En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A., C. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT S/ Daños y Perjuicios" (Expte.N° 235 - Año 2015)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. N° 110/09), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 336.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda incoada por M. S. S. contra la provincia de Chubut y la condenó a pagar la suma de $ 264.400, (Pesos Doscientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos), en concepto de Daño Material, Daño Moral y Daño Psíquico, con más los intereses que indica. Le impuso las costas a la provincia demandada y reguló los honorarios de los letrados y perito psicóloga.

Por su lado rechazó la demanda entablada por C. A. contra la provincia de Chubut. Le impuso las costas a la actora y reguló los horarios de los abogados que intervinieron.

Para así resolver tuvo por cierto que el día 4 de marzo de 2007, a las 6,20 hs, el Sr. M. R. S. ingresó, en carácter de demorado, al calabozo ubicado en dependencias de la Comisaría de Puerto Pirámides, ello como derivación de un altercado familiar ocurrido en el interior de su domicilio y por el que la Sra. A. solicitara la presencia de personal policial; que se encontraba sólo en el calabozo y que, a las 6,25 hs, se produce un incendio dentro del mismo, que le ocasiona a S. quemaduras en su cuerpo,
falleciendo días después del hecho.

Indica que el Estado alegó como causa de exoneración que el incendio fue provocado intencionalmente por Suárez, quien poseía antecedentes piromaníacos, por lo que el daño solo es imputable a la víctima, por aplicación del art. 1111 del C.C.

Valoró la prueba documental adjuntada el Legajo de Investigación Fiscal, Caso 1.973 caratulado: "Comisaría Puerto Pirámides s/ Investigación" y el Informe de Autopsia N° 06/2007, agregado por cuerda suscripto
por los Dres. H. R. G. y L. N. y la declaración
testimonial del Sr. A. A..

Alude luego que el tratamiento de la detención de personas por parte del Estado se encuentra reglado tanto por el art. 18 de la Constitución Nacional como por art. 51 de la Constitución de nuestra Provincia, normas de carácter operativo que se encuentran en consonancia con el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el respeto a la integridad física, psíquica y moral de todo ser humano que se extiende a todos los lugares de detención, incluso las comisarías.

Refirió al Reglamento de Alcaidías de Policía (Dto. 1569/82) que impone a la Policía de la Provincia del Chubut, en sus arts. 4 y 6, el deber de preservar la seguridad, custodia, salud física y mental de los detenidos y que en su art. 12 se establece que a su ingreso le serán retirados el dinero y objetos que traigan consigo y cuya tenencia no se encuentre autorizada.

Sobre ese plexo normativo concluye que en el caso analizado existió un actuar negligente de la demandada al momento del ingreso de S. a la Comisaría de Puerto Pirámides, en tanto según informa el Lic. P., el incendio se produce por la combustión del colchón con un elemento de ignición de llama, ya sea fósforos o encendedor, lo que permite inferir que evidentemente alguno de estos elementos se encontraba en poder de S. al momento de su ingreso y no fue advertido por el personal policial que lo recibiera, ello en tanto el incendio se produce apenas escasos minutos de su ingreso al calabozo.

Refiere también a las características del colchón y que al momento de su detención, S. se encontraba en estado de ebriedad y sumamente alterado y agresivo, como que no se acreditó que el personal policial hubiera utilizado extintores u otros elementos destinados a controlar o extinguir focos ígneos, ni siquiera que efectivamente existieran los mismos en el lugar.

Concluye que el deber constitucional impuesto al Estado referido a la seguridad de las personas detenidas fue cumplido de manera irregular y que la demandada no logró acreditar, que la conducta desarrollada por el personal policial resultara adecuada al contexto o que hubiere tomado los recaudos necesarios para asegurar la vida e integridad física de S. durante su detención, ni mucho menos que la conducta desarrollada por éste fuera

imprevisible e inevitable, pues el suceso se produce como consecuencia del actuar negligente del personal de la demandada al no cumplir debidamente con la requisa previa al ingreso al calabozo y proveer a las dependencias policiales de elementos altamente combustionables, pasibles de generar daños a los alojados en las dependencias policiales. Define que en tanto la demandada no acreditó la causal de exoneración, con fundamento en el art. 1111 del C.C, que invocara, deberá afrontar las consecuencias dañosas de su accionar, ello por aplicación de los dispuesto por el art. 1112 del C.C .

