubicados en la zona del camino. Los Usuarios y terceros serán responsables de todo daño que pudiera ocasionar a otros Usuarios y a terceros. En ningún caso el Concedente asumirá responsabilidad alguna por los daños y perjuicios provocados por los Usuarios y terceros.” El art. 25 se titula “Obligación de mantenimiento” y dispone que “la Concesionaria está obligada al mantenimiento, reparación y conservación del Acceso en condiciones de utilización de acuerdo a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, debiendo suprimir las causas que originen molestias, inconvenientes o peligrosidad para los Usuarios, en la forma y plazo establecidos en el mismo” (el subrayado es mío).

La legislación vigente -art. 22- es la relación de consumo de acuerdo con el ya

citado criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El concesionario se encuentra obligado a mantener el Acceso -que no incluye sólo la cinta asfáltica- en condiciones de utilización debiendo suprimir las causas que originen “peligrosidad” que en el caso se habían concretado en los incidentes por el lanzamiento de proyectiles a los automóviles (ver la lista de incidentes de fs. 447/8), de modo que correspondía como obligación contractual su supresión en el caso.

El concedente ha utilizado su situación informativa preferente para liberarse de responsabilidad por los perjuicios provocados por terceros cuando tenía a su cargo una obligación contractual de seguridad (art. 22 del pliego) y un deber legal de seguridad a la fecha en que ocurrió el accidente (art. 5 de la ley 24.240).

La prestación del servicio incluye la supresión de estas causas puesto que debe evitar el acaecimiento de accidentes que previsiblemente puedan deberse a la actitud de terceros. Es que la obligación de seguridad se dirige, entre otros objetivos, a proteger la indemnidad de los usuarios, lo que tiene importancia a la hora de examinar el tema relativo a la configuración de actividades de terceros por los que supuestamente no debería responder la concesionaria.

A todo ello se añade otro aspecto concreto que ha sido bien puntualizado por el a quo. En efecto, la situación privilegiada en la recopilación de información aludida en los párrafos anteriores queda puesta de manifiesto con la lista de incidentes ocurridos por causas similares a la que produjo el accidente a la víctima el 18 de julio de 2000. Basta señalar al respecto que en ese mes existieron 15 denuncias por piedras arrojadas desde los puentes en el Acceso Oeste y 8 de ellos ocurrieron antes de la fecha del accidente. Los hechos debieron haberse convertido en tan repetitivos que el Órgano de Control de Concesiones Viales (OCCOVI) de la Secretaría de Obras Públicas usa una expresión estereotipada (“Incid. Men. Con piedras arrojadas desde puentes”) para referirse a accidentes viales como el sufrido por la víctima. Supongo, por otra parte, que la abreviatura “Inc. Men.” (sic) debe referirse aquí a “incidentes menores” lo cual patentiza el desprecio por la salud e integridad del usuario frente al deber de seguridad impuesto por el art. 5 o, en otros términos, el menosprecio por el riesgo creado por la construcción de una pasarela que permitía el arrojamiento de proyectiles sobre la trayectoria de los vehículos al haber sido catalogado como “menores”. En lo que se refiere a este caso -que está incluido en esa lista- el accidente no puedo considerarlo como “menor” porque el peritaje médico ha concluido que la demandante presenta una secuela de

traumatismo que produjo en ojo derecho, una conjuntivitis crónica que presenta una incapacidad del 5 % del valor obrero total, parcial y permanente (conf. 600/604). En resumen, todo ello demuestra un grave error en la consideración de la interacción entre terceros, usuarios y empleados de la autopista o -para decirlo en términos técnicos- una inadecuada gestión del riesgo previsible en la concesión.

El concesionario señala incluso en su contestación de demanda (ver fs. 223/vta.) que en el contrato de concesión no estaba previsto ningún tipo de alambrado. Empero alega que en el mes de agosto de 2000 concluyó una tarea experimental en dos pasarelas peatonales y dos puentes del Acceso Oeste con el consentimiento del OCCOVI. Es a partir del mes de octubre de 2002 que se “prevee los fondos para seguridad” con lo que se procedió a la instalación de cercos en el resto de las pasarelas y puentes peatonales del Acceso Oeste, lo que se impuso finalmente como obligatorio por el OCCOVI por nota 206/01 del 29/02/2001 (sic).

Queda así patentizado el valor de concebir este tipo de vínculos desde la perspectiva de la relación de consumo porque sus presupuestos teóricos respecto a las actitudes de los prestadores de servicios -el dominio superior de información, las exenciones de responsabilidad- y al alcance de sus deberes -las posibilidades de adoptar medidas de cambio de diseño que protejan al usuario- son plenamente aplicables al caso al haber estado en conocimiento de incidentes por arrojo de proyectiles en incidentes similares al sufrido por la víctima.

