



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



240100627015284732

"M.C. A. C/ F. S.A.C. Y OTROS S/
DAÑOS Y PERJUICIOS"
Expte.: D-1044-7 (J. 12)

Registro N°

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 26 días de Febrero de 2015, se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Hugo O.H. Llobera y Carlos Enrique Ribera (artículos 36 y 48 de la ley 5.827), para dictar sentencia en el juicio: **"M. C. A. C/ F. S.A.C. Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es justa la sentencia apelada?

VOTACIÓN

A LA CUESTION PLANTEADA EL DR. LLOBERA, DIJO:

I. La sentencia apelada

C. A. M. demanda por los daños y perjuicios sufridos por la muerte de su hijo M. E. Señala que el 16/4/2005, aproximadamente a las 21,00 hs., su hijo se dirigió a la estación de tren de Villa Rosa, partido de Pilar, para tomar el ferrocarril; que cuando intenta ascender a la formación, éste arrancó en forma brusca, sorpresiva e intempestiva, lo que hizo que perdiera el equilibrio y cayera al suelo, siendo arrastrado por el tren, lo que le ocasionó la muerte.

A su turno los demandados reconocieron la producción del accidente, el que dicen sucedió en forma distinta a

la narrada por el reclamante. Imputan la exclusiva responsabilidad al menor, quien dicen, intentó ingresar a la formación, cuando ésta ya estaba en movimiento y a la finalización el andén.

La sentencia rechaza la demanda, por considerar exclusivo responsable al menor; evaluó la conducta de la víctima, considerando que fue su actitud temeraria e imprudente la que provocó el accidente. Impuso las costas al actor en su calidad de vencido (fs. 431/438).

II. La apelación

El actor apela la sentencia (fs. 445); expresa agravios (fs. 480/486), lo que son contestados por la empresa ferroviaria mediante la presentación de fs. 490/499.

III. Los agravios.

1. La deserción del recurso

Al contestar los agravios F. SAC solicita se declare desierto el recurso presentado por el actor, por cuanto a su criterio no cumple con los requisitos previstos por el art. 260 primer párrafo del C.P.C.C. En consecuencia, con carácter previo al eventual análisis de aquellos, corresponde tratar el pedido de deserción.

Para resolver esta cuestión, es necesario tener presente que expresar agravios consiste en el ejercicio del control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del Juez y al ponerlos en evidencia, obtener una modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que ocasiona.

Bajo ese concepto, el Tribunal de Alzada no puede

examinar consideraciones de tipo genérico que denotan una mera disconformidad subjetiva con la sentencia y que por tanto son insuficientes como fundamento del recurso (C.P.C.C: arts. 246 y 260).

Entiendo que la facultad de declarar desierto un recurso ante la insuficiencia de la expresión de agravios, debe ejercerse por la Alzada con un criterio restrictivo, ya que lo contrario puede llevar a que, en forma arbitraria se afecte el derecho de defensa del recurrente.

En mi parecer, la expresión de agravios del actor, se refiere en forma concreta a la sentencia y a las constancias de autos para apoyar su reclamo.

En razón de lo expuesto y siguiendo el criterio adoptado por esta Sala en casos precedentes ("Reynoso, Jorge c/ Kryptonite S.A. y otro", causa n° 100.470; "Zárate, Aníbal J. c/ Transportes Avda. B. Ader S.A. y otro", causa n° 102.592; "Olivera, Daniel A. c/ Hazmat S.A.", causa n° 101.100; "Peñalva, Jorge - Vivas, Mirta G., Peñalva, Ornella L. c/ Maestretti, Roberto L.", causa n° 102.722; "López, Daniel A. c/ Empresa Ciudad de San Fernando y otro", causa n° 99.866; "Herrera Cabrera, Michel Franklin c/ Municipalidad del Pilar y otros", causa n° 100.375; "Maldonado, María Luisa c/ Castronuovo, Marcelo Alejandro y Otro", causa n° 100.883; entre muchos otros), propongo se le tenga por cumplido al apelante la carga que le impone el art. 260 del C.P.C.C.

De compartirse este criterio por mi colega, corresponde proceder al análisis de los agravios.

