En San Martín, a los 24 días del mes de Agosto del año dos mil diecisiete, se reúnen los Señores Jueces de la Sala II de esta Cámara Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados “L., F. Y OTROS c/ FEMESA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”. De conformidad con el orden de sorteo, El Dr. Alberto Agustín LUGONES dijo:

I. La Sra. Juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda incoada por F. L., L. F. C., R. C., O. R. C., J. F. C. y R. I. L., y condenó a Femesa a abonar por el daño material la suma de $ 50.000.- para F. L. y $ 20.000.- para cada uno de los cinco hijos; por el daño moral la suma de $ 30.000.- para el cónyuge y cada uno de sus hijos; por el daño psicológico un total de $ 1.500.- para el Sr. F. L. y $ 2.000.- por gastos de sepelio y gastos varios, más intereses y costas. Asimismo, difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 444/449vta.). Para así decidir resolvió, en primer lugar, que la acción no se encontraba prescripta. Sostuvo que el plazo prescriptivo del art. 4037 del Código Civil, entonces vigente, aplicable al ser invocada la responsabilidad civil extracontractual de la demandada en los términos del art. 1113 del [ex] Código Civil, fue interrumpido por la acción interpuesta ante el Juzgado N°1 de este fuero contra la empresa Ferrocarriles Argentinos, luego ampliada contra Femesa. Expresó, que la parte actora incurrió en un error de hecho excusable toda vez que el traspaso de la concesionaria del tren de EFA a favor de Femesa se produjo en el mismo año del accidente. Por ello, resolvió que hasta el rechazo de ampliación de la acción contra Femesa efectuado por el Juzgado N°1, se interrumpió el curso de la prescripción. Luego, fundó la responsabilidad de la demandada en el art. 1113 del [ex] Código Civil.Indicó que no ofreció prueba alguna para desvirtuar la versión de los hechos, ni destruyó la presunción que emanaba del apartado segundo del artículo mencionado toda vez que no probó la interrupción del nexo causal, acreditando la culpa de la víctima, o de un tercero por quien no debía responder o la producción por caso fortuito o fuerza mayor. Agregó que no la eximía de responsabilidad que el cruce peatonal se encontrara en contravención, ya que el constante paso de peatones revelaba que la demandada conocía y toleraba su existencia. Por ello, tuvo por probada la necesaria relación de causalidad adecuada y suficiente. En tal sentido, consideró a Femesa responsable en su carácter de dueña y/o guardián de la cosa generadora y de las precarias condiciones de seguridad en los términos del art. 1113, apartado segundo, del [ex] Código Civil.

II. La sentencia fue apelada por la parte actora a fs. 472/479, quien expresó agravios a fs. 500/507vta., los que fueron contestados por la contraria a fs. 519/523. A su vez, la demandada apeló y fundó su pretensión a fs. 454 y 508/516, respectivamente.

III. a) En primer término, la parte actora se agravió respecto al monto fijado en concepto de daño material, por considerarlo insuficiente. Sostuvo que para determinarlo no se tuvo en cuenta la actividad desarrollada por la Sra. O. como empleada, madre, esposa y ama de casa; y lo dispuesto por el art. 1083 del [ex] Código Civil. Asimismo se quejó porque, a su criterio, la suma estipulada por daño moral no satisface los fines establecidos en el art. 1078 del [ex] Código Civil ni encuentra apoyo en lo normado por el art. 1741 del Código Civil y Comercial en cuanto al tema. Expresó que al momento de cuantificar dicho daño, se realizó una escueta fundamentación sin hacer hincapié en las consecuencias disvaliosas que la pérdida provocó en cada uno de los hijos, así como el sufrimiento del Sr.L., quien padeció la inesperada y abrupta destrucción de parte de su familia. Puso de resalto que al momento del accidente, la única hija del matrimonio tenía 16 años y que se vio privada de la presencia materna por el irresponsable accionar de la empresa Femesa.

