

Servicio Penitenciario Federal Miembros De Las Fuerzas De Seguridad Actos De Servicio Accion De Danos Y Perjuicios Accidente De Trabajo

JURISPRUDENCIA

Servicio Penitenciario Federal. Miembros de las fuerzas de

seguridad. Actos de servicio. Acción de daños y perjuicios. Accidente de trabajo Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por un miembro de las fuerzas del Servicio Penitenciario Federal contra el Estado Nacional, al considerarse que no se trató de un hecho puntual que implicó un enfrentamiento armado, en los términos de la doctrina que emana de los precedentes de la Corte *Azzetti* y *Leston*, sino más bien de un cúmulo de situaciones vinculadas a su labor cotidiana que fueron deteriorando su salud psíquica, hasta determinar que la propia fuerza dispusiera pasarlo a disponibilidad.

En Buenos Aires, a los 18 días del mes de octubre de 2018, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor Eduardo Daniel Gottardi dice: I.- El ayudante de 4ta Leandro Martín Garrido -perteneciente al plantel del personal subalterno del Servicio Penitenciario Federal, promovió la demanda de autos contra el Estado Nacional; Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Servicio Penitenciario Federal y La Segunda A.R.T. por los daños y perjuicios que describe en el escrito de fs.5/26vta. Relata, que el 16 de noviembre del año 2003 fue herido mientras colaboraba con personal policial en la represión de delincuentes. El 5 de enero de 2004 al estar en un grupo que realizaba una requisita en el Hospital Penitenciario, los internos lo pincharon con agujas hipodérmicas que lo obligaron a someterse a tratamientos, controles estrictos y estudios frecuentes para prevenir el HIV y la Hepatitis C?. Posteriormente fue tomado como rehén por los reclusos amotinados que intentaron cortarles los pies. El 31 de diciembre del año 2004 se vio obligado a repeler un asalto que le costó la vida a un familiar y fue herido de bala en ese enfrentamiento. Esto determinó que el 6 de junio del año 2007 su pase a retiro obligatorio a partir del 27 de marzo de 2007 por resolución de la Jefa de la División de Asuntos Administrativos Dra. Susana Sanchez de Tapia (fs. 93 y sgtes. expte 59726/2005 en sobre aparte). Notificada su disponibilidad el 15 de agosto de 2007 inició un procedimiento administrativo ante la ART que generó el expediente 10 E-L-00156/09 donde la Comisión Médica Jurisdiccional se expidió sobre el carácter inculpable de los trastornos que lo aquejaban (fs. 440/442 y 449) A consecuencia de los hechos relatados el ex ayudante de 4ta. Leandro Martín Garrido, promovió la demanda de autos contra las mencionadas entidades ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 77, considerando que la enfermedad-accidente adquirida mientras se desempeñaba en el Servicio Penitenciario Federal lo hacía acreedor a un resarcimiento según los términos del contrato y de conformidad con los arts. 1109; 1072; 1113;1122 y cctes., supletoriamente fundó su acción en la ley especial de Riesgos de Trabajo n° 24.557, reclamando el pago de la suma de \$690.000, o lo que en definitiva resulte de la prueba a producirse, comprensiva de los distintos rubros que discrimina de la siguiente manera: *daño Psíquico \$480.000?*, *gastos médicos actuales \$10.000?* *gastos futuros \$40.000?*, *Pérdida de la Chance \$40.000?* *daño moral \$120.000?*; mas intereses, y con expresa imposición de costas a la vencida, planteando -finalmente- la inconstitucionalidad de la ley 24.557, decreto 717/96 y decreto 410/01 y en especial la de los art. 1, 8, 14, 15,21, 22, 39, 46 y 49 de la mencionada ley, porque entiende que afecta sus legítimos derechos, expresamente tutelados por la Constitución Nacional (confr. fs. 5/26vta.). A fs. 29 el mencionado Juzgado del Trabajo se declaró incompetente. Una vez radicada la causa en este fuero (fs. 54) y corrido el pertinente traslado de la demanda se presentó a fs. 64/73 *La Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A?*, que fue contestado a fs. 77/78. El representante de la *Segunda Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A?*, consintió la competencia, opuso la excepción de falta de acción y legitimación pasiva y solicitó que se rechace el planteo de inconstitucionalidad de la ley 24.577. Subsidiariamente pidió la aplicación del art. 47 de la ley 24.557, ap. 1° y 2°. Sucintamente argumenta que resulta ajena a las imputaciones de responsabilidad que el actor dedujera en el escrito inicial, en tanto su reclamo excede el marco normativo que regula su actividad. Dice que en ningún momento esa aseguradora otorgó cobertura por ese riesgo que se produjo con anterioridad al inicio de vigencia del vínculo asegurativo entre el servicio penitenciario y su representada (confr. fs.64/73). Por su parte la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal contestó la demanda y pidió su rechazo a fs. 81/102. Sostuvo, al respecto, que los miembros de la Fuerza de Seguridad no pueden reclamar indemnizaciones basadas en el derecho civil, toda vez que éste se halla contemplado en el estatuto jurídico que regula las relaciones entre el Servicio Penitenciario Federal y los integrantes de sus cuadros (ley 20.416 y decreto reglamentario n°4160/68); régimen éste a la que el ayudante de 4ta. Garrido adhirió en forma voluntaria al formalizar su ingreso a la institución mencionada y -por tanto- sujeto a las normas pertinentes, de la ley 20.416. Argumenta que se trata de un régimen específico que prevé una forma particular de resarcimiento que excluye la aplicación del régimen consagrado por el derecho común. Afirmó, por otro lado, que una acción civil resarcitoria de daños, que se funda en un accidente de trabajo,