2. La responsabilidad de cada uno de los demandados

a) El planteo

El actor cuestiona la responsabilidad atribuida al menor, la que considera ha sido analizada en forma arbitraria y sin valorar la prueba aportada a la causa. Considera que no existe ningún elemento conducente para imputarle responsabilidad, máxime tratándose de una persona que revestía el carácter de pasajero y que se encontraba en las instalaciones de la demandada para utilizar el servicio. Dice que el art. 1113 del Cód. Civil, aplicable en la especie, resulta determinante y que la accionada sólo se puede eximir de responsabilidad demostrando la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder; que al damnificado, le basta probar la relación de causalidad entre la cosa riesgosa o peligrosa y el daño, lo que entiende, se encuentra ampliamente probado. Objeta las conclusiones del perito ingeniero, sosteniendo que su dictamen es infundado, antojadizo y carente de sustento técnico; que no obstante ello, advierte que la pericia pone en evidencia la deficiencia del servicio prestado por la empresa ferroviaria, fundamentalmente en cuanto al sistema de automatización de las puertas. Analiza las pruebas producidas, alegando que no acreditan responsabilidad atribuible al menor; dice que no hay dudas que el accidente ocurrió y que el fallecido estaba en el andén, por lo que debe hacerse lugar a la demanda.

b) El análisis

i. El fundamento jurídico

Cuando se trata de lesiones o muerte de un pasajero causado por los trenes en movimiento, se aplica lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, según el cual "...la empresa estará obligada al pleno

resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que se 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". La norma citada contiene una previsión similar al artículo 1113 segundo párrafo, parte final del Código Civil sobre daños causados por el riesgo de la cosa (causas n° 87.156, 89.992, 103.702, entre muchas otras).

Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no se atiende a la noción de culpa, ni siquiera de voluntariedad; por ello no es relevante la conducta del sujeto a quien se le atribuye. Para que aquella tenga lugar basta que exista un resultado dañoso y un vínculo de causalidad material entre ese resultado y el sujeto a quien se hace responsable (Moisset de Espanés, "El Acto Ilícito y la Responsabilidad Civil" en "La responsabilidad, Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 100).

En estos casos la víctima no necesita probar la culpa de la empresa de ferrocarriles; le alcanza con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y el uso del servicio ferroviario, el cual utiliza una cosa riesgosa, cuya titularidad o explotación atribuye a la accionada. Para ello debe probar que aquella intervino en el daño y que el mismo provino, de alguna forma, del contacto con ella.

El art. 5 de la ley 24.240, aplicable en la especie, dispone que los servicios deben ser prestados de forma tal que utilizados en forma previsible o normal, no

presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. A su vez el 40 de la referida ley 24.240, en su parte pertinente, dispone que "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio responderán... el proveedor..." y en particular, aunque en referencia a las cosas, el transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. El obligado sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le ha sido ajena. La intención de legislador ha sido poner la responsabilidad en la persona que se encuentra en mejores condiciones de evitar la producción de accidentes (Kelly, Julio y Elbert, Cristian E., "Art. 40 de la ley 24.240" en Revista de Derecho Privado y Comunitario", n° 21, "Derecho y Economía", Rubinzal - Culzoni, Bs.As., 1999, pág. 264).

ii. La exención por culpa de la víctima

La apreciación de la prueba sobre la culpa de la víctima, se debe realizar de modo estricto, por cuanto se trata de desvirtuar una regla general, dejando sin efecto la presunción legal arriba mencionada.

Concuerdo con el actor en que el perito ingeniero excedió su labor pericial; más allá de los valiosos aportes técnicos que realizara basados en elementos científicos y técnicos, en mi parecer, se excedió al conjeturar sobre la conducta de la víctima y la forma de ocurrencia del accidente, incumbencia propia de esta judicatura.

No obstante ello, luego de analizar las restantes constancias de autos, en mi parecer, ha quedado

acreditado que el menor M. E. M. intentó subir a la formación ferroviaria en movimiento, conducta que ha sido por demás imprudente.

En efecto, del acta de procedimiento que luce a fs. 1/3 de la causa penal N° 47.271, que en este acto tengo a la vista, el personal policial que arribó al lugar de los hechos, dejó asentado que el maquinista de la locomotora involucrada (J.A. A.) le manifestó que observó por el espejo retrovisor que cuando el tren salía del andén, vio a un joven que corría hacia el último vagón con la intención de ascender y que al no poder hacerlo cayó hacia abajo. Ello se compadece con lo que surge de su descargo efectuado por escrito (fs. 57 de la presente causa). Cabe apuntar que A. fue desistido como codemandado (ver fs. 137), por lo que no era parte en las actuaciones y si bien era dependiente de la demandada, entiendo que no corresponde desmerecerlo, toda vez que tuvo una participación directa en los hechos que se debaten, sin que se hayan producido pruebas que afecten su idoneidad (CNCom., Sala C, diciembre 23 de 1998); en todo caso, sus dichos deben ser analizados en forma rigurosa y en consonancia con la restante prueba.