Señala la citada en garantía en su expresión de agravios (ver fs. 766 vta., punto III) que el concesionario no tiene a su cargo el deber de seguridad que surge de relaciones contractuales en supuestos tales como el contrato de transporte con base en el art. 1198, primer párrafo, del Código Civil.

Esto es cierto.

El motorista que conduce un vehículo y que reclama el resarcimiento de los daños causados por la violación a la relación de consumo se encuentra en una situación fáctica y jurídica distinta a la que se encuentra la persona transportada. Es verdad que el transportado no tiene derecho a indemnización por parte del transportista cuando sufre una lesión por la conducta exclusiva de un tercero quien, por ejemplo, arroja una piedra desde el exterior (conf. esta Sala votos del Dr. Calatayud en causas 206.350 del 6-11-96 y 398252 del 16-7-04 y sus citas y votos del Dr. Dupuis en causas 360.925 del 16-12-02 y 411.341 del 17-5-05 y también

CNCiv. Sala G, “Moyano Liliana M. c/Empresa Ferrocarriles Argentinos”, del 22-9-93 con voto del Dr. Greco, LL 1994-C, 139 con alusión al límite del deber de seguridad con sustento en el art. 54 de la ley 2873 y Sala “F”, “Agopian de Marzekian T. c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos” del 19-12-90 en LL 1991-B, 116 con voto de los Dres. Bossert y Conde. Sin embargo, la situación del automovilista que se desplaza por la autopista es distinta porque los accidentes que eventualmente sufran se encuentran, en principio y por imposición legal (art. 5 de la ley 24.240), dentro del espacio de control presunto atribuido a la concesionaria que incluye, entre otros, a zonas tales como la vía asfáltica misma, las banquetas, las zonas cercanas a los guard rails y las pasarelas para el cruce de peatones. El transportista sólo controla el espacio interno del móvil en el que viaja el pasajero salvo en situaciones excepcionales en las cuales se presume el control de los andenes en cuanto parte integrante del deber de garantizar la prestación de un servicio seguro que surge del art. 184 del Código de Comercio y del art. 1º del reglamento general de ferrocarriles (ver Sala H voto del Dr. Kiper en autos “C. C., J. E. c. Trenes de Buenos Aires” del 29-7-05 y Sala M voto del Dr. Daray en autos “Arregui, Silvio F. c. TBA Transporte de Buenos Aires Línea Sarmiento”, del 9-9-04 pub. en DJ 2004-3, 895). La empresa concesionaria controla el espacio externo por el que viaja el automovilista. Es posible decir así que se trata de dos espacios diferentes de control presunto.

La cuestión es, en el fondo, similar a la que ocurre en el contrato de transporte que también ha sido creada como una obligación legal resarcitoria por razones de “política legislativa” (ver López Mesa y Trigo Represas, *Tratado de responsabilidad civil*, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 340). La Corte Suprema ha señalado -de modo indirecto- la aplicación del régimen de la relación de consumo para evitar que el usuario se encuentre desvalido en estos casos imputando el deber de seguridad del art. 5 de la ley 24.240 a la concesionaria a partir de la sanción de la ley 24.999.

Por supuesto que -como bien señala Sagarna (“El hecho del contratista y el deber de seguridad”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año VII, nº 10, y “Responsabilidad por daños causados por automóvil detenido en autopista”, LL 2002-A, 253, punto III)- resulta obvio también que el automovilista que se moviliza por una autopista debe cumplir estrictamente con las disposiciones que rigen el tránsito de automóviles (ley 24.449 para el ámbito nacional), de modo que en muchas ocasiones su actividad resulta una causa concurrente con el daño sufrido al no haber mantenido el pleno dominio del rodado que

conduce (conf. art. 50 de la ley citada). El examen de la cuestión a la luz de la relación de consumo no supone naturalmente un *bill* de indemnidad para los automovilistas que transitan desaprensivamente por las autopistas del país. Es que el automovilista que se incorpora a la autopista es un tipo especial de usuario o consumidor. El modelo habitual de consumidor se relaciona de un modo directo con el producto o servicio. En cambio, el conductor usuario de una autopista ingresa en una interacción con la prestación del servicio de la concesionaria de una naturaleza especial porque él mismo conduce una cosa riesgosa o viciosa en los términos del art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil. Es necesario atender así a la circunstancia de que el consumidor no es aquí un mero participante pasivo en la relación con los productos (David G. Owen, “The moral foundations of product liability law: toward first principles”, 68 *Notre Dame Law Review* 427, 461 [1993]) o, como en el caso, con la prestación de un servicio (conf. Geraint Hoowells y Stephen Weatherill, *Consumer Protection law*, 2ª ed. Londres, 2005, pág. 214).