Finalmente, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23982, 25344 conjuntamente con el decreto 1116/00 y RES. 1083/00 y 3/01, toda vez que la aplicación de dichas normas vulnera derechos protegidos por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales. Planteó que las leyes de consolidación se adoptaron, hace más de una década, por invocación de la emergencia económico social de la crisis del 2001 y que, por ello, su aplicación no puede ser eterna. Asimismo, requirió que la indemnización correspondiente a los causahabientes de Luis Francisco Cáceres, fuera incluida en la excepción que establece el art. 18 de la ley 25344. b) Por su parte la demandada se quejó por el rechazo de la excepción de prescripción. Alegó que el juicio contra un tercero -Ferrocarriles Argentinos- no tiene la virtualidad de interrumpir el curso de la prescripción, que la ignorancia o error es un supuesto inexcusable por tratarse de un error de derecho. Por ello, concluyó que resulta aplicable el art. 3987 del ex Código Civil, toda vez que la ampliación de la acción implicó la absolución de la demandada y, por tanto, se debería tener por no sucedida la interrupción del curso de la prescripción. En segundo lugar, consideró que se efectuó una errónea valoración de la pericial técnica y, en consecuencia, de la mecánica del accidente. Expresó que de dicha prueba se desprende la existencia de un alambrado divisorio, zona de exclusiva circulación ferroviaria y de pasos correctamente habilitados a menos de media cuadra. Por ello, señaló que la Sra. L. O. cruzaba en absoluta contravención, en forma temeraria e imprudente y que el desenlace fatal ocurrió por culpa exclusiva de la víctima.El tercer agravio está referido a la falta de consideración de las testimoniales producidas en la causa penal y en el expediente administrativo. Al respecto, expresó que estas declaraciones consistían en datos relevantes que, junto con todos los elementos del proceso, informaban a la a quo que la Sra. O. actuó con deliberada imprudencia teniendo claridad respecto al riesgo que asumía al no cruzar a través del paso habilitado para ello, a pocos metros del lugar del accidente. Se quejó también del monto de la indemnización establecido por daño material y resalta dos errores de la sentencia de grado: el primero, que la Sra. O. tenía 5 hijos y el segundo al omitir señalar a quien imputa el monto de $ 50.000.- consignado a continuación del determinado para el Sr. L. Asimismo, atacó la afirmación efectuada en la sentencia de primera instancia en orden a la indudable cooperación de la Sra. O. en la atención de los hijos como ama de casa. Sostuvo que sólo uno de sus hijos era menor de edad al momento del accidente y que tres de los cuatro restantes, se encontraban casados. Concluyó que la causante no constituía, para los cuatro hijos de su primer enlace, un sostén necesario o una indubitable cooperación en su crianza. En cuanto al daño moral, reiteró el error respecto a la cantidad de hijos y alegó que la suma establecida por dicho concepto resulta excesiva al ponderar las conclusiones vertidas en la pericia psicológica, que dan cuenta que no han probado la existencia de una lesión en la esfera más íntima de sus sentimientos que como daño moral sea pasible de ser indemnizado. Por ello, solicitó que se revoque lo resuelto sobre este rubro o se lo reduzca en la correcta estimación de los efectivos demandantes de autos.En último lugar, se agravió por la consideración de la compensación por daño psicológico en forma autónoma al daño moral, ya que implicaría una injusta doble indemnización por un quebranto que queda englobado en el daño moral.

IV. Así, con el dictamen del Sr. Fiscal General de fs. 525 y el pase de los autos al acuerdo, la causa quedó en condiciones de ser resuelta en definitiva (fs. 526).

V. Sobre el plazo razonable

En esta, mi primera intervención en la causa, no puedo pasar por alto la circunstancia de que los presentes actuados fueron iniciados hace ya más de dos décadas, y sus avatares, recién permitieron estar en condiciones del dictado de la sentencia de esta Cámara en este momento. Como decía con su claridad superlativa el maestro Germán Bidart Campos “El acceso al tribunal abastece no tan sólo la primera fase del derecho a la jurisdicción, que nada logra si luego no se llega a la última. Porque, en definitiva, el justiciable acude al tribunal para que administre justicia resolviendo su pretensión jurídica. Y si tal administración de justicia se inhibe, se estanca, o no llega a término con la sentencia debida, el derecho a la jurisdicción se frustra pese a que se haya accedido originalmente al tribunal” (“La duración razonable del proceso”, Publicado en: RCyS2004, 1397. Cita Online: AR/DOC/1001/2004). Lejos estamos en este caso, y ese es “el gran desafío hacia el futuro”, del dictado de una resolución dentro del plazo razonable, que prescribe el art. 8, pto.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto a que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley …”.

