

Accidentes ferroviarios. Responsabilidad de las empresas privatizadas y del Estado*

SUMARIO: I. Introducción: particularidades de la circulación ferroviaria – II. Daños sufridos por los pasajeros o usuarios: distintos supuestos fácticos – III. Daños sufridos por terceros: distintos supuestos fácticos – IV. Eventual responsabilidad del Estado como concedente o como titular del poder de policía. Rol del ente regulador - V. Reflexión final.

I. Introducción: particularidades de la circulación ferroviaria

Antes que todo se impone necesariamente recurrir en forma preliminar a la enumeración de ciertas características especiales que presenta la circulación ferroviaria (tanto de superficie como subterránea) las que nos van a servir de orientación y así poder extraer ciertas pautas o principios rectores a tener en cuenta a la hora de analizar accidentes en los que haya participado una formación ferroviaria para de esa forma imputar las eventuales responsabilidad a los sujetos intervinientes. A saber:

- Los trenes transitan por una vía exclusiva, de ahí que los vehículos o personas que pretendan atravesar la vía férrea deben ingresar a un espacio propio o reservado para el ferrocarril –interponiéndose en la línea de marcha del tren- y deben hacerlo con suma precaución, prudencia y atención (tener en cuenta las características de las personas, tiempo y lugar del art. 512 CCiv.). Incrementándose la precaución del que pretende cruzar en los pasos a nivel sin barreras. Esto como consecuencia del principio de especialización y segregación de la vía.
- Nuestra Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial N° 24.449/95 establece en su art. 41 inc. b) que la prioridad de paso absoluta que

* Por el Dr. Martín Diego Pirota. Abogado Especialista en Derecho de Daños (Universidad de Belgrano – Argentina y Universidad de Salamanca – España). Web site del autor: www.martindiegopirota.com.ar - Texto de la disertación brindada en la Comisión N° 3 de Daños derivados de la circulación, en el marco del X Congreso Internacional de Derecho de Daños

tiene el vehículo que circula por la derecha frente al que lo hace por la izquierda se pierde ante el paso de las formaciones ferroviarias, debido a la imposibilidad de maniobras de desvío o evasión, a las mayores complicaciones que tienen éstas para el frenado y detención y sus mayores implicancias dañosas en caso de un accidente, frente a las facilidades de maniobrabilidad de los automotores. Y recordemos que el art. 64 de la citada ley presume en principio (*iuris tantum*) responsable del accidente al que carecía de prioridad de paso. No obstante ello han dicho los tribunales que: *“El hecho de circular por zona de vías, de tránsito exclusivo, no libera a la empresa y a sus dependientes de responsabilidad, aún frente a la imprudencia ajena, toda vez que la locomotora circulaba sin luces y que no dio señal sonora antes de llegar al cruce, circunstancias que tuvieron incidencia causal en el accidente, sumadas a una iluminación deficiente del paso a nivel”* (CCC Junín, 18-11-08, **“M. A. y Otros c. Falcón, Luis O. y Otro s. daños y perjuicios”**).

- También se establece la prioridad de paso del vehículo que está cruzando el paso a nivel respecto del que circula por la arteria lateral a las vías férreas (conf. art. 41 inc. g)-2 Ley N° 24.449), aunque en la práctica por lo menos en mi ciudad ocurre a la inversa.
- En los pasos a nivel sin barrera ni semáforos: la velocidad precautoria (aquella que le permite mantener el total dominio del rodado prestando integral atención al acto conductivo) no puede superar los 20 km/h y cruzar después de asegurarse el conductor que no viene un tren (conf. art. 51 inc. e)-2 Ley N° 24.449).
- Son deberes de la empresa ferroviaria (conf. art. 5 Ley General de Ferrocarriles Nacionales N° 2.873/1891 y sus modificatorias): **a)** mantener la vía férrea en buen estado de modo que pueda ser recorrida sin peligro por los trenes, la inmediata reparación de todos los deterioros que sufriese y de la remoción de todos los obstáculos; **b)** conservar en

buen estado el tren rodante; **c)** proveer juntamente con el organismo vial competente (DNV, DPV, Municipalidades o Empresas concesionarias viales) en cada cruce ferroviario que se encuentre al mismo nivel que la ruta o calle, el señalamiento que corresponda conforme al **Anexo L (Sistema Uniforme de Señalamiento Vial confeccionado por la DNV) del Decreto Ley N° 779/95 que reglamenta la Ley Nacional de Tránsito y seguridad Vial 24.449 y arts. pertinentes (6.1.12, 6.3.1, 6.3.2 y 6.3.3.1) de la Resolución SETOP -Sec. de Estado de Transporte y Obras Públicas- N° 7/81 de Ferrocarriles – Normas a seguir para el cruce entre caminos y vías férreas).**

- En cuanto a la seguridad: La empresa ferroviaria tendrá el deber de no aceptar en los trenes y estaciones o expulsar a las personas que por su estado molestasen al público, o que llevasen armas de fuego (conf. art. 35 2do. párrafo Ley N° 2.873/1891). En concordancia con ello, establece el art. 11 de dicha ley que la empresa debe mantener en las estaciones y en los trenes el número de empleados que fuere necesario para que el servicio se haga con regularidad y sin peligro de accidentes. El art. 87 otorga al conductor del tren las facultades inherentes a los agentes de policía, mientras que el art. 88 establece que los jefes de estaciones y los conductores de trenes pueden requerir el auxilio de la fuerza pública, para hacer efectivas las reglas relativas a esa misma seguridad, como también para la aprehensión de los delincuentes.

II. Daños sufridos por los pasajeros o usuarios: distintos supuestos fácticos

En lo que hace a la responsabilidad de las empresas ferroviarias en caso de accidentes primeramente debemos diferenciar si se trata de daños sufridos por pasajeros o daños sufridos por terceros.

