En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A. O. y otros c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 51 - Año 2014)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 138/2008) en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTION** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 360.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

1.

La Sra. Jueza en lo Civil y Comercial dictó sentencia a fs. 313/324, haciendo lugar a la demanda incoada por S. J. P. en representación de su hijo S. S. A. contra la Provincia del Chubut condenando a ésta, en concepto de lucro cesante futuro y daño moral, al pago de la suma de $ 240.000 más intereses. También hizo lugar a la demanda entablada por H. R. M. contra la Provincia del Chubut condenando a ésta, en concepto de pérdida de chance de asistencia en la vejez y daño moral, al pago de $ 95.000 con más intereses. Finalmente, hizo lugar a la demanda entablada por O. A. contra la Provincia del Chubut y condenó a ésta, en concepto de pérdida de chance de asistencia en la vejez y daño moral, al pago al pago de $ 95.000 con más intereses. Rechazó la demanda incoada por M. L. contra la Provincia del Chubut.

En lo pertinente al reclamo del menor S. S. A., para arribar a dicho pronunciamiento, consideró que el artículo 1084 del Código Civil establece una presunción simple a favor de la viuda e hijos del fallecido, reconociendo una reparación que se extiende a todo lo necesario para su subsistencia.

Indicó que al tiempo de su muerte la víctima de autos contaba con 21 años de edad, no poseía estudios primarios completos, había desarrollado tareas laborales esporádicas y contaba con antecedentes penales que le dificultaban la obtención de empleo. Estimó que si bien no se acreditaron en autos los aportes realizados para el sostenimiento de su hijo y que al momento del hecho se encontraba cumpliendo una condena, no puede afirmarse que al término de la misma no habría de generar ingresos a fin de su sostenimiento.

Con referencia al daño moral estimó que el mismo se encuentra plenamente acreditado por la muerte del padre del menor, que si bien al momento del hecho contaba con sólo dos años de edad, seguramente sí vive y vivirá su ausencia, pues también será mayor el tiempo en que habrá de experimentar el desequilibrio de dicha pérdida.

En lo que hace al reclamo de los padres por la pérdida de chance de ser asistidos en su vejez estimó que por la prueba generada en autos se presume que los ingresos generados por su hijo eran exiguos, que con sus ingresos colaboraba con el sostenimiento de su pequeño hijo, su escasa formación, antecedentes penales, sus problemas de conducta por los que era medicado, seguramente han de dificultar el mejoramiento de sus perspectivas laborales y con ello la posibilidad de asistir a sus progenitores. Asimismo tuvo en cuenta la existencia de otros hijos de la pareja lo que implica la disminución de la esperanza de ayuda.

Arguyó, con respecto al daño moral reclamado por los progenitores, que los mismos se encontraban beneficiados con una presunción *hominis* en cuanto a la existencia del mismo, como consecuencia de la muerte de su hijo.
Impuso costas a la demandada. Reguló honorarios profesionales.

2.

A fs. 328 apeló la sentencia la demandada, expresando agravios a fs. 339/345, los que fueron contestados por la actora a fs. 347/350.

3.

Una cuestión metodológica me conduce a analizar en este apartado los agravios relativos al "lucro cesante" del hijo menor por la muerte del padre y la "pérdida de la chance de los padres".

3.1.

Se agravia la accionada por la magnitud de la indemnización otorgada por el rubro de trato, solicitando el rechazo de plano del mismo al entender que la víctima de autos no estaba en condiciones de generar ingresos y contribuir económicamente al sostenimiento de su hijo menor. A todo evento, solicita se reduzca el monto de condena.
La sentencia de grado fijó la suma de $ 150.000 en tal concepto, arguyendo que la víctima contaba con 21 años al momento de su deceso, no poseía estudios primarios completos, había desarrollado tareas esporádicas de albañilería y vigilancia con anterioridad a su muerte y contaba con antecedentes penales, con la consecuente dificultad para obtener ingresos.
Admite el decisorio que al momento del hecho se encontraba cumpliendo una condena, no obstante lo cual, no descarta que, a su término, pudiera obtener ingresos a fin de contribuir al sostenimiento de su hijo menor, hasta alcanzar la mayoría de edad.

Los arts. 1084 y 1085 del Código Civil establecen una presunción, en favor del cónyuge y de los hijos, de que la muerte del padre o cónyuge les generan un daño susceptible de apreciación pecuniaria (art. 1068 CC.), que se traduce en aquello que les resulte necesario para su subsistencia.

La disconformidad de la quejosa con la indemnización otorgada se encuentra fundamentada sobre la presunta falta de posibilidades de que la víctima de autos colaborara con la mantención de su hijo menor en razón de sus problemas de conducta, sus antecedentes penales y problemas psiquiátricos.

La cuestión traída a análisis enfrenta un dilema: qué debió haber probado la actora; aspecto que a su vez, involucra dos cuestiones: una, relativa al título que ostenta el damnificado por el daño presunto: ser acreedor de los alimentos; la otra es una cuestión de hecho: la privación de esos alimentos, como consecuencia de la muerte del alimentante, lo cual implica que el alimentario percibía efectivamente aquéllos al momento en que el alimentante fue muerto. Desde esa óptica analizaré la queja.

El primer aspecto, es decir, el carácter de acreedor de los alimentos del menor se encuentra acreditado mediante la partida de nacimiento de fs. 15.

En cuanto al segundo, es dable señalar que el art. 1084 parte de la presunción implícita que indica que el hijo menor se vio privado de la asistencia que recibía de la víctima del homicidio, presunción que se destruye acreditando que el menor no los percibía del causante de autos.

Del informe social n° 60/08 acompañado a fs. 48, surge que el menor reclamante de autos convivía con su madre, S. J. P., quien al momento de la entrevista laboraba en tareas de maestranza en la Municipalidad local, percibiendo una remuneración de $ 400 mensuales. Manifestó P. en dicha ocasión haberse vinculado en su adolescencia con la víctima de autos, habiéndolo hecho por unos pocos meses, transcurrido los cuales se separaron, cuando el menor S. contaba con 11 meses de edad. Tras dicha

separación convivió con su madre por espacio de tres años en la localidad de Dolavon.

Al momento de dicho informe, la actora de autos S. P. era ayudada por sus padres y los de su nueva pareja.

De lo dicho hasta aquí, se desprende que P. se retiró de la vivienda que compartía con la víctima cuando el menor aún no había cumplido un año de edad, y tras vivir con su madre por espacio de tres años , decidió irse a convivir con su nueva pareja.

La testigo M. de fs. 72 del Beneficio de litigar sin gastos, da cuenta que el menor de autos convive con su madre y la pareja de ésta, hecho que corrobora lo actuado en el informe socio ambiental. Agrega asimismo que el menor A. cuenta con los recursos económicos brindados por los ingresos de la madre y los de su padrastro (contestación a la pregunta 8ª). Esta última afirmación es coincidente con lo dicho por la testigo S. (fs. 73), quien sostuvo que el menor vive de los ingresos de la madre.