En este contexto, para que ese desafío pueda afrontarse adecuadamente, es imprescindible proveer a los tribunales de los recursos necesarios de personal, infraestructura, informáticos, etc., proveyéndolos de los medios necesarios que permitan llegar a ese resultado tan anhelado. VI. Sobre la prescripción Para un mejor ordenamiento corresponde considerar en primer término el agravio de la parte demandada referido a la prescripción de la acción. Cabe recordar que es jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “El instituto de la prescripción es de interpretación restrictiva, razón por la cual, aún en caso de duda, debe ser preferida la solución que mantenga vivo el derecho” (Fallos: 329:1012; 327:1629; 326:742; entre muchos otros). En tal sentido, no ha sido discutido que en el caso de aut os resulte aplicable el ex art. 4037 del Código Civil que establecía un plazo prescriptivo de dos años de la acción por responsabilidad civil extracontractual y que el momento a partir del cual comenzaba a contarse dicho plazo era el de la ocurrencia del evento dañoso generador de los perjuicios que se intentaban reparar. Por otra parte, el art. 3986, primer párrafo, del [ex] Código Civil, disponía que “La prescripción se interrumpe por demanda … aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio”. Las presentes actuaciones fueron iniciadas con fecha 29/04/1994 contra Femesa.Previo a ello, el 4/3/1992, se había interpuesto por ante el Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N°1, Secretaría N°3 de San Martín, demanda contra la Empresa Ferrocarriles Argentinos y luego ampliada sin éxito contra Femesa [tal como surge del oficio obrante a fs. 29]. Esta actividad de la parte actora tuvo el efecto indiscutible de interrumpir el curso de la prescripción de la acción, habida cuenta que ello es muestra suficiente de la voluntad dirigida a reclamar su derecho y, por lo tanto, la interposición de la acción contra EFA logró el objetivo perseguido de interrumpir el curso de la prescripción. Esto es así porque, en la peor de las hipótesis, estaríamos en presencia de un error excusable atento que, como se dijo, la empresa se denominaba Empresa Ferrocarriles Argentinos hasta el 1/4/91, fecha en la cual fue creada Femesa por decreto N° 502/91. Este cambio de razón social se produjo en el transcurso del año que tuvo lugar el evento dañoso, y parece ser una justificación más que suficiente para la ocurrencia del pseudo error excusable. Así, se ha sostenido que el error excusable “Es aquel en el que se incurre cuando ha habido razón o motivos suficientes para errar” (conf. Brebbia, Hechos y actos jurídicos, citado en Bueres y Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 2B, pág. 491). En ese orden de ideas, el nuevo plazo prescriptivo comenzó a correr desde el momento en que se rechazó la pretendida ampliación de la acción contra Femesa el 29 de diciembre de 1993 y, por ello, al 29 de abril de 1994 (ver cargo obrante a fs. 25vta.) no había transcurrido el plazo de dos años que establece el art. 4037 del [ex] Código Civil. Por todo lo expuesto, considero que debe rechazarse este agravio interpuesto por la demandada.

VII.a) Responsabilidad Que resuelta la queja sobre la prescripción corresponde entrar a considerar la responsabilidad de las partes en la producción del evento, teniendo en cuenta la normativa, los criterios jurisprudenciales y doctrinarios aplicables al caso. El art. 1113, segundo párrafo, del [ex] Código Civil establecía que “En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”. La ley 2873, modificada por ley 22647, que regula la actividad ferroviaria, establece en el art. 5 que “Son deberes de toda empresa o dirección de ferrocarril … : 1°) Mantener siempre la vía férrea en buen estado … inmediata reparación de todos los deterioros que sufriese …; 8°) Proveer … cada cruce ferrovial a nivel, el señalamiento que corresponda …; 9°) Realizar los trabajos necesarios en los cruces ferroviales …”. Por otra parte, el Reglamento Interno Técnico Operativo determina que “nadie está facultado para transitar por la vía ni cruzarla fuera de los pasos a nivel”. Para lo cual, todo el personal ferroviario debe contribuir al cumplimiento de la disposición, ” pudiendo requerir el auxilio de la fuerza pública ” contra los infractores, que además son pasibles de multa (art. 568). Y que, cuando se adviertan portones abiertos en pasos a nivel particulares abiertos, el personal de trenes debe dar aviso en la primera estación, mientras que el personal de la estación que tenga conocimiento de la anomalía, la debe comunicar “al capataz de la cuadrilla de vía y obras para que los haga cerrar y se tome el caso con el propietario responsable” (art. 571). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “…los daños causados por los trenes en movimiento se rigen por las previsiones del segundo párrafo “in fine” del art.1113 del Código Civil sobre daños causados por el riesgo de la cosa (0. 499. XXI, in re “Ortiz, Eduardo Adolfo y otro c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, del 12 de diciembre de l989) y que la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio a que alude aquella disposición, debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor” (Fallos: 308:1597, “Herrera, Hernán Bautista c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, del 8/6/1993). Y, en un caso de aristas similares, ha decidido que “… sentada la participación del ferrocarril en el evento, no cabe exigir a la víctima la acreditación de otros extremos ni la demostración de la forma concreta en que se produjo el infortunio, toda vez que, al tratarse en el caso de un daño causado por ´el riesgo´ de la cosa (art. 1113, ap. 2°, párrafo final), basta con que el afectado demuestre el daño causado y el contacto con aquélla, quedando a cargo de la demandada, como daño o guardián de ella, acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (cf. C.S.J.N. “in re” González Estraton, Luis c. Emp. Ferroc. Arg., octubre 13-994, en L.L.1995-B-278). Es que la disposición citada posee un fin específico, cual es el de posibilitar la indemnización del daño causado por el vicio o riesgo de la cosa, en las situaciones en que éste se produce con independencia de toda idea de culpa del sujeto” (conf. Fallos: 308:975; 312:145).