carece de base normativa dentro del Código Civil, sus disposiciones no son aplicables a los dependientes de la Administración Pública Nacional para imputarle responsabilidad. Negada la responsabilidad del Estado Nacional, consideró que el reclamo patrimonial articulado por el actor era excesivo, infundado e irrazonable, y en caso contrario se aplique el art. 1° de la ley 24.432 que establece que el pago de las costas no puede exceder el 25% del monto de la sentencia (conf. fs. 81/102vta.) Concluido el período probatorio y agregado el alegato de la parte actora (fs. 461/476vta.), única que hizo uso de la facultad prevista en el art. 482 del CPCC; el señor Magistrado de primera instancia -en el pronunciamiento de fs.536/539- hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la ART basándose para ello en que los hechos que generaron los daños que padeció el actor, fueron anteriores a la fecha de entrada en vigencia de la cobertura de la referida póliza. Consideró que conforme a los hechos alegados y acaecidos dentro del servicio penitenciario era aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en la causa ?Azzetti? siendo evidente que se trató de un riesgo propio y específico de su labor como agente del servicio penitenciario federal. En definitiva juzgó que el actor no podía pretender una indemnización con sustento en las normas del derecho común y -por tanto- rechazó la demanda con costas a la vencida (fs. 461/476vta.).- II.- Este pronunciamiento fue recurrido por el actor a fs. 540 quien expresó sus agravios a fs.548/552vta., que fueron contestados por la aseguradora a fs.555 y vta.. En sus enunciados primeros se queja porque el sentenciante hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Segunda ART, argumentando que ese planteo no fue introducido por la aseguradora en su contestación, violentando su legítimo derecho de defensa en juicio. La póliza estaba en vigencia con anterioridad al cese de los servicios de su parte que tenía a su cargo la cobertura de los riesgos de trabajo. Mas su queja principal reside sobre la aplicación que hace el sentenciante del Fallo ?Azzetti?, afirmando que la enfermedad profesional del actor no es un hecho típico asimilable a los ?hechos propios de la función penitenciaria?. Esa función es diferente a la policial o a la militar; el agente que custodia a los internos no porta ni usa armas. La responsabilidad de las demandadas es la derivada del ?deber de seguridad? y la prueba acabada del incumplimiento del Estado Nacional es la situación del actor que se encuentra gravemente enfermo. Asegura que el señor Juez se limita a analizar solo tres hechos ocurridos dentro del establecimiento penal, sin meritarse que el cuadro que padece el actor tiene su origen en ?estrés laboral? causado por su desempeño habitual en las dependencias carcelarias del Estado Nacional. Las pericias practicadas son contundentes en cuanto a que la enfermedad psíquica que padece tiene relación causal con las circunstancias y vivencias sufridas con motivo de su diario y permanente contacto con los presos del penal (confr. fs. 548/552 y vta.) III.- Antes de entrar al estudio de las diferentes cuestiones que se debaten en esta instancia, advierto de entrada que el actor en el memorial de agravios de fs.548/552vta. desarrolla diversas cuestiones, algunas meramente accesorias y que no hacen a la definición de la controversia; así la demanda fue rechazada de conformidad con los precedentes de la Corte Suprema expuestos en el fallo ?Azzetti? del 10.12.98 que no contempla indemnización en los supuestos de daños experimentados como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de la función policial, de modo tal que no es la exención de responsabilidad civil que se dispone en la ley 24.557 la que ha impedido el progreso de la pretensión del actor. Por ello algunos de los argumentos vertidos sobre el tema de la responsabilidad no guardan relación directa e inmediata con la protección constitucional invocada, correspondiendo su rechazo. Es por ello que, al decidir acerca de la posición de las partes, las calificaré "según correspondiere por ley" (art.163, inc. 6, del Código Procesal), porque es facultad propia de los jueces calificar autónomamente los hechos del litigio y aplicar las normas que los rigen, cualesquiera hayan sido los invocados por los contendientes (confr. Corte Suprema, Fallos: 288:279; 289: 85; 291:259, 356; 292:58, 398, entre muchos otros); ello, de conformidad con la regla iura curia novit, según la cual es misión del juzgador definir las contiendas según el derecho objetivo con prescindencia de los planteamientos de las partes (Fallos: 291:575). IV.- Aclarado lo que antecede, se impone comenzar por la primera queja del recurrente dirigida a cuestionar que el juez hiciera lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la Segunda ART, en base -según dice- a un argumento que no fue oportunamente planteado en la demanda violentando su legítimo derecho de defensa en juicio. No obstante esa manifestación del actor cabe señalar que ello es inexacto a poco que se repare que a fs. 64/73 y especialmente a fs. 71 y vta. la ART se explaya sobre el punto en cuanto a que los daños alegados por el actor se produjeron con anterioridad al inicio de vigencia del vínculo asegurativo entre el servicio penitenciario y la Segunda ART, de tal manera mal puede argumentarse que esa defensa no ha sido invocada por su adversaria y que su derecho de defensa en juicio haya sido vulnerado, comportando en esos términos una queja que no puede ser atendida a su respecto. En efecto procedió bien el señor Juez al valorar que la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal suscribió con la aseguradora el contrato de afiliación el 1° de enero del año 2007 (fs. 60/62) y si la Junta Médica decidió su retiro en el año 2005 (fs.68vta.) es claro que las manifestaciones invalidantes no se han dado en el lapso de cobertura de la Segunda ART (confr. póliza a fs. 60/62 y 63). En consecuencia considero que se debe confirmar ese aspecto de la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la ART. V.- Dicho lo cual corresponde examinar la existencia de la fuente de atribución de responsabilidad que se le endilga a la demandada, toda vez que de ello dependerá la procedencia del reclamo articulado en base a la existencia de los daños alegados.

