

■ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Actividad legítima. Ejecución de Obra Pública.

Concesión. Daños a vecinos de una autopista.

Responsabilidad del Concesionario y del

Concedente. Resarcimiento del daño moral

“Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otro s/ daños y perjuicios”.

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 2 días del mes de marzo de dos mil

seis, reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Sala C de la Cámara Civil, para conocer de los recursos interpuestos en autos: “Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otro s/ daños y perjuicios”, respecto de la sentencia corriente a fs. 318/327, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo, la votación se efectuó en el orden siguiente: Sres. Jueces de Cámara, Dres. Cor-telezzi, Álvarez Juliá y Díaz Solimine.

Notas sobre la responsabilidad del Estado por la ejecución de una obra pública en el marco de una concesión otorgada a un particular.*

Eduardo Mertehikian

SUMARIO: I. El caso. II. El mérito, la decisión y los principales desacuerdos conceptuales con la sentencia comentada.

I. El caso.

El fallo que se anota, confirmatorio del dictado en primera instancia, condenó al concesionario de obra pública de la Autopista del Oeste –que hace parte de la denominada Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires– y al Estado Nacional –concedente en el marco del contrato de concesión con aquel celebrado– al pago de una indemnización de daños y perjuicios sufridos por un vecino afectado por la construcción de un

* Comentario al fallo de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil recaído en la causa “Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otro s/ daños y perjuicios”, del 02-03-2006.

Sobre la cuestión propuesta la Dra. Cortezzi dijo:

I.- Contra la sentencia de fs. 318/327 que hizo lugar a la demanda y condonó a Grupo Concesionario del Oeste s.a. y al Estado Nacional (Ministerio de Economía) a pagar a Julio Alejandro Capaglioni la suma de pesos cuarenta mil (\$40.000), con intereses y costas, apelaron los demandados. El primero expresó agravios a fs. 373/376 y el Estado Nacional lo hizo a fs. 366/372, siendo estos últimos replicados por el actor a fs. 366/372, siendo estos últimos replicados por el actor a fs. 381/382. Ambos accionados centraron sus quejas en el rechazo de las excepciones de falta de legitimación pasiva que interpusieran, cuestionando también el tercero citado la atribución de responsabilidad a su parte efectuada por el sentenciante. Estiman además muy elevada la suma fijada por el a quo en concepto del rubro desvalorización del bien inmueble, solicitando también el Estado Nacional la reducción del rubro daño moral.

II.- Por razones metodológicas trataré en primer lugar los agravios referidos a la falta de legitimación pasiva y a la responsabilidad, para luego ana-

lizar los agravios vinculados con la cuantía de los distintos rubros cuestionados.

I. La legitimación pasiva.

Cabe señalar liminarmente, que la legitimación para obrar en la causa, es decir, la legitimación procesal, determina quién puede actuar como parte actora en un proceso determinado (legitimación activa) y frente a quién como demandado (legitimación pasiva). Se precisa así la condición jurídica en que se hallan una o varias personas en relación con el derecho invocado en juicio, sea en razón de su titularidad o bien de otras circunstancias idóneas para fundar la pretensión o defensa, en su caso (cfr. Fenochietto, Carlos Eduardo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* –Comentado, anotado y concordado con códigos provinciales– 2da. Ed., Editorial Astrea, T.2, p. 382).

Denota así la posición subjetiva de las partes frente al debate judicial, desde el momento en que no es suficiente alegar un derecho, sino además, afirmar su “pertenencia a quien lo hace valer y contra quien se deduce” (Chioventa, *Instituciones*, I, p. 188), de

puente que formaba parte de dicha autovía y que el concesionario debió construir como parte de sus obligaciones contractuales.

Se advierte de entrada que el contrato celebrado entre el Estado Nacional y el concesionario es un contrato nominado, de objeto o sustancia administrativa y que de ordinario se lo suele confundir con la concesión de servicio público, cuya naturaleza administrativa es análoga pero la prestación a cargo del concesionario que constituye su objeto es diametralmente distinta. Esa confusión se encuentra en el propio texto contractual que se alude en el caso, que nomina correctamente el contrato pero lo califica como una concesión de servicio público, lo cual –se insiste– configura un serio error conceptual. Es de lamentar que la sentencia –cuando menos como argumento *obiter dictum*– no haya corregido ese error.