VII. b) De las pruebas producidas en la causa Entrando a analizar las probanzas obrantes en la causa estimo pertinente considerarlas en razón de la fuerza convictiva que dimanan de las mismas y, por tal motivo analizaré, en primer término, la prueba pericial (fs.269/290). Ello en razón de lo que al respecto establece el art. 477 del CPCC que “La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca”. 1- De la pericia técnica resulta que: a) el paso a nivel peatonal … es transitado permanentemente por los peatones … ; b) luego de la ampliación de la avenida General Paz … los peatones siguen cruzando las vías por el paso a nivel peatonal informal que aún en la empresa concesionada sigue funcionando como habría funcionado a la época en que se accidentó la victima; c) en el referido cruce no existen carteles ni alambradas perimetrales que limiten la circulación de los peatones; d) no surgen puentes peatonales para el cruce de las personas en el extremo este de la estación Sáenz Peña; e) hay una circulación continua y permanente por un paso peatonal informal, que no se halla limitado para el cruce o acceso de los peatones que impida mediante vallas, rejas o limitaciones físicas la circulación por la zona de vía; f) que en el lugar del accidente no hay carteles de prohibición y que hay un uso por parte de los peatones sin impedimento para su circulación. A raíz de la impugnación formulada por la parte demandada a fs. 292/293, el perito agregó: g) la autorización para el funcionamiento de los cruces de pasos a nivel se puede realizar mediante un trazado con intervención de la entidad ferroviaria, en forma explícita o en forma tácita. Cuando el paso funciona de hecho es una autorización tácita.Dado que el dictamen de los peritos implica el asesoramiento técnico de personas especializadas, pues “se trata de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales” [Fallos: 299:265; 319:103; 327:1146, 327:4827, 327:6079], el informe del perito tiene plena eficacia demostrativa según las reglas de la sana crítica; esto es, no cabe apartarse del mismo si no se encuentran serias razones derivadas de fundamentos objetivos que sean indicativos de que la opinión del perito se halla reñida con los principios de la lógica y las máximas de experiencia, o que existen en el proceso otros elementos probatorios de mayor eficacia como para provocar la convicción contraria sobre la verdad de los hechos controvertidos. Por tanto, las conclusiones del experto justifican el valor convictivo que le fue asignado por la a quo a la pericia analizada, que comparto y hago mío, toda vez que ha sido ponderado adecuadamente de conformidad con las directivas del artículo 477 del código procesal [doct. arts. 163, 6), 377, 386, CPCC].

2- De la prueba testimonial De los testimonios obrantes en el expediente penal N° 14803 “O., L. s/ Accidente Ferroviario Fatal”, unido por cuerda, cabe tener presente que las declaraciones son de dependientes de la demandada y que tres de ellos cumplían funciones en el tren N° 7912 el día del accidente, extremos que imponen valorar sus dichos con mayor rigor (art. 441 del CPCC). Por lo demás, no es posible dejar de destacar las contradicciones que presentan. En efecto, Araya -ayudante de conductor- declaró que vio a una persona que cruzaba las vías, que en el lugar del hecho existe buena iluminación y que el convoy iba a una veloc idad aproximada de 80 km.; mientras que Ingolini – conductor- expresó que sintió un golpe contra la locomotora, que el lugar carece de iluminación y que iba a una velocidad aproximada de 70 km. (fs.20/21vta.). Por otra parte, Paez -guarda del tren- expresó que no observó el accidente, pero que iba a una velocidad aproximada de 90 km. y, por último Díaz -empleado de la estación- sostuvo que no existe iluminación en el lugar del accidente (fs. 23/24vta.).