Es por ello que aunque la relación de consumo impone un estándar de seguridad más elevado para el prestador del servicio o para el fabricante del producto, también destaco que no es posible soslayar -en el análisis de estos supuestos- la diferencia evidente que existe entre la persona que aprehende un producto elaborado en un supermercado (ver el fundado voto del Dr. Kiper como integrante de la Sala H en la causa “Ryan Tuccillo c. Cencosud” del 26-3-97) donde la responsabilidad se acerca al factor de atribución objetivo con el usuario que conduce un automóvil por una autopista.

Efectuada esta distinción y teniendo en cuenta que en ambos casos se ha impuesto un deber legal de seguridad (arts. 5 y 40 de la ley 2.240 y art. 184 del Código de Comercio) no advierto que haya existido actividad alguna del conductor o de la víctima que haya influido en el subexámine en la producción del evento dañoso. La concesionaria no ha demostrado culpa del conductor o una negligencia de la víctima que demostrara que sus conductas hayan tenido algún papel causal o-para utilizar la expresión de la ley 24.240- que la culpa de la víctima haya sido una causa ajena en la producción del daño.

La demandada y la citada en garantía solicitan la revocación de la sentencia toda vez que han sido condenadas por la conducta de un tercero por quien no deben responder (ver fs. 774 vta./775 vta. y 768/vta.). Ante este planteo concreto cabe examinar si dicha conducta supuso una ruptura en el nexo causal entre el deber contractual de seguridad de la concesionaria y el daño causado a la víctima.

Los hechos no se encuentran controvertidos en el caso. Tendré así por probado que la lesión que padeció la actora fue causada por la conducta ilícita de un tercero que arrojó un proyectil desde la pasarela peatonal que atraviesa el Acceso Oeste a la altura del kilómetro 18. Dicha pasarela fue instalada por el concesionario en cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas con el Estado Nacional y fue usada como una plataforma de lanzamiento en perjuicio del conductor del automóvil y de su acompañante. Resulta demostrado, entonces, que la repetida conducta de terceros se encontraba estereotipada como una conducta habitual en el flujo de información habido entre concesionario y el organismo de control de la concesionaria vial.

Se presenta así un incumplimiento del deber de seguridad relativo al mantenimiento de la indemnidad del usuario (art. 5 de la ley 24.240) al haber sufrido la actora un daño como consecuencia de su tránsito por el Acceso Oeste, ya que el derecho del consumidor implica la protección contra las consecuencias de productos, procesos productivos y servicios peligrosos para la salud, la vida o la integridad de aquél (Laura Pérez Bustamante, *Derechos del consumidor*, Buenos Aires, 2004, pág. 55) o como señaló la jueza Highton de Nolasco en su voto en Bianchi (considerando 5º) toda otra medida que pueda caber dentro del deber de seguridad a los efectos de resguardar la seguridad y la fluidez de la circulación, asegurando que la carretera se mantenga libre de obstáculos.

No basta en estos casos probar que el daño se produjo cuando el usuario viajaba por la autopista porque esa no es la relación causal que exige la ley, del mismo modo que no basta el contacto entre la cosa y el daño invocado por el demandante en el caso del art. 1113 ya que es necesario demostrar que la cosa es riesgosa o viciosa (conf. Llambías, *Obligaciones*, t. IV-A, Buenos Aires, 1976, pág. 614, n° 2637). Debe demostrarse que el daño obedeció a ese incumplimiento contractual del servicio exigible. Es necesario probar que el daño obedece al incumplimiento del deber de seguridad exigible en el caso (art. 5 de la ley 24.240). No cabe fundir el concepto de daño con la situación locativa del usuario -no basta “estar” en la autopista- ya que lo esencial es la vinculación del daño con el incumplimiento funcional de las obligaciones impuestas legalmente al concesionario.

La presencia de un deber legal de seguridad impone a la concesionaria la adopción de una serie de medidas para proteger a los automovilistas de actos previsibles de terceros. Es precisamente la consagración legal de este deber de seguridad -asentada en el caso en la relación de consumo- la que convierte en imperativa la realización de una serie de



actividades para evitar esos daños. Debe tenerse en cuenta que la concesionaria se encontraba en una posición informativa preferente para determinar cuáles eran los riesgos que se presentaban por la colocación de la pasarela, cuán probable era que el riesgo ocurriera, cuán grave era el peligro para el público y cuáles eran las posibilidades y la gravedad del daño por la colocación de un producto cuyo diseño permitía un ataque sobre los automovilistas.

A partir de estas consideraciones, es posible advertir que la causa no es ajena a la concesionaria puesto que el deber legal de seguridad le impone evitar este tipo de actividades del mismo modo que debe mantener la vía asfáltica libre de obstáculos que impidan la libre circulación de los vehículos. La actividad previsible de terceros no es causa ajena a la obligación de seguridad porque corresponde al prestador del servicio adoptar las medidas que eviten que se causen daños al usuario. La invocación acerca del carácter ajeno de la causa hace necesario recurrir al módulo de la previsibilidad de la conducta ajena (art. 902 CC) para determinar si esa actividad se encontraba o no dentro del marco de los deberes que le corresponden a la concesionaria en la relación especial que lo une al usuario.