El vecino de la mencionada autopista promovió la demanda contra la empresa concesionaria e intervino como tercero citado por la demandada el Estado Nacional. Se alegaron daños ocasionados por la construcción de un puente que hacía parte de la obra pública, ejecutada por el concesionario dentro de los trabajos que éste venía obligado a realizar en virtud de los compromisos contractuales asumidos frente al Estado Nacional concedente y por la habilitación de la autopista.

La sentencia confirma la desestimación de las excepciones de falta de legitimación pasiva que tanto la demandada como el tercero citado opusieron; la del concesionario por considerar que la obra había sido definida dentro del proyecto que la autoridad pública le había impuesto ejecutar y que además había aprobado el proyecto ejecutivo de la misma y – a su turno– la del Estado Nacional que pretendió ser exonerado de intervenir en el

tal modo que la causa tramite entre los sujetos que, en relación con la sentencia, puedan ser útilmente los destinatarios de los efectos del proceso y, por consiguiente, de tutela jurisdiccional (Micheli, *Curso de derecho procesal*, I, p. 25).

En el caso, se quejan ambos accionados por el rechazo del *a quo* de las excepciones de falta de legitimación pasiva que cada uno de ellos interpusiera.

A.- Excepción de la demandada Grupo Concesionario del Oeste s.a.

Capaglioni inició estos autos contra dicha accionada persiguiendo la reparación de los daños que dice sufrir a partir de la construcción del puente Pellegrini y desde la habilitación de la denominada Autopista del Oeste. Adhirió a la citación como tercero del Estado Nacional solicitada por la demandada.

El Juez de grado rechazó la excepción en cuestión, y la accionada se agravia al respecto por entender que el sentenciante no valoró que su parte resulta totalmente ajena a esta actuaciones (*sic*) debido a que ejecutó la obra de acuerdo con el proyecto definido por el Estado Nacional, que es su titular, y

que delegó a su cargo la construcción de la obra pública nacional cuyos delineamientos habían sido fijados por la autoridad estatal, que a su vez aprobó el proyecto ejecutivo de la obra.

Pues bien, se encuentra agregado en autos como documentación reservada el Contrato de Concesión de Obra Pública Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires –Acceso Oeste–, que une contractualmente a la accionada y al citado como tercero Estado Nacional.

Al respecto corresponde señalar que “la concesión” es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona –individual o jurídica, privada o pública–, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público: dicha persona llamada “concesionario”, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez (Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, Abeledo Perrot, p. 591).

pleito fundándose para ello en la circunstancia de que la ejecución de los trabajos había sido delegada al concesionario y, en consecuencia, la responsabilidad frente a los terceros le correspondía exclusivamente a aquel en vista de las estipulaciones contenidas en el contrato de concesión.

El fallo condena al concesionario con fundamento en la responsabilidad que a éste le asignaba la Cláusula 16.7 del aludido Contrato de Concesión que, según la transcripción que realiza la decisión, dispuso: “La Concesionaria será responsable, ante el Concedente y de los terceros, por la correcta administración de los bienes afectados a la Concesión, así como por todas las obligaciones y riesgos inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición y construcción. Asimismo, durante el período de Concesión, la Concesionaria será civilmente responsable por los perjuicios o daños que pueda ocasionar a personas o cosas [...]” (*sic*).

Es sobre la base de semejante previsión que la sentencia encuentra civilmente responsable al concesionario y rechaza la falta de legitimación pasiva opuesta por éste.

En cuanto al Estado Nacional citado como tercero, éste se había escudado –como se mencionó– en que la responsabilidad frente a los terceros había sido asumida de manera exclusiva por el concesionario en virtud de la cláusula contractual de indemnidad incluida en el contrato de concesión. La sentencia de Cámara rechaza el argumento sobre la base de entender –muy acertadamente a mi juicio– que las estipulaciones puestas en los contratos de ningún modo pueden considerarse celebradas para perjudicar los derechos de los terceros (Art. 1195 del Código Civil), norma que resulta plenamente aplicable a los contratos celebrados por el Estado, tengan éstos o no objeto administrativo.