Esta primera clasificación nos definirá la órbita de responsabilidad en la que nos movemos (sea contractual o extracontractual) en razón de la valla impuesta por el art. 1107 CCiv. (que prevé la acción aquiliana), y de allí extraer las diferencias prácticas más notorias entre ambos regímenes referidas a: **A)** la extensión del resarcimiento (se responde más ampliamente en la esfera

extracontractual –consecuencias inmediatas y mediatas previstas o previsibles (arts. 903 y 904 CCiv.)- que en la contractual –consecuencias inmediatas y necesarias (art. 520 CCiv.)-); **B)** El plazo de prescripción de la acción, que en nuestro caso será de 1 año para el contrato de transporte terrestre oneroso comercial de cabotaje de personas o de cosas y de 2 años para el transporte que traspone los límites de nuestro país (internacional) (conf. art. 855 CCom.), y de 2 años en la fase extracontractual (conf. art. 4037 CCiv.).

En lo que hace a la prescripción agrega Trigo Represas que:

- Si la víctima hizo uso de la opción aquiliana del art. 1107 CCiv. (es decir, cuando el hecho ilícito configure un delito penal) y promovió reclamo por responsabilidad extracontractual, la prescripción es de dos años (art. 4037 CCiv.);
- Cuando la acción la promuevan los deudos de la víctima (responsabilidad extracontractual art. 4037 CCiv.);
- En el supuesto de acción contractual por incumplimiento del contrato oneroso de transporte civil de personas la prescripción opera a los diez años (art. 4023 CCiv.).

Pues bien, el art. 184 CCom. prescribe que: *“En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable”*. **Regula el transporte terrestre comercial oneroso de personas por remisión del art. 1624 2da. parte CCiv.. Por el contrario, si el transporte es realizado aisladamente por un no comerciante, el contrato tiene carácter civil. Como también si no hay vínculo contractual puede tratarse de un transporte gratuito o benévolo.**

En sintonía con ello establece el art. 65 párr. 2do. Ley General de Ferrocarriles Nacionales N° 2.873/1891 que: *“En caso de accidentes, cumbe a la empresa probar que el daño resulta de caso fortuito o fuerza mayor”*. **Con lo que pareciera que la responsabilidad se agrava porque la única eximente posible es el caso fortuito.**

El contrato de transporte de personas en su generalidad es una locación de obra, ya que el portador asume una obligación principal o típica de resultado o de fines que es: “transportar sano y salvo al viajero” hasta su destino. Es decir, que el transportador promete conducta diligente mediante la cual garantiza el interés final perseguido por el pasajero.

La responsabilidad del transportador es objetiva y existe independientemente de la culpa del mismo; su fundamento estriba en el riesgo creado por el transporte y pone a cargo de quien ejerce esa actividad el deber de seguridad (conf. art. 1198 CCiv.) que está inmerso dentro de la propia obligación principal asumida y por lo tanto integra la esencia del contrato de transporte.

La responsabilidad objetiva fue impuesta por el legislador por razones de política en materia de transporte (en virtud del riesgo y masividad de la actividad), para inducir a las empresas a extremar las precauciones respecto a la buena calidad, perfecto estado y funcionamiento del material, la capacitación y buen desempeño del personal, y por otra parte, en amparo de las posibles víctimas, para quienes el resarcimiento se tornaría ilusorio si tuvieran que probar la culpa del transportador.

En lo que hace al encuadramiento de la situación del chofer o conductor por cuya culpa (negligencia, imprudencia o impericia) se produjo el accidente dañoso. Hay varias posturas:

- a) La tesis de la responsabilidad extracontractual: dice que al no existir ningún vínculo contractual entre el pasajero damnificado y el chofer, la acción de responsabilidad civil es extracontractual (Kemelmajer de Carlucci, Llambías y Bustamante Alsina – CSJN, 17-03-92, “*Maccia de Prieto c. Emp. Transp. La Cabaña*”, ED 148-527);
- b) Otra postura dice que el chofer también asume la misma obligación del empresario de llevar sano y salvo al pasajero al lugar de destino, y que el primero sustituye totalmente al principal en la realización de todas las maniobras para el cabal cumplimiento de la obligación de seguridad (Mosset Iturraspe – CNCiv., Sala C, 15-08-89, “*Polino c. Volpato*”, LL 1990-A-334; JA 1989-IV-469);

c) La tesis del contrato a favor de terceros (art. 504 CCiv.), el pasajero que contrató con la empresa transportista, es el beneficiario de la estipulación a favor de tercero resultante del contrato laboral concluido entre la empresa y sus choferes, por lo que el pasajero también tendrá una acción directa de responsabilidad contractual contra el chofer.

Así dijo la Corte Nacional (**CSJN, 22-04-08, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.”, LL 20-05-08**) que “la interpretación del alcance de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 CN para los consumidores y usuarios”, que prevé *la protección de la salud y del trato equitativo y digno que debe dárseles. Agregando que las autoridades proveerán a la calidad y eficiencia de los servicios públicos.*

El contrato de transporte por ser consensual queda perfeccionado en el momento en que el usuario paga el precio por el viaje que ofrece y promete el empresario, por lo que la posesión del boleto no es indispensable para dar vida al contrato, sino como elemento de prueba del mismo. Así ha dicho la jurisprudencia que: “se considera pasajero no sólo a quien viaja con el correspondiente boleto, sino también a quien lo hace sin él, pues la calidad de tal se presume del hecho de no haberse impedido el ascenso por parte del transportista”. (**CNCiv., Sala A, 03-02-97, “Quintana, Lorenzo c. Ferrocarriles Argentinos S.A.”, LL 1997-D-300; CNCiv., Sala C, 09-05-96, “L., D. A. c. Néstor R. y otro”, LL 1996-E-211**).