Desde luego que no existe -por lo menos en el estado actual de nuestra legislación positiva- un deber general de proteger contra las intervenciones negligentes o criminales de otros y que sustentar este principio resulta una exageración (H.L. Hart y Tony Honoré, *Causation in the law*, 2a. ed., 1985 -reimp. 1996- pág. 281). Pero este es precisamente el punto en el caso porque el concesionario tenía el deber específico de protegerlo -dentro del marco de las obligaciones ya citadas- contra las intervenciones de esos terceros (arts. 1, primer párrafo y 5 de la ley 24.240). No se trataba ya de poder intervenir para evitar el daño a terceros sino de que le correspondía por política legislativa usar los medios apropiados para evitarlo, esto es, colocar un alambrado que hubiera probablemente evitado dicho daño. La relación contractual entre el usuario y el concesionario impone a este -por la relación específica que los une- una obligación legal de protección respecto de los daños causalmente vinculados con la actividad del prestador del servicio. Y una demostración concreta en el sentido de que la causa no era ajena se encuentra en la descripción efectuada en la demanda respecto a la adopción de medidas voluntarias a partir de agosto de 2000 -antes de la renovación del contrato con el Estado Nacional- para proteger a los usuarios frente a los ataques de terceros desde las pasarelas peatonales

Una pregunta útil en estos para determinar si existe ese deber consiste en determinar si -como ocurre en quebrantamiento del deber en el derecho de negligencia

anglosajón- el demandado se hallaba sujeto a un deber de proteger a la actora contra el evento que de hecho ocurrió (ver Prosser y Keeton, *On Torts*, 5a. Ed., 1984 (reimp. 2004), pág. 274, n° 42; también Geneviève Schamps, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*, París-Bruselas, 1998, pág. 495). El alcance de ese deber de seguridad en nuestro derecho positivo se encuentra impuesto por ley -y no por el juez- y se concreta mediante la determinación -como ya he indicado- de las obligaciones genéricas y concretas que debían entenderse asumidas por el concesionario para proteger a los usuarios. Dadas las circunstancias del caso -ver informe fs. 447/8- resulta claro que la conducta de personas que ascendían a las pasarelas construidas por la demandada -sin la protección de un alambrado- era un hecho reiterado que ocurría dentro del espacio de control presunto de la concesionaria. Lo inadmisibles sería mantener la posición adoptada en la contestación de demanda, esto es, sostener que, a pesar de los hechos delictivos cometidos reiteradamente en el Acceso Oeste con la misma metodología, los automovilistas y sus acompañantes deben soportar inermes el ataque desde una plataforma de lanzamiento de proyectiles en el marco de un servicio que había sido abonado por el conductor del vehículo y que incluía el deber de seguridad respecto de esos hechos previsibles (conf. Bianchi considerando 4° *in fine* y arts. 5 y 40 de la ley 24.240).

Es más, tan obvio era para todos que la protección del usuario incluía los ataques de terceros desde las pasarelas que el Dr. José Luis Saade como jefe técnico de la concesionaria demandada declaró testificalmente a fs. 329 y señaló que “hacia fines del año 2000, el Grupo Concesionario del Oeste comenzó a agregar a las barandas de las pasarelas un alambrado de seguridad y propuso al órgano de Control que tuvieran un reconocimiento económico de esa colocación... porque habíamos tenido casos de robos y algunos intentos de suicidios y dado la altura que tiene se decidió dar más protección. Al comienzo no fue una exigencia del Órgano de Control” (ver resp. 7a. del acta de fs. 329 también ponderada por el juez en la sentencia recurrida).

Por supuesto que en estos casos es posible adoptar una retórica defensiva basada en la eximente de responsabilidad según la cual la relación causal se ciñe exclusivamente al acto del tercero y a la situación pasiva de la víctima sin tener en cuenta la relación especial que crea la obligación legal de seguridad establecida por el art. 5 de la ley 24.240. Estas estrategias son habituales en los casos en los cuales el demandado tiene un deber de protección de terceros (conf. Jack Balkin, “The rhetoric of responsibility”, 76 *Virginia Law Review* 197 [1990]).

Desde esta perspectiva tradicional hay sólo un actor intencional responsable del daño (art. 1109 CC) o responsable como dueño o guardián de la cosa (art. 1113 CC). Ahora bien, justamente esa concepción -aceptable desde la lectura literal de esas normas- no puede regir el examen del caso a la luz de lo dispuesto por la ley 24.240. Es que el estudio de la responsabilidad del concesionario queda atado aquí a una situación en la cual éste se encuentra en un grado de conocimiento presunto superior al usuario respecto a los hechos que suceden en la autopista y en relación a la posibilidad de probar productos que eviten el riesgo de la actividad de terceros. La obligación de seguridad o de protección según la relación de consumo incorpora la posibilidad de responder por terceros cuando su intervención como causa concurrente sea previsible.