Y más allá del principio que emerge del Artículo 1195, última parte, del Código Civil, que impide que los efectos del contrato puedan perjudicar a terceros, lo cierto es que no alcanzo a comprender la queja de esta code demandada, frente a las claras previsiones contenidas en la cláusula 16.7 del ya mencionado contrato de concesión que dispone: “La Concesionaria será responsable, ante el Concedente y los terceros, por la correcta administración de los bienes afectados a la Concesión, así como por todas las obligaciones y riesgos inherentes a su operación, administración, mantenimiento, adquisición y construcción. Asimismo, durante el período de Concesión, la Concesionaria será civilmente responsable por los perjuicios o daños que pueda ocasionar a persona o cosas [...]”.

Teniendo en cuenta dicha cláusula, y que el contrato de concesión fue suscrito por la accionada sin efectuar observación o reserva alguna al respecto, entiendo acertada la conclusión a que arribara el colega de grado, rechazando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada Grupo Concesionario del Oeste s.a., proponiendo por ello al acuerdo el rechazo del agravio al respecto.

B.- Excepción del tercero citado Estado Nacional.

Se agravia al tercero citado por entender que el *a quo* no logró dilucidar el contrato de concesión en el que claramente se señala que la responsabilidad por hechos frente a terceros queda exclusivamente en manos del concesionario.

Reitero que demandada y tercero citado se encuentran contractualmente unidos por el Contrato de Concesión de Obra Pública. Dicho contrato ha implicado también la concesión del servicio público (cláusula 10.1). Y si bien frente a los terceros la accionada resulta civilmente responsable por los daños o perjuicios ocasionados a los mismos (Cláusula 16.7), recuerdo la importante limitación contenida en el Artículo 1195 del CC y adelanto que también propondré al acuerdo el rechazo de los agravios formulados por el Estado Nacional con respecto a su legitimación pasiva, porque del hecho de estar obligado al tercero no se sigue la exoneración del concedente.

Es que la concesión ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito estatal. Existe bajo la forma de “autori-

Debe apreciarse que es de la esencia del contrato de concesión de obra pública la existencia de dos sujetos contrayentes (Estado concedente y particular concesionario) pero destinado a regir las relaciones entre uno de ellos –el concesionario– con sujetos terceros que adquieren la calidad de vinculados con él (usuarios o beneficiarios) pero no forman parte del pacto original, circunstancia que permite sostener que se rompe aquí la regla básica vigente en los contratos del Derecho privado y según la cual las estipulaciones puestas en los contratos sólo rigen como principio a quienes los contraen, aunque –claro está– tampoco aquí pueden violar o perjudicar los derechos de dichos terceros (Artículos 503, 953 y 1195 del Código Civil).

El otro argumento que emplea la sentencia para rechazar la excepción opuesta por el Estado Nacional es el carácter de bien estatal de la obra y que pese a la concesión existente resulta incuestionable dicho carácter en virtud de lo establecido por el Artículo 2340, inciso 7° del Código Civil. Por ello –señala– “[...] atento a que pese a la concesión del servicio y de la obra, el Estado Nacional sigue siendo el dueño de la cosa –el puente Pellegrini– (Art. 2340 inc. 7° del CC), beneficiándose por lo demás con las mejoras [...]”, entiendo que el agravio relativo a la falta de legitimación pasiva del Estado Nacional debe ser rechazado.

En cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional, es decir en lo relativo a la fuente normativa que la hace posible y sin cuya existencia ésta no sería jurídicamente exigible, la sentencia la encuadra en la actividad de carácter lícito o legítimo de la actividad administrativa estatal, que sintéticamente podría calificarse como aquella que causa un daño a los particulares no obstante no merecer reproche desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

zaciones” del Estado para realizar una determinada actividad, como ocurre con el transporte automotor o la recolección de residuos, donde el concesionario hace un aporte de gerenciamiento y de conocimientos específicos que son útiles al Estado, y en otros supuestos, el concesionario debe hacer inversiones de modo que coexiste la prestación del servicio con la realización de obras públicas. Pero el Estado *permanece siendo el titular del servicio u obra cuya ejecución delega*, y tanto los bienes como el interés público implicado permanecen bajo su cuidado (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 647-649).

