

REGISTRADA BAJO EL N° 258 (S) F°1409/1426

Expte. N° 152268

Juzgado N° 10

En la ciudad de Mar del Plata, a los 10 días del mes de Diciembre del año dos mil doce, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: **"DELBINO DANIEL ORLANDO C/ ARMAYOR HECTOR DANIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJ.-RESP EST.-POR USO DE AUTOMOT.(C/LES.O MUERTE)"** en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén Daniel Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 408/425?
- 2) ¿Qué pronunciamientos corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

I.- La Sra. Juez de Primera Instancia resolvió: 1) hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por **Daniel Orlando Delbino** – viudo en primeras nupcias de **Susana Beatriz Martino**, por su propio derecho y en nombre y representación de sus hijos menores de edad **Alberto Daniel Delbino**, **Maria Belén Delbino** y **Raúl Alfredo Delbino** contra **Héctor Daniel Armayor** y la **Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.)**; 2) condenar a los nombrados a abonar a los primeros, la suma de pesos **cuatrocientos setenta y dos mil cuatrocientos (\$ 472.400)**, más intereses, bajo apercibimiento de ejecución; 3) imponer las costas del proceso a los demandados; 4) diferir la regulación de los honorarios profesionales para la etapa procesal que corresponda.

II.- El Sr. **Héctor Daniel Armayor**, con el patrocinio letrado del Dr.

Pedro Fernando Mastrángelo, apela dicho pronunciamiento a fs. 427. Funda el recurso a fs. 449/453 que no mereció réplica de la parte contraria.

A fs. 434 también apela la sentencia la **Dra. Karina Elcoaz – apoderada de la U.E.P.F.P –**, fundando su recurso a fs. 466/470, que tampoco mereciera réplica de la contraria.

A fs. 442 el Sr. **Daniel Orlando Delbino** -por sí y en representación de su hijo menor **Juan Pablo Delbino**- apela la sentencia, con el patrocinio letrado del Dr. **José Alberto Di Julio**. Funda su recurso a fs. 458/464.

A fs. 444 el Sr. **Alberto Daniel Delbino, Raúl Alfredo Delbino y María Belén Delbino**, todos por derecho propio, con el patrocinio letrado del Dr. **José Alberto Di Julio**, también apelan el pronunciamiento. Fundan los agravios en forma conjunta a fs. 458 a 464.

III.- Agravios del codemandado. Sr. Héctor Daniel Armayor (maquinista).

El apelante Sr. **Héctor Daniel Armayor** centra los agravios en dos cuestiones:

1) Considera que en el caso de autos, surge de la prueba producida y de los dichos de la actora que la conducta de la víctima ha sido la causal exclusiva del hecho cuestión no receptada por el Magistrado.

2) Es empleado dependiente de la empresa y el hecho ocurrió encontrándose en sus funciones específicas (momento laboral). Solicita se le aplique la primera parte del art. 1113 del Código Civil, y fundado en este primer párrafo de la normativa, alega que debe ser eximido de responsabilidad.

IV.- Agravios de la co-demandada Unidad Ejecutora de Programa Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.).

Inicia su expresión de agravios manifestando que el monto indemnizatorio fijado por el *a quo* -si bien es menor que el peticionado por el actor- no corresponde.

Explica que los reclamos intentados en la demanda son de índole patrimonial, de manera que sólo serán indemnizables, en la medida que se demuestre la disminución de la afectación del patrimonio de la víctima. De lo contrario –precisa- lo que se indemniza es el “daño moral”. Alega que sobre dicho daño -que es a comprobar- el accionante no aporta elemento objetivo ni convincente alguno para solicitar la elevada suma que consigna.

Remarca que la reparación del daño debe dejar “indemne” al actor y no enriquecerse sin causa a costa del responsable.

Expresa que el resarcimiento por el perjuicio sufrido en concepto de “incapacidad” es excesiva, no la considera probada, mucho menos la responsabilidad de la U.E.P.F.P. Lo mismo establece en cuanto a lo presupuestado por daño moral y daño psicológico.

Respecto del daño moral recuerda que el mismo tiene carácter resarcitorio y no punitivo. Por ello, para el caso hipotético que procediera la acción intentada, solicita la adecuación de aquel a la realidad.

En cuanto al daño psicológico, refiere que su procedencia requiere de la demostración de una incapacidad psíquica, la que se distingue del daño psíquico consistente en la afectación o alteración de los sentimientos, la angustia, la pena, que encuentran cabida dentro del daño moral. Sobre este particular, agrega que, al igual que el daño físico, solo importa su resarcimiento cuando hubiere un perjuicio de índole patrimonial, estando este tipo de daño en la categoría jurídica de “daño material”.

El recurrente alega que para el caso que no se revoque el decisorio impugnado, plantea el caso constitucional y federal, por afectación de los derechos de igualdad, propiedad y defensa en juicio.

V.- Agravios de la parte actora. Daniel Orlando Delbino (cónyuge), Alberto Daniel Delbino, María Belén Delbino, Raúl Alfredo Delbino y Juan Pablo Delbino.

En primer lugar se agravian de los montos de condena en concepto de “Daño Moral para el Sr. Daniel Delbino”.

Los apelantes sostienen que, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y el principio de reparación integral (arts. 1083 del C.Civil y 384 del C.P.C.) y la prueba producida debe elevarse la indemnización por daño moral (fijada en ciento treinta y cinco mil pesos) a ciento cincuenta mil pesos -suma reclamada en el escrito de demanda o mayor.

En segundo término, se agravian de los montos otorgados en el rubro “daño moral para los hijos por la pérdida de la madre”. Teniendo en cuenta lo alegado y probado, los apelantes hacen un reclamo estimativo de este rubro por la suma de doscientos mil pesos -y siendo que el *a quo* hizo lugar al reclamo por la suma de cincuenta mil pesos para cada hijo, estiman que dicho monto resulta bajo. Consideran así que la Excma. Cámara de Apelación debe elevar dicha cifra en concepto del daño moral para los hijos menores, acorde a lo que se encuentra probado.

Como tercer agravio se señala la suma otorgada en concepto de “Pérdida de Chance a favor del Sr. Delbino”. Hace hincapié en que la víctima era una persona trabajadora, sostén de su hogar junto a su esposo y dedicada al cuidado de sus cuatro hijos menores; que a sus 36 años, tenía toda la vida por delante considerando la expectativa de vida actual.

Manifiestan que el magistrado debió ponderar el nivel de vida e ingresos de los damnificados proyectándose al momento de su decisión, pues la víctima no tendría exactamente ni el mismo trabajo ni los mismos ingresos de haber conservado su vida.

Entienden que la Alzada debe elevar la indemnización por el rubro “valor vida humana” (fijada en cuarenta mil pesos) a la suma reclamada en el escrito de demanda (ochenta mil pesos más intereses) o una suma superior, de acuerdo a la equidad y al principio de reparación integral y en atención a las probanzas realizadas.

Por último, se agravian de los montos en concepto de “*Pérdida de Chances de los Hijos por la muerte de su Madre*”. El *a quo* –según el parecer de los apelantes- ha receptado el rubro y hecho lugar a lo reclamado por la

actora, pero no lo ha reflejado en los montos indemnizatorios otorgados. Por entener ello como injusto, peticiona el aumento de dicha cantidad a la suma reclamada en la demanda (ochenta mil pesos más intereses) o una suma superior, en atención a la prueba que consta en autos.

VI.- Expuesta la fundamentación de los recursos deducidos, trataré los **ANTECEDENTES DE LA CAUSA** para dictar sentencia con las pruebas producidas:

1. Que a fs. 42/66 se presenta el Dr. José Alberto Di Julio en representación de Daniel Orlando Delbino -viudo en primeras nupcias de Susana Beatriz Martino- por su propio derecho y en nombre y representación en el ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores de edad Alberto Daniel Delbino, Maria Belen Delbino, Raúl Alfredo Delbino y Juan Pablo Delbino promoviendo demanda de daños y perjuicios a causa del fallecimiento de la Sra. Susana Beatriz Martino, esposa y madre de los actores con motivo del hecho ocurrido el día 21 de noviembre de 2001 en el paso a nivel de Avenida Independencia y Las Chilcas, Vivotatá, Partido de Mar Chiquita contra Héctor Daniel Armayor -maquinista de la locomotora N° 9087 ocasionante del accidente-, la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.) y contra las Compañías Aseguradoras que los demandados citen en garantía y que resulten civilmente responsables del accidente.