En el capítulo de los daños reclamados por M. S. S., en los términos del art. 1084 CC, considera la edad de S. al tiempo de su muerte (35 años) y la de M. (11 años), que se desempeñaba como empleado de la C. d. F. d. P. P., bajo la categoría Servicios 1, con una remuneración bruta mensual de $ 1.351,76, y que las testimoniales dan cuenta que realizaba esporádicamente changas de albañilería y electricidad, que vivía con su pareja y pequeña hija, por lo que se permite suponer que el aporte económico a la pequeña se hubiera mantenido hasta su mayoría de edad. Considera también las sumas que deben detraerse por los gastos personales y la ausencia de prueba directa sobre los ingresos extras por lo que preservando el principio de congruencia, fija prudencialmente la suma de $ 44.000, con más los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago.

En cuanto al daño moral ocasionado a la joven M. como consecuencia de la muerte de su padre, pondera el vínculo familiar existente entre padre e hija mencionado por la perito psicóloga en su informe de fs. 189/193, su angustia y los inconvenientes generados por la muerte del padre en su vida de relación, su edad al momento de la defunción del progenitor (11 años),

próxima al ingreso a la adolescencia, situaciones todas que la afectaron y afectarán emocional y afectivamente a lo largo de su vida. Aplica el art. 167 del CPCC y conforme precedentes que fija para el rubro la suma de $ 200.000, con más los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A desde la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago.

Reclamado bajo el título de daño psíquico, el costo del tratamiento psicológico que la menor deberá cumplir a fin de superar las consecuencias disvaliosas generadas por la muerte de su padre y en el modo indicado en el informe de la perito psicóloga de fs. 189/197, admite la suma de $ 14.400 para tratamiento individual (96 sesiones) y $ 6.000 para tratamiento familiar (24 sesiones), totalizando el ítem en la suma de $ 20.400 con más los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut S.A desde
la fecha del siniestro y hasta su efectivo pago

Ingresa luego a los daños reclamados por la Sra. C. A..

En cuanto al daño material que reclama, dice que la relación de concubinato con Suárez está acreditada en el expediente, que la Sra. se encontraría legitimada para efectuar el reclamo planteado en autos pero que no la ampara la presunción de daño por lo que debía acreditar fehacientemente el daño patrimonial ocasionado por la muerte de Suárez lo que no logra en el expediente.

Refiere a la testimonial de A. (fs.131) y N. que nada aporta al respecto y que nada surge de los elementos incorporados al expediente N° 109/09 por el que tramitaran los autos “A., C. s/ Beneficio de Litigar sin Gastos”. Concluye que no acreditado el perjuicio patrimonial derivado del fallecimiento de su compañero invocado por la Sra. A. por aplicación del art. 381 del C.P.C.C se impone el rechazo del reclamo efectuado en tal sentido.

En cuanto al daño moral, lo desestima en tanto el art. 1078 del C.C resulta claro al señalar que en caso de muerte de la víctima, únicamente tendrán acción para reclamar la reparación del daño moral padecido los herederos forzosos, calidad que no reviste la Sra. A.. Por lo que no planteada la inconstitucionalidad del art. 1078 del C.C corresponde entonces rechazar el reclamo efectuado.

La sentencia de fs. 284/296 es apelada por las actoras a fs. 300 y por la demandada a fs.302. Los agravios de la Provincia del Chubut se agregan a fs.316/ 319 y los de la Sra. C. A. a fs.320/322. No hay réplica de los agravios presentados.

A fs.330 por SIC N° 02/16 se declara desierto el recurso de apelación de la coactora M. S. S..

2. <u>Los agravios.</u>

2.a) <u>Los agravios de la coactora C. A..</u>

En su primer agravio cuestiona la valoración de la prueba testimonial para rechazar el daño material reclamado. Señala que el testigo de fs. 131 expuso que S. mantenía la vivienda y que con ello debe inferirse que mantenía a su familia; que junto con su hija constituían el grupo familiar y que dar una interpretación distinta a la testimonial es desconocer el lenguaje coloquial que usa en habitante medio.