Por ello, y pese a la concesión, la calidad de “titular” del Estado Nacional resulta incuestionable en virtud del carácter de “bien público del Estado” de las calles, caminos, puentes o cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común (Artículo 2340 inc. 7º del Código Civil).

Y “obra pública” es aquella en cuya creación o realización interviene directa o indirectamente el Estado. Por otra parte, la “concesión de servicio público” es una manera en que el Estado satisface necesida-

des generales valiéndose para ello de la colaboración de los administrados. Constituye un caso de colaboración por participación voluntaria en la prestación de los servicios públicos (Marienhoff, cit. T. III-B, pp. 512 y 590).

Por todo ello, atento que pese a la concesión del servicio y de la obra, el Estado Nacional sigue siendo el dueño de la cosa –el puente Pellegrini– (Artículo 2340 inc. 7º del CC), beneficiándose por lo demás con las mejoras, entiendo que el agravio del tercero citado debe ser también desestimado.

II. La responsabilidad.

El tercero citado Estado Nacional se agravia también por entender que el sentenciante ha errado en la aplicación de la teoría de la responsabilidad por hechos lícitos del Estado.

Sin embargo cabe definir que los casos que determinan la responsabilidad estatal por los daños que origina la actividad administrativa legítima son numerosos y muchos de ellos encuentran fundamento en una ley formal. Algunos supuestos que originan perjuicios: la ocupación temporánea de un bien per-

El supuesto de los perjuicios ocasionados por la ejecución de obras públicas es una de las típicas variantes o especies de entre aquellas que se señalan como objeto de estudio en este ámbito de la responsabilidad pública y han sido materia de precedentes memorables de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹

Aún cuando la sentencia no lo diga expresamente, el caso encuadra perfectamente en las prescripciones del Artículo 19 de la Constitución Nacional y en el amplio concepto de que si la acción estatal –no obstante ser legítima– provoca una lesión en los derechos o facultades de que goza el particular y esa afección es susceptible de ser apreciable pecuniariamente (Artículo 1068 del Código Civil) debe serle suficientemente indemnizada² en la medida que la víctima no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

¹ Ver “Laplacette, Juan y otros c/ Provincia de Buenos Aires s/ indemnización de daños y perjuicios”, del 26 de febrero de 1943 (*Fallos*: 195:66) y que en rigor, a mi entender, reconoce como un precedente muy claro en el siglo XIX en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en la causa “Presidente de la Comisión de Corrientes, Cloacas, etcétera, de la Ciudad de Buenos Aires c/ Jerónimo Pérez s/ construcción de un conducto de aguas de tormenta”, del 1º de julio de 1876 (*Fallos*: 17:470), pero también la jurisprudencia reconoce muchísimos otros. Me remito a lo que he dejado expuesto en *La Responsabilidad Pública (Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema)*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, Capítulo V, p. 135 y sigs. y en especial sus citas.

² Ver la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa “El Jacarandá c/ Estado Nacional s/ Juicio de Conocimiento”, del 28 de julio de 2005, donde el tribunal –con una única disidencia– admitió en un caso que se debatía la responsabilidad del Estado por su actuación legítima que “La extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación. No hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas estrictamente comprobadas”,

teneciente a particulares; la expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública o bien común; la requisición de bienes en tiempo de guerra; la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de particulares, ya sea que provengan o no de una obra autorizada por ley (Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, 2da. Ed. Actualizada, Abeledo Perrot, pp. 311-312; ídem Marienhoff, *op. cit.*, T. IV, p. 670-j).

En virtud de ello, resulta indudable la responsabilidad del Estado Nacional por los daños causados al accionante en tanto aquéllos no se derivan tanto de la explotación como de la construcción del puente del que el Estado es y seguirá siendo “dueño”. No comparto, en consecuencia, que, en el caso en examen, el dueño se libera por la transferencia del uso que es de la esencia de la concesión, en tanto la imputación no se le hace como guardián de la estructura sino como dueño de la misma.