Ello por los importes indemnizatorios correspondientes, con más los intereses desde el momento del accidente o desde que se hubieren efectuado las erogaciones y hasta el efectivo pago a cada uno de los reclamantes, con más las costas, costos y gastos que estas actuaciones generaren.-

Relata que el día 21 de Noviembre de 2001, siendo las 16:09 horas, su poderdante se encontraba al mando de un rodado marca Ford Modelo F350, tipo camioneta con cabina térmica, Dominio VKY173, (propiedad de su padre Orlando René Delbino), circulando por Avenida Independencia, saliendo de la localidad de Vivotatá en dirección

hacia la Ruta Nacional N° 2, acompañado de Susana Beatriz Martino (su esposa), subiendo en forma diligente la lomada existente en el paso a nivel de Avenida Independencia y Las Chilcas de Vivoratá.

Afirma que veinte metros antes del cruce miró hacia ambos lados y no logró ver absolutamente ninguna formación acercarse, así como tampoco escuchó silbato ni bocina que lo advirtiera; continuó avanzando y unos diez metros antes del cruce volvió a mirar a ambos lados y no vio, ni advirtió la presencia de ferrocarril alguno y ante tal circunstancia continuó su marcha muy despacio teniendo en cuenta que no existían barreras, ni guardabarreras, ni señales sonoras o lumínicas y los pastizales eran muy altos.

Agrega que es allí, cuando estaba en pleno cruce del paso a nivel, que fue violentamente embestido por una formación que había partido de la ciudad de Mar del Plata rumbo a Constitución compuesta por siete vagones y una locomotora N° 9087.

El ferrocarril —señala— era guiado por el maquinista Héctor Daniel Armador y dicho convoy, al que estaban esperando con un "aro de vía libre" en la Estación de Vivoratá (a 300 metros del paso a nivel) era conducido a excesiva velocidad (alrededor de 70 u 80 kilómetros por hora), superior a la permitida y sin siquiera alertar su presencia mediante la bocina correspondiente.

Siguiendo con el relato de los hechos, manifiesta que la camioneta de gran porte cargada de mercadería fue arrastrada 300 metros del lugar del hecho no pudiendo el maquinista frenar a tiempo.

Expresa que el Sr. Daniel Orlando Delbino fue sacado por los bomberos de la cabina y trasladado al Hospital Eustaquio Aristizabal de Coronel Vidal, hacia el Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata y su esposa fue trasladada a la sala de primeros auxilios de la localidad de Vivoratá donde falleció a raíz de las gravísimas lesiones.

Señala que el día 26 de noviembre de 2001 se trasladó con el Escribano Victor Adrián Stankievich, Titular del Registro N° 1 del Partido de

Mar Chiquita, al lugar del siniestro a los efectos de confeccionar un acta de constatación y certificar la autenticidad de ocho fotografías tomadas al día siguiente del accidente, las que reflejan el estado de abandono del paso a nivel, pastizales demasiado altos que obstruyen la visualización del pequeño cartel con el dibujo de una locomotora y también la arboleda y ligustrinas que impiden la visual hacia la derecha, justo del lado que circulaba el tren embistente.

Analiza las constancias arimadas a la causa Penal 96.084 de trámite por ante la Fiscalía N° 6 a cargo del Dr. Guillermo Nicora; encuadra jurídicamente la responsabilidad en el art. 1113 del Código Civil.

Respecto de la responsabilidad atribuida a U.E.P.F.P. señala que la misma se encuentra sustentada en que en el paso a nivel no existían barreras, ni guardabarreras, ni señales sonoras o lumínicas, ni limpieza, ni mantenimiento, dominando en el cruce los pastizales muy altos que impedía ver el progreso de la formación férrea.

Estima evidente la responsabilidad que le cabe al Sr. Héctor Daniel ARMAYOR –maquinista– por la excesiva velocidad con la que circulaba el tren y por no haber tocado el silbato violando el "Reglamento General de Ferrocarriles".

Solicita la reparación de los daños causados cuya cuantificación y fundamentación es la siguiente: DAÑO EMERGENTE: Manifiesta que su mandante debió hacerse cargo de los gastos que demandó su atención y el fallecimiento de su esposa entre ellos se encuentran el servicio fúnebre, cementerio y otros que se presumen realizados por un hecho como el relatado y que estima en la suma de pesos CINCO MIL (\$ 5.000); DAÑO MORAL PARA EL Sr. DANIEL ORLANDO DELBINO: Quien a raíz del fallecimiento de su esposa y madre de sus cuatro pequeños hijos con quien había contruido una hermosa familia, se generó en su ánimo padecimientos físicos y psíquicos que detalla a la par que deben sumárseles las lesiones sufridas en su persona a consecuencia del evento estimando el rubro en la suma de pesos CIENTO CINCUENTA MIL (\$ 150.000); DAÑO MORAL

PARA LOS HIJOS MENORES POR LA PERDIDA DE LA MADRE: Que se traduce en padecimientos espirituales y en la alteración del ritmo normal de vida de quienes a muy temprana edad pierden a su mamá, estimando el rubro en la suma de pesos DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), a razón de cincuenta mil (\$ 50.000) por cada uno de los menores; LUCRO CESANTE: Reclama el lucro cesante que se vio privado de percibir dado que se desempeña como repartidor de productos alimenticios durante todo el año siendo el período de mayor trabajo en temporada de verano percibiendo en forma mensual la suma de \$ 700 y que a raíz de las lesiones sufridas estuvo 60 días sin poder trabajar estimando el rubro en la suma de pesos UN MIL CUATROCIENTOS (\$ 1.400); INCAPACIDAD SOBREVINIENTE: Aduce que su mandante sufrió severas lesiones que han repercutido hasta en su manera de comportarse diariamente con perdida de su capacidad laborativa ya que al no poseer estudios secundarios basa su capacidad productiva en la fuerza física desempeñándose con toda normalidad cargando y descargando cajas de mercadería las cuales pesan más de 10 kg. cada una, aproximadamente, viéndose severamente afectada su capacidad de ingresos lo que le produce una manifiesta frustración de chances. Indica que tiene 44 años y teniendo en cuenta su estado actual de salud, el tipo de lesiones sufridas, la perdida de movilidad en su rodilla afectada y la lesión del pie izquierdo y que aún le restan más de 20 años para jubilarse estima justo el monto del reclamo en la suma de pesos CUARENTA MIL (\$ 40.000); PERDIDA DE CHANCE A FAVOR DEL Sr. DELBINO POR LA MUERTE DE SU ESPOSA: Con respecto a este rubro afirma que en base a que la vida humana representa un valor en razón de la aptitud de producir beneficios y que su esposa contaba a la fecha de su muerte con solo 36 años de edad y que no solo ayudaba a su esposo en el reparto de productos alimenticios sino que se dedicaba a los quehaceres del hogar y al cuidado de cuatro hijos estima la indemnización en la suma de pesos NOVENTA MIL (\$ 90.000); PERDIDA DE CHANCE A FAVOR DE LOS HIJOS POR LA

MUERTE DE SU MADRE: Con respecto a este rubro y frente a la falta de asistencia material a la que tenían derecho los menores estima el monto en la suma de pesos OCHENTA MIL (\$ 80.000), a razón de veinte mil (\$ 20.000) por cada uno de ellos; DAÑO EMERGENTE DEL VEHICULO: Destaca que si bien el vehículo era propiedad del padre de su mandante, habiendo sufrido destrucción total estima el daño en la suma de pesos TRECE MIL (\$ 13.000) y PRIVACION DE USO: Habiéndose privado totalmente del uso del automotor agravado por su utilización comercial como vehículo de reparto y a fin de no perder el trabajo temporario tuvo que recurrir a los servicios de un fletero al que le abonó por sus servicios la suma de \$ 6.200 estimando el rubro en la suma de pesos OCHO MIL (\$ 8.000).- Solicita beneficio de litigar sin gastos, ofrece prueba, funda en derecho y peticiona que se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda promovida, con costas. A fs. 70/71 amplía la demanda.-

2. Que a fs. 157/161 se presenta Héctor Daniel ARMAYOR, por derecho propio con el patrocinio letrado del Dr. Pedro Fernando MASTRANGELO, contesta la demanda solicitando el rechazo con costas.-