Alude a los requisitos para legitimar el reclamo de daño material de los concubinos y que ellos están cumplidos. Se agravia de la interpretación de los arts. 1084 y 1085 del CC.

En el segundo agravio se queja por el rechazo del daño moral. Dice que lo agravia que no se haya interpretado que al demandar se planteó la inconstitucionalidad de la norma del art. 1078 CC, que si bien se requiere términos claros y específicos en el planteo, no se exigen términos sacramentales y que en definitiva pidió la aplicación de normas de mayor jerarquía que resultan operativas, lo que explica.

Subsidiariamente deja planteada la inconstitucionalidad de la norma.

En el tercer agravio se queja de la regulación de honorarios de los letrados que se fijaron a su cargo.

2.b) <u>Los agravios de la Provincia del Chubut.</u>

La demandada no cuestiona la responsabilidad atribuida a la Provincia del Chubut en tanto conoce el criterio de la Cámara (SDC 13/12) que fuera confirmado por el STJCH.

Si cuestiona en su agravio la cuantificación del daño que se reconoce en la sentencia de grado a M. S. S. por la muerte de su padre R. S..

En cuanto al daño material y con base en el art. 1084 discurre en que resulta necesario reseñar cuáles eran las características del proveedor de recursos para así justipreciar el daño. Para ello señala que el único ingreso acreditado es el sueldo neto de $ 715,01 y no el bruto que se considera en la sentencia, que no se acreditaron los trabajos esporádicos del occiso, que no existe registración del S. como trabajador autónomo y que la única persona que alude a esas tareas es el hermano de la Sra. A., testimonio que resulta inválido por su proximidad a los intereses de la actora.

Destaca entonces que las premisas consideradas por la magistrada resulta una equivocada en cuanto a la remuneración y la otra falsa por falta de prueba por lo que el monto reconocido de $ 40.000 debe reducirse.

En cuanto al monto del daño moral lo reputa excesivo y para justificarse lo liquida al tiempo del dictado de la sentencia definitiva.

Agrega las circunstancias que rodearon a la muerte del padre de la joven y que no puede dejarse de considerar que S. fue el autor de su propia muerte; que si bien el Estado debe responder por el deficiente deber de cuidado debe recordarse que el mismo al tiempo de su detención se encontraba desbordado, que había sido detenido a raíz de actos de violencia contra su propia familia y que el mismo provocó el incendio del colchón cuya combustión le causó la muerte.

Dirá que las compensaciones económicas serán menores en casos de suicidio porque la capacidad de resignación es mayor, que no es lo mismo la pérdida del padre por un homicidio que por su propio suicidio. Cita doctrina para sostener su posición recursiva.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.a) Ingreso al tratamiento de los agravios de la actora.

La magistrada de grado reconoce a la Sra. A. legitimación para reclamar el daño material en los términos del art. 1079 del CC.

Sin perjuicio de ello, señala que no juega a favor de la concubina la presunción de daño, establecida sólo a favor de la viuda e hijos y que en ese razonamiento, A. debía acreditar fehacientemente el daño patrimonial ocasionado por la muerte de S., lo que a su criterio no sucedió por lo que desestima el resarcimiento.

Desde esa perspectiva, advierto que persiste en la recurrente, que basta para acceder al reclamo la prueba de la convivencia, desentendiéndose del

argumento medular de la magistrada en que debió probarse el daño patrimonial ocasionado por la muerte de su conviviente. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que la vida humana no tiene valor económico en sí mismo, sino en lo que produce y puede producir; que la supresión de una vida amén del desgarramiento que produce en el mundo afectivo en que se produce ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental y 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 desaparición de una actividad productora de bienes en sí mismo.

Lo que se llama elípticamente "valoración de vida humana" es la medición del perjuicio que sufren los destinatarios de todo o partes de los ingresos del extinto desde la supresión de la fuente de beneficio y desde esa perspectiva no basta con acreditar el concubinato y por mayor vehemencia puesta en la queja, ninguna actividad probatoria idónea fue dirigida para justificar el reclamo patrimonial.