Propongo, en consecuencia, la desestimatoria del agravio en cuestión.

III.- Los rubros cuestionados.

1. Desvalorización del bien inmueble.

La accionada y el tercero citado se agravian por considerar que el sentenciante al indemnizar el rubro en cuestión se aparta de lo solicitado por el actor excediendo el monto del rubro indemnizatorio.

El accionante pidió por el presente rubro la suma de \$15.000, otorgándole el *a quo* la suma de \$32.000.

Partiendo del concepto que la eventualidad destierra la certeza y torna en no indemnizable el daño que tuviera tanto grado de incertidumbre, lo cierto es que no hay categorías estancas y diferenciadas y que la calidad de “cierto” dependerá de la prueba producida.

Destaco, en consecuencia, que de los testimonios brindados por Martínez, Guerrero y Kotora (fs. 232/234) se desprende el cambio de condiciones de habitabilidad del domicilio del actor con relación al tránsito, a partir de la construcción del puente Pellegrini y la autopsia del Oeste.

A su turno, la Inmobiliaria “José Luis D’Eramo” informó a fs. 224 que antes de la construcción del

En ese orden de ideas no puede omitirse que la generosa expresión acuñada por la Corte Suprema en el sentido de que el daño indemnizable por la acción estatal se verifica ante una “lesión a una situación jurídicamente protegida” en la medida que no pese sobre la víctima el deber jurídico de soportarlo, encuentra quicio en lo prescrito por la aludida disposición constitucional y constituye el fundamento jurídico suficiente para responsabilizar al Estado tanto por sus conductas ilegítimas cuanto legítimas.³

II. El mérito, la decisión y los principales desacuerdos conceptuales con la sentencia comentada.

El principal mérito de la decisión comentada es –sin lugar a dudas– la adecuada caracterización del obrar estatal que acertadamente lo inscribe en el campo de la responsabilidad que nace de sus conductas lícitas o –más ampliamente– legítimas y que, en el caso, se verifica –como se dijera– a través de una de sus múltiples manifestaciones como es la de los daños provocados mediante la ejecución de obras públicas, las

Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap: 328:180 (Año XXVIII-Enero 2006) y Suplemento Especial de la Edición 331 (Año XXVIII-Abril 2006) de la misma publicación, “Compendio de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Octubre 2004-Septiembre 2005)” Díaz, Mariana - Fanelli Evans, Agustina - Salvatelli, Ana – Compiladoras.

³ Ya la Corte Suprema, en la causa “Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos” (Fallos: 308:1160), dejó sentado el criterio de que el principio de que nadie debe dañar a otro encuentra fundamento en el Artículo 19 de la Constitución Nacional.

acceso, el valor del departamento del actor era de U\$S 45.000 y que debido a la existencia del acceso, con la realización del puente que desemboca frente al inmueble, a la fecha del informe (agosto de 1998), el valor estimado de la venta sería de U\$S 30.000.

Por lo demás, no puede dejar de valorar la pericia de ingeniería obrante a fs. 250/253. En la misma el experto indica que la vivienda del actor está ubicada en la calle Carlos Pellegrini 4070 Planta Baja, de la localidad de Ciudadela, Provincia de Buenos Aires, frente al predio del Museo del Ejército y de un acceso al supermercado Coto, encontrándose frente a la cabecera norte del puente que cruza al Acceso Oeste, con dos carriles por mano, que en su descenso desde el Sudoeste hacia el Noroeste termina en dirección hacia la propiedad de la actora. Ello se advierte claramente en la fotografía que agregara a fs. 250 vta. (...) Señaló además, que en las zonas circundadas y señalizadas es posible detectar las serias deformaciones que poseen los guardarrails, generados indiscutiblemente por la acción de impactos sufridos por elementos sólidos,

como ser los paragolpes de rodados de distinto porte. Consideró factible la posibilidad de ocurrencia de accidentes y trastornos generados por el tránsito en la zona del inmueble.