En cuanto a R. O. G., éste fue demandado en las presentes actuaciones en su calidad de guarda de la formación ferroviaria; no obstante ello, es imperioso señalar que efectuó su descargo del hecho el día posterior de ocurrido el siniestro, es decir, en forma inmediata, considerando que el accidente ocurrió a las 21,00 hs del día anterior. Dejó asentado que ordenó la partida del convoy por no haber ningún pasajero para subir y que estando en movimiento y a la salida del

andén, de repente aparece por el laberinto peatonal una persona que intenta subir y cae (fs. 59). Su descargo pudo ser constatado por el perito ingeniero en los libros de F. SAC (punto 12 de fs. 275).

Los Gendarmes apostados en la estación ferroviaria, sostuvieron que al marcharse el tren, no había quedado ninguna persona en el andén (ver acta de procedimiento penal a fs. 2).

Al declarar el aquí actor en sede policial dijo que se enteró por comentarios que su hijo se había caído del tren por intentar subir en movimiento, cuando estaba saliendo de la estación, por lo que piensa que al colgarse del tren había resbalado (fs. 9). Cabe apuntar que el cuerpo del menor se encontraba sobre la finalización del andén de la estación.

Conforme lo señala el perito ingeniero, y aquí sí con fundamento técnico y científico propio de su incumbencia, dada la magnitud del porte de la formación ferroviaria, no resultaría factible que el arranque del tren, aún en forma brusca, pueda arrojar a una persona de la manera señalada por el actor, cuya velocidad se incrementa en forma paulatina (fs. 340/341). Ello resulta coincidente con lo señalado por los testigos D. H. L.(fs. 214/215), J. C. K.(fs. 216) y C. E. B. (fs. 217/218), quienes también dan cuenta del sistema de enganche de los vagones.

En mi parecer, la conducta del menor de pretender ingresar a la formación ferroviaria en movimiento ha sido no solo poco diligente, imprudente y temeraria, sino también, factor decisivo en la ocurrencia del hecho, por

lo que debe asumir parte de la responsabilidad que le ocupó en el siniestro.

iii. La responsabilidad de la empresa ferroviaria

En todo contrato de transporte se encuentra implícita la obligación del empresario de llevar a salvo al viajero hasta el destino convenido. La obligación de seguridad del transportador puede caracterizarse como una prestación inherente a su celebración que comprende aquellos cuidados, prevenciones y también la disposición de todos los medios materiales y humanos idóneos que resulten necesarios para cumplir con su doble finalidad de transporte y cuidado del pasajero.

Quien explota un servicio de transportes asume una actividad generadora de riesgo, tanto para sus transportados como para los no transportados y es evidente que lo hace en su propio beneficio. El aprovechamiento económico que la explotación de la actividad supone, hace que se ponga en cabeza de esas empresas la responsabilidad, que sólo puede desplazarse invocando y probando alguna de las eximentes legalmente previstas (esta Sala, causas nº 87.156, 102.306, entre otras).

El artículo 207, apartado a), inciso 3 y apartado d), inciso 12, del Reglamento Interno Técnico Operativo de F. A., impone al personal de la estación y a los guardas del tren el deber de verificar que las puertas se encuentren cerradas y debidamente aseguradas antes de la partida. Asimismo el art. 11 de la ley 2873, establece la obligación de proveer a los empleados ferroviarios de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el

servicio se haga con regularidad, sin tropiezos ni peligro de accidentes.

Sin embargo debo señalar, que la empresa ferroviaria ha incumplido con las obligaciones a su cargo, toda vez que ha quedado acreditado que el tren, al momento del hecho, circulaba con las puertas abiertas y que de ello tenían conocimiento tanto el maquinista como el guardia de la formación.

El perito ingeniero, luego de describir las distintas puertas existentes en los convoyes ferroviarios, señaló que el tren que nos ocupa contaba con puertas de accionamiento manual, sin trabas; considera que este tipo de puertas es inadecuado porque permite la circulación con las puertas abiertas, lo que genera accidentes, máxime cuando circulan por zonas urbanas con frecuentes paradas, y donde es habitual la peligrosa actitud de quienes suben o bajan del tren en movimiento (fs. 266/276) y que lo único que hubiera podido disuadir la actitud temeraria del pasajero es el sistema de puertas de cierre automático (fs. 266/276)

En el acta de procedimiento se asentó que entre el estribo del ferrocarril con la superficie de la estación, existe una diferencia de 60 cm., lo que hace dificultoso el ascenso estando en movimiento, pero que no obstante ello puede hacerse debido a que las puertas del coche se encuentran abiertas (ver fs. 3). De los descargos acompañados por la propia demanda surge que el guarda autorizó el movimiento de la formación ferroviaria.

