

## **RESPONSABILIDAD**

- Responsabilidad de la empresa ferroviaria
- Tren: Cosa Riesgosa
- Paso Peatonal Clandestino
- Ley de Ferrocarriles
- Indemnización: Pérdida de un Hijo - Chance
- Daño Moral

**"Saraz Edilio c/ Transporte Metropolitano Sur S.A. s/ Daños y Perjuicios"**

**Tribunal :** Excma. Cámara de Apelación Civil y Comercial - Sala I -

**Causa:** 45674

**R.S.:** 139/02

**Fecha:** 28/05/02

### **Firme**

/// la ciudad de Morón, Provincia de Buenos Aires, a los VEINTIOCHO días del mes de mayo de dos mil dos, reunidos en la Sala I del Tribunal, los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, doctores Juan Manuel Castellanos, Liliana Graciela Ludueña y José Eduardo Russo para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "SARAZ EDILIO C/TRANSPORTE METROPOLITANO SUR S.A. S/DAÑOS Y PERJUICIOS" y habiéndose practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Const. de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código de Procedimientos Civil y Comercial), resultó que debía observarse el siguiente orden; Dres. LUDUEÑA - RUSSO - CASTELLANOS, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

## C U E S T I O N E S

1ra.: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 354/7?

2da.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

## V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION: la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

I) Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 354/7, interponen las partes sendos recursos de apelación, que libremente concedidos, son sustentados a fs. 437/40, 443/9, replicados a fs. 452/54, 458/62.

Condenó el Sr. Juez a quo a "Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A." y a "Interamericana S.A. de Seguros Generales" a abonar a los herederos de Edilio Saraz la suma de \$65.000, con más sus intereses y costas.

II) Concluyó el Sentenciante que el accidente ocurrió por la exclusiva responsabilidad de la demandada, no encontrando acreditada ninguna eximente de responsabilidad, de lo que se agravia el apelante, sosteniendo que la víctima cruzó por un lugar no permitido.

Un tren en circulación es una cosa riesgosa y, en consecuencia, los daños ocasionados por su intervención activa están comprendidos en el régimen de responsabilidad objetiva del artículo 1113, párrafo 2do., parte 2da. Código Civil.

Tengo declarado en seguimiento de la Casación Provincial que, cuando en la producción del daño interviene una cosa que presenta riesgo o vicio, el dueño o guardián responden de manera objetiva. Por lo tanto la culpa, la negligencia o la falta de previsión no constituyen elementos exigidos por el precepto para realizar la imputación. Aún cuando se probase la falta de dichos extremos, ello carece de incidencia para impedir su responsabilidad porque debe acreditar la concurrencia del supuesto previsto en la última parte del segundo párrafo del art. 1113 Código Civil, esto es que la conducta de la víctima o de un tercero haya interrumpido total o parcialmente el nexo causal entre el hecho y el daño (S.C.B.A. Ac. 46.614 26/5/93; Ac. 47.856 27/4/93; Ac. 47.075 6/4/93; entre otras; esta Sala Cs. 30.126 R.S. 180/83; 30.468 R.S. 189/93; 34.065 R.S. 145/95; 39.006 R.S. 257/97; 44.564 R.S. 21/02).

Encuentro acreditado que el día 5 de septiembre de 1995, aproximadamente a las 16,40 hs., Rodolfo Daniel Saraz cruza las vías del Ferrocarril Belgrano en su intersección con la calle Andrés Lamas, en la localidad Martín Miguel de Güemes (Partido de La Matanza), siendo embestido por la formación ferroviaria n° 3539 conducida por Roberto Luis Luchesi, falleciendo en el acto (1°,2°,3°,4° posiciones del pliego de fs. 152, acta de fs. 153 vta., artículo 421 párrafo 1ero. C.P.C.C.). Allí, la instrucción policial constató que en el km. 18, entre los palos 1 y 2, se encuentra un cruce peatonal bien identificado por dos postes de importante tamaño que separan las líneas de alambre que bordean las vías, lográndose así el paso de peatones y ciclistas, pasillo éste que se halla bien demarcado denotándose la huella de vieja data de varios transeúntes, siendo el mismo concordante con la

finalización de la calle Andrés Lamas. Que en el lugar no existen señales de ningún tipo, ni luces, ni alambrados que no permitan el paso de peatones, siendo utilizado el mismo asiduamente por los vecinos de la zona y desde hace varios años, siendo el día del hecho de visibilidad óptima (fs. 2 bis/3, expediente n° 44531, que en copia certificada tengo ante mi vista).