Por otra parte, no encontramos obstáculos para que la relación entre pasajero y empresa prestadora del servicio ferroviario pueda ser encuadrada como una típica relación de consumo en función de lo prescripto por los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario N° 24.240/93 (y más ahora con la modificación dispuesta por Ley 26.361/08 que extiende el ámbito de aplicación a cualquier servicio público, conf. art. 3 parte final), con las ventajas que se desprenden de la aplicación del art. 40 de la normativa especial de consumo, que prevé la responsabilidad objetiva derivada del vicio o riesgo en la prestación del servicio por violación de la obligación de seguridad derivada de los arts. 5 y 6 de la citada ley. Y la aplicación del principio in dubio pro consumidor del art. 3.

Por otra parte, en los contratos de concesión de METROVIAS, FERROVIAS, TBA y TMB, el art. 20 establece que: *“El servicio de transporte ferroviario de pasajeros comprendido en la Concesión y todas las actividades vinculadas accesoriamente al mismo constituyen un “Servicio Público” (ya que reúne los requisitos de todo servicio público, es decir, continuidad, regularidad, igualdad, generalidad y obligatoriedad). Agregando que: El Concesionario reconoce tal carácter del servicio y, en consecuencia, asume por su cuenta y riesgo todas las obligaciones y responsabilidades derivadas del mismo”.*

También la reciente modificación a la Ley de Defensa del Consumidor amplió la noción de usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza servicios como destinatario final, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Cuando hablamos de relación de consumo sabemos que ella excede el marco contractual abarcando todas las circunstancias previas que encaminan o conducen a la contratación (oferta, publicidad, régimen de fidelización o suma de puntos por utilización del servicio) y posteriores a la celebración del contrato.

Precisamente este ensanchamiento de la relación de consumo y de la noción de usuario (incluyendo no solamente al que compró el boleto –usuario efectivo- sino a cualquier tercero que encontrándose dentro o en las zonas de ingreso o egreso al predio ferroviario concesionado haya sufrido algún perjuicio – usuario potencial o eventual-), nos permitirá encuadrar y resolver con mayor precisión algunas circunstancias fácticas que generaban dudas en la doctrina y la jurisprudencia relacionadas al comienzo y al fin del contrato de transporte.

Además por aplicación del nuevo art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, si bien el plazo de prescripción sigue siendo de 3 años, se agrega que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario, por lo que ello nos permitiría dejar de lado la aplicación del art. 855 CCom. que prevé la prescripción anual de la acción derivada del contrato de transporte terrestre comercial. Así lo interpretó la **Sala K de la CNCiv., sentencia del 26-02-09, “Lezcano, Yolanda c. Metrovías S.A. s. daños y perjuicios”.**

Y a propósito de cuándo comienza y cuándo finaliza el contrato de transporte podemos decir que existen cuatro posiciones:

- a) una postura restringida (seguida por la Corte de Casación francesa y entre nosotros propiciada por Trigo Represas y López Mesa) establece que el transporte comienza cuando el pasajero asciende o pone un pie en el tren hasta que acaba de descender, por lo que los daños sufridos por el usuario antes o después de dicho lapso quedarán fuera del contrato pero podrán igualmente generar la responsabilidad extracontractual de la empresa por aplicación de los arts. 1109 ó 1113 CCiv. (**Cám. 2da. CC La Plata, Sala 1ra., 15-02-90, “Giménez Ayala c. Arévalo, Juan Manuel”**);
- b) otra tendencia dice que el transporte abarca no sólo el viaje en sí, sino también el período previo al traslado, por ej. cuando el pasajero está esperando la llegada del tren en el andén (**CNCiv., Sala M, 10-11-94, “Rosas Gómez, Mónica Emperatriz c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”**, ED 163-437; **CNCiv., Sala D, 17-03-98, “Fernández, Julio A. c. Ferrocarriles Argentinos”**, LL 1998-F-872);
- c) Y otra más amplia que dice que el contrato de transporte comienza cuando el pasajero abona el pasaje (**CNCiv., Sala H, 10-10-96, “G., R. H. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otro”**, LL 1997-D-832). Por ej. se dijo que el contrato de transporte subterráneo se perfecciona cuando el usuario traspone los molinetes de ingreso y finaliza al pasar el molinete de la estación de arribo (**CNCiv., Sala A, 20-03-89, “M., G. N. c. Subterráneos de Buenos Aires y Garnica de Gómez, Lorenzo c. Subterráneos de Buenos Aires”**, LL 1989-D-344).
- d) Aunque la tesis mayoritaria se inclina por la amplitud de la relación de consumo, ya que no obstante que el transporte ferroviario tiene su reglamentación específica, el carácter del servicio prestado no impide la necesaria e indispensable aplicación complementaria de la Ley del consumo, atento a la integración o penetración normativa y efectos expansivos que dicha ley tiene sobre la generalidad del ordenamiento jurídico y particularmente sobre la relación empresario (proveedor del

servicio público de transporte ferroviario)-usuario. Así se ha hecho responsable a METROVIAS aplicándose los arts. 5 y 40 LDC, por incumplimiento de la obligación de seguridad frente a un usuario que sufrió lesiones debido a una caída experimentada en la escalera de acceso al subterráneo. Aclarándose que: *“Esta obligación accesoria de seguridad abarca no sólo a quienes ya hubieran celebrado un contrato con la demandada, sino que debe ser garantizada tanto en el período precontractual, como en las situaciones de riesgo creadas en sus instalaciones respecto de sujetos no contratantes”* (CNCiv., Sala K, 26-02-09, *“Lezcano, Yolanda c. Metrovías S.A. s. daños y perjuicios”*. **Idem** CNCiv., Sala L, 20-10-08, *“Haichil, Lidia Nora c. Metrovías S.A. s. daños y perjuicios”*). Por el contrario, un fallo de la **Sala E de la CNCiv. del 28-10-08, “Bidarte, Juan J. c. Alto Palermo S.A.”**, JA fascículo 3, 2009-II, pág. 29, exoneró de responsabilidad al shopping por la caída de una persona en una escalera mecánica, que no obstante ser considerada cosa riesgosa, la víctima no acreditó la existencia de un líquido que según manifestó le había provocado la caída. **Pero recuerden Uds. que se dice que no toda cosa riesgosa es viciosa, pero sí toda cosa viciosa es a su vez riesgosa.**

