En Buenos Aires, a 12 de diciembre de 2017, se reunieron en acuerdo los señores jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, con el fin de resolver los recursos interpuestos en los autos 37386/2004 “Ienni Horacio Alfredo y otros c/ EN-Mº Planificación- Secretaria de Transportes y otros s/ daños y perjuicios”, y su acumulado 6289/2005 “Ienni Karina Azucena y otro c/ Trenes de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, contra la sentencia definitiva de primera instancia, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El señor juez de Cámara Rogelio W. Vincenti dijo:

1º) Que, en la causa Nº 37.386/04, Catalina Reinalda Rita Misiurski por propio derecho -en su carácter de concubina-, y en representación de Horacio Alfredo Ienni -en calidad de curadora- y de la hija de ambos Paula Daniela Ienni (en ese entonces menor de edad) y Nancy Mabel Martínez en representación de su hija -y del Sr. Ieni- Fernanda Ienni (también menor de edad en dicho momento), promovieron demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Planificación e Inversión Pública y Servicios-Secretaria de Transportes) y contra Trenes de Buenos Aires SA (TBA), por los daños y perjuicios derivados del siniestro que sufrió Horacio Alfredo Ienni en el andén de la estación ferroviaria de Ciudadela (Provincia de Buenos Aires).

En la causa Nº 6.289/05, Karina Azucena Ienni demandó a Trenes de Buenos Aires SA (TBA), por los daños y perjuicios que tuvo que soportar como consecuencia del estado vegetativo persistente e irreversible de su padre, Horacio Alfredo Ienni.

2º) Que, por sentencia única, la señora jueza de primera instancia admitió parcialmente, en la causa Nº 37.386/04, la demanda y condenó a TBA a pagar a Paula Daniela y Fernanda Ienni la suma de $150.000, para cada una, en concepto de daño moral y la suma de $16.000, cada una, en concepto de daño psíquico.Con costas.

En cambio, desestimó la responsabilidad del Estado y la pretensión de reconocimiento de daño moral de Catalina Reinalda Rita Misiurski, por aplicación del art. 1078 del antiguo Código Civil. Con costas por su orden.

Por su parte, en la causa Nº 6.289/05, hizo lugar a la demanda en su totalidad y condenó a TBA a pagar a Karina Azucena Ienni la suma de $150.000 en concepto de daño moral. Con costas.

3º) Que, contra tal pronunciamiento, en el expte. Nº 37.386/04 sólo las accionantes dedujeron recursos de apelación a fs. 596 y 597, que fueron concedidos libremente a fs. 598.

Puestos los autos en la Oficina (fs. 600), expresaron sus agravios en los términos del art. 259 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 601/605 y 606/vta.), que no fueron contestados por las contrarias.

En el expte Nº 6.289/05, apeló la actora a fs. 298, recurso que fue concedido libremente a fs. 299, y estando los autos en la Oficina (fs. 301), expresó agravios a fs. 301/303 vta., frente a los cuales la demandada guardó silencio.

4º) Que, corresponde detallar los agravios formulados:

i.- En el expte. Nº 37.386/04 la actora cuestiona:a) El rechazo de la demanda contra el Estado Nacional por cuanto conserva la titularidad de los bienes objeto de la concesión por tratarse de un servicio público, lo que conlleva su responsabilidad última en el doble carácter de propietario de los bienes del dominio público y de titular del ejercicio del poder de policía sobre la gestión del concedente, la que resulta indelegable.

Sostiene que la responsabilidad del Estado es extracontractual, lo que se desprende del 1112 del Código Civil, por ende debe responder por el hecho de haber incurrido con su omisión en la falta de servicio, que no es más que el cumplir en forma irregular con la obligación que le es inherente a su poder de policía de seguridad.

Señala que de la prueba arrimada a la causa surge con claridad que al momento del infortunio no había personal de prevención del delito, ni de la empresa concesionaria, ni personal policial que pudiera evitar y disuadir el ataque sufrido por el Sr. Ienni.