VII. c) Determinación de la responsabilidad De las normas y jurisprudencia transcriptas precedentemente resulta que, en principio, estaba en cabeza de la demandada adoptar las precauciones necesarias y medidas efectivas aptas para impedir el tránsito de peatones en el paso a nivel clandestino, a fin de evitar el peligro que implicaba la utilización del mismo. En efecto, la accionada no extremó las precauciones de cuidado necesarias para impedir este tipo de accidente o prevenir las consecuencias dañosas derivadas de la ausencia de las medidas pertinentes, como por ejemplo, la colocación de un alambrado o el control por parte del personal de seguridad, omisión claramente violatoria de lo dispuesto en el art. 5, incs. 1), 8) y 9) de la ley 2873, modificada por ley 22647. Por ello, esto nos coloca en la situación de la existencia de un paso a nivel clandestino, conocido y, “por lo menos”, tolerado por la demandada, lo que la hace objetivamente responsable por no haber tomado los recaudos de seguridad y vigilancia necesarios, contribuyendo con su omisión negligente a la producción del accidente. Por lo demás, de las pruebas practicadas en la causa resulta evidente entonces, que la demandada no cumplió acabadamente con su obligación de seguridad al no eliminar un factor de riesgo cuya existencia, al momento del hecho (así como, al momento de efectuar la pericia técnica) no puede ponerse en duda en el sub judice (cfr.conclusiones periciales expuestas anteriormente). Todo lo hasta aquí expuesto demuestra el incumplimiento de Femesa de las obligaciones de cuidado a su cargo (en este caso en lo que hace al no haber impedido en modo alguno el cruce de los peatones por el lugar que habitualmente lo hacían). Ello así, al no tomar las prevenciones que la situación riesgosa imponía, ya que tenía a su cargo el deber de cerrar el cruce por el cual era usual observar a personas ajenas al ferrocarril cruzando las vías, tampoco acreditó ningún comportamiento que evitara el tránsito no permitido sin efectuar ninguna de las acciones que los arts. 568 y 571 del Reglamento Interno Técnico Operativo establece. En consecuencia, su responsabilidad consistió en la vulneración de las normas de mantenimiento de condiciones seguras, en todo el trayecto del camino ferroviario para prevenir accidentes, ya que no controlaron adecuadamente los riesgos causados por el pasaje clandestino. De otro lado, los riesgos creados por el cruce de peatones en el lugar en el que ocurrió el accidente, demuestran que el ferrocarril actuó de manera desaprensiva porque está probado que no existía en la zona un cerramiento o que hubiera adoptado alguna medida para evitar su circulación por el lugar, ni carteles de prohibición que tentaran frenar dicho tránsito de personas. Su obligación de extremar la seguridad, en especial en zonas urbanas, determinan que la accionada debía mantener perfectamente cerrados todos los cruces no habilitados por los que presumiblemente puedan acceder personas, ajenas al ferrocarril, para cruzar las vías. No adoptar tales recaudos puede llevar a ser entendido por los peatones, que ante la ausencia de alambrado o carteles que prohíban el paso, no existe peligro, o el paso está permitido y debidamente habilitado. Ahora bien, en materia de responsabilidad ferroviaria, se debe estar a lo normado en el segundo párrafo del art.1113 del [ex] Código Civil, toda vez que sus especiales características establecen que la aplicación de esta normativa sea realizada de manera razonable y, para ello, se debe evaluar también la conducta de la víctima que, ante los peligros que presenta la actividad ferroviaria, requieren de su obrar con prudencia. En tal sentido, no pasa desapercibido que la actora cruzó las vías por un paso a nivel no habilitado para la circulación de peatones y que ello también debe ser debidamente considerado. En efecto, no es posible obviar que el obrar de la Sra. O. no fue lo adecuada y prudentemente requerible; y que su obrar tuvo algún tipo de entidad, aunque fuere parcial, para interrumpir el nexo causal previsto por el art. 1113 del [ex] Código Civil. Al respecto, se ha sostenido que “Puede suceder que el resultado dañoso sea causado por el propio hecho de la víctima, en concurrencia con el riesgo creado. En tal supuesto, la incidencia de la conducta de la víctima es solamente parcial, por lo que se debe considerar que el daño es ´el resultado o interferencia de dos corrientes causales distintas, existiendo entonces lo que se denomina concurrencia de causas o concausas´. Por tal motivo la presunción de responsabilidad que gravita sobre el dueño y el guardián se debe reducir en función de la incidencia que el hecho de la víctima tuvo en la producción del daño” (conf. Brebbia, Problemática jurídica de los automotores, citado en Bueres y Highton, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, 3A, pág. 570). Por todo lo expuesto, teniendo presente que, al momento del accidente que dio origen a la causa, el cruce peatonal no habilitado era conocido y admitido por la empresa y aun así no se habían tomado las medidas necesarias ya sea para su habilitación conforme las normas de seguridad requeridas o su cancelación y que la víctima, Sra.O., con el discernimiento propio de una persona mayor de edad asumió el riesgo de intentar cruzar las vías por un paso a nivel no habilitado; estimo propicio modificar el decisorio de grado en cuanto a la graduación de responsabilidad que corresponde en función de la concurrencia de culpas, estableciendo el 80% de responsabilidad a la demandada en la causa del infortunio y el 20% restante a la parte actora. VIII. Establecida así la responsabilidad concurrente de las partes, corresponde iniciar el análisis del “quantum” indemnizatorio determinado por la Jueza de grado respecto al daño material.

1.- Composición del grupo familiar Que en la sentencia de primera instancia se incurrió en un error material en el considerando V), al consignar la cantidad de hijos de la causante.