En la casuística contractual o de la relación de consumo (no referimos a los daños sufridos por pasajeros dentro del ámbito ferroviario), revisten especial atención aquellos perjuicios ocasionados por hechos vandálicos por ej. robos u objetos arrojados desde lugares cercanos a las vías por terceras personas –a veces no identificadas- que ocasionan lesiones, y que en un primer momento la jurisprudencia consideraba hechos fortuitos por los que la empresa ferroviaria no debía responder, para luego con el correr del tiempo ir mudando su postura hacia la responsabilidad del concesionario. Aunque no obstante dicho cambio consideramos que la tendencia no está totalmente consolidada y además se trata de cuestiones de hecho y prueba en las que hay que analizar cada caso en particular.

No resulta nueva por cierto la creciente ola de violencia exteriorizada a través del delito que sufre nuestro país y que se manifiesta en todos los ámbitos y

actividades de la vida en sociedad, de la que por supuesto la circulación y el transporte –por ser una de las expresiones auténticas del comportamiento social– no es ajena.

Así el estado de inseguridad e indefensión de los pasajeros fue reseñado en un fallo del año 1998 de la CNCiv. donde se dijo que: *“el vandalismo que se ha desencadenado en el ámbito de los ferrocarriles obliga a sus directores a arbitrar los métodos de seguridad más efectivos y sofisticados. Pero también obliga a los jueces a apreciar el desenvolvimiento de la teoría de la responsabilidad civil en lo que va de este siglo, cuya principal finalidad consiste en la protección de las víctimas. No hacerlo así provocará un aumento incesante del arbitrario catálogo de eximentes o limitaciones. Un principio de justicia impone que, aunque el dueño de la cosa riesgosa se encuentre libre de culpa, sea éste quien deba soportar la reparación pecuniaria del daño sobrevenido, sin olvidar que tiene a su alcance cubrirse mediante la contratación de un seguro”*, como obligatoriamente lo exigen los contratos de concesión de METROVIAS, FERROVIAS, TBA y TMB en el art. 18.2 (CNCiv., Sala M, 23-02-98, **“Muche, Ramón Orlando c. Ferrocarriles Argentinos s. daños y perjuicios”**).

Hace ya un tiempo atrás estudiamos esta problemática social (PIROTA, Martín Diego, ***Inseguridad en carreteras concesionadas por peaje: ¿Quién es el responsable?***, JA sección doctrina, 29-08-01, Nº 6261, págs. 32/36) haciendo un enfoque comparativo con situaciones ilícitas que guardan similitud con las apuntadas, en las que se discutió la responsabilidad del concesionario vial por las lesiones sufridas por usuarios al momento de transitar por el tramo vial concesionado, arribando a la conclusión que el concesionario vial debe hacerse cargo del primordial tema de la seguridad en las rutas que le fueron entregadas en concesión en colaboración con la autoridad policial, ya sea implementando mecanismos y/o dispositivos electrónicos de control, contratando personal de vigilancia privada, o encarando una campaña de supervisión y custodia conjuntamente con la policía federal y/o provincial -según la jurisdicción que corresponda- de los lugares en los que comúnmente se cometen actos delictivos. Elaborando un “mapa vial del delito”, generándose autoinformación para luego advertir a los usuarios acerca de los peligros concretos.

Así tenemos conocimiento de dos fallos que hicieron responsables al concesionario vial por las lesiones sufridas por el actor que se trasladaba como persona transportada en un automóvil particular como consecuencia del impacto de una piedra arrojada desde una de las pasarelas peatonales que cruzan en forma transversal y a distinto nivel la autopista y otro desde un terreno lindero. **CNCiv., Sala E, 17-09-07, “Lencinas, Verónica Cecilia c. Grupo Concesionario del Oeste S.A. y otro s. daños y perjuicios”,** y **CNCiv., Sala L, Setiembre de 2006, “Goitía, Martín Damián c. Covimet S.A. y otros s. daños y perjuicios (Accidente de Tránsito con Lesiones o Muerte)”**. (Ver fallos completos en www.martindiegopirola.com.ar, Solapa de Jurisprudencia).

Sin duda la cuestión central radica en si la eximente de culpa de un tercero por quien civilmente no debe responder esgrimida por la empresa reviste los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito como lo exigió la Corte Federal en los autos **“Santamarina, María del Carmen c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, sentencia del 13-11-90, LL 1991-B-526.**

Es que si tenemos en cuenta que estos hechos son cada vez más frecuentes y reiterados pareciera que de imprevisibles no tienen nada, aunque podría discutirse su inevitabilidad por parte de la empresa en el caso concreto.

Así el criterio jurisprudencial dominante dice que *“...el asalto a mano armada no puede ser considerado como un hecho imprevisible, debiendo demostrar el transportista que contaba con suficientes elementos de seguridad, y que ha adoptado todas las diligencias necesarias mínimas para impedir o al menos dificultar el asalto...”* (CNFed. Civil y Com., Sala III, 10-10-96, **“El Comercio Cía. de Seguros a Prima Fija c. Rivas y Cía. S.A.”**, LL 18-09-97); ya que *“...sostener que el accionar delictivo de terceros dentro del ámbito ferroviario es la causa del daño, no significa otra cosa que aceptar no haber adoptado las medidas necesarias para impedirlo. Si la actora se encontraba dentro del tren y fue víctima del arrebato de su cartera, para luego ser empujada sobre las vías, la transportista no cumplió con su deber de seguridad de velar por la integridad física del pasajero, siendo que no es ésta una situación excepcional, sino un riesgo corriente”* (CNFed. Civil y Com., Sala III, 15-10-98, **“Cabe Alfonso, Teresa de**

Jesús c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s. lesión y/o muerte pasajeros transporte ferroviario”).