Con la salvedad de las vagas afirmaciones de la testigo A. de fs. 170 de estos autos (quien afirmó que la víctima colaboraba con la mantención del hijo cuando tenía trabajo, de lo contrario no ayudaba a ello, sin indicar en qué consistía esa colaboración), no existen en autos elementos probatorios de ninguna índole que permitan concluir que el menor era asistido alimentariamente por su padre. Por el contrario, de lo reseñado antes se desprende que quien sostenía a S. era su madre, la actora de autos S. P., asistida a su vez del modo en que quedó explicado.

La presunción del art. 1084 parte del presupuesto, implícito, que tanto el viudo como los hijos menores se ven privados de la asistencia que recibían de la víctima del homicidio. La prueba en contra de esa presunción debe apuntar a demostrar que el titular del derecho (en el caso de autos, el menor S.) no percibía en los hechos una prestación asistencial de F. A.

La presunción de daño que consiste en la pérdida de los recursos de la víctima del homicidio descansa en el reconocimiento de que el núcleo constituido por ellos arraiga en la coparticipación asistencial en interés del hogar a cargo de ambos cónyuges. Pero esa presunción de daño admite prueba en contrario (Zannoni, Eduardo A, "El daño en la responsabilidad civil", ED. Astrea, p. 165), la que a mi juicio ha quedado configurada en estas actuaciones.

De acuerdo a las probanzas de autos, se logra acreditar que el menor no era asistido alimentariamente por su padre, y a tal conclusión llego con la rendida por la propia parte actora. Ningún mérito cabe acá a la demandada en ese sentido.

Así las cosas, el hecho de haberse acreditado la manutención del menor en cabeza de la madre, no impide que el acreedor de los alimentos pueda probar que hubiera llegado a obtener la prestación en el futuro mediante condena judicial, debido al incumplimiento en que incurrió la víctima del homicidio (cfr. Zannoni, op. cit, p. 166).

Pero en este caso, se estará ante la indemnización de una "chance", y no de "lucro cesante" como se pide en la demanda, recoge la sentencia y reitera la queja. A modo de aclaración, vale la pena recordar que el lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. El lucro cesante es la ganancia de que fue privado el damnificado (CNCiv, DSala D, 28.12.93,"Araya, Juan D c/ Mansilla, Osvaldo y o.", LL 1994-C, 579, J. Agrup. Caso 9808.), y no es el concepto indemnizatorio que en verdad se está solicitando. Este daño no se presume y quien efectúa el reclamo debe aportar los elementos de prueba que acrediten fehacientemente su existencia, cuando las ganancias frustradas debían ser logradas por el perjudicado con suficiente probabilidad de no haber ocurrido el hecho; no hace falta exigir una certeza absoluta, sino que

aquella probabilidad debe ser apreciada con criterio objetivo y de acuerdo a las circunstancias del caso (cfr. CNCiv. Sala E, 03.12.99, "Lenarduzzi, José c/ Policía Federal Argentina").

Me refiero, por el contrario, a que lo reclamado en autos es precisamente la pérdida de la "chance" de obtener alimentos en el futuro. Ello es así, en la medida que implique una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del responsable (cfr. LLambías, Jorge, "Obligaciones", T° IV-A, Ed. Abeledo Perrot, p. 62).

La indemnización de tal "chance" operará por aplicación de las normas generales que atañen a la resarcibilidad de todo daño (arts. 1068 y 1079, Cód. Civil).

En definitiva, mientras se pruebe que el menor no recibía alimentos de su padre (tal como a mi juicio quedó acreditado en autos) no es posible reclamar en concepto de daño cierto lo que fuere necesario para su subsistencia al amparo del art. 1084, que lo exime de probar la medida de tal daño (cfr. Zannoni, op. cit, p. 166).

Descartada la primera hipótesis, debe analizarse la procedencia o no de la segunda.

Entonces, para considerar si cabe la indemnización de la pérdida de la "chance" (y no del lucro cesante), será necesario analizar si quedó acreditada en autos la probabilidad suficiente que tenía el menor de obtener en el futuro una prestación alimentaria.

El primer aspecto a considerar, entonces, es el de la privación de la libertad a la que estaba sometido F. A.

En ese sentido, debo anticiparme a señalar que el caso de autos no es de los habituales que llegan a los Tribunales para fijar un *quantum* indemnizatorio cuando se reclama por la indemnización proveniente de la pérdida de la vida de un padre o una madre de un menor de edad.

Mientras una persona se encuentra privada de su libertad, es evidente que no puede desempeñar actividades rentables, ni otras de asistencia personalizada que reporten ventajas a sus familiares.

Por eso, salvo conjeturales ingresos con fuente diversa, -de una empresa comercial cuyo desenvolvimiento continúa, percepción de rentas a partir de inversiones, beneficios previsionales con alguna significación-, difícilmente podrá suministrar a sus allegados contribuciones con significación económica.

El mayor problema se plantea a partir de la recuperación expectable de la libertad, en cuanto a la asistencia futura que a continuación pudiera prodigar (Zavala de González, Matilde, " Tratado de daño a las personas - Perjuicios económicos por muerte", T° I, Ed. Astrea, p. 163).

Hay que distinguir entre la prisión como medida preventiva, y la cumplida como sanción represiva a raíz de condena firme. Esta distinción, en el caso de autos, es de difícil elucidación.

En efecto, si bien las partes reconocen que la víctima se encontraba cumpliendo condena en la Comisaría de la Policía del Chubut, que fuera el escenario de los hechos que terminaron por su vida, la parte actora no sólo no acreditó, sino que ni siquiera ofreció probar esta circunstancia. Es más, ofrecida la prueba por la demandada en tal sentido, se la tuvo por desistida a fs. 245.

De tal modo que se desconoce a ciencia cierta cuándo hubiera debido recuperar la libertad la víctima de autos: en un mes, un año, o tal vez diez. Ni siquiera se sabe por qué delito cumplía la pena privativa de su libertad, menos, cuáles eran sus antecedentes penales. Estos extremos debían ser probados por la parte actora, pues no escapaba a ella el cumplimiento de la manda del art. 382, del CPCC.

De lo expuesto antes se puede concluir que se desconoce, por falta de prueba al respecto, el margen que la víctima tenía para recuperar la

productividad suspendida en el intervalo y si el o los hechos delictuosos revelaban -o no- una personalidad desquiciada (cfr. Zavala de González, op. cit, p. 164).

El segundo aspecto a ponderar, entonces, es el de la personalidad de la víctima, comprendiendo en ese concepto a los problemas de conducta de A., los reconocidos trastornos psiquiátricos y sus adicciones.

La parte actora se encargó de reconocer en su demanda que la víctima padecía de problemas de inconducta y adaptación, y según quien lo evaluara era "fronterizo", "de nivel intelectual inferior al término medio", o "*borderline*", encontrándose bajo tratamiento psiquiátrico al momento de su fallecimiento.