Tras negar particularizadamente los hechos expuestos en la demanda manifiesta que el día 21 de noviembre del año 2001 tomó servicio en la estación Mar del Plata con destino a Plaza Constitución con 7 coches de pasajeros, 28 ejes y 330 toneladas transcurriendo el viaje con normalidad circulando a horario por Estación Vivoratá cuando al aproximarse al paso a nivel y haciendo uso reiterado del silbato y luz plena encendida ve que se aproxima una camioneta térmica y que hizo uso del freno pero a pesar de los insistentes silbatos y luces es arrollada por el convoy.-

Aclara que los frenos de un convoy de pasajeros funcionan con un sistema de vacío, sólo la máquina posee un freno independiente con aire comprimido y si se accionan los frenos el mismo no es automático o inmediato, se necesitan muchos metros para detener un tren máxime si se tiene en cuenta que atrás de la máquina vienen 330 toneladas lo que

sumado al peso de la misma hace un total de 440 toneladas, adjudicando la culpa a la víctima por su falta de atención, a la par que impugna los rubros indemnizatorios pretendidos.-

3. Que a fs.163/167 se presenta el Dr. Jorge MALCA, con poder otorgado por el sr. Fiscal de Estado para que en su nombre y representación defienda los intereses de la Provincia de Buenos Aires, asumiendo la representación de la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial.-

Tras negar particularizadamente los hechos expuestos en la demanda manifiesta que en el expediente administrativo 5100-18525/04 que se adjunta obra a fs. 60 la declaración del conductor del tren de la UEPFP de la cual se desprende que el día del evento mientras circulaba en dirección Mar del Plata -Capital Federal una camioneta con caja intenta trasponer en el Km 371,49 de la localidad de Vivoratá, el paso a nivel existente en el lugar y que a pesar que la locomotora circulaba haciendo sonar el silbato y con señales de luces, es finalmente embestida por el tren.-

Destaca que al momento del hecho había buena visibilidad y luz diurna; que el actor circulaba en una camioneta Ford F 350 modelo 1971 cuyo estado y aptitud para circular no se conocen pues no se menciona la existencia de VTV y seguro vigentes; que el paso a nivel se encuentra señalizado con la cruz de San Andrés; que surge clara la culpa del actor que cruzó sin prestar la debida atención.-

Deja sentada la negativa respecto de los rubros reclamados por cada uno de los actores sobre los montos indemnizatorios por resultar impertinentes, excesivos e improcedentes y ofrece prueba, solicitando que oportunamente se rechace la demanda con costas.-

4. Que a fs.188/190 se abren a prueba estas actuaciones; a fs. 297 se presenta el Dr. Luciano Augusto MONTERUBIANESI con poder otorgado por el sr. Fiscal de Estado de la Provincia de Buenos Aires; a fs. 386/387 certifica la Actuaría respecto del vencimiento y resultado del período probatorio; a fs. 388 se concede a los actores el Beneficio de Litigar sin

Gastos; a fs. 390 se presenta la Sra. Asesora de Incapaces y habiendo arribado a la mayoría de edad **Alberto Daniel DELBINO**, **Maria Belén DELBINO** y **Raúl Alfredo DELBINO** cesa su intervención respecto de los nombrados quienes se presentan por derecho propio a fs. 391 con el patrocinio letrado del Dr. **José Alberto DI JULIO** y a fs. 397 se llaman "Autos para Sentencia" providencia que se encuentra firme y consentida.

Así las cosas el Magistrado dictó sentencia conforme punto I.

VII.- Responsabilidad del Sr. Héctor Daniel Armayor y la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.).

El encuadre legal de estas actuaciones se rige por el art. 1113 2do. párrafo del Cód. Civil ya que el ferrocarril que se desplazaba llegando a la estación ubicada en la localidad de Vivoratá se encontraba en movimiento, constituyendo una cosa riesgosa (CSJN "*Bonadero*" La Ley 1988-E-439 del 2/4/1998, "*Desconte*" D.J. 1998-3-245, "*Quinteros*" 26/8/1997, "*Ortiz*" 12/12/89 E.D. 137-139; SCBA Ac. 82656 del 30/3/2005, C. 84612 del 3/3/2004; Cám. Nac. Civ., Sala G, *in re "Medina, Fernando Rubén c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. Línea Belgrano s/ daños y perjuicios"* del 16/4/2010).

No está en tela de juicio la responsabilidad de la U.E.P.F.P., ya que la sentencia impugnada se encuentra firme respecto de su responsabilidad en la producción del hecho ilícito, toda vez que dicha cuestión no ha sido materia de apelación por la Fiscalía de Estado (v. apelación de fs. 466/470), debiendo analizarse si existe concausa de parte del conductor del vehículo embestido en razón de los agravios esgrimidos por el co-demandado Sr. Héctor Daniel Armayor.

De allí que en base a las pruebas producidas en autos se debe resolver si medió concausa en la producción del hecho ilícito, atento a la ley vigente al momento del mismo.

Veamos las pruebas producidas:

Teniendo a la vista la IPP nro. 96084 y causa nro. 1873 (de trámite ante el Tribunal Criminal Nro. 2) que dan cuenta del hecho ocurrido, surge que:

A fs. 64/vta. de la IPP nro. 96084 luce obrante Informe de Relevamiento N° 883/01 realizado el día 23 de Noviembre de 2001, en que la perito accidentológica Sra. Sandra V. Valledor señala que *"El paso a nivel se encuentra en una elevación de terreno, señalado a ambos lados por la cruz de San Andrés, el lugar no posee barreras ni semáforos para peatones o vehículos, cuenta únicamente con señalamiento luminoso para trenes. A ambos lados de las vías se observan pastos crecidos, que no impiden la visibilidad desde la Avenida de mención. El tiempo al momento del hecho se presenta bueno hallándose la superficie de la calzada seca"*.

En el acta policial de fs. 2/11 se dejó constancia que *"A una distancia aproximada de cien metros desde el último vagón se observa el paso a nivel y calle Independencia, destacando que el mismo carece de barreras o sirenas o guardabarrera y/o banderillero, siendo el único signo indicador, un cartel en forma de cruz denominado 'Cruz de San Andrés', detallando a esta altura que en este lugar se puede observar amplia visibilidad, teniendo en cuenta la dirección en que circulaba el vehículo embestido"*. Más adelante agrega: *"respecto al clima el mismo es seco y despejado, con buena visibilidad"* y se toman placas fotográficas.

A fs. 17/vta. declaró el jefe de la Estación de Trenes de la localidad de Vivoratá Sr. Hugo R. Amaya dando cuenta que el tren venía tocando bocina aproximadamente 250 metros antes del paso a nivel, tal como es de costumbre.

A fs. 59/60 obra declaración testimonial del Sr. Javier Conde, quien manifiesta que *"antes del cruce de vía con la calle, ya se escuchaba la bocina"* y que *"el paso a nivel donde colisionó, tiene pendiente a ambos lados, con pastizal de unos 0,60 a un metro de altura y como advertencia, tiene cruz de San Andrés, no tiene barrera ni señales lumínicas sonoras"*.

A fs. 71/vta. declaró la testigo Sra. Valeria R. Ayub, quien manifestó que observó que *"una camioneta aparece sorpresivamente de la nada e intenta atravesar el paso a nivel que se encuentra en relieve del camino que lo corta, por lo que es colisionada en el lateral derecho trasero y arrastrada unos trescientos metros hasta la estación de trenes"*.

A fs. 81/vta. el testigo Sr. Adolfo Oscar Carli afirmó *"ví pasar al tren pasar rápido y que no sentí tocar el pito en ningún momento"*, agregando que no había elemento alguno que obstaculice la visión para el tránsito vehicular, ni tampoco pastizales ni arboleda.

En el expte. ppal. el mismo testigo declaró a fs. 303: *"yo estaba sentado en el depósito mío de almacén y tengo ventiluz y vi pasar este tren que para mí iba medio rápido, me extrañó porque pasan muy despacio los trenes ahí y este no se por lo menos 70, 80 km iba, no tocó pito, yo no lo escuché, sentí un golpe que me dio por salir por atrás y no ví nada, después salgo por adelante del negocio y vi lo que había ocurrido desde el negocio..."*. A la pregunta tercera: *"Para que diga el testigo si sabe y le consta que medidas de seguridad tenía el paso nivel el día del accidente..."* responde: *"ese día ninguno, nunca tiene nada, ni chicharra, ni guardabarreras, nada..."*.