No obstante ello, teniendo en cuenta la suma reclamada por el actor y valorando en el caso, que solamente se ha agregado en autos una tasación inmobiliaria que data del año 1998, que no se ha producido prueba tendiente a acreditar el impacto de las medidas económicas tomadas a partir de fines de 2001 en la cotización del inmueble, que no hay informes concretos de producción de accidentes originados en la construcción del puente, que en alguna medida él ha facilitado las comunicaciones y el acceso a la vivienda del perjudicado produciéndose, bien que en escasa medida, una *compensatio lucri cum damno* que el juzgador debe aplicar de oficio porque hace al concepto mismo del daño, es que considero elevada la suma fijada por el *a quo*, proponiendo por ello la recepción del agravio al respecto y reduciéndola a la suma de pesos quince mil (\$15.000).

cuales a pesar del deber de ser toleradas por los particulares, no impiden el resarcimiento de los perjuicios que pudieran irrogarse en aquellos supuestos en que la víctima acredite la verificación de los requisitos necesarios para su procedencia (verbigracia; imputación jurídica; relación de causalidad adecuada y daño cierto).

Dicha responsabilidad debe ser disciplinada en el ámbito del Derecho público y tiene su fundamento jurídico en la propia fuerza normativa de la Constitución Nacional, sin que sea necesario acudir en estos supuestos a la condición de dueño de la cosa del dominio público sobre la que se desarrolla la concesión (Art. 2340, inciso 7º del Código Civil), responsabilidad esta última que si bien también reviste naturaleza objetiva sólo sería aplicable en el ámbito de la conducta ilícita o ilegítima del Estado y de ella podría quedar exonerado si acreditara alguna de las circunstancias previstas en el Artículo 1113, segunda parte, del propio Código Civil.

Sin embargo, y atendiendo estrictamente al relato de los hechos que surgen de la propia decisión y del régimen legal aplicable, parece impropio atribuirle responsabilidad directa al concesionario de obra pública, desde que obrando éste en el ámbito de una actuación positiva que –según surge también de ese relato– fue regular, ejecutó una obra cuyo proyecto había sido decidido por el propio concedente y cuya responsabilidad es nítida y directa por aplicación de las disposiciones de los Artículos 4º, último párrafo, de la Ley Nº 17.520 de Concesión de Obra Pública y 4º, último párrafo, de la Ley Nº 13.064 de Obras Públicas.

La alusión de la sentencia a la cláusula 16.7 del Contrato de Concesión antes transcrita no parece suficiente fundamento jurídico, pues la responsabilidad civil que

2. Daño moral.

El tercero citado se agravia también por considerar elevada la suma de \$8.000 fijada por el sentencian- te para el presente rubro.

Debo señalar al respecto que esta Sala entiende que el perjuicio en el daño moral afecta bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (CNCivil, Sala C, febrero 22-999, “Sansone H. c/ Alcazar Álvarez y otros”).

Y que una definición del daño ambiental como “toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual como colectivamente, a que no se altere de modo perjudicial las condiciones naturales de vida” (Peyrano, Guillermo, citado por Hutchinson, Tomás, Tomo 2, de la obra en colaboración con Mosset Iturraspe y Edgardo Donna, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 37), incluye con facilidad este perjuicio extramatrimonial

que altera la vida de quien debe soportarlo, convirtiéndola en persona distinta en su actividad personal y social.

En el caso, teniendo en cuenta los cambios en las condiciones de vida producidos al actor debido a la construcción del puente que surgen de los testimonios y pericia ya referidos, entiendo adecuada la suma fijada por el *a quo* para indemnizar el presente rubro, por lo cual propicio el rechazo del agravio al respecto.

Propongo en consecuencia, y si mi voto es compartido, que se confirme la sentencia recurrida en lo atinente a las excepciones de falta de legitimación pasiva, responsabilidad y daño moral, y se modifique la suma correspondiente a la desvalorización del bien inmueble que se fija en la suma de pesos quince mil (\$15.000). Propongo asimismo que las costas de la alzada se impongan a la demandada y tercero citado, en virtud del principio objetivo de la derrota (Artículo 68 del CPCC).