Por el contrario en una reciente decisión de la **Sala F de la CNCiv.**, (sentencia del 26-09-08, **“Alegre, Alejandro Ramón c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. s. daños y perjuicios”**) se consideró que la lesión sufrida por el pasajero como consecuencia del ataque producido por terceros con el propósito de quitarle el bolso, sucedió por culpa de un tercero por quien la empresa ferroviaria no es civilmente responsable.

También en los casos de daños ocasionados a pasajeros de los trenes como consecuencia de piedras arrojadas desde el exterior por terceros, se ha sentenciado que, *“el hecho de que se prevean ventiletes de metal para tapar las ventanas no es suficiente para asegurar la integridad física de los pasajeros de las piedras arrojadas desde el exterior, pues estos “ataques” a los trenes no son nuevos, ni imprevisibles, por lo que la transportista, que conocía los riesgos, debió adoptar medidas de seguridad acordes a las circunstancias”* (**CNFed. Civil y Com., Sala I, 16-07-98, “Castaño, Carlos Alberto c. Ferrocarriles Argentinos s. daños y perjuicios”**). Es decir, si bien la empresa no puede evitar que se arrojen objetos, su obligación radica en impedir la llegada o el ingreso del objeto al vagón.

En definitiva la jurisprudencia ha juzgado que estas modalidades delictivas constituyen un caso fortuito interno al riesgo propio del transporte, de modo que no quiebran el nexo causal, pues no es externo a la cosa o actividad (conf. art. 513 CCiv.) (**CNCiv., Sala H, 10-10-96, “G., R. H. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos y otro”, LL 1997-D-832**).

Para eximirse el Ferrocarril debe probar la culpa exclusiva del tercero extraño, que el ataque se perpetró desde un lugar ajeno al ámbito sometido a la vigilancia ferroviaria y que ante la conocida reiteración de ese tipo de hechos, había realizado estudios para identificar las zonas desde las cuales se producían los ataques, colocación en esos sitios de cercas de alambre para que bajasen las ventanillas al acercarse a esos puntos; etc.); máxime teniendo en cuenta que la habitualidad del hecho le quita el carácter imprevisible (DEBER DE

AUTOINFORMACION AL USUARIO) (CNCiv., Sala C, 18-08-92, “*Leton c. E.F.E.A.*”, LL 1992-C-353; ED 141-349).

En esta misma línea la Corte Nacional en el caso “*Ledesma*” que citamos impuso responsabilidad a la empresa de subterráneos por los daños sufridos por una usuaria al descender de un vagón y haber puesto el pie en el hueco del andén, pues la negligencia que se le imputa a la damnificada es una consecuencia de una omisión previa del prestador del servicio, cual es la de asegurar el ordenado ascenso y descenso de los usuarios a fin de evitar accidentes, todo de conformidad con los arts. 513 CCiv., 42 CN y el flamante art. 8 bis LDC que obliga a brindar un trato digno a los usuarios.

Y este mismo argumento puede ser utilizado para los casos de daños sufridos por pasajeros que viajan peligrosamente en el estribo cuando se acredita que el tren se encuentra colmado de pasajeros. Aunque en estos casos hubo fallos que eximieron de responsabilidad al transportador por culpa de la víctima, nos parece que aquí la culpa está relacionada necesariamente con la asunción del riesgo y para que funcione como eximente tiene que tratarse de un riesgo extraordinario al transporte ferroviario, es decir, ajeno al riesgo ordinario o propio de dicha actividad, y además la conducta de la víctima tiene que haber sido voluntaria y no generada, condicionada o predispuesta por una acción u omisión culposa o riesgo previsible para el transportador. Así en un reciente fallo de la Sala B de la CNCiv. se responsabilizó en forma concurrente en un 90% a la empresa concesionaria del servicio por las lesiones sufridas por el actor que golpeó sus piernas contra un puente mientras viajaba en los estribos del tren que iba colmado de pasajeros (CNCiv., Sala B, 07-04-09, “*Madeo, Alejandro Martín c. Transportes Metropolitanos General San Martín s. daños y perjuicios*”).

IV. Daños sufridos por terceros: distintos supuestos fácticos

Vamos a analizar ahora aquellos casos que quedan fuera de la relación contractual y de la relación de consumo, que son los accidentes protagonizados entre el tren y un automotor o peatón. Aunque alguno pudiera considerar que en dicha ocasión el automovilista o peatón accidentado es un tercero que está

“expuesto a una relación de consumo” (conf. actual art. 1 LDC) y por lo tanto sería de aplicación la LDC.

Aquí resultará de aplicación lo normado por el art. 1113 CCiv., teniéndose en cuenta el riesgo creado por el ferrocarril como factor de imputación objetivo de responsabilidad. Aunque en algunos supuestos podría aplicarse el art. 1109 CCiv.

Así las cuestiones que revisten mayor importancia operativa y que pueden generar soluciones encontradas son las relativas a la necesidad de colocación de barreras y/o demás señalización en los cruces ferroviarios a nivel con una calle o carretera.