Finalmente, resalta que en caso de confirmarse la sentencia condenando sólo a la empresa concesionaria, su actual situación concursal y la ausencia de actuación defensiva en las actuaciones conducen a presumir que puede fracasar el cumplimiento efectivo de la sentencia ante la insolvencia de la única condenada.

b) En punto al rechazo de la indemnización del daño moral respecto de la co-actora Catalina Reinalda Rita Misiurski, en su carácter de concubina, por tratarse de una reparación privativa de los herederos forzosos (art. 1078 del antiguo Código Civil), sostiene que no se ponderó que el reclamo en origen se formuló en vida del Sr. Ienni y ante la privación de la ayuda sustancial que sus ingresos proporcionaban a la pareja e hija de ambos (Paula Daniela) y por los cuidados y atención que exigió su situación de inconsciencia y postración desde el momento del ataque que le produjo gravísimas lesiones y no como reparación por la posterior muerte.c) La negativa al reconocimiento de la indemnización por daño psíquico de Catalina Reinalda Rita Misiurski, en razón que oportunamente se impugnó la pericia por utilizar procedimientos ineficaces para determinar la vigencia del daño. Indica que la conclusión del experto -y tenida en cuenta por el a quo al decidir- en cuanto a que no presenta una patología psíquica aguda, no resulta suficiente para descartar una afección, menos grave o con menor alcance, pero existente para disponer su reparación.

Las coactoras Fernanda Ienni Martínez y Paula Ienni Misiurski adhieren al agravio indicado como punto a) de la expresión de agravios de la Sra. Misiurski (fs. 606).

ii.- Por su parte, en el memorial de apelación correspondiente al expte Nº 6289/05, la actora critica el monto indemnizatorio fijado en la sentencia. Sostiene que no se ha tenido en cuenta el golpe espiritual que implica la desaparición del progenitor en plenitud, ni la soledad en que cayó, por lo que sostiene que la suma establecida no se condice con el dolor a mitigar.

5º) Que, reseñada como ha quedado la cuestión, cabe efectuar una breve síntesis de los hechos relevantes de la causa:

1.El 10 de mayo de 2002, Horacio Alfredo Ienni se encontraba en horas de la mañana, en la estación de trenes de Ciudadela, cuya concesión y explotación estaba a cargo de TBA y encontrándose en el corredor de ingreso al andén fue interceptado por personas armadas quienes lo asaltaron con propósito de robo, hiriéndolo de gravedad con armas de fuego, e inmediatamente se dieron a la fuga.

2.El Sr. Ienni recibió disparos de arma cuyos proyectiles se alojaron en el cráneo, colocándolo en estado vegetativo del que nunca se recuperó.

3.Luego del infortunio, efectivos de la Policía Federal Argentina se hicieron presentes en el lugar y requirieron una ambulancia que se encargó del traslado del herido para su asistencia médica.

4.El Sr.Ienni estuvo en coma vigil hasta el 21 de enero de 2005 cuando falleció.

6º) Que, corresponde ahora examinar el cuestionamiento de las apelantes en torno a la pertinencia de imputar responsabilidad al Estado Nacional por el daño cuya reparación demandan.

En primer término, conviene señalar que se ha demandado al Estado Nacional imputándole responsabilidad extracontractual por haber omitido actuar para impedir el hecho dañoso. Se afirmó que deberá responder por el hecho de “.haber incurrido con su omisión en la falta de servicio, que no es más que el cumplir en forma irregular con la obligación que le es inherente a su Poder de Policía de seguridad” (ver esp. fs. 79, segundo y tercer párrafos).

La responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho de sus agentes no es indirecta ni basada en la culpabilidad. Por el contrario, cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación. Y es que, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes, existe una imputación directa al titular del servicio. Es decir, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 321:1124 ).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la mera existencia de un poder de policía que corresponde al Estado Nacional no resulta suficiente para atribuirle responsabilidad en un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación (Fallos: 312:2138; 313:1636; 323:3599 ; 325:1265 y 3023 ; 326:608 , 1530 y 2706, entre muchos otros).

Tal es el supuesto de autos, porque la parte actora ha resaltado que al momento del siniestro sufrido por el Sr.Ienni no se encontraban presentes, ya sea en el andén o en el pasillo de acceso, ningún agente perteneciente a una fuerza de seguridad estatal. De manera que puede afirmarse sin lugar a hesitación, ni se encuentra controvertido en autos, que no hubo intervención en los hechos de autos de un agente estatal.

Sentado lo anterior, cabe precisar que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio deben diferenciarse dos supuestos. Aquéllos en los que existe una omisión a un mandato expreso y determinado de una regla de derecho, de manera que puede identificarse con claridad cuál ha sido la inconducta que se reclama, y aquellos casos en los que el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley en modo general e indeterminado, como propósitos a lograr de la mejor manera posible.

El caso de autos se encuentra subsumido en la segunda de las hipótesis señaladas, en consecuencia su examen exige un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias de tomar la decisión.