El reproche que se efectúa a la empresa demandada consiste en haber permitido que la formación emprendiera la marcha con las puertas abiertas, de modo que aunque no

exista norma alguna que imponga la utilización de un sistema automático para su apertura y cierre, de ningún modo debió continuarse el recorrido en esas condiciones; el personal no adoptó las diligencias necesarias y mínimas para una circulación segura, tales como que las puertas estuviesen cerradas durante todo el viaje y fundamentalmente cuando sale del andén, momento que entiendo, es crítico en el ascenso de descenso de pasajeros.

Las condiciones precarias o anormales en que se presta el servicio de transporte ferroviario, que obliga al pasajero a viajar en condiciones incómodas o peligrosas, no puede servir de eximente de responsabilidad, aún cuando pudiere mediar de parte de la víctima alguna infracción al Reglamento General de F., pues dentro del curso natural de los acontecimientos no se producirían estos tipos de siniestros, si el convoy contara con las medidas de seguridad pertinentes y exigibles a esta altura del siglo XXI. En este aspecto la empresa no cumplió con su obligación de proporcionar a los pasajeros condiciones de seguridad suficientes, debiendo soportar las consecuencias de tal omisión (conf. CNCiv., Sala B, causa N° 276.534 del 14/12/1999, en autos: "Rojas Céspedes Jesús y otro c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios").

iv. La conclusión

Mas allá de la responsabilidad que cabe atribuir al menor fallecido, que por cierto no hizo un uso normal del medio de transporte, al intentar abordarlo de la forma en que lo hizo, la inobservancia de la empresa ferroviaria de tomar las medidas de seguridad mínimas y propias de su

actividad empresarial, en mi parecer, contribuyó al acaecimiento del hecho, por lo que consideró adecuado atribuirle culpa concurrente con el menor.

v. La responsabilidad de H. L. E. y R. O. G.

H. L. E. fue demandado en su condición de ayudante de maquinista del convoy ferroviario participante del accidente. A su turno se demandó a R. O. G. en su calidad de guarda de aquél.

Las funciones que desempeñaban ambos demandados en la formación ferroviaria al momento del hecho, en modo alguno implica que detenten la guarda jurídica, la que sin duda pertenece a la sociedad demandada.

En virtud de ello, los demandados no revisten la condición de dueño o guardián del ferrocarril, cuya condición de cosa riesgosa conlleva a aplicar el art. 1113 del Cód. Civil, sino al contrario, la responsabilidad de estos debe examinarse de acuerdo a lo legislado por el art. 1109 del citado ordenamiento legal, por lo que a su respecto la actora debe asumir la carga de probar la existencia de un obrar imputable y reprochable.

R. O. G. era el guarda de la formación, a quien, en mi parecer, no puede imputarse inconducta alguna. Antes de emprender la marcha se cercioró que ningún pasajero se encuentre próximo a ascender y en virtud de ello, procedió a dar la orden de marcha (ver descargo de fs. 59 y acta de fs. 2 de la causa penal en cuanto a lo manifestado por los gendarmes que cumplen funciones de prevención en la estación); es decir conforme a sus funciones y a las posibilidades que la empresa le

brindaba en el servicio, cumplió con sus deberes. No se ha demostrado que hubiera un mal proceder de su parte.

Respecto a H. L. E., demandado en su calidad de ayudante del maquinista, ninguna prueba se produjo en cuanto a que su accionar hubiera sido negligente o imprudente, ni que por su función (ayudante), el dominio de la máquina hubiera estado bajo su responsabilidad, carga que como lo señalé incumbía al actor (art. 375 del CPCC).

No obsta a ello que se haya declarado su rebeldía (fs. 112), toda vez que ella debe ser analizada y meritada en su justa medida. En efecto, si bien el citado a juicio tiene la carga de comparecer y si rehusa a hacerlo produce una presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por el actor y la documentación que a ella se le atribuye (arts. 59, 60 y 354 inc. 1º del CPCC), su silencio no impone al Juez una decisión favorable a las pretensiones del actor, sino que sólo lo autoriza para acceder a ellas sin fueran justas y estuvieran acreditadas en forma.