La cuestión de la extensión del concepto de relación de causalidad en este tipo de situaciones también fue analizada por el Tribunal Supremo de España (sala 1a. en lo Civil “Doña Estíbaliz c/Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española S.A. y otros” del 27-1-06) que consideró -en un caso análogo al presente- que la omisión atribuida a la concesionaria había contribuido causalmente a la producción del resultado dañoso (pub. en LL 2006 D, 187 con nota aprobatoria de Roberto A. Vázquez Ferreyra, “Responsabilidad de las concesionarias de autopistas por los daños causados por un niño que arrojó una piedra” invocando la aplicación del art. 1113, segundo párrafo del CC o de la obligación tácita de seguridad y ver también comentario de Fernando de Franco Paz en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n° 73 enero / abril 2007, pág. 1944). Entiendo que analizada la cuestión a la luz de la relación de consumo, la previsibilidad de los hechos (basada en el art. 902 del CC) se incorpora así como un elemento imprescindible para considerar la responsabilidad del productor del servicio, tanto más si se tiene en cuenta que la mencionada asimetría informativa lo colocaba en un umbral superior de conocimiento respecto a los posibles riesgos que puede sufrir el usuario de la autopista. La delimitación del deber de seguridad surge de la posibilidad de prever esos actos de terceros y la aparición de un daño causalmente vinculado con una omisión previsible hace responsable a la concesionaria en estos casos (ver Jorge Mario Galdós, “Sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. El fallo ‘Bianchi’. La clausura definitiva del debate” en *La Ley* del 13-3-07, pág. 3). El alcance del deber de seguridad -lo que en derecho anglosajón se llama *scope of duty*- queda entonces delimitado por la ya mencionada consideración de las diversas obligaciones que concurrían en cabeza del concesionario y que surgen tanto del contrato de concesión como de consideraciones básicas de la previsibilidad de su conducta que debe estar dirigida a mantener la integridad del usuario que transita por la autopista.

Tanto existía este deber de seguridad a cargo del concesionario que en su descripción de fs. 223 vta. da cuenta de haber iniciado en agosto del 2000 medidas en forma experimental y voluntaria para colocar estos alambrados lo que fue sólo recién impuesto como obligatorio en febrero de 2001. La forma en que está planteado por el concesionario demuestra la confusión entre el deber contractual de seguridad respecto de sus relaciones de Derecho Administrativo con el Estado Nacional con el deber legal de seguridad impuesto por la ley 24.240. Obsérvese en este aspecto que de no haberse previsto los “fondos para seguridad” en octubre de 2000 debería entenderse que la concesionaria quedaba liberada de esta obligación -

que es lo que se trasluce de la contestación de demanda- cuando justamente el sistema normativo que resulta de la concordancia entre la mencionada ley y los arts. 19, 33, y 42 de la Constitución Nacional se dirigen a evitar este tipo de exenciones del deber legal impuesto al usuario en estos casos.

Es por ello que la responsabilidad adquiere unos caracteres específicos ya que no se exige la relación de causa a efecto y una determinada acción individual y el daño, sino entre éste y una “esfera de responsabilidad”, dicho en otras palabras sentada la responsabilidad sobre la utilización de instrumento o el desarrollo de actividades, el simple empleo de dichos instrumentos o la realización de la actividad implica la atracción causal de los actos de que de ellos se deriven. Puede decirse que en estos casos existe un deber jurídico de obrar previniendo y evitando el daño (Parra Lucan, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, págs. 258 y 261). Este deber jurídico -antes considerado implícitamente incluido en el contrato (art. 1198 CC)- ahora resulta impuesto por obligación legal por la correlación de los arts. 5 y 40 de la ley 21.240.

El deber de seguridad incluía en el caso la adopción de medidas necesarias para evitar que se causen daños a los automovilistas. Estas causas podían provenir de terceros, en otros términos, en concreto existen “causas de terceros” por las que el concesionario debe responder. El planteo de las defensas presenta la consideración de este caso a la luz de la relación entre dependiente y principal y de la eximición de responsabilidad en los casos de cosas dañosas y viciosas (art. 1113, primer y segundo párrafos del Código Civil)) sin atender a la expresión del art. 5 de la ley 24.240 que se refiere a la garantía legal que le corresponde al concesionario por los daños causalmente conectados con el incumplimiento de la obligación de seguridad ya delimitada en los anteriores considerandos.