Por razones análogas los Dres. Álvarez Juliá y Díaz Solimine adhirieron al voto que antecede.

al concesionario de obra pública le cabe frente a los terceros durante el período de concesión y por la construcción, únicamente puede referirse a la que provenga de una negligencia culpable que le resulte imputable, es decir, de un hecho ilícito a él atribuible y no en cuanto hubiere constituido el ejercicio regular de un deber legal (Art. 1071 Código Civil).

Se aprecia también –como quedó anticipado– que la sentencia se hace eco de la errada caracterización del contrato de concesión celebrado por el Estado Nacional, al que se lo califica como concesión de servicio público incluso en el propio texto contractual. Ya tuvimos oportunidad de señalar nuestra abierta disidencia con la generalizada confusión entre una y otra figura⁴ que solamente encuentran como punto de contacto a la “concesión” como negocio jurídico regido por el Derecho público,⁵ pero que en lo relativo a su objeto tienen francas y nítidas diferencias.⁶ Esa confusión, ya tam-

⁴ Ver *La iniciativa privada en la concesión de obra y de servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, Capítulo IV, p. 75 y sigs., . *Estudios sobre Contratación Pública*, Capítulo II, parte segunda, bajo el título “Reforma del Estado. Los corredores viales nacionales. Un caso de concesión de obra pública”, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 114 y sigs..

⁵ Sobre las diferentes utilidades de la expresión “conceder” en el Derecho administrativo y las notas conceptuales de la concesión de servicio público, puede verse Soto Kloss, Eduardo, “La Concesión de Servicio Público. Notas sobre una precisión conceptual en el Derecho chileno”, *Ius Publicum*, N° 9 (2002), pp. 111 a 117, publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile.

⁶ Con la finalidad de comprender acabadamente su autonomía conceptual y la enorme importancia que esta institución jurídica posee para la consecución de infraestructura de uso público y la envergadura de las inversiones y capitales que pueden ser canalizados a través de ella ver Ruiz Ojeda, Alberto, “El Eurotúnel. La Provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión”, *Revista de Administración Pública*, N° 132, p. 469 y sigs. (Septiembre-Diciembre 1993) - Centro de Estudios Constitucionales – Madrid – España.

Con lo que terminó el acto.

Beatriz L. Cortelezzi – Omar L. Díaz Solimine – Luis Álvarez Juliá.

“Capaglioni, Julio Alejandro c/ Grupo Concesionario del Oeste s.a. y otros s/ daños y perjuicios”.

Buenos Aires, 2 de marzo de 2006

Y VISTOS:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se confirma la sentencia recurrida en lo atinente a las excepciones de falta de legitimación pasiva, responsabilidad y daño moral, y se modifica la suma correspondiente a la desvalorización del bien inmueble que se fija en la suma de pesos quince mil (\$15.000).

Las costas en esta instancia se imponen a la demandada y tercero citado, en virtud del principio objetivo de la derrota (Artículo 68 del CPCC).

Teniendo en cuenta el mérito, valor, importancia y extensión de las tareas desarrolladas, etapas cumplidas y monto en juego, de conformidad con lo

normado por los Artículos 6º, 7º, 10, 14, 19, 33, 37 y 38 del Arancel; Artículos 1º y 12 inc. F) de la Ley Nº 24.432; Artículos 6º, 80 y 88 del Decreto Ley Nº 7.887/1955 y Artículo 279 del CPCC, se regulan los honorarios del Dr. ERC, en la suma de ...; los de la Dra. AMB, en la suma de ...; los del Dr. AV, en la suma de ...; los del Dr. LP, en la de ...; los de la Dra. LL, en la de ...; los de los Dres. RF, SM y CSS, en conjunto, en la suma de ... y los del perito ingeniero HS, en la de Por la incidencia resuelta a fs. 91/92, se regulan los honorarios del Dr. C, en la suma de ... y los de los Dres. P y L, en conjunto, en la de ...

Por la labor de A, se regulan los honorarios de los Dres. B y EV, en conjunto, en la suma de ...; los de la Dra. M, en la de ... y los del Dr. C, en la de ..., todos los que deberían abonarse en el plazo de diez (10) días corridos.