Si bien desde la abstracción siempre es factible una rehabilitación, aun tratándose de delincuentes reincidentes o peligrosos, justo es reconocer que el Derecho de Daños se maneja con probabilidades y no con meras conjeturas, y no resulta posible cargar en el bolsillo ajeno, aunque sea responsable del ilícito que terminara con la vida de A., menoscabos improbables que ni siquiera alcanzan a configurar una chance con algún grado de verosimilitud. A ello se agrega la dificultad de obtener ocupación, que de por sí alcanzan a otras personas, y se redimensionan cuando el sujeto porta antecedentes penales (cfr. Zavala de González, op. cit, p. 164), afirmación que quedó corroborada también por los dichos de Navarro de fs. 167.

No puedo soslayar lo manifestado por A. a fs. 133/136 (causa 4260/2005), transcripto por la misma parte actora al plantear su demanda, en cuanto a que A., consumía importantes cantidades de alcohol y drogas (corroborado por la manifestación de P. de fs. 48 del Beneficio de litigar sin gastos), que le eran suministradas, de acuerdo al dicente, desde el mismo lugar de encierro. Esa circunstancia, evidentemente, constituiría otro obstáculo más

para lograr obtener ocupación una vez que recuperara su libertad, que en verdad, a la luz de las probanzas de autos era incierta en cuanto a su fecha.

Claro está que la discapacidad que la actora se encarga de describir, no era en sí un obstáculo, pues basta con recordar ejemplos como el de Frida Kahlo (quien se valía de un espejo para pintar acostada, en razón de las incontables operaciones quirúrgicas a la que fue sometida su columna vertebral), o del físico inglés Stephen Hawking (quien padecía una enfermedad neurológica degenerativa que le impedía sus movimientos y se encontraba postrado en una silla de ruedas e impedido de hablar), por nombrar algunos ejemplos. Pero las eventuales habilidades con las que pudiera haber contado A. debieron ser alegadas y probadas por el reclamante, mas no lo hizo.

En definitiva, el causante de autos no contaba -con la salvedad de alguna incursión en albañilería o vigilancia, como lo describe el decisorio anterior- con antecedentes laborales, que hicieran verosímil la incorporación relativamente pronta en el mercado laboral (sólo había cursado tres grados en la escuela primaria, según informe de fs. 211); se desconoce a su respecto la cantidad de años que le restaba para recuperar su libertad; los antecedentes penales evidentemente obstaculizarían dicha inserción, pues surge a las claras que los mismos son impedimentos para el acceso a determinadas tareas; sus trastornos de conducta, psiquiátricos y sus adicciones, también constituirían un escollo para la obtención de ingresos; nada se probó respecto a las tareas que estaría en condiciones de afrontar en lo futuro pese a su incapacidad, la que no constituye un obstáculo en sí.

En síntesis, consagrar un derecho a la indemnización a título personal por la pérdida de un ser querido, pariente en grado próximo, prescindiendo de la efectiva demostración del daño -o bien sin admitir la prueba en contrario del no daño- significa cambiar la índole de la sanción, atribuir una suma de dinero al solo título de miembro de la familia del difunto, al estilo de

composición, de las leyes bárbaras de la venganza (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", T° II-B, p. 159, n° 228e).

Ni uno ni otro aspecto han sido acreditados en autos por la parte actora, razón por la cual tampoco desde este punto de vista considero que corresponda admitir indemnización por pérdida de "chance" alguna en beneficio del menor reclamante.

3.2.

La agraviada solicita que el rubro "pérdida de chance de los padres" sea rechazado de plano en razón de que no hay prueba que permita inferir que F. A. asistiría a sus progenitores en la ancianidad, entendiendo que de las condiciones personales del mismo y la relación con sus progenitores no puede presumirse su futura asistencia.

Calificados autores de la talla de Matilde Zavala de González adhieren a la postura que sostiene que los arts. 1084 y 1085, Cód. Civil, crean una presunción de daño consistente en la privación " de lo que fuere necesario para la subsistencia", sólo para el caso de cónyuges e hijos incapaces de la víctima. Regularmente los padres no dependen económicamente de sus hijos para subsistir. Si lo hacen, ningún motivo puede liberarlos de la pertinente carga probatoria, aunque ésta se flexibilice ante algunos datos objetivos que permitan inducir un desmedro (cfr. Zavala de González, Matilde, " Tratado de daños a las personas. Perjuicios económicos por muerte", T° II, Ed. Astrea, p. 16).

En las normas analizadas subyace la idea de la dependencia alimentaria, la que no puede limitarse a su índole potencial sino efectiva.

De otra manera incurriríamos en especulaciones conjeturales, lejos de valorar un daño cierto, que es uno de los requisitos del daño.

En tal inteligencia se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia provincial: *"Coincidiré con el concepto dado por la Suprema Corte de Mendoza en*

fallo del 31/10/79 (JA 1980-I-196) cuando dice, que atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la pérdida de chances, para que proceda la reparación es preciso que la posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad, sino en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada, a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio.- Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad, y aunque su proyección sea futura, no lo sea meramente eventual o hipotética.- Ello se da cuando sea pertinente concluir que en virtud de aquellas circunstancias, la pérdida de la chance constituya un daño actual que a la vez proyecte sus efectos hacia el futuro con evidente certidumbre.- Así, frente al esquema conceptual antes esbozado de que la vida humana en sí misma no es indemnizable, sí lo es el perjuicio cierto y relevante que su supresión provoca en determinadas personas, y entonces la reparación es procedente a título de pérdida de chance o ganancia, asimismo como frustración de ayuda probable cierta y sostén futuro, según los casos.- (Conforme asimismo, fallo del Tribunal citado del 30/11/79 -JA 1980-I-647)".(SD N° 02/96 RE).

De allí que, en coincidencia con la autora antes mencionada, los progenitores no se ven beneficiados por la referida presunción legal, y si invocan un daño determinado, deben acreditarlo.

De lo actuado en autos, ninguna prueba surge que permita concluir en la aplicación del art. 1084, Cód. Civil.

Si de "chance" se trata, tal como lo plantea la parte actora en autos, en razón de lo ya expresado, debemos analizar la chance futura, ya que no podemos apoyarnos en un pasado reconocible.

Como tal, la "chance" futura reviste una mayor imprecisión respecto de su alcance y exige un mayor esfuerzo a los efectos de su valoración jurisprudencial (cfr. Zavala de González, op. cit, p. 301).

La imprecisión aumenta aún más, cuando no puede determinarse el lapso de tiempo por el cual la víctima habría de haber afrontado, con sus ingresos, los años de ancianidad de los padres.

Se ha enfatizado que el juez debe tener en este punto gran cuidado de no confundir "chance perdida" con "chance imaginaria", simplemente hipotética o remota, que sería apenas una consecuencia lejana del acto ilícito y por tal no indemnizable (cfr. Cavalieri Filho, Sergio, "Programa de responsabilidad civil", Malheiros, San Pablo, 2005, p. 98).