En conclusión, la causa del daño -en el cumplimiento del deber de seguridad que deriva de la relación de consumo- no fue, en este caso, una causa ajena al deber de seguridad del concesionario y es por ello que no se ha producido una fractura en el nexo causal jurídico que exige dicha relación.

Advierto que el grupo Concesionario del Oeste alegó en su contestación de demanda (ver fs. 222 vta., punto III b) que había cumplido con todas las obligaciones impuestas entre las que se encontraba la construcción de la totalidad de las pasarelas peatonales de acuerdo con las normas de la Dirección Nacional de Vialidad respetando las dimensiones del plano tipo H-4338. Esta defensa no ha sido reiterada en la expresión de

agravios.

Una vez que el riesgo se convierte en previsible, el productor -y en el caso el prestador del servicio- debe protegerse a sí mismo intensificando la inversión en experimentación e investigación o con medidas para cubrirse mediante seguros de responsabilidad civil (European Commission v. United Kingdom, 1997 ALL ER (EC) 481, opinión del Relator Principal (*Advocate General*) de la Corte Europea de Justicia del 23-1-97 desde una perspectiva europea y ver también Howells y Mark, “Is European products liability more protective than the Restatement (Third) of Torts product liability?”, 65 *Tennessee Law Review* 985, 1026 y nota 283 [1998]). Cabe advertir que en el caso ni siquiera era necesario incurrir en inversión alguna porque la declaración del testigo Saade como jefe técnico de la demandada pone de manifiesto que aquélla tenía los medios a su alcance para superar -en gran medida- los riesgos provocados por terceros y que había requerido un incremento del pago por el Estado. En resumen, se trataba de una cuestión de cálculos de costos y beneficios y no de imposibilidad tecnológica.

No entraré a debatir si la cuestión de la denominada de los riesgos del desarrollo resulta aplicable en estos casos en el derecho argentino (ver Atilio A. Alterini, La responsabilidad civil por productos, en Alterini-López Cabana, *Temas de reesponsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1995, pág. 237) porque la cuestión examinada en el *sub lite* se refiere a la prestación de un servicio y no de la entrega de un producto cuyos riesgos eran ignorados al momento de su producción o de su venta. Lo esencial en este caso es que el cumplimiento de las reglas gubernamentales establecidas en el pliego licitatorio no relevan *per se* de responsabilidad al concesionario como prestador del servicio. El deber legal de seguridad impone que el concesionario se adecue a las modificaciones tecnológicas para mantener el ya referido estándar progresivo de seguridad frente a los usuarios. El cumplimiento de un estándar de seguridad gubernamental es de alguna evidencia respecto a la inexistencia de negligencia de los fabricantes pero no es concluyente sobre esos temas en los casos de productos elaborados (ver David G. Owen. Products Liability..., pág. 888 y Frank J. Vardall, “State-of-the-art, custom and reasonable alternative design” 28 *Suffolk University Law Review* 1193, 1200 y nota 67 [1994]). Tratándose, como en el *sub lite*, de un producto incorporado a la prestación de un servicio que requiere de estándares progresivos de seguridad a cargo del prestador de los servicios, la defensa es inadmisibles porque ello supondría hacer depender la seguridad del usuario de las relaciones entre el concesionario y el concedente.

Ello resulta concretamente en el caso ya que el demandado reconoce que la obligación legal de agregar esos alambrados a las pasarelas peatonales fue establecida poco después del accidente, más precisamente, el 29 de febrero de 2001.

Se advierte nuevamente aquí la dislocación entre las obligaciones asumidas frente al Estado de aquellas que son impuestas legalmente por el art. 5 de la ley 24.240 y que convierten al prestador del servicio en un servidor dinámico -en cuanto atento a los adelantos tecnológicos- del deber de seguridad en favor del usuario.

En concreto, existía entre concesionario y usuario y su grupo social una obligación contractual basada en el contrato de peaje que impone un deber de seguridad al prestador del servicio fundada en la existencia de una relación de consumo (arts. 19, 33 y 42 de la Constitución Nacional y arts. 1, 5 y 40 de la ley 22.420). Este deber de seguridad incluye proteger al usuario respecto de los daños causalmente vinculados a la prestación de servicio entre los cuales se encuentran tanto los relacionados con el cuidado de la cinta asfáltica como aquellos que se requieran como medidas necesarias para la protección de aquel. El ámbito de estas medidas se mide por la previsibilidad de la conducta exigible al prestador (art. 902 del Código Civil). La víctima fue dañada por un tercero cuando viajaba por la autopista concesionada al demandado en un hecho que por repetido se había convertido en estereotipado en su misma enunciación y que era evitable de modo tal que no puede considerarse que se trate de una causa ajena al servicio mismo de la prestación.