Señala la recurrente que la declaración de fs. 131 es suficiente para inferir que Suárez mantenía el hogar en común.

Por cierto, el Sr. J. C. A., hermano de la Sra. C. A., refirió a fs. 131 la convivencia de su hermana con S. y que éste mantenía económicamente la vivienda donde vivía junto a su hermana e hija.

No invalida la magistrada tal testimonio ni corresponde hacerlo en esta instancia, pero no puedo menos que señalar que A. es de aquellos testigos a los que se los califica de atendibilidad restringida.

Para ello tengo en cuenta que se trata del único testigo que alude en su declaración sobre el aspecto económico del vínculo concubinario. N. a fs. 169 solo refiere que S. vivía con su señora e hija.

En el derecho moderno no se justifica la exclusión total o parcial del mérito probatorio del testimonio único, en tanto se trata de una barrera a la libre valoración por el juez de la credibilidad que le merezca el testigo. *"Si bien es cierto que el sistema de la sana crítica no se compadece con la exclusión de la eficacia probatoria prestada por un testigo único, habiendo tanto la doctrina como la jurisprudencia superado la máxima "testis unus testis nullus", también lo es la circunstancia que el magistrado se debe atener a pautas más estrictas que cuando media pluralidad de testigos, ya que tal prueba contribuye a crear certeza en el juez cuando resulta particularmente prestigiada por las circunstancias del caso y por el resto de la prueba."*(Galván, Juan Bautista vs. Vallejos, Claudio s. Demanda laboral Cámara de Apelaciones en lo Laboral Sala I, Rosario, Santa Fe; 022008; Rubinzal on line; RC J 2120/09). (CAPM SDL N°63/ 11).

Por otro lado el vínculo familiar que lo une a la coactora, suma otro condicionamiento a su declaración, lo que la parte recurrente no pudo soslayar al tiempo de ofrecer su declaración testimonial.

Tampoco es válido como argumento recursivo sostener *"… que cuando un lego expresa que mantenía la vivienda, no se refiere al mantenimiento de las instalaciones de la casa, como objeto material solamente, sino al hogar familiar, sostener lo contrario es desconocer el lenguaje diario y coloquial que usa el habitante medio de esta sociedad…".*

Prescinde la recurrente que quien formula la pregunta octava "Quién mantenía económicamente la vivienda…", es el letrado de la parte oferente y sin perjuicio que comparto que las preguntas deben ser formuladas en

términos sencillos y comprensibles para el testigo, lo cierto es que no resulta válido pretender darle a tal interrogatorio y su respuesta, el alcance amplio que procura la recurrente en su agravio.

De esa escueta respuesta *"Raúl, el que falleció"* no puede inferirse cuáles fueron las repercusiones económicas disvaliosas a la sobreviviente, en razón de la privación de la asistencia que el muerto brindaba por vía de aportes dinerarios, o bien a través de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de su existencia.

En definitiva, la declaración del hermano de la coactora no resulta prueba eficaz para acreditar el daño material y no existe prueba en el expediente que aporte otros datos fácticos que lo sostengan, por lo que el agravio debe desestimarse.

En el segundo agravio cuestiona el rechazo del daño moral para la Sra. A..
Para dar respuesta al agravio diré que la parte actora introduce -por primera vez- la cuestión relativa a la legitimación de la concubina para reclamar el daño moral y procura en esta instancia la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC. .

Dicho aspecto no ha sido objeto de la controversia ni ha formado parte de la defensa inicial. Por tanto, y toda vez que el Tribunal de Alzada no debe pronunciarse sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia -cfr. artículo 280 del Código Procesal- el agravio formulado al respecto deberá desestimarse. *"Finalmente, estimo que asiste razón al juzgador cuando rechaza la pretensión por daño moral, ya que tal indemnización, en caso de muerte de la víctima, es privativa de los herederos forzosos, según lo establece claramente el artículo 1078, último párrafo, del Código Civil, cuya constitucionalidad no ha sido atacada en autos. Así lo ha entendido el Tribunal, al*

no admitir este reclamo por parte de una tía del causante (Fallos:316: 2894) o de una hermana del mismo (Fallos:322:621 y sus citas).(del dictamen del PGN que hace propio la CSJN in re "Folgan, Roberto c/ Del Rivero, Edgardo Sergio y otro", para decidir sobre su procedencia." (CSJN - 02/12/2003 Base elDial.com - AA1E53).