A tales fines no podemos escapar al sistema de causalidad adecuada que rige en nuestro ordenamiento civil, que corta la imputación a las consecuencias remotas que no tienen nexo (de causalidad) con el hecho dañoso, de modo que, la "chance perdida" para ser indemnizable, debe ser ciertamente probable. Si es de improbable realización, el daño es incierto, es una consecuencia remota y la "chance" no debe ser indemnizada.

De las constancias de autos de las que se diera cuenta más arriba, y a las que me remito *brevitatis causae*, surge que A. no contaba con antecedentes laborales, o bien éstos eran de imprecisa determinación (trabajos esporádicos en albañilería y vigilancia, desconociéndose en dónde realizó tales labores, desde y hasta cuándo las desempeñó), sumado ello a las dificultades que en estos casos deben afrontar quienes sólo poseen tres grados de instrucción primaria, desconociéndose la cantidad de años que debía permanecer detenido, ni los "antecedentes penales" de los que da cuenta la prueba de autos y teniendo en cuenta los trastornos de personalidad y su adicción al alcohol y drogas.

Tales circunstancias acotan la expectativa de apoyo a sus padres en lo futuro, en caso de no haber perdido la vida, y en todo caso, si alguna quedaba, no ha sido acreditada por los reclamantes.

La "chance" sólo se computa para medir el requisito de certeza que debe acompañar al daño resarcible cuando su futuridad o imposibilidad actual no permiten definirlo como un menoscabo ciertamente experimentado. De esta forma, no debe aplicarse para elevar al rango de causa a una mera condición o una circunstancia irrelevante, al expresar que su incidencia tal

vez pudo colaborar como una especie de concausa en la producción del perjuicio, pues en la causalidad jurídica estos factores deben ser apreciados como condiciones *sine qua non* (cfr. CNCiv, Sala A, 10.11.98, "FCD y o. c/ Mdad de BsAs, LL 1999-B-450 y DJ, 1999-2-534).

Por tal razón, atento la orfandad probatoria en este aspecto, estimo que el rubro debe ser rechazado.

4.

4.1.

La demandada solicita la disminución del *quantum* indemnizatorio fijado en concepto de daño moral del menor de autos, por considerarlo exagerado, en virtud de las condiciones personales del padre, la ausencia de convivencia entre ambos y la falta de relación estrecha a causa de la edad del hijo y la conducta de la víctima.

Se ha sostenido que perder injustamente un padre o madre lesiona efectivamente a los hijos, pero el daño indemnizable va más allá, abarcando el empeoramiento vital objetivo sufrido a raíz de su ausencia, que es tanto más drástico cuando superior era la necesidad que se experimentaba de aquellos (cfr. Zavala de González, Matilde, "Daño moral por muerte", Ed. Astrea, 2010, p. 342).

Lo expresado acostumbra a suceder en el curso natural del devenir de la vida. Aunque el padre fallecido no brindara colaboración económica de ninguna clase, aun así se configura el daño moral por la pérdida del goce de su vida, de la privación de su apoyo afectivo ya que su hijo no podrá contar con la imagen paterna, ni con el refugio espiritual que encuentra en su progenitor. Por tanto el daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo por la privación de la figura de su padre.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que, si bien la conciencia del menor de un año de edad sobre el fallecimiento de su padre se encuentra notoriamente disminuida por su incapacidad para comprenderla, corresponde reconocer un resarcimiento por los sufrimientos que experimentará durante su vida, al encontrarse privado del apoyo espiritual, emocional y material de su progenitor durante su crecimiento y percibir la repercusión de la desaparición en el hogar (cfr. CNCiv., Sala J,11.12.97, LL, 1998-E-7).

Este daño, en la parcela extracontractual se patentiza *in re ipsa*, y en tal inteligencia, la efigie del ascendiente resulta irremplazable para cualquier ser humano, más allá de la edad del hijo, de la conducta del progenitor o sus problemas de salud. Su persona siempre estará presente y su falta repercutirá por siempre.

Se ha sostenido que, a los fines de la cuantificación de la reparación del daño moral, es improcedente exigir prueba acerca de la manera en que el siniestro repercutió en la vida personal, familiar y social de la víctima, y si se modificó o no su forma de actuar o su comportamiento"(cfr. Cámara en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II, 21.10.00,LLBA, 2000-756).

Por tales razones, con independencia de la corta edad del menor -quien crecerá sin siquiera la posibilidad de conocerlo o de haber sufrido en toda su dimensión el impacto de su muerte - , considero que este rubro debe ser confirmado, desestimando en consecuencia la queja traída, atento que el monto fijado ha sido fijado prudencialmente (art. 167, del CPCC).

4.2.

La agraviada objeta el justiprecio del rubro "daño moral" solicitado por los padres de la víctima, solicitando su reducción pues lo considera una exageración.

Es indudable que ante la muerte del hijo los progenitores sufren, por su quebranto personal, uno de los dolores más intensos que pueda sufrir un ser humano.

Es que la pérdida de un hijo en la vida de los padres es sin duda la situación más penosa que deben afrontar y, por tanto, el dolor que les debe haber embargado ha de ser inconmensurable. Los padres esperan que los hijos los sobrevivan; por lo tanto su ausencia trágica e intempestiva debe haber causado en ellos una angustia que difícilmente pueda ser medida en términos económicos (cfr. CNCiv., Sala M, 11/03/04, LL, 2004-E.473). El desequilibrio espiritual de los padres no disminuye ni magnifica en función exclusiva de la edad del hijo. La pérdida es siempre desgarradora, aun en el caso de descendientes maduros, y hasta cuando formaron una familia propia, con mayor o menor distanciamiento de la originaria". (Zavala de González, Matilde, "Daño moral por muerte" pag. 266, Ed. Astrea, año 2010).

También en este caso el daño moral no requiere prueba a su respecto.

La fijación del monto indemnizatorio en concepto de daño moral se encuentra librada al prudente arbitrio de los jueces, y para ello no obsta la circunstancia de la falta de aportes económicos por parte de la víctima, que es harina de otro costal.

Por tales razones, en los términos del art. 167, del CPCC, aprecio justo y equitativo el monto indemnizatorio fijado por la sentencia de grado en este concepto para los padres reclamantes. La sentencia debe ser confirmada en este aspecto y los agravios de esta parcela, desestimados.

5.

Atento lo dispuesto por el mencionado art. 282 de la ley adjetiva local, teniendo en cuenta que propondré al Acuerdo la revocación parcial del

fallo, las costas de la Instancia anterior serán soportadas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

También deben ser readecuados los honorarios de los profesionales intervinientes. De tal modo, regulo los de los Dres. M. C. P., E. H. y D. S. P. en el 17 %, en su conjunto, del monto que en definitiva resulte. Asimismo regulo los honorarios de los Dres. A. F. V. P., D. G. L. y S. S., en el 16%, en su conjunto, del monto que en definitiva resulte, sin modificar los de la Lic. A. M. C. S., perito psicóloga de autos (arts. 5,6,7,9,38,60 y cc., de la ley arancelaria).