A fs. 81/vta. el testigo Sr. Rubén Oscar Quiroga declaró: *"Yo sentí el estruendo, un pitazo del tren y el ruido cuando lo llevó por delante..."* A la pregunta: *"Que medidas de seguridad tenía el paso nivel a la fecha del accidente..."* responde: *"...y ninguno, ahora ponen solamente en enero un banderillero y ahora ya está libre para que maten a cualquiera..."* (v. fs. 304).

A fs. 305 la Sra. Mónica Susana Tissier sostuvo: *"...Yo no estaba en el local en este momento, yo estaba en mi casa adentro, en la cocina, sentí el tren que venía bastante ligero, porque al no haber guardabarrera, generalmente tiene que venir con precaución, no venía tocando pito, tocó un pito muy cerquita aparentemente llegando al paso nivel, eso lo se por la experiencia de sentir el paso del tren a diario uno los conoce, y al instante*

sentí el golpe, sentí la explosión salí disparando de la cocina (...) estaba un poco largo el pasto, estaba bastante descuidado, hay un solo cartelito que indica el paso del tren, no hay guardabarrera, chichara, nada, no hay barreras eléctricas, nada...”.

La misma testigo declaró a fs. 91/vta. de la IPP 96084 declaró: *"escucho que la máquina del tren y que por el ruido transitaba a gran velocidad, es decir más rápido que otras veces, que al instante sintió el silvato de la máquina".*

A fs. 360/365 el perito ingeniero mecánico Luis Carlos Agüero dictamina: *"...El hecho que nos ocupa transcurre en la localidad de Vivoratá, el día 21 de noviembre de 2001, aproximadamente a las 16:10 -según actuaciones existentes en autos-, ante un convoy integrado por la formación de la locomotora Nro. 9087, con seis vagones acoplados a esta pertenecientes a la Empresa Ferrocarriles Argentinos y un camión Ford modelo 350 con caja térmica, dominio VKY-173, propiedad del Sr. Orlando Renée. El comienzo de las acciones se da cuando el utilitario circulaba por Av. Independencia alejándose ya de la localidad de Vivoratá, y con dirección hacia la Ruta Nacional Nro. 2. Dicho vehículo comienza a trasponer la zona de vías y allí-según muestran exactamente las fotografías fs. Nro. 25, 26, 27 tomadas en ese momento por personal del diario La Capital de Mar del Plata-; el tren embiste en el sector derecho al camión del Sr. Delbino, arrastrándolo sobre las vías por más de 300 m (trescientos metros)-según rezan las actuaciones policiales (...) Reemplazando los valores mencionados, llegamos a que la velocidad de la demandada fue estimativamente de **105 Km/h.** (...) Del análisis aislado sobre las placas fotográficas obrante en autos del camión Ford F 350 dominio VKY-173 de la actora, y del tren de la demandada surge que, por los daños mostrados en el utilitario (deterioro del lateral derecho); el mismo ha sido embestido (...)"*.

Al punto 6 de la pericia: *"Describa minuciosamente el paso a nivel de Av. Independencia y Las Chilcas de la localidad de Vivoratá, e informe su*

estado de conservación, y si consta de barreras en funcionamiento, servicios de guardabarrera, banderilleros, o señales lumínicas o chicharras sonoras que adviertan el paso a un tren”, dictamina: “Según las placas fotográficas presentadas por la actora en oportunidad del siniestro acontecido, el estado de conservación y mantenimiento de la zona donde ocurrió el accidente es absolutamente deficiente. No existen barreras que estén en condiciones funcionales, y no se aprecia servicio alguno de guardabarreras, banderilleros o señal lumínica o sonora alguna. Puede apreciarse en el material de autos, una cantidad importante de pastizales que impiden la visión de la posible llegada del tren a fin de transponer sus vías... La zona está desprovista de elementos y condiciones de seguridad adecuadas para dar aviso de la proximidad del tren. Son notables las condiciones de abandono existentes no cumpliéndose las normativas vigentes de conservación de la zona del paso a nivel según reza la Ley General de Ferrocarriles Nacionales 2873...”, dicho dictamen fue presentado el día 2 de noviembre de 2007.

A fs. 230 se encuentra glosado informe de fecha 4/12/2004 suscripto por la instructora María Silvia Flores, quien respecto del punto 6 manifiesta: “...informo que el paso a nivel señalado el día 21/11/01 contaba, únicamente con carteles en ambos laterales denominado (Protección Cruz San Andrés) no existiendo en el lugar guardabarreras ni chicharra para impedir el paso del peatón o tránsito vehicular, en proximidades de alguna formación en tránsito...”.

Todos los testigos, hábiles y concordantes en sus dichos -tal como fue precedentemente señalado- declararon en similar sentido en sede penal; más allá que algunos manifestaron escuchar la bocina de la locomotora y otros expresaron lo contrario, lo cierto es que al llegar al poblado, el tren era conducido a alta velocidad en una zona en que existe un paso a nivel (105 km/h; v. pericial obrante a fs. 360/365, IPP nro. 96084 y causa nro. 1873, arts. 384 y 456 del C.P.C.).

A fs. 12/22

se acompaña acta notarial y fotografías certificadas que dan cuenta del lugar al momento del hecho.

De las pruebas producidas en autos surge acreditada la participación causal de la víctima quien ha incumplido con el art. 60 de la ley 11.430, ya que en razón de la topografía del lugar, el conductor del vehículo debió extremar los cuidados al momento de atravesar el paso a nivel señalado mediante una denominada "Cruz de San Andrés", teniendo en cuenta que el cruce se encuentra elevado por encima de la calle, los pastos no impedían la visibilidad, las condiciones climáticas eran buenas el día del siniestro y que el conductor del rodado embestido frecuentaba asiduamente el lugar (art. 902 del Cód. Civil, v. fs. 2/11, 64/vta. 79/vta. 81/vta. de la IPP 96084).

Debe recordarse que el art. 60 de la ley 11.430 (Código de Tránsito de la Pcia. de Bs. As.), vigente al momento de la producción del hecho, prevé que *"Los cruces de paso a nivel se harán a marcha precaucional y a menos de veinte (20) kilómetros por hora, guardando el ordenamiento de la fila formada durante la espera de la apertura de barrera. En los cruces donde no exista barrera, el conductor del vehículo avanzará previa comprobación de que no se aproxima ningún tren por ambos sentidos"*.

En sentido concordante, el art. 77 inc. 5 ap. b) de la misma ley dispone que *"En los pasos a nivel sin barreras ni semáforos, la velocidad precautoria nunca será superior a veinte (20) kilómetros por hora y ello, después de asegurarse el conductor que no se aproxima ningún tren"*.

Por ello, quien pretende atravesar las vías por un paso a nivel - sea automovilista o peatón- tiene la obligación de cerciorarse por sí mismo si viene algún convoy y esperar su paso, mientras que pesa sobre la empresa la obligación de mantener y señalizar adecuadamente los pasos -urbanos, suburbanos o rurales- de conformidad con la índole del cruce (argto. jurispr.

Cám. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala II, causa N° 51481 RSD 64/9 del 4/8/2009).

Dichas precauciones deben extremarse en caso de inexistencia de barreras en el paso a nivel, supuesto en el cual debe reducirse la velocidad o detener la marcha para emprender el cruce (argto. jurispr. CSJN *in re "Francisco Forni y otros v. Ferrocarriles Argentinos"*).

En este sentido la jurisprudencia ha entendido que para juzgar la incidencia la de ausencia de barreras deben observarse las siguiente circunstancias: 1) las condiciones de visibilidad del cruce (CSJN 22/5/84 *"Empresa Ferrocarriles Argentinos c/ Fernádes, Félix"* LL 1968-B-634), 2) la deficiente señalización ante la modificación del sentido de circulación de las calles de acceso (CSJN 17/4/97 *"Savarro de Caldara, Elsa c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos"*, LL 1997-E-121), 3) el carácter de cruce peligroso por la topografía del terreno, que dificulta la visibilidad, y por la existencia de otras circunstancias que exigen la adopción de elementales medidas de seguridad (CSJN 16/6/88 *"Bonadero c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos"* LL 1988-E-431), y 4) la instalación de señales sonoras o lumínicas que advierten la presencia del tren (Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, Sala II del 15/7/97 *in re "Belizan Efrencirio c/ Ferrovías S.A."*, LLBA 1998-1286; Cám. Nac. Civ. Fed., Sala A del 6/5/96 *"González, Rosario c/ Ferrocarriles Argentinos"*, LL 1997-F-953; Cám. Apel. Civ. y Com., Azul, Sala II, causa N° 42433 del 15/5/2001 *in re "Carrizo, Carlos Alberto c/Tejeda, Gustavo Javier. Daños y Perjuicios"*).