El guarda que viajaba en el convoy Héctor Rubén Acosta depone que el paso peatonal existía hace muchos años, que la empresa no lo había cerrado y que era por todos conocida su existencia, razón por la cual al aproximarse, los trenes lo hacían con cuidado (fs. 29, Causa Penal), declaración coincidente con la prestada por el ayudante del maquinista Dionisio Antenor Soraire (fs. 30, misma causa), ambos también declaran que el maquinista hizo sonar la sirena y frenó bruscamente. Es de hacer notar que, el paso peatonal carece de medida de seguridad alguna que advierta sobre la aproximación de las formaciones ferroviarias al decir del propio representante de Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. (posición 6°, pliego y acta ya referido), siendo ilustrativas las fotos glosadas a fs. 254/259.

Tanto a la fecha del hecho como a la fecha de la pericia (3 años después del luctuoso suceso), el paso peatonal no reunía las exigencias de la Resolución SETOP 7/81, esto es la construcción de defensas para evitar el ingreso a zonas de vías, tal como lo ha comprobado el Perito Ingeniero Mecánico Ferroviario, agregando que, no hay marcas de haberse extendido alambre alguno a través de los postes y la falta de pasto da idea cabal de la densidad del paso peatonal (en especial fotos 256 y 257) (pericia de fs. 262/264

y explicaciones de fs. 293/5, de la que no encuentro mérito para apartarme, artículo 474 C.P.C.C.).

Define el artículo 1º del Dto. 747/88 que reglamenta el artículo 5º en sus incisos 8 y 9 de la ley 2873 (t.o. ley 22.647) los pasos peatonales, como los cruces que permiten únicamente el tránsito de peatones en relación a las vías férreas. Fuera de estos que son legalmente permitidos para el cruce de los peatones, el resto son clandestinos y por los que está prohibido cruzar (artículo 414 del Reglamento General de Ferrocarriles).

Dentro de estos últimos, es necesario efectuar una distinción, entre aquellos que datan de tiempo atrás y que la costumbre los ha convertido en uso prácticamente regular -el de la calle Andrés Lamas como el de autos-, de aquellos que se crean de improviso y transitoriamente. En el primer caso, es obligación del Estado, por sí o a través de las concesionarias, eliminarlos; en forma inmediata clausurarlos, en forma mediata destruirlos, o en su defecto, condicionarlos y darles el carácter de pasos autorizados.

No habiéndose adoptado las medidas tendientes a revertir el uso de ese paso clandestino habitual, estimo que la responsabilidad es de ambas partes, la de la víctima que hizo uso de él en forma antirreglamentaria y de la empresa ferroviaria al permitirlo, por omisión de los debidos recaudos de seguridad (ARRIZABALGAR, "Responsabilidad en el transporte terrestre de pasajeros", pág. 250).

El riesgo que implica un tren en movimiento, aparece agravado por la existencia de un paso clandestino, habitualmente utilizado, cuya tolerancia por la empresa es indudable ya que los propios dependientes conocían de su existencia y al acercarse las

formaciones, por la gente que cruzaba lo hacían con cuidado, y nada hicieron para reparar o colocar alambres para cerrarlo y evitar accidentes, por lo que entiendo que les cabe una responsabilidad que estimo en un 60%. Obró la desafortunada víctima en forma imprudente y con incidencia causal en la producción del siniestro, al cruzar las vías del ferrocarril por un paso clandestino, pues su actitud fue negligente al exponerse al peligro, por lo que estimo que se logró acreditar una eximente parcial de responsabilidad que estimo en un 40%.

Sigo de ello entonces que, corresponde revocar la sentencia apelada, declarando que el accidente de autos se debió a la responsabilidad de ambas partes, Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. en un 60% y la víctima contribuyó causalmente en un 40%, por aplicación de lo dispuesto por la segunda parte del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, acogiendo el agravio de la demandada.

III) Estableció el Sentenciante en la suma de \$30.000 la indemnización denominada daño material, apelando la actora por considerarla baja y la demandada por considerarla alta.

Está legitimado el padre de la víctima para accionar como lo hace, al amparo de lo prescripto por el artículo 1085 del Código Civil por revestir el carácter de heredero forzoso (artículos 3567 y 3568 del mismo código). La muerte de una persona sólo puede dejar damnificados indirectos, porque el único damnificado directo es la propia víctima, aquellos son todas las personas distintas a la víctima que sufren a causa del hecho una lesión en un derecho propio (esta Sala, Cs. 13.339 R.S. 63/84; 19.302 R.S. 18/88; 21.121 R.S. 163/88; 34.065 R.S. 195/95).

La vida humana tiene un valor que debe establecerse de acuerdo con determinados factores que inciden en él, como la edad de la víctima, las posibilidades futuras y la situación de los damnificados en cuanto a las necesidades asistenciales, sexo y posición económica.