#### **5. La indemnización.**

La demandante sostiene que el *a quo* no ponderó debidamente la cuantía por el resarcimiento sobreviniente porque el hecho redujo de manera permanente y crónica su aptitud para producir recursos. Señala que el informe pericial dio cuenta de la presencia de “una secuela de traumatismo que produjo, en ojo derecho, una conjuntivitis que se estima representa una incapacidad del 5 % del valor obrero, total, parcial y permanente”. Aduce que la sentencia ha establecido un monto irrisorio que frustra el equilibrio patrimonial de la actora que supuestamente debió proteger.

La perito médica concluyó (ver fs. 603/vta.) que la actora presenta una secuela de traumatismo que produjo, en ojo derecho, una conjuntivitis crónica, que recibió tratamiento medicamentoso durante tres meses, aproximadamente y que el tratamiento a futuro depende de la reagudización del cuadro conjuntival crónico, siendo, por lo tanto, intermitente y de índole medicamentoso. Ahora bien, la misma experta definió a la conjuntivitis como la inflamación

de la conjuntiva que se manifiesta por hiperemia conjuntival, secreción y lagrimeo. Por su localización, la conjuntiva está expuesta a la acción de numerosos microorganismos y agentes nocivos. Destacó, además, cuáles son las características de la enfermedad refiriéndolas como sensación de cuerpo extraño, “quemazón, pesadez alrededor de los ojos, prurito y cuando la córnea está afectada, dolor y fotofobia.” Es a raíz de estas apreciaciones que la experta determinó la incapacidad en el 5 %.

Esta Sala ha sostenido en forma reiterada que aun cuando las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, si el informe comporta la necesidad de una apreciación específica en el campo del saber del perito -conocimiento ajeno al hombre de derecho- para desvirtuarla es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf. cc. 21.064 del 15-8-86, 18.219 del 25-2-86, 11.800 del 14-10-85, 32.901 del 18-12-87, 51.447 del 11-8-89, 65.268 del 18-4-90, 100.386). En este sentido, la actora y la demandada cuestionaron tales conclusiones siendo respondidas a fs. 649/650 por la experta y sin que hayan sido mantenidas tales críticas ante la alzada. Por ser ello así y ante la ausencia de otros datos que permitan rebatir las conclusiones de la perito médica, me atenderé al porcentaje de incapacidad ya señalado.

Esta Sala tiene dicho que la incapacidad sobreviniente incluye cualquier disminución física o psíquica, que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduzca en un menoscabo de cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, *Código Civil Comentado, Anotado y Concordado*, T. 5, pág. 219 n° 13; CNCiv. esta Sala, causa 24.116 del 20 de octubre de 1986, 43.169 del 18 de abril de 1989 y 92.305 del 23 de julio de 1991).

Y también ha sostenido que a los fines de establecer la indemnización por incapacidad (comprensiva de la física y la psíquica o de una sola de ellas) debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las que si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil de la víctima, también es preciso meritarse la disminución de sus posibilidades, su edad, cultura, estado físico, es decir, todo aquello que se trasunta en la totalidad de la vida de relación (conf. votos del Dr. Dupuis en L. 34.743 del 10 de marzo de 1988; idem, n° 44.825 del 3 de mayo de 1989; idem, id., c. n° 61.742 del 27 de febrero de 1990; idem, id. 107.300 del 23 de abril de 1992, entre varios otros), aunque sin



atenerse a pautas matemáticas (ver, entre otras, causa mencionada nº 61.742; idem, c. 106.654 del 14 de abril de 1992, etc.).

Creo que la repercusión de los daños causados a la actora no han sido suficientemente ponderados en la sentencia recurrida en este punto y que lo que se imputa al juez es precisamente -en el lenguaje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 314:78; 315:119 y 2135, 316:2598 ; 319:1085 y 320:2230, entre otros)- una falta de concreción en la práctica de los patrones señalados en la sentencia respecto a la necesidad de resarcir el daño causado que habría calculado en una suma exigua y que no guarda relación con el menoscabo efectivamente causado.

Es por estos motivos que estimo que corresponde elevar el monto por este concepto a la suma de \$ 8.000.

Invoca la presencia de daño psicológico que fue rechazado por el magistrado que entendió que su parte no presentaba trauma psíquico permanente como consecuencia del hecho. Afirma la apelante que “el hecho de no acreditar trauma psíquico,” no desvirtúa la disminución de su capacidad para la vida de relación.

Conforme reiterada jurisprudencia, la crítica razonada y concreta que debe contener el memorial de agravios ha de consistir en la indicación, punto por punto, de los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo y, en ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la resolución adversa, no hay críticas válidas que atender en la alzada (conf., entre muchas otras, CN esta sala, causas 161.621 del 5 de diciembre de 1994, 165.639 del 6 de marzo de 1995 y 233.079 del 28 de diciembre de 1997).

Tales recaudos no han sido cumplidos por la demandante, de manera que consideraré desierto el planteo en este punto.