Estas circunstancias han sido tenidas en cuenta para resolver que medió concausa en la producción del ilícito (art. 1113 del Cód. Civil).

También se observa en el caso de autos un obrar imprudente del maquinista que transitaba a 105 km/h. La velocidad inapropiada de la formación ferroviaria sí le es imputable, violando las disposiciones aplicables del Reglamento General de Ferrocarriles, aprobado por decreto 90.325/36

(ley 2873 y sus modificatorias).

En efecto, la ley 2873 -modificada por ley 22.647, entre otras- prevé en su art. 12 que *"La formación y marcha de los trenes se ajustará a los reglamentos que dicte el Poder Ejecutivo, en los cuales se establecerá especialmente el personal de cada tren, el número y clase de sus vehículos, y el orden de su colocación; el número y sistema de frenos, las señales y avisos, el sistema de comunicaciones entre el maquinista, los empleados del tren y los pasajeros, la velocidad máxima y mínima que han de seguir los trenes, aparatos y útiles que debe llevar cada tren para casos de accidentes, y el sistema de alumbrado de los trenes"*.

De conformidad con dicho precepto legal, el Reglamento General de Ferrocarriles (decreto 90325/36) en su art. 59 establece: *"La velocidad máxima de los trenes será limitada: 1° Con arreglo a las pendientes y curvas de la línea; "En aquellas partes de la línea donde sea posible observar una suficiente extensión del camino por la topografía o por el estado atmosférico, 3° Al tomar la punta cambios no provistos de aparatos de seguridad, debiendo en este caso limitarse la velocidad a **30 km. por hora**; 4° Al pasar por puentes móviles o empalmes de vías; 5° Al cruzar centros poblados, cuando la protección y demás características de la vía justifiquen la adopción de precauciones especiales..."* y en su art. 85 : *"Con el silbato de la locomotora o la bocina se harán las siguientes señales (...) Hallándose el tren en marcha: Un silbato prolongado indicará atención y se tocará al aproximarse a las estaciones, desvíos o empalmes, curvas, desmontes y pasos a nivel; cuando se vean personas o animales en la vía o sus proximidades; cuando el estado atmosférico (neblinas, fuertes lluvias, nevadas, tormentas de tierra, etc.), impidan ver a una persona a una distancia de 200 metros, debiendo en este último caso ser repetido con frecuencia. En general, el toque de atención será dado a una distancia del*

punto de peligro, que aquéllos a quienes debe servir de advertencia puedan adoptar las medidas necesarias para evitar un accidente...”.

El convoy ferroviario embistente circulaba -al momento del accidente- a una velocidad que excedía ampliamente el límite permitido por la legislación vigente en la materia (dec. 90325/36, conf. ley 2873), máxime teniendo en cuenta el lugar del siniestro (cercanía a la estación ferroviaria del poblado de Vivoratá).

Ello no conlleva *per se* a la condena de las demandadas, en tanto el análisis de la cuestión referida a la responsabilidad debe integrarse con las probanzas vinculadas con la conducta de la víctima, que en el caso de autos cortaron el nexo de causalidad adecuada al emprender el cruce del paso a nivel sin las previsiones exigidas por la ley vigente al momento del hecho (art. 60 y 77 inc. 5 ap. b) de la ley 11.430; conf. SCBA A. 69923 del 10/8/2011).

Conforme los elementos probatorios arrojados a la causa, concluyo en que **ha existido concausa en la producción del hecho dañoso**, estableciéndose la responsabilidad de los demandados en un 80% -en razón de haber excedido ampliamente la velocidad permitida al momento del siniestro-, resultando culpable la víctima en un 20% -por omisión de extremar los cuidados al momento de atravesar el paso a nivel donde se produjo el accidente-.

Resta aclarar que el primer párrafo del art. 1113 del Código Civil cuya aplicación pretende el recurrente Sr. Héctor Daniel Armayor, lejos de eximirlo de responsabilidad, la extiende de manera refleja al principal por los hechos de aquel. Es decir, habilita la responsabilidad indirecta o refleja del comitente o principal -también denominado patrono, proponente o civilmente responsable- por el hecho de su dependiente, encargado o autorizado, ello sin perjuicio que **dicha cuestión no fue planteada al contestar la demanda en primera instancia** (art. 272 del C.P.C.; argto. doct. Félix A. Trigo Represas, “*Tratado de la responsabilidad Civil*”, T° III, Edit. La Ley,

2004, pág. 41; Jorge M. Galdós, *"Dependencia y esponsorización - A propósito de un fallo de la Suprema Corte de Mendoza"* La Ley 998-C, 1049 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales 1/1/2007, 979).

En consecuencia, se hace lugar parcialmente a los agravios formulados por el co-demandado Sr. Héctor Daniel Armayor (arts. 901, 906, 1113 y ccdtes. del Cód. Civil; art. 60 de la ley 11.430).

Agravio de la actora y demandada. Cuantía del daño moral.

El apelante se agravia de la cuantía otorgada por el *a quo* para resarcir el rubro daño moral al Sr. **Daniel Delbino (\$ 135.000)** y a sus hijos **(\$ 200.000 a razón de \$ 50.000 para cada uno)** por considerarlo escaso a la luz de las probanzas de autos, estima el rubro en la suma de **\$ 150.000**, o lo que en más o en menos se estime de la prueba producida.

Por su parte, la demandada entiende que el monto establecido resulta excesivo. Veamos:

Señala Bueres que *"...en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir -que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial..."* (Alberto J. Bueres, *"Derecho de daños"*, Edit. Hammurabi, Cdad. de Bs. As., 2001, pág. 306 y sgtes.).

Nuestro más alto Tribunal Provincial ha expresado en reiterados fallos que el daño moral *"...es la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre como son la paz, la libertad, la tranquilidad, el honor y los más sagrados afectos. Mediante tal indemnización se reparan las lesiones sufridas en los derechos extrapatrimoniales, en los sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual y agravio a la paz..."* (SCBA Ac. 57.531 del 16/2/1999, B. 61148 del 18/6/2008).

En igual sentido Zavala de González señala que *"...la sola turbación de un derecho de la personalidad o de un interés extrapatrimonial es daño moral y con ello, sin más, nace el derecho de la reparación. Y a los efectos de determinar la cuantía del resarcimiento, sólo pueden medirse en el daño moral las consecuencias espirituales de la lesión, cuya mayor o menor gravedad, intensidad o extensión es lo que fija el apoyo y límite de la reparación..."* (Matilde Zavala de González, *"Resarcimiento de daños - daños a las personas - 2a."*, Ed. Hammurabi, Cdad. de Bs. As., 1993, pág. 574).

Conforme los lineamientos vertidos, y en lo que se refiere al daño moral reclamado por el Sr. **Daniel Orlando Delfino** (cónyuge), a fin de evaluar el presente rubro tengo en cuenta el daño padecido como consecuencia del siniestro, y la significación de la muerte del cónyuge.

En cuanto al primero, surge acreditado en autos que como consecuencia del hecho el actor **Daniel Orlando Delfino** ha atravesado una situación traumática, un suceso displacentero producto del accidente: lesiones sufridas-politraumatismo, heridas en la cabeza-, ingreso a la guardia del Hospital Interzonal (ver fs. informe médico 340/344; dictamen pericial psicológico fs. 333/336, historia clínica ver. 251/253).

Así da cuenta el perito médico **Daniel Orlando Racca**, que dictamina: *"...Se registra ingreso guardia, con fecha 21 de noviembre de 2001, hora 17. Diagnóstico: Politraumatismo, paciente traído por ambulancia de Vivotatá con tabla larga y cuello por accidente de tránsito (choque tren) ingreso con politraumatismo, TEC (traumatismo encefalocraneano, sin pérdida de conocimiento) presencia herida cortante en cuero cabelludo (...) Presenta dolor a la extensión de la rodilla, con dolor en el punto subrotuliano, que aumenta en la extensión de la rodilla, presenta dolor a la flexión máxima, dolor presente al rotar externamente (...)* De acuerdo al informe registrado en la historia clínica del Sr. Daniel Delbino, debo informar, que las lesiones fueron de carácter graves y que por las partes orgánicas

que estuvieron involucradas en el accidente, las mismas pusieron en peligro la vida del actor...” (ver fs. 340/344).