Para ello, debe analizarse el caso traído a conocimiento de la Alzada, de acuerdo a la corriente jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que desarrolló en el marco de los diversos casos de daños sufridos por militares o personal de las fuerzas de seguridad en "actos de servicio". Entre ellos, en el caso "Mengual" del 19/10/1995. La Corte Suprema juzgó que no "existe óbice alguno para otorgar una indemnización basada en las normas de derecho común a un integrante de las fuerzas de seguridad -ya sea que su incorporación haya sido voluntaria o no- cuando las normas específicas que rigen a las citadas instituciones (en el caso ley 20.416 y decreto reglamentario n°4160/68) no prevén una indemnización sino un haber de retiro de naturaleza previsional" (considerando 10° del voto mayoritario). Otro hito en la materia, fue el dictado del precedente "Azzetti" del 10/12/1998 (Fallos 321:3363). En ese caso la Corte sostuvo que los daños sufridos como consecuencia del cumplimiento de misiones específicas y legítimas de las fuerzas armadas, características del servicio público de la defensa, no originaban responsabilidad del Estado Nacional. Ese precedente dio origen a que el 18.12.2007, nuestro Máximo Tribunal se pronunciara en dos causas "Aragón" y "Leston" precisando la doctrina que había sido asentada anteriormente en la causa "Azzetti" (Fallo: 321:3363). En varios pasajes y especialmente en el considerando VI, establece la distinción entre los "daños típicamente accidentales" contra otros daños que responden a las consecuencias "del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas" (acciones bélicas en tiempos de guerra: Malvinas), supuesto éste en que se torna improcedente la indemnización con base en las normas del derecho común en cuanto no sólo se hallaban incluidos los heridos de guerra, sino también todo el personal de las Fuerzas Armadas o de Seguridad que se lesionara, mutilara o incapacitara como consecuencia del desempeño de funciones o misiones específicas de la Fuerza. Lo resuelto por el Alto Tribunal en las causas "Leston" y "Aragón", del 18.12.07, quedó definido en términos que no admiten dudas por La Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 20 de diciembre de 2011, "in re": "García José Manuel c/Estado Nacional -Ministerio de Defensa- Ejército Argentino s/daños y perjuicios", precisando aun mas estos conceptos; sólo los actos de servicio que sean "acciones bélicas" (fuerzas armadas) o "enfrentamientos armados" (fuerzas de seguridad), están excluidos del ámbito indemnizatorio. No así los restantes, sin perjuicio de que compete al Tribunal de grado resolver si -en estos últimos- se dan todos y cada uno de los requisitos que hacen al progreso de la acción resarcitoria, de acuerdo con el derecho común que se invoca como fundamento de la pretensión. Este temperamento se vio reafirmado por el Alto Tribunal en el fallo "Rodríguez Pereyra" del 27.11.2012. En este contexto, debo decir que el Servicio Penitenciario Federal no ha quedado al margen de esta situación y también se han planteado distintas alternativas a la hora de resolver si correspondía o no la aplicación del precedente "Leston" "Azzetti". Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en favor de la aplicación de dichos precedentes en un caso en el cual un agente del Servicio Penitenciario Federal resultó seriamente afectado en su psiquismo luego de haber estado involucrado en un amotinamiento de reclusos con toma de rehenes (causa "Bravo", del 19 de abril de 2011). También este Tribunal en casos en los cuales se produjeron enfrentamiento puntuales con reclusos, consideró que se trataba de hechos asimilables a funciones típicas de la fuerza y aplicó el precedente "Leston", comenzando por la causa indicada en donde la Corte confirmó la sentencia dictada por la Sala II (causa 4.685/04 del 19/3/2009). En tal sentido, también puede citarse Sala I, causas 8.014/04 del 12/2/2008 y 5.446/05 del 10/02/2011; Sala II, causa 8.270/01 del 25/09/08. Ahora bien, tal como surge de los expedientes mencionados, este criterio ha sido aplicado exclusivamente en los casos en que se ha podido identificar un hecho puntual consistente en un enfrentamiento con internos como origen del daño. Mas cuando se ha demandado por lesiones que no reconocen un único episodio, se ha desestimado la correspondencia con el precedente "Leston" (ver Sala II, causa 515/07 del 21/09/12) y lo mismo que sucede en los casos en que las lesiones son producto de un accidente (119/06 del 9/02/12; Sala I, causa 10.067/06 del 20/09/12). En el caso, considero que debe seguirse esa misma línea jurisprudencial, toda vez que no se trata de un hecho puntual que implicó un enfrentamiento armado, en los términos de la doctrina que emana de los precedentes de la Corte, sino más bien de un cúmulo de situaciones vinculadas a su labor cotidiana, que han ido deteriorando su salud psíquica, hasta determinar que la propia fuerza -que lo consideró apto al momento de ingresar a la institución-, dispusiera pasarlo a disponibilidad. En definitiva entonces, considero que no corresponde resolver el caso en base a los precedentes "Azzetti" y "Leston" y por lo tanto resulta plenamente aplicable el fallo "Mengual" en virtud del cual para los supuestos de lesiones sufridas por sus integrantes y originadas en actos de servicio, resulta perfectamente compatible la determinación de una indemnización fundada en normas de derecho común. VI.- En este contexto resulta indudable que entre el Servicio Penitenciario Federal y el ex ayudante de 4ta. -desde su incorporación en el año 2002 como integrante de la fuerza hasta su pase a retiro obligatorio en el año 2007 (fs. 157)- existía un vínculo de naturaleza contractual, resultando una de las obligaciones ínsitas en el contrato -sea de empleo público o de trabajo- velar por el "deber de seguridad" que incumbe al empleador, en orden a la preservación de su integridad psicofísica, adoptando todas las conductas positivas que -según el tipo de trabajo- sean necesarias para tutelar su integridad psicofísica y los riesgos emergentes del trabajo actual. Tal como lo declaró la Corte Suprema, los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador están prohibidos por el principio alterum non laedere (conf. causa Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales S.A.