6.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las costas deben ser impuestas en el orden causado (art. 72, del CPCC), regulando los honorarios del Dr. D. G. L. en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere, y de los Dres. M. C. P. y E. R. H., en el 25%, en su conjunto, de lo que le corespondiera en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente el Sr. Juez Mario Luis Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte demandada, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En

consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamento recursivo siguiendo el mismo orden de tratamiento dispuesto en el primer voto.

2 – Tratamiento de los agravios de la parte demandada

2.1 – Lucro cesante del hijo menor por la muerte del padre

Según la demandada, la sentencia recurrida se equivoca al confiar y sostener que, al cabo de recuperar la libertad, el padre generaría ingresos y con ello contribuiría económicamente al sostenimiento de S. ya que ninguna prueba así lo acredita. Destaca que tampoco hay pruebas que indiquen que el fallecido se ocupaba de su hijo de alguna manera y que, en realidad, todo hace suponer un estado de abandono del menor y su madre para el futuro. Nada hace presumir, dice la queja, que A. pudiera generar ingreso dinerarios por sí mismo y mucho menos que proveyera económicamente a su hijo. Solicita el rechazo del rubro reclamado y en subsidio su disminución.

La sentencia en crisis admitió el reclamo del *"lucro cesante futuro"* contenido en la demanda fundándolo en que si bien no existe prueba que acredite los aportes efectivos realizados para el sostenimiento de su hijo antes de su detención y al momento del hecho se encontraba cumpliendo condena, no puede afirmarse que al término de la misma no pudiera generar ingresos a fin de contribuir económicamente al sostenimiento de S. hasta su mayoría de edad.

La ley presume -iuris tantum- que la muerte el padre o de la madre constituye para el hijo un daño cierto.

Viene al caso recordar que si bien la vida tiene (o puede tener) por sí para su dueño un valor económico y moral (seguramente el más alto de todos), puede ocurrir que su truncamiento no incida económicamente en otras personas y, en consecuencia, se declare improcedente el resarcimiento

peticionado invocando el daño material. Por lo tanto, parece acertado el criterio jurisprudencial que resuelve que la vida no tiene un valor económico en sí misma, sino en función de lo que ella producía para el damnificado (conf. TSCórdoba, Sala Crim. Y Corr., 23/12/76, RepLL, XXXVIII-621, sum. 720; CJSalta, Sala III, 17/05/74, RepLL, XXXVII-450, sum. 581; entre otros); lo cual elípticamente es tanto como decir que *"la valoración de la vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todo o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue"* (SCMendoza, Sala II, 31/10/79, JA, 1980-I-197; CNCiv., Sala A, 28/10/75, LL, 1976-A-437 y jurisp. cit. en BELLUSCIO-ZANNONI, "Cód. Civil Comentado", T. 5, pág. 196, Ed. Astrea).

La norma del art. 1084, al referirse a la indemnización a cargo del responsable del homicidio, hace referencia a *"lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto"*. Teniendo en cuenta el rubro indemnizatorio peticionado por la parte actora y que es objeto de análisis, debe tenerse en cuenta que se ha decidido que los lucros probables del muerto no integran -en cuanto tales- la indemnización (conf. CNCiv., Sala A, 09/03/77, JA, 1978-III,95; BUSTAMANTE ALSINA, J., "El daño que causa la muerte de una persona", Zeus, 26-D-35); recuérdese no sólo la intención expresa del legislador de excluirlos, sino también que esta acción la ejerce el damnificado *iure propio* y no puede asegurarse que las ganancias futuras fuesen directamente dirigidas a los damnificados indirectos. Se ha dicho con argumento efectista que parecería verse en el causante "una máquina productora de bienes para sus herederos. Destruida la máquina, éstos reclaman lo que no pudo producir" (conf. BUSTOS BERRONDO, "Acción Resarcitoria", Jus, 3-83; LLAMBIAS, J.J., "Obligaciones", T. IV-A, N° 2351). Por otra parte, los beneficios que la víctima habría podido obtener en el

futuro debían destinarse a sostener su propia subsistencia, no sólo la de los sobrevivientes.

Debe quedar claro, por tanto, que los damnificados indirectos no reciben esta indemnización *iure propio* a título de "lucro cesante", sino que se trata del daño emergente resultante de estar privados del sostén material de quien proveía materialmente al dañado (conf. CNCiv., Sala A, 09/05/72, LL, 149-568, 29.846-S y jurisp. dict. en BELLUSCIO-ZANNONI, op. cit., T. 5, pág. 199).

Cuando el artículo menciona *"lo necesario para la subsistencia"* se refiere, con criterio amplio, a los mismos conceptos que la jurisprudencia tiene en cuenta cuando fija la cuota alimentaria debida por los padres a los hijos; es decir, debe contemplarse todo aquello que la víctima habría constituido para el damnificado como sostén y ayuda (en el caso concreto), de tal modo que el dañado pueda seguir, después de ordenada la reparación, en la misma situación en que estaba antes de producirse el hecho ilícito (conf. CNCiv., Sala D, 30/08/77, LL 1978-C-678, sum. 3267 y ED, 75-306).

Hemos visto que el rubro objeto del reclamo ha sido el *"Lucro cesante futuro del menor S. S. A."* (conf. fs. 53) y allí se expresa: *"…Reclamamos bajo este concepto la privación de la asistencia y el apoyo material que el niño recibía de parte de su padre, pérdida que se refleja en una merma de recursos económicos con proyección futura, que debe computarse desde la muerte de aquél y hasta la mayoría de edad del hijo…"*. El mismo ha sido admitido por la sentencia en crisis.

El Código Civil define el "lucro cesante" como *"la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito"* y lo declara resarcible como uno de los capítulos del daño patrimonial, al lado del "perjuicio efectivamente sufrido" o daño emergente (art. 1069).

Con relación específica al supuesto de lesión a la integridad personal, el art. 1086 dispone que la indemnización comprende *"todas las ganancias que éste* (el ofendido) *dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento"*.

Debió advertir el reclamante que el cálculo de los daños y perjuicios en base al "lucro cesante" no puede efectuarse en base a meras expectativas o posibilidades sino que debe guardar estrecha relación con las pautas de realidad en cuanto al perjuicio efectivamente causado.

Es por ello que no existe ninguna duda acerca de que el "lucro cesante", para ser admitido, requiere una prueba concreta de las pérdidas experimentadas o, por lo menos, el aporte de datos que permitan presumirlas de un modo fidedigno (conf. CNCiv., Sala F, 29/02/72, LL, 153-458, S-31.238), de allí que su configuración requiere, como principio, la prueba categórica y fehaciente de los ingresos o aportes dejados de percibir por el peticionante.