En razón de lo expresado, entiendo que no corresponde responsabilizar a los citados accionados (arts. 1109 y 1113 del Código Civil), por lo que deberá desestimarse la demanda a su respecto.

c) La propuesta al Acuerdo

Atento a lo analizado en forma precedente y de conformidad con lo dispuesto con los art. 1068, 1069, 1109, 1113 del Cód. Civil, art. 184 del Cód. de Comercio; arts. 5 y 40 de la ley 24.240 y los arts. 375, 384, 474 y concordantes del C.P.C.C. propongo al Acuerdo: a) confirmar el rechazo de la demanda respecto de H. L. E.

y R. O. G.; b) hacer lugar a la demanda contra F. S.A.C., estableciendo la culpa concurrente de M. E. M. (cuyo reclamo pretende su padre C. A. M.) y la mencionada demandada, quien deberá afrontar la condena en un 30%, en virtud de la responsabilidad que se le atribuye en el siniestro, al menor fallecido (70%).

3. Los rubros indemnizatorios

El actor manifiesta que ante el rechazo de la demanda no se analizaron los rubros reclamados. Teniendo en cuenta la solución que se propone corresponde a continuación atender a cada uno de ellos.

3.1 Valor Vida

a) El planteo

Reclamó el padre del menor fallecido la suma de \$ 187.200 (fs. 13/14) o lo que en más o en menos resulte de la prueba de autos.

b) El análisis

La vida humana no tiene valor económico *per se* en consideración a lo que produce o puede producir. La supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables consecuencias de orden patrimonial como proyección secundaria de aquél hecho trascendental; y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma, que ha cesado, sino las derivaciones que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes (conf. CSJN, fallo del 22/12/94, "Brescia, N. c/ Buenos Aires, Provincia de, s/daños y perjuicios; esta Sala del 27/11/97, "Klappenbach, Celia y/o c/ Azul S.A. de Transporte Automotor").

A los efectos de determinar el valor vida se debe

considerar - con relación a la víctima fatal - su edad, la labor que desarrollaba, nivel de instrucción, posición económico social, etc., pero sin sujetarse a pautas rígidas ni efectuar cálculos matemáticos exactos (arts. 1084, 1085 del Cód. Civil), lo que permitirá arribar a un monto integral justo (causas n° 98.151 y 98.150 del 7/7/05 Reg. n° 325, entre otras); debiendo al mismo tiempo contemplar las circunstancias personales de quien la reclama. La indemnización por pérdida de vida es incorrecto limitar la idea de subsistencia a la "simple supervivencia", ya que debe comprender además de las necesidades físicas, las espirituales de educación y de esparcimiento, sustituyendo el aporte del occiso.

En caso de muerte de un hijo, lo que debe resarcirse es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para una familia numerosa la vida de un hijo muerto a consecuencia de un hecho ilícito; esa indemnización cabe si no a título de lucro cesante por lo menos como pérdida de una oportunidad de que en el futuro, de vivir su hijo, se hubiera concretado en una ayuda o sostén económico para su madre. Esa pérdida de posibilidad es un daño futuro que bien puede calificarse de cierto y no eventual (SCBA, Ac. 36773 S 16-12-1986, SCBA, Ac. 52947 S 7-3-1995, SCBA, Ac. 83961 S 1-4-2004, SCBA, Ac. 78556 S 20-12-2006).

M. E. M. tenía 17 años a la fecha de su fallecimiento, era de estado civil soltero. Se denunció trabajaba como "caddy" en el country Mailing con un ingreso mensual aproximado de \$ 1.000 y que se encontraba terminando sus estudios secundarios (fs. 13vta/14); sin embargo, no se produjo ninguna prueba relativa a su

actividad laboral, ni de sus ingresos económicos.

El reclamante contaba con 46 años al momento del siniestro, de estado civil casado, de escolaridad primaria incompleta - cuarto grado-, trabaja en tareas de maestranza de parquización en un barrio privado (fs. 9 de la causa penal; fs. 302 y 374 vta. de la presente); no acreditó ingreso económico alguno.