En el tercer agravio cuestiona la regulación de honorarios que fueron fijados a su cargo.

La fundamentación que se intenta en el marco de los agravios es improcedente desde que el recurso de apelación respecto de los honorarios, posee autonomía normativa, con especiales previsiones en cuanto al plazo y ocasión de fundamentarla, que impiden considerarla implícita en el recurso deducido contra la sentencia definitiva, aunque ese acto decisorio contenga la regulación (art. 48 de la Ley XIII N° 4).
Apelada la sentencia definitiva y no los honorarios en la oportunidad y forma prevista por la ley arancelaria, es inaudible en esta instancia su cuestionamiento en ocasión de expresar agravios contra el fallo definitivo. Por todo lo expuesto he de proponer al Acuerdo se desestimen los agravios de la parte actora.

3.b) Corresponde ingresar a los agravios que sostienen el recurso de la Provincia del Chubut en cuanto a la cuantificación del daño material y moral reconocidos en la sentencia para la coactora M. S. S..

Esta Cámara viene sosteniendo desde su integración y como cita la magistrada de grado, que para fijar la indemnización ya por incapacidades físicas ya como en el caso, cuantificar los daños materiales que la muerte irrogó a la coactora, no corresponde sujetarse a rígidos cálculos

matemáticos, actuariales o financieros puesto que su aplicación al caso no pasaría del límite de lo puramente hipotético o conjetural, prescindiendo que el monto debe determinarse en la prudente ponderación que hace el magistrado conforme los parámetros relevantes en cada caso particular y relacionar las diversas variables tanto en relación con la víctima (edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc.) como con los damnificados (grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.).

Dicho lo anterior, no puede obviarse que la norma del art. 1084 del CC suministra una pauta objetiva que debe ser respetada y que resulta "lo que fuera necesario para la subsistencia" entendiendo como tal lo que habría podido suministrar como sostén y efectiva ayuda a M. S., quien al tiempo del óbito de su padre contaba con 10 años.

La actividad laboral que cumplía el trabajador como empleado de la otrora C. d. F. d. P. P. con la categoría Servicios 1, con un sueldo neto de $ 751,01 y una remuneración bruta de $ 1.351,76, es un dato objetivo que aporta a informativa de fs. 129.

No cuento con la discriminación de cuáles son los descuentos que se le practican ni puedo afirmar como procura la parte que ellos representen exclusivamente los descuentos de ley (resulta inverosímil que ellos signifiquen aprox. el 44,36 %).

Por otro lado, se comparte con el apelante que los ingresos por "changas" no están debidamente justificados ni que puede inferirse de la ya valorada declaración de fs. 131, que los trabajos de albañilería o electricidad en la localidad de Pirámide fueron estables como para integrarlos fehacientemente a los ingresos de S. Tampoco aporta a su mejor

determinación, la declaración de fs. 169 que refiere genéricamente a que el fallecido realizaba changas.

La edad de S. a su fallecimiento era de 34 años.

Ahora bien, no participo del criterio del apelante que es suficiente para disminuir el monto, el desarrollo del silogismo que es base de su agravio.

La situación anterior de la víctima y que debe examinarse en cuanto repercute en la de la hija, impone individualizar las circunstancias de quien ha experimentado el daño. En el caso, debe mensurarse la edad de la niña al tiempo de la muerte del padre, la absoluta dependencia económica del aporte de su progenitor y que es necesario atender que -frente a la presunción de la norma del art. 1084-, se tiene por probado que S. proveía a las necesidades básicas de M..