Conforme surge de las actuaciones del "Beneficio de Litigar Sin Gastos" que en este acto tengo a la vista, el hijo menor vivía con su madre que había trabajado en la Dirección de Tránsito Municipal; el grupo conviviente lo integran el menor A., su madre S. J. P. y el concubino de ésta. Estos datos surgen del Informe Social N° 60/68 (fs. 48/y vta.), en los que también se asentó que la madre del menor y el fallecido de estos autos convivieron juntos por pocos meses ya que por la problemática de adicción que padecía F. hubo episodios de violencia entre ellos, los que motivaron su separación teniendo el menor S. 11 meses de edad. En la oportunidad, la madre se trasladó a vivir con su madre en Dolavon. La conclusión de este informe es que la madre del menor y su pareja presentan una situación socio-económica de subsistencia, con dependencia de la ayuda directa de sus padres para la cobertura de algunas necesidades básicas, tales como vivienda y servicios.

La prueba testimonial rendida en el mismo proceso antes mencionado ha sido coincidente en cuanto a que la atención del hijo menor estaba a cargo de su madre.

Frente a las constancias referidas, es evidente que ninguna prueba se produjo en autos para demostrar que el menor tuvo alguna pérdida de ingresos o de aportes de su padre (fallecido) como consecuencia del accidente sufrido y de allí que no corresponda encuadrar su reclamo como *"lucro cesante futuro"*.

Los artículos 1084 y 1085 del Cód. Civil apuntan al reconocimiento de una reparación que sea proporcional a la pérdida experimentada y se extiende a lo que hubiera podido representar el padre fallecido para su hijo como sostén y ayuda efectiva, conforme con los ingresos que por su trabajo hubiera podido aportar. El cuadro de situación que aquí encontramos y que ya he referido, no encaja en lo más mínimo en los parámetros que acabo de indicar dado la absoluta ausencia de la figura paterna en todos los aspectos de la vida del menor.

Tengo en cuenta que el art. 1084 introduce una simple presunción que puede ser desvirtuada por los actores que pueden ampliar el daño resarcible demostrando que la víctima aportaba recursos que superaban los requerimientos básicos, o por el demandado que, a su vez, puede probar que esos aportes eran insuficientes para satisfacer lo necesario para la subsistencia (conf. CNCiv., Sala J, 11/12/97, LL, 1998-E-10) o que, directamente, no existieron.

Lo hasta aquí analizado me permite concluir que, ante la ausencia de pruebas que acrediten la asistencia recibida por el menor por parte de su padre, no es posible admitir que el mismo haya sufrido una pérdida de ingresos o de aportes con motivo del fallecimiento de su progenitor y de allí que no corresponda encuadrar su petición indemnizatoria como *"lucro cesante"*.

Teniendo en cuenta la situación del menor y descartada la posibilidad del *"lucro cesante"*, cabe analizar si es procedente, en el caso, el reclamo por la pérdida de *"chance"* de que en el futuro su padre (fallecido) le proveyera los sustentos necesarios para su manutención.

Sabemos que el padre del menor (fallecido) estaba cumpliendo una condena impuesta por la Justicia Penal (no hay mayores datos sobre delito cometido, condena impuesta, etc.), desconociéndose en qué momento hubiese podido el condenado recuperar su libertad.

Con respecto a las características personales del fallecido, se trataba de una persona con graves problemas de conducta, trastornos psiquiátricos y adicciones. Se dice en la demanda que padecía problemas de conducta y adaptación , era "fronterizo", de "nivel intelectual inferior al término medio", o "borderline" y al momento de su fallecimiento se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico y medicado (conf. fs. 48). Surge también de la demanda que la noche misma del incendio F. estaba "dado vuelta", lo que indudablemente reducía la ya menguada capacidad intelectual (fs. 48 vta.).

En la Causa N° 4260 (Minist. Púb. Fiscal Pto. Madryn) que tengo a la vista, prestó declaración el testigo Ademar Araujo (fs. 133/136) quien declaró que A. unos días antes estaba todo hinchado por el alcohol y las drogas y que ni siquiera salió al recreo.

En la sentencia se plasmó que no poseía estudios primarios completos, habiendo desarrollado con anterioridad a su muerte tareas esporádicas de albañilería o vigilancia y contaba con antecedentes penales lo que le dificultaba la posibilidad de obtener empleos (conf. fs. 319 vta.).

Se habla de *"chance"* cuando existe la oportunidad, con visos de razonabilidad o fundabilidad, de lograr una ventaja o evitar una pérdida. La frustración de esa probabilidad, imputable a otro, engendra un perjuicio resarcible. Lo indemnizable no es el beneficio mismo, sino la probabilidad de lograrlo.

La a quo ha dicho que si bien no existe prueba que acredite los aportes efectivos que realizaba (A.) para el sostenimiento de su hijo antes de su detención y al momento del hecho se encontraba cumpliendo su condena, *"…no puede afirmarse que al término de la misma, no pudiera generar ingresos a fin de contribuir económicamente al sostenimiento de S., hasta que éste llegara a su mayoría de edad…"* (fs. 319 vta.).

No he de acompañar esta conclusión de la Sra. Jueza de la Instancia originaria. Y no es posible acompañarla porque la "chance" jurídicamente reconocible no es la que se apoya en meros "castillos en el aire" o en simples "sueños de ganancia"; por el contrario, debe darse alguna situación fáctica o jurídica que cree una razonable aspiración o expectativa de que se va a concretar lo razonablemente esperable. Y, lamentablemente para el hijo menor, todos los datos, pruebas y referencias que surgen de autos con relación a la personalidad y conducta de su padre, en modo alguno permiten darle o concederle alguna "chance" de que en el futuro podría constituirse en un hombre de trabajo, sano y con dedicación para su crianza y educación. No hay absolutamente nada de donde aferrarse para poder admitir tal posibilidad.

En otros términos, para la resarcibilidad de la "chance" perdida es menester algún contexto objetivo idóneo o favorable que confiriese oportunidad efectiva a lo esperado; es decir, se descarta la indemnización de las meras conjeturas, de débiles posibilidades que no son más que eso y no revisten una intensidad suficiente como para erigirse en probabilidad.

Atendiendo a la propia naturaleza jurídica de la pérdida de "chances", para que proceda la reparación es preciso que la posibilidad frustrada no sea simplemente general o vaga, que no se trate de una mera posibilidad -como ocurre en este caso- sino, en cambio, que la pérdida sea suficientemente fundada a través de la certeza de la probabilidad del perjuicio. Se exige que sea un daño actual, de suficiente entidad y aunque su proyección sea

futura, no sea meramente eventual o hipotética (conf. SCMendoza, Sala 2ª., 31/10/79, JA, 1980-I-197; ZAVALA de GONZALEZ, M., "Daños a las Personas", T. 2 a, págs.. 373 y sigs.).

Luego de analizada la situación personal del padre del menor y a la luz de la actividad probatoria producida en el proceso, estoy en condiciones de afirmar que ninguna probanza fue incorporada por el reclamante para acreditar la existencia de causales imputables al accidente que le ocasionara alguna imposibilidad, frustración o pérdida que amerite ser indemnizado por el rubro que reclama.