Estimo que similares consideraciones es posible realizar respecto a la falta de sustento del planteo de la actora respecto a la condena por daño moral ya que sus agravios se limitan a señalar que el *a quo* estableció la suma de \$ 5.000 sin haberse detenido en ponderar la angustia generada por los problemas en la visión que la condicionan en lo profesional, personal y social.

La sentencia estableció el monto de \$ 600 por gastos médicos, de farmacia que la apelante considera irrisorio ante los bonos de consulta acompañados, los gastos por los estudios y medicamentos y el sinnúmero de traslado que debió realizar con motivo del

tratamiento.

Si bien esta Sala considera que este tipo de gastos no requieren de prueba documental, debiendo ser admitidos siempre que resulten verosímiles en relación con las lesiones provocadas por el evento dañoso (ver voto del Dr. Calatayud en causas 157.723 del 1° de marzo de 1996, 204.192 del 23 de diciembre de 1996 ;voto del Dr. Mirás en causa 69.534 del 13 de julio de 1990; votos del Dr. Dupuis en causas 44.825 del 2 de mayo de 1989 y 138.134 del 3 de febrero de 1995, y c. 446.720 del 26 de mayo de 2006 entre muchas otras), también he de tener en cuenta que ellos han sido admitidos por el juez sin que en el memorial de agravios se hayan referido datos que surjan del expediente que permitan inferir que la suma concedida resulta insuficiente para hacer frente las erogaciones de la actora.

Por esta razón entiendo que corresponde mantener la decisión recurrida en este aspecto.

Las costas de Alzada, propicio sean impuestas a la demandada, que al haber controvertido el aspecto central del problema, la responsabilidad que se le imputara, ha resultado ser la parte sustancialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal; conf. Orgaz, “El daño resarcible”, 3ª ed., pág. 158, n° 48 y fallos citados en nota 117; CNCiv. esta Sala, causas 305.369 del 25-10-2000 y 312.050 del 15-5-01, entre muchas otras; Sala “I”, en JA, 2003-IV-248).

El Sr. Juez de Cámara Dr. Calatayud dijo:

Como bien recuerda mi distinguido colega que me ha precedido en el uso de la palabra, esta Sala, en su anterior composición, cuando le tocó expedirse sobre la responsabilidad del concesionario vial en accidentes acaecidos frente a la presencia de animales sueltos en la ruta, siempre lo liberó al compartir la doctrina que había sustentado la Corte Suprema a partir del precedente “Colavita”, añadiendo en más de una oportunidad que también discrepaba con aquellos fallos -provenientes de otras Salas de la Cámara- que hacían aplicación de la ley n° 24.240 por entender que entre el usuario y el concesionario existía una “relación de consumo” (ver entre otros mi voto en causa 378.492 del 16-9-03).

Sin embargo, nuestro máximo tribunal ha variado de criterio y ha dejado en claro, sobre todo en los autos “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/Provincia de Buenos Aires y/u otros”, del 7-11-06, que el vínculo que se establece entre el concesionario de rutas y los usuarios de ellas, “es calificado como una relación de consumo en el derecho vigente” (ver considerando 3° del voto de la mayoría). Y, si bien dicha precisión ha sido efectuada en un

expediente de competencia originaria, en el que, además, no podían aplicarse las normas contenidas en aquel cuerpo legal por cuanto el accidente se había producido con anterioridad a su sanción, marca nítidamente el camino a seguir para todos los supuestos que sí estén comprendidos entre sus disposiciones, como lo es el caso de autos.

Por consiguiente, dado que esa precisión implica -como acertadamente señala el Dr. Racimo- una suerte de declaración prospectiva de arbitrariedad para las hipótesis de análisis de algún precedente de los tribunales inferiores que se aparte del enfoque referido, evidentes razones de economía procesal aconsejan rever el criterio antes aludido y encuadrar la responsabilidad bajo esta óptica.

Es por tal motivo que voy a compartir el exhaustivo examen efectuado por mi colega, el que, por otra parte, ha agotado el análisis de las cuestiones de hecho acreditadas en este expediente. Voto, pues, en igual sentido.

El Sr. Juez de Cámara Dr. Dupuis por análogas razones a las expuestas por los Dres. Calatayud y Racimo, votó en el mismo sentido

Con lo que terminó el acto. FERNANDO M. RACIMO. MARIO P. CALATAYUD. JUAN CARLOS G. DUPUIS.

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2007.-

Y VISTOS:

Por todo ello propicio que se confirme la sentencia en lo principal que decide modificándosela sólo en lo referente a la imposición de las costas en ambas instancias por la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Estado Nacional y en lo vinculado al monto por incapacidad sobreviniente que se eleva a la suma de OCHO MIL PESOS (\$ 8.000). Con costas (art. 68 del Código Procesal). Notifíquese y devuélvase.