Notifíquese y devuélvase.

Beatriz L. Cortelezzi – Omar L. Díaz Solimine – Luis Álvarez Juliá.

bien advertida hace muchos años por calificada doctrina nacional⁷ y extranjera,⁸ proviene del origen común de ambos contratos, pero la prestación que constituye el objeto que en cada caso compromete el concesionario está claramente diferenciada.

Esa equívoca asimilación proviene también de la confusión en que la obra construida bajo el régimen de concesión brinda un servicio o una utilidad a los usuarios que la retribuyen mediante el pago de peaje⁹ o de tarifas o que en determinados casos sus bienes se benefician con el valor añadido que la obra les proporciona y en este supuesto la remuneran mediante una contribución de mejoras, pero son institutos jurídicos bien diferenciados, que gozan de autonomía conceptual y distintas las prestaciones que en uno y otro el concesionario compromete como objeto contractual. A tal punto ello es así que para que exista concesión de obra pública tiene que forzosamente verificarse la ejecución de un trabajo público cuyo resultado concluido es la obra pública construida por el concesionario y en la concesión de servicio público no sólo no es imprescindible, sino que ni siquiera es de la esencia de la prestación comprometida.

⁷ Ver Fanelli Evans, Guillermo E., *La Concesión de Obra Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1989, parte tercera, p. 22 y sigs.

⁸ Ver Meilan Gil, José Luis, “El servicio público en el derecho actual”, *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 17 – Año 6 - Septiembre-Diciembre 1994, Ediciones Depalma, p. 344.

⁹ Ver La caracterización que realiza la Corte Suprema acerca del peaje en la sentencia recaída en la causa “Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L. s/ cobro de pesos”, del 18 de junio de 1991 (*Fallos*: 314:595).

Otro tanto puede decirse de la generalizada confusión entre los conceptos de “autorización” y “concesión”, analogía incorrecta en la que lamentablemente la sentencia también incurre empleando términos jurídicos que si bien tienen como nota común una actividad de intervención del Estado (particularmente del órgano que ejerce su función administrativa) representan títulos de habilitación diametralmente diferentes.¹⁰

La sentencia acierta al enfatizar que la concesión ha tenido un amplio desarrollo en el ámbito estatal y plausiblemente resuelve que su otorgamiento no puede exonerar al Estado de las consecuencias dañosas que a los particulares les pueda ocasionar en su ejecución o desarrollo, invocando con justicia para evitarlo la regla del Artículo 1195 del Código Civil, pero no puede al mismo tiempo señalar que ellas se presentan bajo la forma de “autorizaciones” (*sic*) del Estado para realizar una determinada actividad, ya que al menos en ordenamientos jurídicos como el nuestro son títulos de intervención estatal distintos.¹¹

Finalmente, y en cuanto al alcance del resarcimiento acordado, si se admite condenar al Estado Nacional por considerarlo jurídicamente responsable por las consecuencias dañosas provocadas por la ejecución de una obra pública con fundamento en que dicha responsabilidad proviene del desenvolvimiento de su función administrativa lícita o legítima –argumento sumamente ajustado a derecho–, no se alcanza a comprender que se haya hecho lugar al resarcimiento del daño moral, por cuanto para su admisión –que también en el campo de la responsabilidad pública proviene de las disposiciones del Derecho común– la jurisprudencia de la Corte Suprema ha requerido la atribución al sujeto público que ocasiona el daño, de una conducta jurídicamente reprochable o ilícita (Art. 1078 del Código Civil).¹²

¹⁰ Ver Cassagne, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1992, p. 81 y sigs.

¹¹ Ver por todos Marienhoff, Miguel S., “Los privilegios en el Derecho público (exclusividad, monopolio, exención impositiva). Lo atinente a la reserva de zona. La zona de influencia”, *El Derecho*: 162-1200.

¹² Me remito de nuevo al análisis de la jurisprudencia llevada a cabo en “*La Responsabilidad Pública...*”, *op. cit.*, Capítulo V, número 19, p. 153 y sigs.