No hay ninguna prueba que avale el reclamo. Por lo demás, si la posibilidad es muy general y vaga, ella no es indemnizable ya que se trataría de un daño puramente eventual o hipotético.

Por lo expuesto, considero que el reclamo del hijo menor, aun enfocándolo como pérdida de "chance", debe rechazarse.

En consecuencia, corresponde admitir los agravios bajo análisis y revocar la sentencia en crisis en cuanto admitió indemnizar al hijo menor del causante por *"Lucro cesante futuro"*.

2.2 – <u>Pérdida de chance de los padres de ser asistidos por el fallecido</u>

Agravia a la demandada la admisión del reclamo de los padres del fallecido por la pérdida de la "chance" de ser asistidos por su hijo en el futuro. Solicita el rechazo del reclamo.

Respecto del daño patrimonial por la muerte de un hijo, desde el punto de vista productivo, se debe apreciar la pérdida de la chance que importa para los padres dicho fallecimiento, como frustración de la ayuda que presumiblemente los progenitores hubieran gozado en el futuro o como la pérdida de una oportunidad de ayuda futura.

Ahora bien, es indiscutible que la chance de ayuda futura de un hijo a un padre padece una serie de áleas, que no pueden obviarse. Cuanto menor es

el niño fallecido, mayor es el álea. Pero no tratándose de niños -tal como aquí ocurre- el álea también existe aunque se reduzca con relación a los que se dan en los casos de niños.

Siguiendo las pautas fijadas por la Cám.Apel.Trelew, Sala A, in re *"P."* del 29/07/09, he de destacar que algunos componentes de ese álea son: A) *Que el hijo fallecido consiga un trabajo rentado y redituable*: he desarrollado en el punto anterior todas las razones y fundamentos que conducen a la razonable conclusión sobre la muy remota posibilidad de que el hijo de los reclamantes obtuviera un trabajo estable y se dedicara a él con dedicación y responsabilidad. O sea, la chance de que con el producto de su trabajo A. ayudara en el futuro a sus padres no aparece como posibilidad razonable alguna. Para no caer en reiteraciones innecesarias y en orden a la brevedad corresponde remitirme a los fundamentos expuestos en el punto anterior dado que son perfectamente aplicables al caso; B) *Que el hijo no tenga una familia propia suya, cuyo sostenimiento le demande todos sus ingresos*: surge de autos la existencia de un hijo menor del causante, por lo tanto, la obligación de contribuir a su sostenimiento es evidente que la hubiese tenido. Ello, sin perjuicio de haber considerado prácticamente imposible que cumpliera con tal obligación, según lo fundamentado precedentemente al respecto y evaluando también la muy remota posibilidad de obtención de ingresos laborales y C) *Que el hijo no padezca enfermedades que lo incapaciten*: surge de autos y de lo analizado en el punto anterior que el fallecido estaba enfermo, tenía trastornos psiquiátricos y graves problemas de conducta, estaba bajo tratamiento psiquiátrico, consumía alcohol y drogas, era fronterizo, con un nivel intelectual inferior al término medio y estaba considerado "borderline". Como vemos, el álea de la enfermedad se da en su plenitud.

De lo expuesto surge con total claridad que la posibilidad u oportunidad de que los padres reclamantes hubiesen podido recibir algún tipo de ayuda por parte del fallecido son -como ocurre también con su hijo menor- más

que remotas. Por lo tanto, hay que tener en cuenta que cuando el daño consiste en la frustración de una esperanza, de una probabilidad, es menester que quienes reclaman, estimando por ella un valor económico, demuestren la certidumbre de la probabilidad o esperanza que tenían de recibir esa ayuda al momento del hecho dañoso (conf. CNac.Civ., Sala F, 16/12/02, JA 2004-I-208). Lejos han estado los reclamantes de acreditar tal probabilidad o esperanza, conforme lo aquí analizado y a los fundamentos que he vertido en el punto anterior que son perfectamente aplicables a lo tratado en este apartado.

En atención a lo expuesto y fundamentado, he de proponer al Acuerdo admitir los agravios de la recurrente y revocar la sentencia en crisis en cuanto ha admitido indemnizar a los padres del fallecido por la pérdida de la "chance" de ser asistidos en la vejez por su hijo.

2.3 – <u>Daño moral del hijo</u>

La demandada se agravia por considerar exagerado el monto fijado para indemnizar el daño moral sufrido por el hijo menor del causante y solicita su reducción.

El hijo que reclama indemnización por el daño moral que le ha ocasionado la muerte del padre, ejercita un derecho propio, como es el sufrimiento que produce esa desgracia. La acción por reparación del daño moral en caso de muerte corresponde a los herederos forzosos, sin distinción de edad. Nace en cabeza de los herederos *iure propio* y no *iure hereditatis* (conf. Cám. 3ª Civ.Com. Córdoba, 29/08/85, Semanario Jurídico, 24/10/85).

Se ha dicho reiteradamente que el daño moral, no susceptible de prueba directa, se infiere presuncionalmente. Dada la estrechez del vínculo biológico y espiritual que liga al progenitor con el hijo, cabe aceptar, en principio, la lesión a las legítimas afecciones de éste en caso de muerte de aquél. *"El deceso de un padre produce -in re ipsa- la afectación profunda de los*

más íntimos sentimientos, quedando en consecuencia demostrado el daño moral por el solo hecho de la acción antijurídica" (CNCiv., Sala E, 09/11/83, ED, 107-433).

La presunción expuesta no se subordina en sí misma a la edad del hijo; los padecimientos inherentes a la muerte de un ser querido no reconocen límite de edad en el sobreviviente. Es que, salvo casos particulares o excepcionales, la ligación afectiva, normalmente entrañable, entre padres e hijos no se rompe o anula cualquiera sea la edad de estos últimos y/o por pequeños que sean, como es el caso de autos.

Es claro que el daño moral se magnifica cuanto más joven es el hijo, no sólo por un mero factor cronológico, sino porque 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 (conf. BENAVENTOS, "Algunas reflexiones sobre el valor de la vida humana, o el denominado "privación de la vida"", Juris, N° 15, 1989, p. 345).

Son pautas orientadoras para el cálculo del daño moral, los sufrimientos psíquicos y afectivos padecidos por el reclamante y la naturaleza del interés moral en juego, los que son dable presumir tratándose del hijo menor del muerto: el hondo sufrimiento que provoca naturalmente la muerte del padre; la corta edad del niño, privado de quien conformaría su personalidad y orientaría su destino, carencia que dejará huellas indelebles en él.

Debe destacarse que el hecho de tratarse de un niño no es motivo bastante para negarle la indemnización que pretende, ya que justamente se ha visto privado de su progenitor en una etapa decisiva de su vida, durante la cual la figura paterna ejerce marcada influencia en el desarrollo de la personalidad (conf. CNEsp.Civ.Com., Sala IV, 25/10/83, JA, 1984-I-síntesis).