En cuanto al segundo aspecto a considerar, cuando se trata de la muerte del cónyuge, en las circunstancias como las ocurridas en el caso, no es necesario traer prueba de que el supérstite ha sufrido daño moral, porque ello está en el orden natural de las cosas en que la muerte de un ser querido de tan estrecha vinculación espiritual hiere en lo más íntimo del sentimiento y en las afecciones de ese compañero, con quien se eligiera para compartir la vida.

Más allá de lo expuesto, la culpa que debe sentir el conductor del vehículo surge de la propia mecánica del hecho, desde que -tal como ocurrió el accidente- su cónyuge falleció como consecuencia de su propio obrar (argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com., Lomas de Zamora, Sala I, causa N° 62948 RSD 62/8 del 11/3/2008; C. 87938 del 5/8/2009).

Por otra parte, el daño también surge de la relación que tenían entre sí los cónyuges, trabajo compartido, y que la víctima era también soporte de la familia, lo que se colige de la prueba testimonial producida - testimoniales de la Sra. Noemí Esther Martínez de fs. 307 y la Sra. Daniela Celeste Hernández de fs. 308-, y pericial psicológica de fs. 334.

Atento lo expresado, la edad de la víctima (36) y del actor (42) al momento del hecho, la familia que construyeron, el Sr. Daniel Orlando Delbino se quedó a cargo de sus cuatro hijos menores de edad, así como también la relación que unía al actor con la víctima, la actividad laboral que la Sra. **Susana Beatriz Martino** realizaba, como también la gravedad de las lesiones sufridas por el actor (ingreso a la guardia politraumatismo, lesiones de carácter grave, problemas de rodilla-ver fs. 340/344); y en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 165 “*in fine*” del C.P.C, se cuantifica el daño en la suma de **pesos ciento sesenta y cinco mil (\$ 165.000)**, modificándose la sentencia de primera instancia (art. 1078 del Cód. Civil).

Cuantificación del daño moral para los hijos menores por la pérdida da la madre.

Respecto al daño moral que reclaman sus hijos por la pérdida de la Sra. **Susana Beatriz Martino**, ninguna duda cabe de la afectación espiritual que padece un hijo por la pérdida de su madre a temprana edad, al margen del lógico impacto de una muerte por accidente y súbita, con el consiguiente dolor frente a lo que viene a torcer la normalidad de la vida, acorta en los hechos la lógica expectativa de la continuidad existencial y la de gozar por el tiempo razonable, del apoyo y compañía de quien trajo al mundo al que acciona (argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com. II, La Plata, Sala III, causa N° 101436 RSD 15/10 del 25/2/2010).

La perito psicóloga **Alejandra Fabiana Bartfeld** dictamina: *“...**María Belén Delbino** 17 años de edad, estudiante. Surge de la entrevista y evaluación realizada que su madre oficiaba de modelo identificador y referente más importante para ella. A partir de la desaparición de su madre hay un desplazamiento dentro de la dinámica familiar que la ubica en muchos casos en el rol de madre, tanto en las tareas domésticas como en el cuidado de su hermano **Juan Pablo** de 9 años. Existen indicadores de angustia y ansiedad frente al desafío de la realidad que le toca vivir y también ante la demanda de la situación familiar a esto se le suma las vicisitudes propias de la adolescencia (...) **Alberto Delbino** de 23 años de edad, empleado en un taller de reparación de chapa y pintura de automóviles. Es el hijo mayor del Sr. Delbino, y la desaparición de su madre ha marcado dos tiempos en su psiquis, una antes y un después. De la evaluación realizada surgen indicadores de inestabilidad general, desesperanza de encontrar satisfacción en el mundo externo, angustias en torno a la desaparición de su madre (...) **Raúl Delbino** de 17 años, promotor de viajes estudiantiles. Luego del fallecimiento de la madre se actualizan algunas cuestiones vinculadas al vínculo que tenía con ella que le generan culpa y angustia (...) **Juan Pablo** de 9 años, estudiante. Al momento de*

fallecer su madre aún no contaba con un aparato psíquico desarrollado para duelar una figura con alto compromiso afectivo como lo es el caso de su madre. Toda la familia en mayor o menor medida, pero principalmente su hermana y su padre contribuyen en sus actividades diarias tanto que no permiten emerger su angustia, aunque en ocasiones según refiere, su hermana solicita la presencia de su madre...”, dictamen del cual no encuentro fundamentos para apartarme (v. fs. 333/336 vta.; art. 474 del C.P.C.).

Teniendo en cuenta las circunstancias personales de los reclamantes: **Alberto Delbino**, quien a la fecha del fallecimiento contaba con 14 años, es el mayor de los hermanos, empleado de un taller, los mellizos **Raúl Delbino y María Belén Delbino**, quienes contaban con 13 años. Todos ellos transcurriendo una etapa conflictiva como es la adolescencia, y el menor de los hijos, **Juan Pablo**, que a la fecha del hecho contaba con 5 años (se aferró a su hermana como imagen materna), edad en que la presencia de la madre es fundamental y no puede ser suplida, ya que es única, a pesar de que todos conviven con el Sr. **Daniel Orlando Delbino**.

Cabe destacar que los pequeños a la fecha del accidente tenían muy corta edad. En este sentido, cuanto más joven es el hijo, no sólo por un factor cronológico, sino que a la mutilación del ser depositario del afecto filial se agrega la pérdida de alguien destinado a ser guía, educador, sostén y consuelo en un desenvolvimiento personal en ciernes. Por todo lo expuesto, y en virtud de la facultades del art. 165 “*in fine*” del C.P.C. se establece la suma de **pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000)**, es decir, **pesos cien mil (\$ 100.000) en concepto de daño moral por cada uno de los hijos**, modificándose la sentencia de primera instancia (art. 1078, 1084, 1085 del C. Civil).

Agravio de la parte actora: monto otorgado en sentencia en concepto de “pérdida de chance” a favor del Sr. Daniel Orlando Delbino.

Respecto a este rubro indemnizatorio, la Suprema Corte Provincial ha dicho que lo mandado indemnizar, en estos casos, no es la eventual, conjetural o hipotética obtención de ganancias que en el futuro y de continuar vivo pudiera lograr el familiar fallecido, ni tampoco su concreta y futura ayuda económica que también es conjetural; sino la pérdida o frustración (ya y ahora) de la chance que los legitimados activos tenían de que en el porvenir se les brindara dicha ayuda (argto. jurisprud. SCBA L. 81957 del 27/12/2006).

Y continúa *"la chance es la posibilidad de un beneficio, probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza no existe. Privar de esa esperanza al sujeto, conlleva daño, porque lo perdido, lo frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal"* (jurisp. *ut supra* cit.).

El rubro en tratamiento lo que indemniza es "la chance frustrada" representada por **la expectativa de sostén, apoyo y colaboración en la ancianidad y ante los problemas que la vida puede representar** (SCBA Ac. 44497 del 21/8/1990).

No caben dudas que debe indemnizarse al cónyuge sobreviviente el perjuicio económico derivado de la muerte de su esposa, ya que las múltiples funciones que el ama de casa desarrolla en el hogar son de gran valor económico, superior -en muchos casos- al que aporta el hombre que obtiene el dinero suficiente para afrontar los gastos cotidianos (argto. jurisprud. Cám. Apel. Civ. y Com., Quilmes, causa N° 4184 RSD 57/1 del 5/4/2001).

De allí que si bien lo que se valúa es la ayuda material, desde la perspectiva económica, ella no se circunscribe sólo a la ayuda o sostén económico, sino que abarca un abanico mayor en el que pueden contemplarse múltiples actos de colaboración, como madre de sus hijos, ama de casa, atención en las enfermedades, etc.

Así, los arts. 1084 y 1085 del Código Civil establecen una presunción *"iuris tantum"* en favor del cónyuge supérstite y de los hijos, en el

sentido que la muerte del padre o cónyuge les generan un daño susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 del Cód. Civil), que se traduce en aquello que les resulte necesario para la subsistencia. Para la medición pecuniaria de este daño, es necesario evaluar no sólo el nivel de vida que llevaba la familia (art. 372 del Cód. Civil) sino también las posibilidades económicas del causante de haberle podido prestar alimentos.