Por lo tanto, es claro que -en cada supuesto sometido a análisis- debe observarse la razonabilidad de la actuación que se pretende por parte del Estado y cuya inobservancia se imputa. Ante todo habrá que verificar si la actividad que se omitió desarrollar era materialmente posible, pues, para que nazca el deber de responder, es preciso que la administración haya podido evitar la producción del daño. Es preciso, en suma, que surja la posibilidad de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causa, de lo contrario, se corre el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios. Ello podría generar una suerte de responsabilidad irrestricta y absoluta del Estado transformándolo así en una especie de asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder (Fallos:329:2088 ).

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “El servicio de seguridad no está legalmente definido de modo expreso y determinado, y mucho menos se identifica con una garantía absoluta de que los ciudadanos no sufran perjuicio alguno derivado de la acción de terceros. Consagrar una regla de este tipo es una decisión que el legislador no ha tomado, y que no registra antecedentes en el derecho comparado. Por lo demás sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables” (Fallos: 330:563 ).

Por lo demás, no es razonable asignar al deber genérico de defender contra las vías de hecho la vida, la libertad y la propiedad de las personas, un alcance de tal amplitud en orden a la responsabilidad del Estado por la prevención de los delitos, que lleve a la absurda consecuencia de convertir al Estado Nacional en responsable de las consecuencias dañosas de cualquier delito, extraño a su intervención directa y competencia (Fallos:330:4113 ).

De ahí que para justificar la atribución de un deber de seguridad como se pretende en autos es necesario que se identifique cuál es ese deber de seguridad específico incumplido, señalando su objeto y fundamento normativo, definiendo su alcance y grado de exigibilidad, y explicando cómo se configuró su inobservancia (Fallos 329:4944 ).

Por lo tanto, no resulta admisible imputar responsabilidad al Estado por omisión en el deber de seguridad genérico como se pretende.

A mayor abundamiento, en punto a la responsabilidad que le cabría al Estado concedente del servicio público, lo que fue meramente mencionado en la expresión de agravios, cabe señalar que el contrato de concesión entre aquél (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) y TBA establece en el punto 8.3 que en relación a la seguridad pública, que si bien el concedente toma a su cargo las erogaciones que demanden los servicio de policía adicional.” ello no exime en modo alguno al transportista de sus responsabilidades frente a la ley por cuanto “.el concesionario deberá implementar acciones que permitan contribuir eficazmente a la adecuada prevención de actividades delictivas contra los bienes y personas transportados, brindar eficaz información a las autoridades policiales competentes y facilitar el accionar de las mismas, sin quedar eximido de las responsabilidades que le corresponden en su condición de transportista de acuerdo a la legislación vigente.” (v.copia del “Contrato de Concesión Grupos de Servicios 1 y 2 Líneas Mitre y Sarmiento”, obrante en un sobre con documentación incorporado a las presentes actuaciones).

De manera que tampoco del contrato referido surge que exista un deber de seguridad a cargo del Estado Nacional específico o particular inherente a su calidad de concedente.

Por último, en un todo coincidente con lo establecido en el contrato, la Ley de Responsabilidad Estatal establece que el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los que se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada (art. 6º de la ley 26.944).

7º) Que, despejado estos temas, ahora corresponde tratar el agravio de la Sra. Misiurski en punto al rechazo de daño psíquico.

Para ello, debe recordarse que “para que proceda la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del daño moral, la incapacidad de resarcir debe ser permanente y no transitoria” (Fallos: 315:2834; 321:1124; 322:1792 y 326:1673 ). Asimismo, “debe producir una alteración del nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso” (Fallos: 327:2722 ) y para ello se debe tener en consideración “su incidencia en el campo laboral y sus proyecciones en el ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida” (Fallos: 322:2658 y 2002; 329:2688 ; 334:1821 , entre otros).

Además, se puede hablar de daño psíquico en una persona cuando ésta presenta un deterioro, disfunción o trastorno en el desarrollo psico-orgánico que afectando sus esferas volitiva o intelectual, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral o social.A tal fin, es indispensable acreditar de modo indiscutible y científico, la existencia de tal patología, dependiendo el monto de la suma indemnizatoria de las conclusiones del experto en lo que refiere a su duración y costo del tratamiento terapéutico (conf. esta sala causa N° 3240/2007 “Ricciardi Yakin, Magalí y Otro c/ EN – Ministerio del Interior – Policía Federal Argentina y Otros s/ daños y perjuicios” y causa Nº 17.460/2007 “Desch Patricia Liliana c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” , ambas sentencias del 11/07/17 y sus citas).