El juez, al determinar la cuantía del monto resarcitorio por daño moral, debe imaginar el dolor y el trastorno espiritual sufrido por el reclamante, por lo cual debe atenerse a una prudente apreciación y a las características

particulares de la causa. El reconocimiento y cuantía del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. La determinación de este daño no se halla sujeta a parámetros objetivos pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual del reclamante, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquél (conf. CNCiv., Sala G, 18/10/2002, DJ 2003-1-247).

En base a lo hasta aquí expuesto y coincidiendo con el Dr. Vivas, considero justo y razonable el monto indemnizatorio fijado por la a quo para indemnizar al la hijo menor por el daño moral sufrido por la pérdida de su padre y de allí que corresponda rechazar la queja y confirmar la sentencia recurrida en este punto.

2.4 – <u>Daño moral de los padres</u>

Solicita la demandada la reducción del monto indemnizatorio del daño moral concedido a los padres del fallecido por considerar exagerado el mismo.

El *"daño moral"* se define como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas, y en general, toda clase de padecimientos, comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes.

Es dable recordar que la indemnización por daño moral no configura una sanción al ofensor sino la satisfacción de legítimos intereses de contenido extrapatrimonial que hacen a derechos inherentes a la persona, debiendo evaluársela con la apreciación objetiva del padecimiento, sin que configure fuente de indebido lucro.

Como ya se resolviera judicialmente, si por reparación se entiende el restablecimiento del desequilibrio patrimonial y es de contenido pecuniario, los intereses que carezcan de ese contenido deben ser satisfechos, puesto que según el diccionario de la Real Academia, "satisfacer", en una de sus acepciones, significa sosegar o aquietar una queja o un sentimiento, expresión acorde con el sentido de nuestra ley al otorgar a la víctima el derecho a reclamar la reparación, cualquiera sea el grado de reproche que genere la conducta del agente del daño, sin perjuicio de valorar a ésta como un elemento más para determinar la cuantía indemnizatoria (conf. CNCiv., Sala J, 31/03/81, "Corzo de Torres, C.P. c/ Lumicot S.A. y Otros s/ Sum.").

Es necesario además mensuar en lo posible la objetiva virtualidad aflictiva del acto dañoso. No cabe duda que la pérdida de un hijo configura una pérdida irreparable y una de las más graves penurias que pueden afectar a un ser humano.

El desconsuelo insuperable que habilita la muerte de un hijo, no tiene equiparación alguna con otras menguas afectivas. Sin dudarlo, tal vez estemos 'dispuestos' a la asunción de otras alternativas luctuosas, pero seguramente no lo estamos para enfrentar el desgarramiento emocional que significa un hijo muerto. Así, de alguna manera, la vida nos prepara para asumir nuestra propia desaparición, la de nuestros amigos y nuestros padres, pero no está en el orden natural del desenvolvimiento de los hechos, la muerte de nuestra descendencia (conf. Juzg.Civ.Com. N° 1 Morón, 26/12/85, "Gómez, J.R. c/ Cerámica Martín y Ot. s/ Daños y Perj.", Reg. 1098/85).

En atención a lo expuesto y coincidiendo -una vez más- con el voto precedente del Dr. Vivas, considero justo y razonable el importe fijado en la sentencia dictada en la Instancia de origen para indemnizar el daño moral de los padres por el fallecimiento del hijo de ambos.

Por lo tanto, corresponde rechazar los agravios bajo análisis y confirmar la sentencia recurrida en este punto.

3 – Conclusión

Conforme los fundamentos precedentemente expuestos, corresponde concluir que deben admitirse los agravios de la recurrente y revocar la sentencia dictada en la Instancia originaria en cuanto hizo lugar a la indemnización por *"Lucro cesante futuro"* a favor del menor S. S. A. y a la *"Pérdida de chance de ser asistidos en su vejez por F."* a favor de H. R. M. y O. A.; confirmándosela en todo lo demás que fuera materia recursiva. Es mi voto.

4 – Adecuación de costas y honorarios

Atento la revocación parcial de la sentencia recurrida, corresponde dar cumplimiento a lo normado por el art. 282 del ritual.

En consecuencia, las costas de la primera Instancia deben ser impuestas en el orden causado (art. 72 CPCC). Con respecto a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la Instancia de origen, deben ser regulados en los porcentuales indicados en su voto por el Dr. Vivas en virtud de ajustarse a las pautas de la Ley Arancelaria aplicable.

5 – Costas de la Alzada

He de coincidir con el voto precedente en cuanto a que las costas de la Alzada, en atención al resultado final del recurso, sean impuestas en el orden causado (art. 72 CPCC). Los honorarios de los profesionales que actuaron en la segunda Instancia deben ser regulados en los porcentuales fijados en su voto por el Dr. Vivas en virtud de ajustarse a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. REVOCAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 313/324 **DESESTIMANDO** la demanda incoada en cuanto al reclamo por "lucro cesante" formulado por la representante legal del menor S. S. A. y en cuanto al reclamo por "pérdida de chance" formulado por los Sres. O. A. y H. R. M., **CONFIRMÁNDOLO** en todo lo demás que fuera motivo de agravio.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, las que se imponen en el orden causado (art. 72, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. M. C. P., Eduardo H. y D. S. P. en el 17 %, en su conjunto, del monto que en definitiva resulte; y los Dres. A. F. V. P., D. G. L. y S. S., en el 16%, en su conjunto, del monto que en definitiva resulte, sin modificar los de la Lic. A. M. C. S., perito psicóloga de autos (arts. 5, 6, 7, 9, 38, 60 y cc., de la ley arancelaria).

4. IMPONER las costas de esta Instancia en el orden causado (art. 72,del CPCC).

5. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. D. G. L. en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere, y de los Dres. M. C. P. y E. R. H., en el 25%, en su conjunto, de lo que le corespondiera en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

6. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dr. María Inés de Villafañe no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. REVOCAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 313/324 **DESESTIMANDO** la demanda incoada en cuanto al reclamo por "lucro cesante" formulado por la representante legal del menor S. S. A. y en cuanto al reclamo por "pérdida de chance" formulado por los Sres. O. A. y H. R. M., **CONFIRMÁNDOLO** en todo lo demás que fuera motivo de agravio.

2. READECUAR las costas de la Instancia anterior, las que se imponen en el orden causado (art. 72, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. M. C. P., E. H. y D. S. P. en el 17 %, en su conjunto, del monto que en definitiva resulte; y los Dres. A. F. V. P., D. G. L. y Sergio Segovia, en el 16%, en su conjunto, del

monto que en definitiva resulte, sin modificar los de la Lic. Annette Mac Crea Steele, perito psicóloga de autos (arts. 5, 6, 7, 9, 38, 60 y cc., de la ley arancelaria).

4. IMPONER las costas de esta Instancia en el orden causado (art. 72,del CPCC).

5. REGULAR los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, del Dr. D. G. L. en el 30% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere, y de los Dres. M. C. P. y E. R. H., en el 25%, en su conjunto, de lo que le corespondiera en la Instancia anterior, con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

6. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDC. CONSTE-