Conforme lo manifestado, la determinación del "*quantum*" no está supeditada al resultado de una operación matemática, sino que comprende la valoración conjunta de numerosos factores relativos a las condiciones económicas, sociales y personales de la víctima y del reclamante.

Desde esta óptica, es lógico concluir que la cónyuge fallecida (de 36 años) ayudaba a su esposo en el desarrollo de su propia actividad, además de dedicarse a las tareas como ama de casa en la atención del hogar, y el cuidado de sus cuatro hijos, viéndose el cónyuge privado de su esposa (v. declaración testimonial del Sr. Adolfo Carli obrante a fs. 303).

Resulta dificultosa la determinación económica del rubro en cuestión, atento que además de ama de casa, la víctima colaboraba con su marido en reparto de productos alimenticios, debiendo meritarse el "*quantum*" indemnizatorio teniendo en cuenta las circunstancias personales y familiares de la víctima y del actor: a) padres de tres hijos adolescentes, y uno de corta edad; b) la víctima ayudaba en las tareas laborales del actor; c) se dedicaba también a sus tareas como ama de casa; y d) la expectativa de vida promedio general del Sr. Daniel Orlando Delbino.

Partiendo de tales pautas, considero ajustado a derecho calcular la suma correspondiente al rubro en cuestión teniendo en cuenta el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho (\$ 200, conf. Resol. 2/93 - B.O. 26/07/1993 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), con más un "plus" fijado en igual suma por las tareas desempeñadas por la víctima como asistente en la actividad laboral del actor así como en su hogar, monto que se devengará hasta que el

cónyuge Sr. Daniel Orlando Delbino (de 42 años) alcance la edad necesaria para acceder al beneficio jubilatorio en la actividad que desarrolla (65 años).

Con tales fundamentos corresponde elevar el monto indemnizatorio por el rubro **"pérdida de chance"** en favor del cónyuge **Sr. Daniel Orlando Delbino** a la suma de **pesos ciento diez mil cuatrocientos (\$ 110.400;** arts. 165, 330 inciso 4º, 354 inciso 1º, 375, 384 y ccdtes. del C.P.C.).

Pérdida de chance a favor de los hijos por la muerte de la madre.

En cuanto a los hijos, gozan de la misma presunción que establece el art. 1084 y 1085 del Código Civil.

De igual modo, los montos indemnizatorios serán completamente distintos según se trate de hijos menores o mayores de edad, en tanto según el orden normal de las cosas son estos últimos quienes se encuentran en la imposibilidad de procurarse los fondos para la subsistencia, lo que no ocurre con los mayores que, incluso, para reclamar alimentos a su padres deben probar que le faltan los medios para subsistir por sí (arts. 265, 267, 367 inc. 1 y 370 del Cód. Civil).

En función de ello, la ponderación del daño será mucho más estricta en este último caso. Como ya aclaré al tratar el agravio del Sr. Daniel Orlando Delbino, no es sólo en la faz alimentaria que se mide en estos casos el daño económico, sino también en las colaboraciones que en diversas tareas o a través de ellas, es habitual que los miembros de una familia se presten unos a otros, constituyendo la desaparición de uno de ellos la pérdida de esas prestaciones que, en tanto servicios, son susceptibles de apreciación pecuniaria (argto. arts. 207, 208, 209, 367, 370, 1068, 1079 y 1627 del Cód. Civil; conf. Cám. Apel. Civ. y Com., San Martín, Sala II, causa N° 55754 RSD 516/4 del 14/12/2004).

De allí que para meritar el parcial bajo análisis deben contemplarse, además de las funciones de asistencia y alimentos, las que

debió haber cumplido la víctima en su rol de madre y que, en el caso, aparecen claramente configuradas por el hecho de su maternidad (argto. jurisp. Cám. Apel. Civ. y Com., Quilmes, causa N° 4184 RSD 57/1 del 5/4/2001).

Conforme los lineamientos esbozados, corresponde tener en cuenta a los fines de calcular el monto indemnizatorio por el presente rubro la expectativa de vida promedio general de las personas, la precoz edad de los hijos -dos de ellos mellizos de 13 años- (14, 13 y 5 años de edad) al momento del fallecimiento de la madre y la cantidad de años que les faltan para alcanzar la mayoría de edad, los numerosos factores relativos a las condiciones sociales y personales de la víctima y de los reclamantes, atento lo dispuesto por el art. 165 "*in fine*" del C.P.C.

De allí que debe indemnizarse el rubro bajo análisis tomando el valor del salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho (\$ 200, conf. Resol. 2/93 - B.O. 26/07/1993 del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil), con más un "plus" de igual monto en razón de las labores desempeñadas por la víctima en su hogar así como en el cuidado de sus hijos menores, suma fija que se dividirá entre cada uno de ellos hasta alcanzar el cese de la prestación alimentaria (21 años) desde el momento del ilícito, totalizando la suma de **pesos setenta y seis mil ochocientos (\$ 76.800)**.

En consecuencia, considero ajustado a derecho confirmar la suma de fijada por el Sr. juez de primera instancia para indemnizar el rubro "**pérdida de chance**" en favor de los hijos **Alberto Daniel Delbino** (14 años), **Raúl Alfredo Delbino** y **María Belén Delbino** (13 años) en la suma de **pesos diez mil (\$ 10.000)** para cada uno de ellos en virtud de la prohibición de vulnerar el principio de la *reformatio in pejus*, y modificar el monto indemnizatorio fijado por *a quo* para el hijo **Juan Pablo Delbino** (5 años) en la suma de **pesos cuarenta y ocho mil cuatrocientos (\$ 48.400;**

art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 165, 330 inciso 4º, 354 inciso 1º, 375, 384 y ccdtes. del C.P.C.).

Agravio de la parte demandada Unidad Ejecutora del Programa de Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.). Incapacidad. Consideración del daño psicológico-daño psíquico.

El apelante se queja de lo decidido por el Juez respecto de este parcial indemnizatorio por considerarlo excesivo ya que entiende no probada la incapacidad.

Por otra parte, concibe errada la valoración que el *a quo* hace respecto de este parcial. Sostiene, en cuanto al daño psicológico, que su procedencia requiere de la demostración de una incapacidad psíquica, la que se distingue del daño psíquico y sólo importa su resarcimiento cuando hubiere un perjuicio de índole patrimonial (daño material).

En primer término cabe referir que el juez de grado no ha otorgado una indemnización adicional por “daño psíquico” sino que, simplemente ha computado la entidad de la afectación psíquica para justipreciar el monto indemnizatorio a otorgarse por “incapacidad sobreviviente”.

De todos modos, para ser clara sobre el punto en discusión, estimo pertinente efectuar algunas precisiones acerca de los temas en debate.

Así debe diferenciarse, siguiendo las enseñanzas de la Dra. Zavala de González, la “lesión” del “daño” (Matilde Zavala de Gonzalez, *“Resarcimiento de daños - Daños a las personas”*, T. 2, Ed. Hammurabi, Cdad. de Bs. As., 1993, pág. 103 y sgtes.).

La “lesión psíquica” no es indemnizable en sí misma, sino en tanto y en cuanto ésta se refleje en la producción de un daño sea éste orden económico (daño patrimonial) o simplemente espiritual (daño moral; argto. doct. *ut supra* cit.).

Así tiene dicho la doctrina *“no aceptamos la afirmación de que la*

vida o integridad personal tenga de por sí un valor económico para su titular o dueño. Ni que su lesión configure una categoría autónoma, un tercer género al lado del daño patrimonial o moral... La integridad física no puede ser objeto de resarcimiento per se en caso de menoscabo porque no tiene valor pecuniario per se: no es un bien que esté en el mercado, ni vale "menos" intrínsecamente por razón del deterioro..." (argto. doct. ut supra cit.).

Partiendo de tal diferenciación, podría ocurrir que la "lesión psíquica" repercuta disvaliosamente en ambas esferas (la patrimonial y la extramatrimonial), determinando la necesidad de su ponderación en cada uno de los rubros en los que expresa o tácitamente aquel tipo de lesión puede haber tenido alguna incidencia.

Así, por ejemplo, podría tenerse en cuenta la "lesión psíquica" al establecer el valor del costo de las sesiones de terapia a las que debió o debe someterse el damnificado (daño emergente); o para dimensionar la entidad de la afectación en su esfera espiritual (daño moral); o, como ocurre en la especie, para establecer los alcances de o el grado de pérdida de sus potencialidades laborales y personal ("incapacidad sobreviniente").