El demandante reclamó por éste concepto \$ 187.000 (fs. 14). No obstante ello, es criterio de esta Sala que es posible conceder un resarcimiento mayor al inicialmente estimado por la propia víctima en concepto de daño patrimonial, cuando la pretensión ha sido supeditada "a lo que en más o en menos resulte de la prueba rendida", circunstancia en que no se vulnera el principio de congruencia que informa el art. 163, inc. 6° del CPCC., justamente porque se remitió al resultado de las probanzas aportadas.

c) La propuesta al Acuerdo

En virtud de todo lo expresado, tomando en cuenta las condiciones personales señaladas, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1068, 1084, 1085 y concordantes del Código Civil propongo al Acuerdo establecer la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000).

3.2 Daño Moral

a) El planteo

Reclamó el padre de la victima por daño moral, la suma de \$ 300.000 (fs. 11/12).

b) El análisis

El daño moral está configurado por la lesión espiritual, la sensación de dolor, de angustia o tristeza ocasionada por el ilícito, y resulta indemnizable para el

caso de los cuasidelitos de conformidad con lo dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civil.

Sabido es que la fijación de sumas indemnizatorias por este concepto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende en principio, del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (conf. S.C.B.A., Ac. n° 51.179 del 2/11/93).

Tratándose del sufrimiento de un padre por la muerte de su hijo, cabe señalar que no es necesario el aporte de prueba, ni recurrir a la psicología para evaluar el daño irreparable sufrido, toda vez que se trata de una pérdida muy importante y dolorosa que desestabiliza y que es difícil de elaborar. Es por ello que, habida cuenta la grave afección espiritual y dolor íntimo que la desaparición física de un ser querido provoca, en el caso, cabe tener en cuenta que M. E. M. tenía 17 años a la época de su deceso y que convivía con el reclamante, entre otras circunstancias personales a considerar. La circunstancia de que la pérdida se produzca en razón de un hecho intempestivo e injusto agrava el lógico dolor, lo cual supone acrecentar aquella desprotección.

c) La propuesta al Acuerdo

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 1078 y concordantes del Código Civil, entiendo que resulta prudente establecer la suma de \$ 250.000.

3.3. Daño Psíquico

a) El planteo.

El actor reclamó la suma de \$ 120.000 ello a los fines de cubrir el desmedro psíquico como daño autónomo y el costo de la terapia de apoyo a la que deberá ser

sometido (fs. 12 vta/13).

b) El análisis

i. Concepto

El daño psicológico no constituye un capítulo independiente del daño moral o del material, sino una especie del uno o del otro (arts. 519, 522, 1068, 1069 y 1078 del Código Civil).

Las diferentes afecciones que puede sufrir la víctima en su integridad psicofísica se resumen en una determinada incapacidad de la persona, la que no está conformada por estancos separados sino íntimamente vinculados. Dado esa característica esencial de la persona, cuando se evalúa su minusvalía deberán tomarse en cuenta todos los factores que la conforman.

En este sentido, aprecio correcta la posición que señala que la incapacidad psicológica no es un daño resarcible en forma autónoma, sino que se halla comprendida en el daño material o moral según el caso.

En efecto, el daño psíquico puede traducirse en un perjuicio material, por la repercusión en su patrimonio o bien en un daño extra-patrimonial o moral, por los sufrimientos que haya producido (Bueres, Alberto y Vázquez Ferreyra, Roberto, en "El daño a la persona en la jurisprudencia", Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a las personas, t. I, pág. 293).

Si se analiza la cuestión desde su resultado patrimonial, se advierte que en la disminución de la capacidad inciden tanto el aspecto físico como el psíquico.

Por esta razón el daño psicológico, en tanto se pruebe su carácter irreversible, debe ser tratado en como

incapacidad sobreviniente. De no ser así habrá que tenerlo en cuenta al considerar el daño moral, sin perjuicio del tratamiento de recuperación que se imponga.

De lo contrario, si se tomasen como elementos independientes y se determinara la incapacidad total por la simple suma de ambos componentes, en ciertos casos podría arribarse a resultados que superarían el 100% de la capacidad de la persona.

Lo expresado avala, en mi criterio, que el daño psíquico no sea considerado a los fines del resarcimiento como un rubro autónomo y que en cambio se confiera lo necesario para su tratamiento.

Comparto el criterio según el cual en los supuestos en que la pericia indique que la víctima debe efectuar un tratamiento, que ha sido determinado en tiempo, sesiones y valor de cada una de ellas, lo aconsejable es que la suma de dinero que se conceda por el rubro daño psicológico, equivalga al monto de dicha terapia. Por ello se ha entendido que corresponde tratar este rubro como costo del tratamiento.