En efecto, la Sra. L. O., al momento de su fallecimiento, tenía cinco hijos: L. F. C., J. F. C., O. R. C., R. C. y R. I. L.; tal como surge de las actas de nacimiento obrantes a fs. 11/15. Por ello, corresponde hacer lugar a la solicitud efectuada por la demandada y corregir que donde dice “6 hijos reclamantes” debe decir “5 hijos reclamantes”. 2.- Daño material El art.1069 del [ex] Código Civil establece que “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este código se designa por las palabras ´pérdidas e intereses´. Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo …”. Teniendo en cuenta el principio de reparación plena o integral que implica la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, basado en el principio que impone “no dañar a otro”; podríamos afirmar, a prima facie, que su finalidad sería meramente resarcitoria, pues se procura revertir las consecuencias disvaliosas que ha sufrido la víctima mediante la entrega de un bien que la satisfaga por el mal ocasionado – ya sea por equivalente o por medio de satisfacción indirecta (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños”, Volumen 4, Presupuestos y funciones del derecho de daños, ed. Hammurabi, pág. 449 y sigs.; doct. arts. 1737, 1740 y ccs., Cód.Civil y Comercial). Ahora bien, en lo atinente al valor de la vida humana es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho reiteradamente que “la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir […] Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial … lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes […] la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía…” (“Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ Daños y Perjuicios”, del 20/04/2013 y Fallos: 316:912; 317:728, 1006 y 1921; 322:1393). En este contexto, el Tribunal Cimero sostuvo que “… para fijar la indemnización por el valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino que es menester confrontar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, etc. (confr. Fallos: 310:2103)” (“Saber, Ciro Adrián c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, del 9 de noviembre de 2000). En tal sentido, de las constancias de la causa se desprende que la Sra. O., de 47 años de edad al momento del accidente fatal, trabajaba en relación de dependencia (ver recibo de sueldo obrante a fs. 321) y que su esfuerzo laboral era primordial para el mantenimiento del hogar familiar y la subsistencia de su hija menor, R. I. L.Por ello, corresponde reiterar que en lo que se refiere a la manutención del hogar, ha sido demostrado que el trabajo de la causante era el principal sostén material del grupo familiar, integrado por el matrimonio y cuatro de los cinco hijos, ya que el Sr. F. L. traba jaba como vendedor ambulante de café y tres de sus hijos solo hacían changas de albañilería (conf. fs. 30, 30vta., 31, 44 del beneficio de litigar sin gastos, unido a las presentes). Así las cosas, el Alto Tribunal tiene dicho que “al determinar el valor vida humana es menester comprobar las circunstancias particulares de la víctima (capacidad productiva, edad, profesión, ingresos, posición económica), como así también las del damnificado (asistencia recibida, cultura, edad, posición económica y social”; además “el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios”. (F. 439.XXI. “Forni, Francisco; Forni, Alberto y Forni, Raúl c/ Ferrocarriles Argentinos s/ Indemnización por daños y perjuicios” – 07/09/1989- T. 312 P. 1597). Entonces, para determinar la indemnización debe aplicarse un criterio dotado de suficiente fluidez, que tenga en cuenta cuales han sido las consecuencias reales y efectivas que el evento dañoso -indiscutido en el presentecausó, toda vez que no solo se afecta el aspecto laboral, sino todas las posibles manifestaciones del individuo. Por todo lo expuesto, al ponderar la entidad del daño ocasionado -valor vida-, se elevan las sumas de PESOS SESENTA MIL ($ 60.000.-) para F. L. y PESOS VEINTICINCO MIL ($ 25.000.-) para cada uno de los cinco hijos.

3.- Daño moral El art.1078 del [ex] Código Civil establecía que “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima… “.

Al respecto, el Máximo Tribunal sostuvo que “El daño moral tiene carácter resarcitorio y no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste” y que “… para fijar su monto debe tenerse en cuenta su carácter resarcitorio, la índole del hecho generador, la entidad del sufrimiento causado…” (Fallos: 311:1018, 312:1597, entre otros). El daño moral se configura por todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos, consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial (conf. Llambías, “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, t.I, págs. 297/298, n° 43). En el caso de autos el fallecimiento de la Sra. O., esposa y madre, de 47 años al momento del deceso, ha provocado un daño que no solo se proyecta en lo económico, sino también en lo espiritual y anímico. En efecto Zavala de González expresa que “… el daño moral puede traducirse en sentimientos, situaciones síquicas dolorosas, incómodas o aflictivas, pero igualmente en la pérdida de determinados sentimientos, o en la imposibilidad de encontrarse en una condición anímica, deseable, valiosa o siquiera normal” (“Daños a las personas. Integridad sicofísica”, 2ª, pág. 478). Por ello, no cabe duda alguna que este daño debe ser indemnizado y que su existencia no requiere ser materia de prueba toda vez que es una consecuencia espiritual de un vínculo familiar y afectivo que se vio coartado por la omisión del deber de seguridad de la demandada.Con el fin de otorgar una entidad patrimonial al daño moral se ha sostenido que “El principio de individualización del daño requiere que la valoración de daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima” (conf. Zavala de González, Matilde, ob. cit., pág. 466). Entonces, y a los fines de determinar el monto del daño moral se deben tener presente las circunstancias particulares de la víctima, entre las que se destacan el rol central que cumplía dentro del seno familiar y las consecuencias que la inesperada y abrupta pérdida provocó en cada uno de sus hijos y esposo. Desde tal óptica, no tengo dudas respecto a que la tragedia que atravesó el Sr. F. L. así como los cinco hijos de la causante, provocó un profundo dolor que justifica la procedencia del daño moral.

Por todo lo expuesto, se confirma la suma determinada por dicho concepto.