s/accidentes ley 9688 del 21/09/2004). Por consiguiente, la obligación de indemnizar según las normas de derecho común por las lesiones psíquicas sufridas por el actor en el ámbito penitenciario, se basa en la infracción al deber de seguridad inherente al contrato, y no por las normas que rigen la responsabilidad aquiliana -entre las que se cuenta el art. 1113 C.C.- como sostiene el actor en el escrito de inicio- salvo que medie un delito de derecho criminal o dolo (conf. esta Sala, causas 6134 del 7.10.88; 8872/99 del 1.4.2003 y sus citas; J.J. LLAMBÍAS, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", Bs.As.1980, t.IV-B, n 2857). No se está -en este caso- ante un supuesto de responsabilidad por hechos ilícitos o responsabilidad aquiliana, cuyos principios no juegan en la especie (mi voto de esta Sala causa 6787/07). Entiendo por "obligación de seguridad" -como así lo desarrollé en un voto reciente de esta Sala causa n° 593/2013 del 7.6.2018- a aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato (Vázquez Ferreira, Roberto A. La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual, Rev. De Dcho. Privado y Comunitario N°17, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 79). "Obligación de Seguridad" que subsiste y se consolida en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado aprobado por ley 26.994 y promulgado según dect. 1795/2014, y su legislación complementaria, que rige en aquellos contratos que por su carácter riesgoso imponen al deudor la obligación de velar por las personas y los bienes del acreedor (confr. Pizarro Ramón D. "Requiem para la Obligación de Seguridad en el Código Civil y Comercial" del 21.9.2015- La Ley 2015). En el caso el Estado Nacional le debe a su dependiente una garantía de seguridad en proporción directa al riesgo al que lo somete y en apropiada correlación con la obligación que exige. Y si el daño se concreta en su dependiente es prueba acabada del incumplimiento del deber de seguridad del Estado Nacional que no le proporcionó la protección debida a su dependiente, omitiendo obrar con el cuidado exigido por las circunstancias de tiempo, lugar y persona (art. 512 y 902 del derogado Código Civil)(esta Sala causa 6202/00 del 5.7.05) que sólo resultará enervada por una prueba clara y categórica que demuestre que adoptó las precauciones que las circunstancias exigían (conf. causa 7.092/00 del 6.11.07 y sus citas), presupuesto fáctico que no surge de las constancias de la causa y en especial del plexo probatorio aportado por la accionada. En suma, el Estado como empleador debe responder por dicho incumplimiento, no sólo por ser titular de dichas obligaciones, sino también por tener a su cargo el pleno poder de organización y dirección con lo cual estaba legitimado a actuar en resguardo de la integridad de su dependiente, lo cual constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible al buen empleador, cuyo respeto también es exigible al Estado con mayor rigor y, en especial, con aquéllos que son sus agentes (conf. C.Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, causa "Waiman, Roberto c/ Estado Nacional" del 05/06/07). VII.- Definido el tema de la responsabilidad, con base en el incumplimiento contractual del deber de seguridad por parte de la Nación Argentina, he de proceder a determinar los rubros o daños resarcibles, es decir, aquellos que hayan sido consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación aludida (art.520 del Código Civil), entendiéndose por "consecuencia inmediata" la que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y por "consecuencia necesaria" la que es la causa adecuada del daño, sin que aparezca éste como fruto de un factor eventual (esta Sala causa 1998/99 del 24.2.04 y mi voto causa 6787/2013 del 6.4.2018) . A fin de acreditar la entidad de los daños padecidos por el ex agente Garrido pasaré al estudio de las constancias de la causa y -en especial- si las pruebas periciales dan razón al actor o al Estado Nacional. Las primeras pruebas allegadas al expediente están constituidas por: a) la historia Clínica que obra a fs. 159/184 confeccionada por "La Clínica de la Esperanza" y b) la del Servicio Penitenciario Federal que corre en sobre aparte y tengo a la vista. Ellas aportan prueba de la existencia cierta e incuestionable de los tratamientos ambulatorios y las internaciones que llevó a cabo el actor a raíz de los hechos relatados en el escrito inicial, que acreditan -sin dudas- que afectaron la salud del agente vinculadas a su actividad laboral y por los que aquí se reclama. Es claro que el Tribunal debe favorecer la práctica de la prueba pericial y acordarle preeminencia sobre los restantes medios, con arreglo a los métodos más seguros que se conozcan al momento, y atenerse sobre tales premisas a sus resultados cuando ningún otro elemento conocido permita dudar seriamente de la solvencia de los estudios, sin perder de vista la prueba indiciaria en tal contexto (Jorge L. Kielmanovich, "Teoría de la prueba y medios probatorios", Tercera edición ampliada y actualizada, ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 82 y ss., Buenos Aires, junio 2004). Es un principio -sostenido en mis votos- que la pericia vale tanto como resulte de sus fundamentos y de la claridad de exposición (conf., Colombo, C.J., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T.I, pág.718, 4a.ed.), porque ella ha de ser reflejo de la experiencia profesional del perito, aplicada a cada caso en particular. Por otra parte, los daños en la persona y sus secuelas deben acreditarse por perito idóneo, que en cada caso, es quien mediante la aplicación de conocimientos que le son específicos deberá elaborar una conclusión sobre el tema. Supuesto que es común cuando resulta indispensable la prueba pericial, que requiere que el magistrado en la comprobación de un hecho controvertido o en la determinación de sus causas o efectos, sea auxiliado por persona especializada en alguna ciencia, arte, industria o actividad (ver, Palacio, L.E., "Derecho Procesal Civil", T. IV, pág. 673 y sigtes, n8. 495). Es a través de los principios enunciados que debe ponderarse el peritaje y sus ampliaciones, que, como actividad procesal, se desarrolla en virtud del encargo judicial por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o