La perito psicóloga (fs. 374/376), luego de examinar al reclamante y de efectuarle los test correspondientes, sostuvo que la muerte de su hijo le provocó un desarrollo reactivo de grado moderado, sugiriendo psicoterapia a razón de una sesión semanal por el término de dos años. Sostiene la experta que el comienzo del tratamiento sugerido de breve plazo, permitirá que el cuadro no se cronifique (fs. 375 in fine), lo que demuestra, a mi entender, que el daño resulta en alguna medida reversible mediante el tratamiento adecuado, por lo que corresponde sólo atender al costo del tratamiento.

Dicho dictamen fue observado por las partes (fs. 378 y 388/391) los que merecieron respuesta de la perito (fs. 396 y 405/406). Nuevamente la empresa ferroviaria objetó el peritaje (fs. 408/409) el que fue respondido oportunamente mediante la presentación de fs. 416. No advierto que exista motivo justificado para apartarse del fundado dictamen pericial, por lo que entiendo deberá estarse a sus fundadas conclusiones del perito (art. 375, 384, 474 y conc. del CPCC).

En cuanto al valor de la sesión el criterio de esta Sala, a partir de la causa n° 41.309-2010 del 26/2/2015 es otorgar por costo de cada sesión la suma de \$ 330, la que debe tomarse en consideración a los fines de una reparación integral.

c) La propuesta al Acuerdo

En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1068, 1069 y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del C.P.C.C., en mi parecer, resulta prudente establecer como costo del tratamiento psicoterapéutico sugerido la suma de \$ 34.320.

3.4. Gastos sin comprobantes

a) El planteo

El actor reclamó por gastos de farmacia, asistencia médica y traslados, por la la suma de \$ 2.500 (fs. 14).

b) El análisis

Los gastos que la víctima tuvo que afrontar para el tratamiento de las lesiones recibidas, deben ser resarcidos aunque no se haya aportado prueba alguna al respecto, siempre que se encuentre acreditada la existencia de aquellas; ello comprende los correspondientes a compras de farmacia, los gastos de

traslados e inclusive aquellos necesarios para tratamientos futuros, si se encuentran relacionados con el accidente.

Sin embargo, no es este el caso de autos, donde no se han sufridos lesiones a consecuencia de un accidente, sino que se trata del reclamo de daños a consecuencia de la muerte de un ser querido.

Entiendo que en esta oportunidad, los gastos reclamados de asistencia médica, farmacia y traslados deben ser justamente justificados, lo que en el caso no aconteció, por lo que en mi parecer, corresponde desestimar la petición.

c) La propuesta al Acuerdo

De conformidad con lo analizado y lo establecido por los arts. 1068 del Código Civil y 375 del CPCC), propongo al Acuerdo desestimar el reclamo efectuado.

3.5 Gastos por servicios fúnebres

a) El planteo

El actor reclamó por gastos de sepelio la suma de \$ 1.500 (fs. 14).

b) El análisis

Ante el fallecimiento de una persona, indudablemente se efectúan desembolsos necesarios que comprenden el servicio fúnebre, flores, traslados, etcétera, y merecen ser reparados por quien con su conducta antijurídica provocó tales erogaciones (esta Sala 1º, causa "Klappenbach c/Azul s/Ds. y Ps.", del 15/12/98; ídem. causas 87.512, 87.511 de febrero de 2002).

Siendo así, partiéndose de la base cierta de que el servicio fúnebre no pudo ser eludido, su resarcimiento procede aún cuando no se hubiere aportado prueba

suficiente al respecto, por tratarse de gastos que, por su naturaleza, necesariamente han debido realizarse (esta Sala 1º, causas 87.511, 87.512; CACCom. Azul, sala I, 30/08/90, "Peralta de Ramella c/Carpinetti s/Ds. y Ps.").

No se probó en autos el desembolso; es más, ha manifestado el actor que extravió la correspondiente factura (ver fs. 14).

Por ello, de conformidad con lo dispuesto por el art 165 del CPCC, entiendo que corresponde estimar en forma prudente el costo del servicio funerario reclamado.

c) La propuesta al Acuerdo

De conformidad con lo señalado y lo dispuesto por los arts. 1084, 1085 del Código Civil y art. 165 del CPCC), propongo al Acuerdo establecer la suma de \$ 3.000

IV. Monto de la condena

Teniendo en cuenta la solución que se propone en cuanto a la responsabilidad concurrente entre la víctima y la empresa demandada, el monto de la condena prosperará por el 30% de los montos establecidos, lo que alcanza la suma total y definitiva de \$ 206.196.