4.- Daño psicológico El Máximo Tribunal ha sostenido que “Para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso” (Fallos: 327:2722). A fs. 366/372 obra la pericia psicológica efectuada en el Servicio de Psicología del Cuerpo Médico Forense. De las entrevistas y tests efectuados al cónyuge supérstite e hijos de la Sra. O., surge que el viudo presenta “secuelas leves de una reacción vivencial anormal de connotación depresiva y reactiva al hecho de litis. Por ello, se recomienda apoyo psicológico por un lapso no menor a seis meses”. En cambio, respecto a los cinco hijos de la Sra. O. no se verificaron secuelas dañosas en relación a la pérdida materna y se concluyó que no se requiere tratamiento psicológico.Corrido el traslado del dictamen a las partes, no hay pedido de explicaciones, impugnaciones, ni observaciones. Por lo tanto, aparece ajustada la conclusión de estimar la plena eficacia probatoria de esta prueba por la competencia de los expertos del Cuerpo Médico Forense de la justicia nacional, los principios científicos y técnicos en que se funda, y la concordancia con los demás elementos de juicio que ofrece la causa, apreciados en conjunto según la sana crítica [cfr. arts. 377, 386, 473, 477 del CPCCN]. En consecuencia, está claro que la pretensión de la condenada no es más que una lisa y llana disconformidad, y no una crítica concreta y razonada del monto indemnizatorio fijado en la sentencia en función de ese resultado del proceso probatorio. Luego, el recurso es improcedente [art. 265 del CPCCN]. Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la suma acordada por este concepto.

IX. Tasa de interés En lo que respecta al interés, la CSJN ha sostenido que la tasa pasiva promedio que elabora el Banco Central de la República Argentina -comunicación 14290- es adecuadamente satisfactoria del menoscabo patrimonial sufrido por los demandantes, por ello es la que corresponde ser aplicada (Fallos: 315:158 y sentencias de esta Sala II: FSM 18029956/2000/CA1 “Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Credimundo Ltda. c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud de la Nación y Otro s/ Daños y Perjuicios”, del 4/9/2014; FSM 12051078/1997/CA1 “Celiz, Rosana Isabel c/ Ejército Argentino y Otros s/ Ordinario”, del 9/10/2014 y FSM 72002913/2005/CA1 “Romero, Teresa c/ Banco de la Nación Argentina y otro s/ Daños y perjuicios”, del 21/12/2006. Art. 767, Código Civil y Comercial).

X. Leyes de consolidación Fijada la pertinencia de la reparación establecida en los apartados anteriores corresponde considerar el planteo de la actora sobre la inaplicabilidad de las leyes de consolidación.A tal fin, no puede dejar de ponderarse que las cuestiones aquí en discusión se originaron en la pérdida de una vida humana, hecho acontecido hace veintiséis años atrás y la no consideración de tal circunstancia derivaría en un incumplimiento del deber de tutela judicial efectiva que establece el art. 25, ptos. 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” resaltó que “… de conformidad con el artículo 25.2.c de la Convención Americana, el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral”. En el mismo sentido el Máximo Tribunal se ha pronunciado sobre el punto sosteniendo que: “Los rubros ´gastos médicos´ y daño moral en el caso de la reparación de daños de una persona que, tras un accidente de tránsito, presenta una incapacidad laboral casi total … se encuentran incluidos en la excepción prevista en el art. 18 de la ley 25.344, por lo que no deben ser consolidados, en virtud de la situación de desamparo de la reclamante y el evidente carácter alimentario del crédito, extensivo por accesoriedad a todos los rubros de la condena” (cfr. “Cots, Libia Elda c. Estado Nacional – Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y otros s. Sumario -incidente de embargo”, del 12/3/2013, [el resaltado me pertenece] y que “… la incorporación de esa disposición [el art.18 de la ley 25344] al régimen referido responde a la necesidad de atender en efectivo las obligaciones de aquellos acreedores que se encuentran en las especiales condiciones allí descriptas, sin tener que recurrir a declarar la inconstitucionalidad de la norma, única solución posible antes de sancionarse la ley 25344, ya que la ley 23982 no contenía tales previsiones” (Del Dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo en la causa “Sandobal, Juan Luis c. Ferrocarriles Metropolitanos S.A.”, del 2 de noviembre de 2010). Asimismo, señaló que “… el Estado Nacional, civilmente responsable por la muerte de un individuo, invoca sus prerrogativas fundadas en la emergencia con el propósito de reparar la privación de una vida mediante una indemnización pagadera en bonos de la deuda pública que, en el mejor de los supuestos, se compromete a cancelar más de veinte años después de haber lesionado aquel derecho. Tal pretensión es inaceptable pues en la práctica equivale a eximir al Estado de su deber de cuidar la vida de los individuos por cuya existencia debe velar, al mismo tiempo que a dejar sin remedio legal efectivo a los derechohabientes de las personas cuyas existencias se han ex tinguido por exclusiva responsabilidad de aquel” (“Mesquida, Gregorio Hugo y otro c. Estado Nacional – Armada Argentina y otro s. accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad”, del 28/11/2006). A mayor abundamiento considero que el diferimiento de pago dispuesto por las leyes de consolidación de deudas respecto a las indemnizaciones acordadas a los damnificados de la Sra. L. O. a raíz del hecho acaecido implicaría, a esta altura, lisa y llanamente una denegación del derecho a la reparación adecuada del daño sufrido e importaría una nueva e injustificada afectación el derecho de los damnificados.Por todo lo expuesto, estimo corresponde hacer lugar a esta parcela de agravios y declarar la inaplicabilidad al caso de la consolidación dispuesta en la ley 25344 y emplazar al Estado Nacional para que en el próximo ejercicio presupuestario dé cumplimiento a la condena mediante el depósito de las sumas de dinero correspondientes.