El daño material por la pérdida de un hijo no es una chance en abstracto, vaga, hipotética y aleatoria. Es un daño futuro cierto derivado de la esperanza con contenido económico que constituye, para una familia modesta como la de autos, la vida de un hijo de 20 años. Ese resarcimiento cabe como pérdida de la oportunidad de que en el futuro, al vivir el menor, se hubiera concretado la posibilidad de una ayuda o sostén económico para su padre. Y esa pérdida de chance o posibilidad es un daño futuro, pero que bien puede calificarse como cierto y no eventual (esta Sala, mis votos Cs. 19.972 R.S. 318/87; 24.645 R.S. 145/90; 30.879 R.S. 220/93). El requisito de la certidumbre existe con respecto al daño futuro, cuando se trata de consecuencias del acto ilícito que aparecen desde ya como la prolongación inevitable o previsible del daño actual y ya sucedido (S.C.B.A. L.38.445, D.J.J.B.A. 133/20 y 23/XI/87; Ac. 36.773, 16/XII/86, D.F. XII/86).

Valorando las constancias objetivas de la causa, el fallecimiento del actor en el año 1997, las del proceso penal que corre por cuerda, encuentro justo y equitativo en uso de la facultad que confiere el artículo 165 in fine del C.P.C.C., mantener el monto fijado, desestimando los agravios del actor y del demandado (artículos 1083, 1084, 1085 Código Civil).

IV) Fijó el Sentenciante en la suma de \$30.000 la indemnización por daño moral, apelando el actor por considerarlo bajo y la demandada porque sostiene que su procedencia no ha sido demostrada y, en su defecto, por considerarlo elevado.

Tiene declarado la Casación Provincial que el reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido sin que sea necesaria otra precisión (L.51354, 20/IV/93), de ahí entonces que, valorando la circunstancia de la abrupta muerte de la víctima y el posterior fallecimiento de su padre acaecido dos años después, propongo fijar este rubro en la suma de \$80.000 (artículos 1078 Código Civil y 165 in fine C.P.C.C.). Importa esta indemnización una lesión a afecciones legítimas, a derechos extrapatrimoniales que pese a no menoscabar el patrimonio, hacen sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, que para mensurarlos debe tenerse en cuenta la índole especial del hecho generador de la responsabilidad que incide sobre los sufrimientos padecidos y el tipo de interés moral afectado (esta Sala, Cs. 24.264 R.S. 26/90). Por lo que propongo acoger el agravio del actor y desestimar el del demandado.

V) Fijó el Sentenciante en la suma de \$5.000 el daño psicológico, apelando las partes por distinto motivo, claro está.

Surge de la pericia psicológica (fs. 182/4, artículo 474 C.P.C.C.) que el padre de la víctima presenta "una depresión reactiva, de grado moderado, con características de duelo patológico, asociada estrechamente al fallecimiento de su hijo mayor", aconsejando la necesidad de un tratamiento psicoterapéutico. Esta última

circunstancia -coincido con el Sr. Juez a quo- no ha de meritarse ya que el actor falleció el 15/9/97 (certificado de defunción de fs. 275), la procedencia del rubro no está cuestionada, si su estimación. Por lo que valorando las circunstancias objetivas de la causa, estimo justo y equitativo actuarla por la suma fijada, desestimando ambos agravios (art. 165 in fine C.P.C.C.).

VI) Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (artículos 260, 261 y 266 C.P.C.C.), propongo revocar el decisorio en lo principal que decide, declarando que existió co-responsabilidad de la demandada en un 60% y de la víctima en un 40%. Fijando los montos indemnizatorios en las sumas de: \$30.000 el valor vida, \$80.000 el daño moral y \$5.000 el daño psicológico. Costas de esta Instancia en el orden causado (artículo 68 párrafo 2do. y 71 C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (artículo 51 ley 8904).

Voto, en consecuencia, PARCIALMENTE por la NEGATIVA.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Russo y Castellanos, por iguales fundamentos votaron también PARCIALMENTE por la NEGATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTION, la señora Juez doctora Ludueña, dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde revocar el decisorio en lo principal que decide, declarando

que existió coresponsabilidad de la demandada en un 60% y de la víctima en un 40%, fijando los montos indemnizatorios en las sumas de: \$30.000 el valor vida, \$80.000 el daño moral y \$5.000 el daño psicológico. Costas de esta Instancia en el orden causado (artículos 68 párrafo 2do. y 71 C.P.C.C.), difiriendo las regulaciones de honorarios (art. 51 ley 8904).

ASI LO VOTO

Los señores Jueces doctores Russo y Castellanos por los mismos fundamentos, votaron en análogo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

Morón, 28 de mayo de 2002.-

**AUTOS Y VISTOS:** De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, por unanimidad se revoca el decisorio en lo principal que decide, declarándose que existió coresponsabilidad de la demandada en un 60% y de la víctima en un 40%, fijando los montos indemnizatorios en las sumas de: \$30.000 el valor vida, \$80.000 el daño moral y \$5.000 el daño psicológico. Costas de esta Instancia en el orden causado, difiriendo las regulaciones de honorarios.

Fdo.: Dra. Liliana Graciela Ludueña, Dr. José Eduardo Russo, Dr. Juan  
Manuel Castellanos. Ante mí: Esteban Santiago Lirusi.