El principio general indica que las medidas de seguridad a adoptar en dichos cruces varían de acuerdo a la peligrosidad de los mismos, teniéndose en cuenta la intensidad del tránsito, la visibilidad del paso a nivel o la siniestralidad conocida que puede convertir al cruce en un punto negro, crítico o de conflicto, es decir, un lugar de alta concentración de siniestros viales en un determinado período de tiempo. Así de mayor a menor peligrosidad las acciones a seguir serían:

- Cruce ferroviario a distinto nivel de la calzada
- Colocación de barreras
- Colocación de señales y/o vigilancia directa o activa de un empleado

En un principio la Ley 2.873 exigía a la empresa ferroviaria la instalación de barreras en todos los cruces ferroviarios sin excepción, pero luego la Ley 22.647/82 dejó sin efecto dicha exigencia general, obligando a la empresa a la colocación de barreras solo en aquellos cruces que reúnan ciertas características especiales de peligrosidad.

De la interpretación de los artículos pertinentes de la norma especial aplicable al caso (**arts. 6.1.12, 6.3.1, 6.3.2 y 6.3.3.1 de la Resolución SETOP N° 7/81 de Ferrocarriles – Normas para el cruce entre caminos y vías férreas**) se advierte que en aquellos cruces ferroviarios donde la visibilidad no es satisfactoria y el índice de riesgo es mayor a 12.000 (que se mide teniendo en cuenta entre otros factores el flujo vehicular (tránsito medio diario anual-TMDA) de la carretera y área cercana donde se produce el accidente, la frecuencia diaria de trenes, la cantidad de accidentes registrados en el lugar), deberán contar con barreras o

transformarse el paso a distinto nivel, aunque de más está decir que la opción de colocación de barreras aparece como de más fácil implementación, tanto desde el punto de vista constructivo como económico. También es de destacar que al recorrer las rutas de nuestro país es raro encontrarse con pasos a nivel con barreras, privilegiándose los principios de fluidez y normalidad de la corriente del tránsito vehicular en detrimento en algunos casos (donde se requieren barreras y además la normativa especial lo exige) del principio de la seguridad vial. Ha dicho la jurisprudencia: *“El hecho de que por el cruce ferroviario pasen trenes cada 15 minutos y de que existan en el intenso tránsito de automotores en verano, que originaron otros accidentes similares, es demostración bastante de la necesidad de instalar barreras. Por tanto, la omisión de éstas justifica la responsabilidad atribuida a la empresa, aun cuando el siniestro que da motivo a la acción resarcitoria se haya producido en época de invierno, en la que hay menor movimiento de coches” (CNCiv., Sala E, 28-02-66, ED 14-857).* *“Debe recaer sobre la empresa ferroviaria toda la responsabilidad por un accidente ocurrido en un paso a nivel si, ante la ausencia de barreras en un lugar donde la oscuridad reinante impedía la normal visibilidad, no tomó las precauciones necesarias para evitar el siniestro” (CNCiv., Sala C, 27-09-62, ED 4-864).*

Entonces para la colocación de barreras deben mediar las circunstancias especiales expuestas que aconsejen su instalación y dichas circunstancias deben ser evaluadas y controladas por la autoridad de control del servicio ferroviario que es la CNRT.

No obstante lo resuelto por los fallos indicados, ha dicho la CSJN que *“la inexistencia de barreras obliga a quien traspone las vías a asumir mayores precauciones, ya que debe cerciorarse por sí mismo si se aproxima alguna locomotora y detenerse para darle paso” (CSJN, 17-04-97, “Savaro de Caldaro, Elsa Inés c. Ferrocarriles Argentinos”, Fallos 320:536).*

Lo que debemos analizar es la incidencia causal que tuvo la inexistencia de barreras ferroviarias en el lugar del hecho y en el caso concreto, a los fines de determinar si pudo haber causado el siniestro (como causa exclusiva y excluyente) o bien contribuido a causarlo (como concausa) junto con otros factores como por ejemplo la culpa de la propia víctima, ya que la sola inexistencia de barreras por sí

misma no determina la responsabilidad automática del ferrocarril (**CCC Junín, 19-02-09, “M., M. M. c. B.A.P. y otros s. daños y perjuicios”**). Así el **44 inc. 6 Ley Nacional de Tránsito** prescribe que: *“En un paso a nivel, el comienzo del descenso de la barrera equivale al significado de la luz amarilla del semáforo”*, es decir, en este caso, detenerse.

Ahora bien, si no es necesaria la instalación de barreras, la empresa ferroviaria debe dotar al paso a nivel de todos los medios mecánicos y lumínicos necesarios que lo hagan ostensible o visible, a través de la adecuada señalización (**CSJN, 20-10-92, ED 153-484**).

Entonces así como la empresa ferroviaria está obligada a instalar en un cruce sin barreras todos los dispositivos señaléticos de seguridad, también como contrapartida, el tercero que se dispone a cruzar las vías (sea automovilista, ciclista o peatón) debe extremar la prudencia en el cruce. A propósito el **art. 48 inc. k) Ley 24.449** prohíbe *“cruzar un paso a nivel si se percibiera la proximidad de un vehículo ferroviario, o si desde el cruce se estuvieran haciendo señales de advertencia o si las barreras estuviesen bajas o en movimiento. También está prohibido detenerse sobre los rieles o a menos de cinco metros de ellos cuando no hubiere barreras”*.

En cuanto a la señalización de los cruces ferroviarios, podemos distinguir la señalización **activa** y la **pasiva**. La primera se refiere a las **barreras ferroviarias y el semáforo especial –acústico y lumínico- para cruces ferroviarios**, conf. **art. 2 y apartado R.30 del Anexo L (Sistema Uniforme de Señalamiento Vial) del Decreto Ley N° 779/95 que reglamenta la Ley Nacional de Tránsito y seguridad Vial 24.449 y arts. 6.1.12, 6.3.1, 6.3.2 y 6.3.3.1 de la Resolución SETOP N° 7/81 de Ferrocarriles – Normas para el cruce entre caminos y vías férreas**), y dentro de la segunda, quedan comprendidas las **señales fijas y marcas verticales, horizontales, aéreas, luminosas y acústicas** (entre las más significativas podemos mencionar la Cruz de San Andrés (“X”), carteles indicadores ubicados a la vera del camino de aviso de cruce ferroviario, y la figura de una “X” pintada sobre la calzada).