XI. Costas Cabe destacar que el principio general que regula la imposición de costas es el derivado del “hecho objetivo de la derrota”, en el sentido de que la parte vencida en juicio pague todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiere solicitado [art. 68, 1er. párr., CPCC; Fallos 312:889, entre muchos] . Ahora bien, y sin perjuicio de la responsabilidad concurrente dispuesta precedentemente, por el vencimiento sustancial propongo imponer las costas de ambas instancias a la demandada y, por último, diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se fije la correspondiente en la instancia de origen (conf. arts. 68, 163, incs. 6) y 8), y 164, CPCC). ASÍ VOTO.

XII. En virtud de todo ello, propongo al acuerdo, modificar parcialmente el fallo apelado de fs. 444/449vta. en cuanto a la graduación de responsabilidad que corresponde en función de la concurrencia de culpas; estableciendo el 80% de responsabilidad a la demandada y el 20% restante a la parte actora. Además, sugiero modificar parcialmente el monto establecido en concepto de daño material a las sumas de PESOS SESENTA MIL ($ 60.000.-) para F. L. y PESOS VEINTICINCO MIL ($ 25.000.-). Asimismo, propicio confirmar parcialmente la sentencia apelada de fs. 444/449vta., que hizo lugar a la demanda y condenó a Femesa al pago de la suma de PESOS TREINTA MIL ($ 30.000.-) en concepto de daño moral, al pago de PESOS MIL QUINIENTOS ($ 1.500.-) por daño psicológico y PESOS DOS MIL ($ 2.000.-) por gastos de sepelio y gastos varios.Las sumas así establecidas, deberán ser abonadas con más la tasa pasiva promedio que elabora el BCRA -comunicación 14290- desde la fecha del hecho hasta la presente, según lo establecido en el considerando IX. Asimismo, propicio al acuerdo, declarar la inaplicabilidad al caso de la consolidación dispuesta en la ley 25344 y emplazar al Estado Nacional para que en el próximo ejercicio presupuestario dé cumplimiento a la condena mediante el depósito de las sumas de dinero correspondientes. Respecto a la imposición de las costas, propongo que las mismas sean impuestas a la demandada vencida (art. 68, 1er. párr., del CPCC) y diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se practique la correspondiente en la instancia de origen (art. 163, incs. 6) y 8), CPCC). El Dr. Hugo Daniel GURRUCHAGA por análogas razones adhiere al voto precedente. Por el mérito que ofrece el acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: PRIMERO: CORREGIR el considerando

V) de la sentencia de primera instancia, donde dice “6 hijos reclamantes” debe decir “5 hijos reclamantes”.

SEGUNDO: MODIFICAR el decisorio de grado en cuanto a la graduación de responsabilidad que corresponde en función de la concurrencia de culpas, estableciendo el 80% de responsabilidad a la demandada en la causa del infortunio y el 20% restante a la parte actora. TERCERO: MODIFICAR las sumas establecidas en concepto de daño material y elevar a la suma de PESOS SESENTA MIL ($ 60.000.-) para F. L. y PESOS VEINTICINCO MIL ($ 25.000.-) para cada uno de los cinco hijos en concepto de daño material. CUARTO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia apelada de fs. 444/449vta., que hizo lugar a la demanda y condenó a Femesa al pago de la suma de PESOS TREINTA MIL ($ 30.000.-) en concepto de daño moral para cada uno de los actores; al pago de PESOS MIL QUINIENTOS ($ 1.500.-) a favor del Sr. F. L. por daño psicológico y PESOS DOS MIL ($ 2.000.-) por gastos de sepelio y gastos varios. QUINTO:ESTABLECER que las sumas fijadas en la presente sentencia, deberán ser abonadas con más la tasa pasiva promedio que elabora el BCRA -comunicación 14290- desde la fecha del hecho hasta la presente, según lo establecido en el considerando IX.

SEXTO: DECLARAR la inaplicabilidad al caso de la consolidación dispuesta en la ley 25344 y emplazar al Estado Nacional para que en el próximo ejercicio presupuestario dé cumplimiento a la condena mediante el depósito de las sumas de dinero correspondientes.

SEPTIMO: COSTAS de ambas instancias a la vencida (art. 68, 1er. párrafo, del CPCC). OCTAVO: DIFERIR la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se practique la correspondiente en la instancia de origen (art. 163, 6) y 8), CPCC). A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional, se deja constancia que la vocalía N° 4 se encuentra vacante [decreto 385/2017 del P.E.N]. REGISTRESE, NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE (LEY 26856 y ACORDADA DE LA CSJN 24/13, Y DEVUÉLVASE.-