científicos, ajenos al común de la gente como al campo específico del derecho, que es del dominio del juzgador (conf., Cám. Nac. Civil, Sala D, I.N* 266.503; id., N* 1064,12-9-1983). Desde ese enfoque, es adecuado valorar el aporte suministrado en la causa por la perito psicóloga Licenciada Susana Sofía Holand que presentó su labor pericial a fs.331/340, agregando a fs.341/351 las baterías de test realizadas, que ilustran sobre los aspectos psicológicos del reclamante. En el informe presentado luego de detallar los antecedentes del actor, las técnicas administradas, y el detalle del examen psicoclínico ?conforme al análisis interrelacionado del material psicológico obtenido? precisó las consideraciones más relevantes de las pruebas administradas(fs.341/351). Por su parte la perita médica designada de oficio doctora Diana Mabel Salz valoró con especial cuidado que el señor Leandro Martín Garrido se desempeñaba como ayudante de 4ta. del Servicio Penitenciario Federal cumpliendo funciones en el servicio de requisa de la Unidad Penitenciaria n° 2 desde el 1.06.2002 hasta que se le notificó su disponibilidad el 8.8.2007. Al respecto consideró que el actor en ocasión de su desempeño laboral habitual, ?se vio expuesto a hechos vividos y sentidos como violentos, traumáticos con una impensada tramitación psicológica? con una ?carga de angustia insondable? ?lo violentamente padecido acompañado de una carga de angustia masiva?. Luego de realizar el psicodiagnóstico y las pruebas diagnósticas necesarias para su evaluación concluyó que el actor presenta un cuadro Psicopatológico por las alternativas sucedidas durante sus tareas laborales. Agregó ?que presenta un terror psíquico subjetivo a la repetición de las vivencias amenazantes, a las que se vio sometido...sobre los violentos eventos que le causaron terror y espanto y alteraciones anímicas?(fs.352/360) Concluyó que ?el mencionado cuadro es reactivo, y sigue y seguirá causando efectos traumáticos definitivos irreversibles, sin posibilidad de remisión; efectos permanentes que generan una incapacidad cada vez mayor solo podrán ser soportados con ayuda terapéutica asistencial.... que ?requiere continuidad de tratamiento?. Agregó ?no hay remisión, no hay curación?. En definitiva ambas expertas concluyeron en igual sentido: que el actor presenta una incapacidad psicológica parcial del 30% por presentar un trastorno por Estrés Post-Traumático Crónico grado Severo conforme el Baremo para determinación del Daño Psíquico de los Dres. Castex y Silva. El diagnóstico clínico determino: ?compatible con DSM IV F. 43.1 Trastorno por Estrés Postraumático. Clínicamente Cronificado. Defensas insuficientes Según Baremo Ley: reacción vivencial anormal neurótica. Trastorno por estrés Postraumático?. Aclaro desde ya, que la impugnación al informe pericial de la médica legista -que presentó la demandada a fs. 370/371 y la ART. a fs 376- no alcanzan para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la facultativa en tanto sus objeciones no descansan en la opinión de un experto. No obstante, a fs. 381 contestó la perito reforzando el informe impugnado y agregó que el accionante ?no presenta