La diferencia funcional que encontramos entre las señales activas y pasivas, es que mientras las primeras advierten o alertan sobre el inminente paso

del convoy ferroviario (**podemos decir que son señales dinámicas - TREN EN MOVIMIENTO**), las segundas previenen sobre la existencia cercana de un cruce ferroviario (**señales estáticas**). Así ha dicho la jurisprudencia que correspondía responsabilizar a la empresa ferroviaria que *se limitó a colocar, en un paso a nivel las cruces de San Andrés, que si bien pueden prevenir de su existencia, no previenen de la cercanía del convoy ferroviario* (**CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 26-11-82, “Tenaglia, Camilo y otra c. Ferrocarriles Argentinos”**).

Siguiendo con las señales, y a los fines de la coordinación de las obligaciones y responsabilidad consecuentes, diremos que los organismos viales competentes (DNV, DPV, Municipalidades o Empresas concesionarias viales), según la jurisdicción que tengan en el lugar de ocurrencia del hecho, son responsables directos de la instalación y mantenimiento de la señalización pasiva necesaria en los pasos a nivel (**“en zonas comprendidas hasta los 50 metros a cada lado de las respectivas líneas de detención”, conf. art. 22 Ley 24.449**); mientras que las empresas ferroviarias estatales o concesionarias del servicio tienen la obligación de implantar y mantener la señalización activa de dichos pasos a nivel (**conf. arts. 9.12 y 10.3.1 de la Resolución SETOP N° 7/81 de Ferrocarriles – Normas para el cruce entre caminos y vías férreas**). También de conformidad a lo establecido por el **art. 2 del Anexo L (Sistema Uniforme de Señalamiento Vial) del Decreto Ley N° 779/95 que reglamenta la Ley 24.449**, que indica que las barreras y el semáforo especial para cruces ferroviarios están a cargo de la autoridad de control del servicio ferroviario.

Resulta oportuno recordar (para la resolución de los casos de peatones arrollados por trenes) la presunción legal contenida en el art. 64 párrafo tercero de la Ley 24.449 que establece que *“El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor, en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito”*. Operándose una inversión de la carga de la prueba. Dichas presunciones son *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario por parte de la empresa ferroviaria, quien podrá deslindar su responsabilidad acreditando la ruptura del nexo causal mediante la prueba del caso fortuito, la culpa de la víctima (peatón) o de un tercero por quien no debe civilmente responder.

V. Eventual responsabilidad del Estado como concedente o como titular del poder de policía. Rol del ente regulador.

Con el dictado de la Ley N° 23.696/89 de Reforma del Estado se pasó del Estado prestador al Estado regulador o controlador. Así nacen los entes reguladores de los servicios públicos privatizados y/o concesionados que ejercen el poder de policía por delegación del Estado y que persiguen la defensa de los derechos de los usuarios y consumidores.

En el caso del transporte ferroviario el Estado Nacional a través del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos otorgó en concesión a empresas privadas diferentes ramales, resultando dicho ministerio la Autoridad de Aplicación y quedando las facultades de contralor a cargo de la CNRT.

La CNRT (Comisión Nacional de Regulación del Transporte – creada por Decreto N° 660/96) es un ente autárquico que en el ámbito de la SECRETARIA DE TRANSPORTE controla y fiscaliza el transporte terrestre de jurisdicción nacional. Dentro de sus funciones básicas en relación al transporte ferroviario podemos mencionar:

- Aplicar y hacer cumplir los contratos de concesión de transporte ferroviario metropolitano e interurbano de pasajeros y de cargas;
- Controlar la cantidad y calidad de la oferta de servicios;
- Fiscalizar la ejecución de los Programas de mantenimiento de estaciones y coches a fin de garantizar la normal prestación del servicio y a la protección de las personas y cosas transportadas;
- Intervenir en la investigación de accidentes;
- Vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad ferroviaria a cargo de las empresas ferroviarias.

Ahora bien, tanto para imputar responsabilidad al Estado concedente como a la CNRT como ente de control deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) la existencia de un daño cierto y efectivo que sea resarcible;
- b) la relación de causalidad entre el obrar (acción u omisión) del Estado o del ente y la producción del perjuicio (Es necesario probar que de haber ejercido adecuadamente el control, se podrían haber evitado los daños reclamados);

- c) factor de atribución de responsabilidad subjetivo (culpa o dolo, arts. 1109 y 1074 CCiv.) u objetivo (falta de servicio, art. 1112 CCiv., o garantía legal o riesgo o vicio de la cosa, arts. 1113 y 43 CCiv.);
- d) la ausencia del deber jurídico de la víctima de soportar el daño.

Es bueno recordar que a los efectos de la **COORDINACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES DEL ESTADO Y DEL FUNCIONARIO PUBLICO**: la doctrina argentina distingue tres supuestos de responsabilidad civil del Estado por la actuación de sus funcionarios:

1º. Cuando el funcionario actúa en el cumplimiento regular de sus funciones y causa daño: sólo el Estado es responsable, dando lugar a lo que se denomina responsabilidad del Estado por su actividad lícita;

2º. Cuando el funcionario actúa irregularmente, pero no en ejercicio de su función: responde sólo el funcionario (**ADEMÁS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y ADMINISTRATIVA QUE LE PUEDE CABER**), ya que al no ejercer la función, no actúa como órgano del Estado;

3º. Cuando el funcionario actúa irregularmente pero dentro del ejercicio de su función: el funcionario y el Estado son responsables concurrentes; el primero, por haber actuado irregularmente, y el segundo, porque un órgano suyo cometió un daño ejerciendo la función a él encomendada, **POR APLICACIÓN DE LA DENOMINADA TEORÍA DEL ÓRGANO**.