En el caso, la perito psicóloga informó que la Sra. Misiurski “no presenta indicadores de patología psíquica aguda en curso reactiva al evento de autos” (confr. fs. 517) y si bien la accionante impugnó la pericia, lo cierto es que -la mera desacreditación de aquélla- no resulta suficiente para hacer lugar al reclamo por cuanto se requiere la comprobación de la afección psicológica que dice padecer.

8º) Que, con relación al daño moral debe analizarse, primeramente, el rechazo de la indemnización solicitada por la Sra. Misiurski efectuado por la jueza de primera instancia por tratarse de una reparación privativa de los herederos forzosos (art. 1078 del ex Código Civil). Cabe precisar que, al iniciar la demanda, la mencionada actora invocó su carácter de concubina, empero en el capítulo VIII.4.1. fundó su legitimación para reclamar el daño moral en los arts. 1078 y 1079 del ex Código Civil, vigente al momento de los hechos de autos (ver. fs. 86vta./87vta.).

En punto a ello, es preciso advertir que, sin bien por la aplicación del principio general del citado artículo 1079, todo perjudicado por la muerte de una persona tiene derecho a obtener la reparación del daño sufrido, es necesario que el reclamante acredite su procedencia (Fallos:318:2002 ; 338:352; entre otros).

Por consiguiente, debe estarse a los elementos que surgen de autos para determinar cuál fue el perjuicio patrimonial que justifique la reparación requerida (Fallos: 338:352).

Sentado ello, corresponde destacar que de la expresión de agravios no surge que en la sentencia cuestionada se haya omitido considerar pruebas o que se encuentre acreditado el perjuicio económico que requiere la norma para su aplicación (art. 377 del CPCCN).

En cuanto a lo dispuesto en el art. 1078 del antiguo Código Civil, si bien la cuestión es controvertida, debe estarse a lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a su respecto que, al revocar en fecha reciente un fallo que declaró inconstitucional la citada norma, validó la limitación establecida por el legislador -acotar la legitimación para pedir reparación- por cuanto obedece a criterios “objetivos y razonables” y procura la realización de un fin legítimo vinculado con la previsibilidad de los riesgos y cobertura de los daños de los hechos. En este contexto, consideró que las diferentes reglas probatorias en los supuestos de daños materiales e inmateriales en los casos de responsabilidad extracontractual, que a su vez obedecen a las características diversas de los bienes en cada caso tutelados, constituyen una justificación objetiva y razonable del tratamiento diferenciado que otorga el Código Civil a la legitimación activa en cada supuesto (causa L.132.L.RHE, “Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre María Patricia y otros s/ daños y perjuicios” , sent. del 5/09/17).

En esta misma línea, declaró inadmisible, en los términos del art. 280 del CPCCN, el recurso extraordinario interpuesto por la Defensora Pública Oficial contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que había declarado la validez del art. 1078 del C.C.(causa G.112.L.REX., “González Marisa Graciela y otros c/Estado Nacional Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Gendarmería Nacional s/ daños y perjuicios”, sent. Del 5/09/17).

Por consiguiente, y en atención a la doctrina que emana de estos precedentes, corresponde confirmar lo resuelto en este aspecto por la jueza de grado.

9º) Que, en lo concerniente al agravio relativo al quantum del daño moral que se fijó en la sentencia en favor de Karina Azun cena Ienni, cabe recordar que “el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio mora el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata pues de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero en el caso es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

De este modo, la evaluación del perjuicio moral es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como -en principio- debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que no cabe sostener que no es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (Fallos: 334:376 , entre otros. Asimismo, Orgaz, Alfredo, “El daño resarcible”, Marcos Lerner Editores, Córdoba. 1992, p. 199 y ss.).

Ello así, a la luz de la doctrina jurisprudencial citada, resulta prudente el monto fijado por el a quo en el pronunciamiento recurrido.

Por las consideraciones expuestas, voto por: rechazar los recursos interpuestos y confirmar la sentencia en lo que fue materia de agravio; sin especial imposición de costas en esta instancia por no existir actividad de las contrapartes.

Los señores jueces de Cámara Jorge Eduardo Morán y Marcelo Daniel Duffy adhirieron al voto precedente.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: rechazar los recursos interpuestos y confirmar la sentencia en lo que fue materia de agravio; sin especial imposición de costas en esta instancia por no existir actividad de las contrapartes.

Regístrese, agréguese copia certificada de la presente en el expte. Nº 6289/2005, notifíquese y devuélvase.

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORÁN

ROGELIO W. VINCENTI