signos de patología psicológica, ni psiquiátrica previa?. Dicho de otro modo cuando el informe comporta la necesidad de apreciación científica del campo del saber del perito, para desvirtuarlo es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el técnico hubiere hecho de los conocimientos técnicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado (conf., Palacio, L.E., Derecho Procesal Civil", T.IV, pág.702; Cám. Nac. Civil, Sala F, 13-8-1982, E.D.101-789; id., 24-8-1982, E.D.102-330). En lo que aquí interesa hay que tener en cuenta que la labor presentada por la Licenciada Susana Sofía Holand se complementa e integra con la evaluación psiquiátrica realizada por la Dra. Diana Mabel Salz médica legista de oficio, que lucen con fundamentaciones expuestas en términos perfectamente comprensibles y sin que se encuentre en sus desarrollos ningún aspecto discordante con otros informes. De allí que, a la luz de las llamadas reglas de la sana crítica, no encuentre motivo que justifique prescindir del valor probatorio de esos dictámenes. A ellos cabe atenerse por hallarse debidamente fundados y no incurrir -al menos yo no lo he advertido- en desaciertos, incoherencias o contradicciones que enerven su fuerza suasoria (arts. 386 CPCC). De allí que admito y hago mias las conclusiones de los trabajos periciales, de conformidad con lo normado por el art. 477 del Código Procesal. Siendo esto así y habiendo determinado las expertas la existencia -en el caso- del daño psíquico antes descripto en una demostración de causa a efecto, nada más necesario para su admisión. Todo ello porque evidentemente existe una disminución funcional (30%) en la psiquis del accionante lo que se traduce en una sintomatología como la detallada que al decir de las peritos es un ?cuadro reactivo, y sigue y seguirá causando efectos traumáticos definitivos irreversibles, sin posibilidad de remisión; no hay curación?. VII.- Como dijera en el considerando I de este voto el ayudante de 4ta.Garrido reclamó por el rubro daño psicológico la suma de \$ 480.000 y de daño moral la de \$ 120.000, por la ?pérdida de la chance? \$40.000 y por gastos futuros de tratamiento la suma de \$10.000 (ver fs. 18 y vta.). Dicho ello, a los fines de fijar la indemnización del rubro es necesario seguir un criterio dotado de la suficiente fluidez como para tomar en cuenta las características particulares de cada caso: edad de la víctima: 32 años al momento de iniciar la acción, situación familiar: soltero, profesión, ayudante de 4ta. del Servicio penitenciario Federal; y, naturalmente, el grado de minusvalía que lo afecta: 30%.- Trataré en primer término la cuestión relacionada al daño psicológico independientemente del daño moral habida cuenta que sostengo que, no corresponde confundir las afecciones que configuran el daño moral con el daño psíquico, entendido como secuela patológica derivada de un hecho. Y así lo ha decidido esta Sala (ver, causa nro. 667/2011 del 5-10-2016 autos ?Avila, Julio Enrique y otros c/ Estado Nac. Dirección Nacional de Vialidad y otros s/ Daños y Perjuicios? voto de la mayoría y causa nro. 354/2007 del 5-10-2016, autos ?Gounaris Basilia Verónica c/