En cuanto a la responsabilidad del Estado concedente en materia ferroviaria por omisión en el cumplimiento del poder de policía de seguridad, hemos registrado un solo precedente jurisprudencial de la **Sala L de la CNCiv., del 31-10-06, “Pannuto, Nelly María Esmeralda c. Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s. daños y perjuicios”**, donde se imputó responsabilidad al Estado y al concesionario, fundamentándose que éste último debe contribuir o colaborar con el Estado en orden a la seguridad pública que concierne a la responsabilidad indelegable del Estado. *“Desde este enfoque, ante la omisión de actuación de la Policía Federal frente al intento de robo y lesiones ocasionados a un pasajero que se hallaba en un tren detenido en la estación, se torna evidente la responsabilidad estatal. Es que las leyes 2873 y sus modificatorias, ponen en cabeza de las fuerzas policiales federales y provinciales,*

de las de la Superintendencia de Policía del Tráfico Ferroviario y de la Prefectura Naval Argentina, la función de policía y de seguridad para la prevención de delitos perpetrados con motivo de la prestación del transporte ferroviario en todo el ámbito de la empresa que lo explota, como lógica derivación de la indelegabilidad de esa facultad-obligación del Estado”.

Lo que no registramos es algún fallo que haya hecho responsable a la CNRT en su función de contralor de los deberes a cargo de las empresas concesionarias, no obstante que su labor no es muy convincente por cierto, así por ejemplo un informe de la Auditoría General de la Nación de año 1998 revelaba serias deficiencias en su funcionamiento, sobre todo en punto al adecuado control de los servicios.

Pero sí podemos citar fallos en los que se condenó al Estado por omisión o irregular ejercicio del poder de policía de contralor de otras actividades, así nos acordamos del caso: **1) CFed. Apel. Mar del Plata-Buenos Aires, 02-03-00, “Sorba, Luis y otros c. Superintendencia de Seguros de la Nación y Estado Nacional s. daños y perjuicios-sumario”**, donde se hizo responsable civilmente al Estado por omisión de control –por parte de la SSN (Superintendencia de Seguros de la Nación)- de la actividad aseguradora, por aplicación de los arts. 1112 y 1074 CCiv., frustrándose el cobro de la indemnización por parte de la víctima a raíz de la insolvencia patrimonial de la citada en garantía; **2) El fallo de la CNCom., Sala D, 30-09-04, “Cots, Libia Elda c. Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s. daños y perjuicios”**); que extendió al Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos-Secretaría de Transporte) una condena a favor de un peatón que sufrió la amputación de sus piernas al ser embestido por un colectivo que no tenía seguro. Debido a la deficiente aplicación del poder de policía. **3) La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmó el pronunciamiento que condenó a la Municipalidad de Ensenada a resarcir los daños ocasionados por un carro tirado por caballos que colisionó a un automotor, considerando que el municipio omitió su deber de policía y custodia al no impedir la circulación de vehículos de tracción a sangre y que esta omisión tuvo relación de causalidad adecuada con los daños. (SCJBA, 13-12-06, “Lencina, Rosana Silvia y otro c. Silva, Jorge Omar**

s. daños y perjuicios"); 4) Cám. Apel. CC Fed., sala V, caso "Viplan", ED 5-5-99, por el que se imputó responsabilidad subjetiva al Estado por defectuoso ejercicio del poder de policía financiero ejercido a través del BCRA; **5) CNCom., Sala B, 17-08-06, "Guas, Luis O. y otros c. Provincia de Buenos Aires s. daños y perjuicios")**, se responsabilizó en forma directa y objetiva al Estado Provincial por la deficiente actividad de control del concesionario que causó daños a un jockey por falta de adecuado mantenimiento de la pista auxiliar. La responsabilidad del Estado se debe asumir por una doble vía: como dueño del hipódromo y como controlador de las obligaciones de los concesionarios.

La responsabilidad del Estado o del ente por omisión surge el texto del art. 1074 CCiv. que dice: *"Toda persona que por cualquier omisión hubiese ocasionado un perjuicio a otro, será responsable solamente cuando una disposición de la ley le impusiere la obligación de cumplir el hecho omitido"*.

La jurisprudencia tiene dicho que la forma de apreciación de la culpa por abstención será distinta, según que exista o no una disposición de la ley que imponga la obligación de cumplir el hecho omitido. Si existe el deber legal **(expresamente establecido)**, ello basta para que no cumplido el hecho impuesto nazca la responsabilidad civil; mientras que en el otro supuesto, a falta de una obligación expresa en la ley **(implícitamente establecida)**, la conducta del que se abstiene deberá entonces apreciarse de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, examinando la previsibilidad exigible en el caso concreto (conf. arts. 512, 902 y 904 CCiv.), teniendo en cuenta que la obligación de cumplimiento también puede hallarse impuesta por la costumbre y los principios generales del derecho **(CNCiv., Sala C, 30-09-82, "Frank c. Galarza Camarena", LL 1983-B-318; ED 102-221)**.

VI. Reflexión final

Como verán se trata de situaciones en las que si bien podemos contar a priori con algunas premisas o presunciones que nos servirán para encaminar el análisis, la particularidad, variedad y complejidad de los hechos fácticos imponen la necesaria obligación de analizar cada caso en concreto a la hora de imputar responsabilidad a los sujetos intervinientes.

Asimismo se advierte que los jueces están siendo cada vez más rigurosos al tiempo de imputar responsabilidad al Estado y al concesionario ferroviario, marcando pautas a seguir con un fuerte contenido en materia de prevención y protección de la salud y seguridad de los usuarios y en cuanto a la calidad y eficiencia del servicio, garantizando o reforzando de esa forma esa confianza o expectativa legítima del usuario que consagra el art. 42 de nuestra Constitución Nacional.

Muchas gracias por su atención.....