V. La condena a la citada en garantía

Solicitó la demandada F. SAC que se cite en garantía a L. M. C. A. de S. S.A. en los términos el art. 118 de la ley 17.418 (punto X de fs. 66 vta.).

A fs. 99/106 se presenta la aseguradora y contesta la citación en garantía cursada, admitiendo la cobertura del siniestro con la franquicia que denuncia, adjuntado la póliza correspondiente.

La pericia contable de fs. 320/332, da cuenta de la

existencia de la franquicia denuncia por la aseguradora.

Teniendo en cuenta ello, la condena se hace extensiva contra L. M. C. A. de S. S.A. de conformidad y con el alcance del seguro contratado (art. 118 de la ley 17.418).

VI. Intereses

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en reiterados pronunciamientos decidió que la tasa de interés que se debe aplicar en caso como el presente, es la pasiva a treinta días que establece el Banco de la Provincia de Buenos Aires desde el día del hecho y hasta el efectivo pago (causa C. 101.774, en autos: "Ponce, Manuel Lorenzo y otra contra Sangalli, Orlando Bautista y otros s/ Daños y perjuicios", del 21/10/2009; causa C. 92.681, en autos: "V., S. U. contra Schlak, Oscar Reinaldo y otros s/ Daños y perjuicios", del 14/9/2011; causa 102.410, en autos: "Núñez, Enrique Agustín c/ Ivancich, Raúl Leopoldo s/ Daños y perjuicios", del 4/4/2012; causa 107.097 en autos: "Lescano, Gustavo Ariel c/ Cepeda, Edgardo Omar s/ Daños y perjuicios" del 27/6/2012; causa C 105.187 en autos: "Spadaro, María Lorena c/ Salezzi, Claudia y otros s/ Daños y perjuicios", del 15/8/2012).

Es mi deber dejar aclarado que no comparto los argumentos en que se sustenta el fallo del Superior. Por ello, dejando a salvo mi opinión personal en contrario respecto de los que deberían regir desde que la sentencia quede firme, dado la innegable aptitud vinculante de los fallos del Superior Tribunal provincial, conforme la ubicación en la cúspide de nuestro en nuestro

ordenamiento judicial local, es su criterio el que debe adoptarse.

De conformidad con lo analizado y lo dispuesto por el art. 656 del Código Civil, propongo al Acuerdo disponer que los intereses se liquiden a la tasa pasiva que utiliza el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en sus operaciones a treinta días, desde la fecha del accidente (16/4/2005 - fs. 10 y fs. 1 causa 47.271-) y hasta el efectivo pago.

VII. Las costas de Primera Instancia y de Alzada

Dado la forma en que propongo que se resuelva la apelación, corresponde que las costas por ambas instancias se impongan a F. S.A.C. y a su aseguradora, en su calidad de sustancialmente vencidas (art. 68 y 274 del C.P.C.C.).

Por los fundamentos expuestos, voto por la **NEGATIVA**.

Por los mismos fundamentos, el **Dr. RIBERA** votó también por la **NEGATIVA**.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA:

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede: a) se confirma el rechazo de la demanda respecto de H. L. E. y R. O. G.; b) se revoca la sentencia en cuanto al rechazo de la demanda respecto de F. S.A.C., estableciendo la culpa concurrente de M. E. M. (cuyo reclamo pretende su padre C. A. M.) y de la mencionada demandada, quien deberá afrontar la condena en un 30%, en virtud de la responsabilidad que se le atribuye al menor fallecido en

el siniestro (70%); c) se fija la indemnización a cargo de la condenada en la suma total y definitiva de doscientos seis mil ciento noventa y seis pesos (\$ 206.196), correspondiendo: 1) por valor vida la suma de \$ 120.000; 2) por daño moral la suma de \$ 75.000; 3) por honorarios por tratamiento psicoterapéutico \$ 10.296; 4) por gastos de servicio fúnebre \$ 900. Todo ello con más los intereses conforme la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en sus operaciones a 30 días, desde la fecha del hecho (16/4/2005), hasta el efectivo pago.

Las costas por ambas instancias se imponen a F. S.A.C. y su aseguradora.

La presente se hace extensiva contra L. M. C. A. de S. S.A. de conformidad y con el alcance del seguro contratado.

Se difiere la regulación de los honorarios para su oportunidad legal (art. 31 de la ley 8.904).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen.

Carlos Enrique Ribera
Juez

Hugo O. H. Llobera
Juez

Miguel L. Álvarez
Secretario