Estado Nacional Fuerza Aérea Argentina y otros s/ Daños y Perjuicios?, voto de la mayoría). Es decir que en mi opinión son rubros distintos; por un lado el daño psicológico y por el otro el daño moral. En lo que al primero de ellos se refiere y en este caso concreto, reiteradamente he sostenido que se entiende por tal la pérdida o atenuación del potencial psíquico del que gozaba, en este caso el afectado: teniendo en cuenta sus condiciones personales, edad, estado civil y demás circunstancias que correspondan (mi voto causa 593/13 del 7.6.2018).- El ?daño psicológico?, puede tener consecuencias en el ámbito económico (en tanto los trastornos psíquicos impiden numerosos trabajos) y, a su vez, ser causa de severas mortificaciones y sufrimientos de orden moral (cuadros de angustia, ansiedad, estados de pánico, depresiones) es decir, que un trastorno mental o psíquico, al propio tiempo que se traduce en la incapacidad de desarrollar tareas rentadas por cuenta propia o en relación de dependencia, suele interceder negativamente o anular la personalidad del sujeto. En consecuencia, puede ocurrir que trastornos o daños psíquicos incapacitan para trabajar y, desde este punto de vista, son indemnizables en su incidencia económica y también proyectan lesiones graves de orden moral y -por tanto- son resarcibles como un medio de ?mitigar el dolor?. De allí que corresponde computar el daño Psíquico que se manifiesta en dos órdenes diferentes en el aspecto económico (incapacidad) y en la órbita extrapatrimonial, sin perder de vista que los porcentuales sobre incapacidad fijados desde un punto de vista médico, no se trasladan automáticamente a la evaluación del perjuicio, que debe correlacionarse con las circunstancias que especifican el caso. Es valorando todas las circunstancias descriptas que justifican conceder el resarcimiento del daño psicológico individualizado en la cantidad de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$ 300.000) fruto de un juicio prudencial, equilibrado y razonable (art. 165, última parte, del Código Procesal). De allí que proponga en este voto la procedencia y monto de la indemnización determinada para resarcir el daño psicológico derivado del ilegítimo incumplimiento contractual de la demandada. A su vez de los informes periciales antedichos se advierte el daño moral del accionante, como lo detallan las expertas como consecuencia de los hechos traumáticos por los que aquí se reclama. Esto permite tener una noción más o menos concreta del estado anímico y del sufrimiento moral por la que atravesó el actor y derivadas del incumplimiento de su empleador y con bases suficientes para mensurar en dinero un resarcimiento adecuado al ?daño moral? padecido. Es un daño que afecta al sentimiento -dolor, aflicción, pesar, conmoción de envergadura en el equilibrio habitual- y que es consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, el humillado, el afligido, etc., tenía un interés reconocido por la ley (conf., Zannoni, E., ob. cit., pag.232 y sus citas). Y es por aplicación del art. 1078 del Cód. Civil -hoy art. 1737,1738 del Código Civil y Comercial de la Nación- que se tiende a reparar el dolor que provoca el evento dañoso fuera del ámbito físico (conf., Zannoni, E., "El daño en la responsabilidad civil", pág.232; Orgaz, A., "El daño resarcible", pág.183, N°55 y citas en nota 5; Cám.Nac.Civil, Sala A, Valdez C. c/ Amparo S.A. s/ Daños y Perjuicios, E.D., F°32.992; idem, Endrej, C. c/ Val-verde, O.J., s/ Sumario, E.D., F°32.876, entre muchos otros y mi voto de esta Sala en la causa 7112/2011 del 13.10.2017). Ello así porque el resarcimiento del daño moral atiende a la lesión de los derechos sin contenido patrimonial que son primordiales para todo ser humano: la vida, el honor, la integridad física, los íntimos afectos, la tranquilidad y similares entendiendo que su procedencia, cumple una función y propósito distinto -que pertenece al mundo subjetivo de los damnificados- del que corresponde otorgar por el daño material (conf. esta Sala, causa n° 4207/94 del 14/04/99 y sus citas). Y como aquí se cumplen todos y cada uno de los requisitos que hacen al progreso de la acción resarcitoria, -de acuerdo con el derecho común- se impone concluir que el Estado empleador-por acción o por omisión del deber de seguridad de sus dependientes- generó la obligación de indemnizar los daños que sufrió el dependiente y -en la víctima- el derecho a que se le repare las lesiones a sus intereses no patrimoniales y que exceden el ámbito físico. Lo que dije no importa que resigne la misión de "dar a cada uno lo suyo" (conf. Ulpiano, Digesto, T. 12), que constituye la esencia de la administración de justicia que el Estado me confió, en manos de un tercero, sino, solo que en casos como el presente conforme las reglas de la sana crítica (art. 163, inciso 5* del Cód. cit.) tome en cuenta en forma primordial la conclusión a que llega quien posee conocimientos técnicos ajenos al saber específicamente jurídico, que tengo como Juez. En consecuencia, en atención a lo expuesto precedentemente y, en ejercicio prudencial y razonable de la facultad que confiere el art. 165 in fine del C.P.C.C.N. y de acuerdo a una adecuada ponderación de los elementos reunidos en la causa y la aplicación de los principios jurídicos que rige el sistema indemnizatorio, propongo al acuerdo fijar la suma de CIENTO VEINTE MIL PESOS (\$120.000) como se pide para resarcir el daño moral sufrido por el ex ayudante de 4ta. Leandro Martín Garrido. En lo referente a los ?gastos por tratamiento psicológico? considero que es un gasto suficientemente fundado por la perito legista designada de oficio que sugiere que el entrevistado ?Deberá continuar con asistencia psicoterapéutica, con abordaje sintomatológico. El tipo de asistencia recomendado es de objetivos focalizados y su atención individual. Se estima un plazo inicial entre 18 y 24 meses, con una asiduidad semanal. El costo vigente por sesión individual y privada ronda entre \$250 y \$300?. (fs. 340). En tales condiciones no existe motivo para apartarme de lo sugerido por ella y propongo que se haga lugar al reclamo de los gastos de tratamiento en la cantidad de \$7.200 (SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS), con los intereses que iniciarán su curso desde la notificación de la presente sentencia a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en operaciones de descuento a treinta días (tasa vencida).