Destaco que, en reiterados pronunciamientos he sostenido que la "incapacidad sobreviviente" no se agota con la valoración los impedimentos que la víctima padezca en el aspecto laborativo, sino que también comprende la pérdida de otras potencialidades como lo son las que atañen a sus posibilidades de disfrute, al desarrollo de sus vínculos familiares, a su vida de relación, e incluso al esparcimiento (argto. jurispr. SCBA Ac. 42.528, 45.767, AyS. 1995-III-15).

En conclusión, el rubro bajo análisis (incapacidad sobreviviente), comprende también los impedimentos psíquicos (transitorios o definitivos) que se hayan producido a raíz del accidente, por lo que no advierto en este caso razones para excluir su ponderación al momento de fijar el monto de este parcial.

Siendo así, y subrayando que los baremos médicos no son la única pauta a considerar para calcular el monto indemnizatorio, en tanto al margen de los porcentuales fijados por el especialista y el perito psicólogo, debe apreciarse –como ya se dijo- otros aspectos de su vida, debo ponderar todo aquello que una persona no puede realizar a partir de la minoración física, sean actividades laborales o no, para sí o para otros, en relación a la vida ordinaria, o a todas aquellas comodidades o valimientos que tiene el hombre sano y de las cuales se ve privada el incapacitado (argto. doct. Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de daños”, Tomo 4, pág. 228).

Bajo este marco conceptual contemplaré si la sentencia de mérito debe ser modificada. Veamos:

El perito especialista médico, Daniel Orlando Racca dictaminó: *“...El Sr. Daniel Delbino presenta una rodilla inestable, con dificultades en la movilización y normal funcionamiento, la flexión, se realiza con limitación dolores a los 60 grados (90°/45°), refiere a las fuerzas también al presentar problemas crónicos en la rodilla derecha, presenta una disminución de fuerzas que se exterioriza a las maniobras semiológicas efectuadas (...) El actor presenta a la fecha de examen médico pericial y a más de 4 años de ocurrido el mismo, secuelas en su pie izquierdo y pierna derecha, más precisamente sobre la rodilla, las cuales le producen limitaciones mecánicas y funcionales exteriorizadas desde el punto de vista médico como, pérdida de su capacidad física con carácter parcial y permanente, consideradas a criterio de este perito en un porcentaje del **42% para todo tipo de tareas** (...). Teniendo en cuenta el tipo de lesión y el grado de pérdida de su capacidad física, puedo inferir que le resultaría dificultoso realizar este tipo de actividades, las cuales implican una capacidad física aceptable, con un aparato locomotor, osteo-articular y ligamentario de sus miembros superiores e inferiores en condiciones óptimas (...).Conclusiones y consideraciones médico legales: ‘...puedo informar que el mismo presenta lesiones en su pie izquierdo y rodilla derecha, con secuelas parciales y*

permanentes'...", pericial de la que no encuentro motivos para apartarme (art. 474 del C.P.C.).

A fs. 244 se adjunta oficio contestado de PepsiCo Argentina S.R.L. que da cuenta de que el Sr. Daniel Orlando Delbino trabajaba como repartidor de productos alimenticios, corroborado por las testimoniales de Adolfo Oscar Carli y Daniela Celeste Hernández (v. fs. 303/308).

Siendo así las cosas, y teniendo en cuenta la edad del Sr. Daniel Orlando Delbino al momento del hecho -42 años-, como así también sus circunstancias personales: padre de cuatro hijos, comerciante, el grado de incapacidad para todo tipo de tareas del 42%; la vida útil laboral (23 años) y probado en autos que como consecuencia del hecho dañoso la actora presenta lesiones en su pie izquierdo y rodilla derecha, con secuelas parciales y permanentes, y no habiendo sido apelado este parcial por la parte actora, se mantiene el mismo monto fijado por la Sra. Juez de primera instancia (arts. 375, 457, 472, 473, 474, 384 y ccdtes. del C.P.C.; 1068 y ccdtes. del Código Civil).

Por los fundamentos dados, se rechazan los agravios traídos a esta instancia (art. 1086 del Código Civil, art. 375, 384 del CPC).

Atento como ha sido resuelta la responsabilidad, deben adecuarse los porcentajes estableciendo 80% a cargo de la parte demandada y 20% a cargo de la actora.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Modificar la sentencia que fuera motivo de apelación por la parte co-demandada Sr. Héctor Armayor respecto de su responsabilidad, fijándose en 80%, en tanto se establece en un 20% la

responsabilidad de la víctima en la producción del ilícito, debiendo adecuarse los montos de condena al grado de responsabilidad establecida. **II)** Modificar el monto indemnizatorio del rubro “**daño moral**” en favor del **cónyuge Sr. Daniel Orlando Delbino** en la suma de **pesos ciento sesenta y cinco mil (\$ 165.000)**, y en la suma de **pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000)** a dividirse entre cada uno de los **hijos** (\$ 100.000 cada uno). **III)** Modificar el monto indemnizatorio por el rubro “**pérdida de chance**” en favor del cónyuge **Sr. Daniel Orlando Delbino** en la suma de **pesos ciento diez mil cuatrocientos (\$ 110.400)**, y del hijo **Juan Pablo Delbino** (5 años) en la suma de **pesos cuarenta y ocho mil cuatrocientos (\$ 48.400)**, y confirmar el monto indemnizatorio fijado en favor de los hijos **Alberto Daniel Delbino** (14 años), **Raúl Alfredo Delbino y María Belén Delbino** (13 años) en la suma de **pesos diez mil (\$ 10.000)** para cada uno de ellos. **IV)** Confirmar el monto indemnizatorio fijado por el rubro “**incapacidad**”. **V)** Por el recurso del co-demandado Sr. Héctor Armayor imponer las costas siguiendo la responsabilidad resuelta en un 80% a cargo de esta parte y 20% a cargo de la actora (art. 68 y 71 del C.P.C.). **VI)** Por el recurso de la parte actora imponer las costas a los demandados (art. 68 del C.P.C.). **VII)** Por el recurso de la co-demandada Unidad Ejecutora del Programa de Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.) imponer las costas a su cargo (art. 68 del C.P.C.). **VIII)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: **I)** Se modifica la sentencia que fuera motivo de apelación por la parte co-demandada Sr. Héctor Armayor respecto de su responsabilidad, fijándose en

80%, en tanto se establece en un 20% la responsabilidad de la víctima en la producción del ilícito, debiendo adecuarse los montos de condena al grado de responsabilidad establecida. **II)** Se modifica el monto indemnizatorio del rubro “**daño moral**” en favor del **cónyuge Sr. Daniel Orlando Delbino** en la suma de **pesos ciento sesenta y cinco mil (\$ 165.000)**, y en la suma de **pesos cuatrocientos mil (\$ 400.000)** a dividirse entre cada uno de los **hijos** (\$ 100.000 cada uno). **III)** Se modifica el monto indemnizatorio por el rubro “**pérdida de chance**” en favor del **cónyuge Sr. Daniel Orlando Delbino** en la suma de **pesos ciento diez mil cuatrocientos (\$ 110.400)**, y del hijo **Juan Pablo Delbino** (5 años) en la suma de **pesos cuarenta y ocho mil cuatrocientos (\$ 48.400)**, y se confirma el monto indemnizatorio fijado en favor de los hijos **Alberto Daniel Delbino** (14 años), **Raúl Alfredo Delbino y María Belén Delbino** (13 años) en la suma de **pesos diez mil (\$ 10.000)** para cada uno de ellos. **IV)** Se confirma el monto indemnizatorio fijado por el rubro “**incapacidad**”. **V)** Por el recurso del co-demandado Sr. Héctor Armayor las costas se imponen siguiendo la responsabilidad resuelta en un 80% a cargo de esta parte y 20% a cargo de la actora (art. 68 y 71 del C.P.C.). **VI)** Por el recurso de la parte actora las costas se imponen a los demandados (art. 68 del C.P.C.). **VII)** Por el recurso de la co-demandada Unidad Ejecutora del Programa de Ferroviario Provincial (U.E.P.F.P.) las costas se imponen a su cargo (art. 68 del C.P.C.). **VIII)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NELIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ

Marcelo M. Larralde

Auxiliar Letrado