A su vez, reclama el actor se le indemnice ?la pérdida de la chance? de haber podido continuar en las fuerzas de seguridad. Si bien es cierto que los ascensos en la Fuerza no son automáticos y dependen de muchos factores de diversa naturaleza, también lo es que quienes integran la carrera -oficiales y suboficiales- aspiran a progresar en sus cuadros en todo cuanto sea posible para lograr el grado inmediato superior. Empero cuando se reclama la indemnización de la ?pérdida de la chance? de ascender, no se trata de resarcir la ?pérdida del ascenso?, sino de compensar la frustración de la chance de competir en igualdad de condiciones -con otros suboficiales de la misma categoría- para lograr la promoción pretendida. Este y no otro es el daño configurado por la pérdida de la chance de ascender, que constituye un daño cierto y no conjetural. Lo conjetural es el ascenso; la chance de competir por el ascenso es un daño cierto y como tal resarcible y que tiene su propia medida en cuanto a que su efectivización es siempre problemática. Así lo ha reconocido este Tribunal en diversas oportunidades (confr. causa 5356/98 del 7.8.2001; 6895/98 del 5.2.2002 5563/02 del 24.4.2007; ver J.J. Llambías ?Tratado de Derecho Civil - Obligaciones ?; t. I, n° 241 y nota 20). Su resarcimiento ha de ser determinado siguiendo un criterio flexible que pondere el conjunto de todos aquellos elementos demostrativos de la concreta influencia negativa de la minoración psíquica de la víctima en el campo laboral y en las actividades de ésta con contenido económico, descartando cálculos matemáticos respecto de los eventuales ingresos del reclamante durante su probable vida laboral útil. Considerando que en la especie lo que se indemniza es un daño cierto y no conjetural y juzgo razonable fijar el monto en la cantidad de QUINCE MIL PESOS (\$ 15.000), con relación a este ítem. Por las consideraciones antedichas, propongo al acuerdo -si mis distinguidos colegas comparten mi voto- confirmar la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la ART. Y modificar el pronunciamiento apelado en el sentido que se haga lugar la demanda entablada por el ex ayudante de 4ta Leandro Martín Garrido contra el Estado Nacional; Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Servicio Penitenciario Federal que deberá pagar al actor la cantidad de CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS (\$435.000), que devengará intereses desde la fecha del pase a retiro obligatorio es decir el 6 de junio del año 2007 (fs. 93 y sgtes. expte 59726/2005 en sobre aparte), a la tasa activa que cobra el Banco de La Nación Argentina, en sus operaciones de descuento a 30 días plazo vencido, que ha sido adoptada por las tres Salas de la Cámara (confr. causa 2592/00 dl 2.08.05). Propongo que se haga lugar al reclamo de los gastos de tratamiento en la cantidad de \$7.200 (SIETE MIL DOSCIENTOS PESOS), con los intereses que iniciarán su curso desde la notificación de la presente sentencia a la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina en operaciones de descuento a treinta días (tasa vencida). Finalmente en estos casos de daños personales, donde la discrecionalidad judicial juega un papel preponderante en la determinación de las indemnizaciones, el hecho de que la demanda no prospere en toda su dimensión -máxime cuando en el escrito de inicio se hizo la salvedad relativa a lo que resulte de la prueba- corresponde imponer las costas del juicio a la parte vencida, cuya actitud obligó a la contraparte a promover las actuaciones para obtener el reconocimiento de sus legítimos derechos. De allí que en estos supuestos el Tribunal haya decidido que la responsable de los daños cargue con las costas, de acuerdo con el ppio general que adopta el art. 68, 1er. Párrafo del Cód. procesal, que sigue el criterio del vencimiento o derrota (esta Sala causa 11.861/94 del 3.2.98). El doctor Ricardo Víctor Guarinoni por razones análogas a las expuestas por el doctor Eduardo Daniel Gottardi adhiere al voto que antecede. El doctor Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Sala RESUELVE: confirmar la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la ART y modificarla en el sentido que se haga lugar la demanda entablada por el ex ayudante de 4ta Leandro Martín Garrido contra el Estado Nacional; Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos; Servicio Penitenciario Federal que deberá pagar al actor la cantidad de \$435.000.- que devengará intereses desde la fecha del hecho dañoso a la tasa activa que cobra el Banco de La Nación Argentina, en sus operaciones de descuento a 30 días plazo vencido. Con costas a la parte vencida de acuerdo con el ppio general que adopta el art. 68, 1er. Párrafo del Cód. procesal, que sigue el criterio del vencimiento o derrota. Una vez que se encuentre firme la liquidación del crédito que se manda a pagar y sus intereses, vuelvan las actuaciones a efectos de proceder a fijar los honorarios correspondientes a ambas instancias (conf. art. 279, del C.P.C.C.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

EDUARDO DANIEL GOTTARDI

Correlaciones:

Jaques, Emilio César c/Estado Nacional Argentino - Ministerio de Justicia - Servicio Penitenciario Nacional s/personal militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad - Corte Sup. Just. Nac. - 30/10/2018 - Cita digital IUSJU032736E

034031E