No dejo de valorar que nada autoriza a suponer que los ingresos reputados por la parte como exiguos y limitantes para la cuantificación del daño se deberían mantener *sine die*, al menos hasta la mayoría de edad de la hija, presupuesto fático considerado por la magistrada de grado que limita temporalmente el perjuicio a la mayoría de edad de M., y que ésta

alcanzó durante la tramitación del proceso (v. fs. 274).

Es por tales argumentos que no encuentro mérito para apartarme de la suma de $ 44.000 con más sus intereses y que se admitiera en la instancia anterior para tener configurado el perjuicio patrimonial sufrido por la hija M. S. S., en atención al aporte presumible de la víctima a su sustento.

El segundo aspecto de la queja refiere a la suma admitida para el daño moral de la hija del causante.

Sostendrá el apelante, que más allá de responsabilidad del Estado por el deficiente cuidado de quien se encontraba demorado en dependencias policiales, la magistrada de grado soslayó dos circunstancias que a su criterio autorizan a modificar en menos el monto resarcitorio: la primera que S. provocó el incendio que terminó con su vida y la segunda que se lo había demorado por violentar a su familia.

No cuento con ningún elemento de prueba ni puedo inferirlo de la pericial psicológica cumplida que es válida la conclusión del apelante en el sentido que *"las compensaciones económicas serán menores en casos de suicidio que de homicidio porque la capacidad de resignación es mayor".*

Avocada ahora a la tarea de revisar la cuantificación económica del menoscabo moral alegado por el actor, considero que la queja de la demandada sólo deja traslucir su mera disconformidad con la cifra determinada por la Sra. Jueza.

En primer lugar prescinde de valorar que el hecho generador de las repercusiones en la adolescente pudieron haberse evitado si la accionada hubiera dado eficaz cumplimiento a sus deberes.

En segundo lugar expone una simple opinión personal, producto de un razonamiento paralelo que se encierra en su propio punto de vista y su propia lógica. No media en el memorial ningún argumento sólido, contundente, para poner en evidencia que la valoración es injusta, desacertada o irrazonable por excesiva, con lo cual sólo se logra una "contraposición de aserciones" que no hace al objeto de análisis de una instancia de "revisión crítica del fallo".

En tercer lugar y a mi criterio esencial, no puedo compartir que el suicidio y

las circunstancias que rodearon el hecho deban traducirse en una disminución de la suma acordada para atenuar daño que la muerte del padre ha provocado en M.. La joven contaba con 10 años al tiempo de la muerte y no advierto desde qué perspectiva seria puede sostenerse que la lesión en sus sentimientos que determinan dolor, inquietud espiritual o agravio a sus afecciones legítimas puedan alterarse en menos, por las circunstancias expuestas por la recurrente.

Tampoco lo señala la perito psicóloga quien alude al duelo patológico más propenso en la niña, en tanto que tratándose de un hecho irreparable genera dolor y podría provocar que cualquier individuo enferme, sin importar los hechos anteriores que vivió el sujeto, ni los antecedentes de su estado mental. Refirió también a la edad de M. al tiempo de la muerte del padre y al vínculo de apego con una estrecha relación afectiva.

Desde esa perspectiva, voy a proponer al Acuerdo se desestime el agravio de la demandada.

4. Concluyo el tratamiento de sendos recursos, proponiendo al Acuerdo se desestimen los mismos y se confirme la sentencia venida en apelación.
En orden a como se resuelven las apelaciones, soy del criterio que las costas deben imponerse en el orden causado (art. 69 2da parte del CPCC).

Los honorarios de los letrados que han intervenido en esta Alzada, conforme mérito, extensión y resultado obtenido deberán fijarse tanto para el Ab. J. F. A. y como para el Ab. D. G. L. en el 27 % para cada uno, de los que resulten determinado en la instancia de grado, con más el IVA si así correspondiera. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión, por la **AFIRMATIVA**.

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

1.

Mi colega de Cámara, Dra. María Inés de Villafañe se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

Por una cuestión metodológica seguiré el orden del análisis de los agravios propuestos por la Sra. Vocal de primer voto.

Realizaré una prieta síntesis de los agravios de la recurrente, atento a que también han sido referidos por la Sra. Vocal de voto anterior.

2.1.

Se agravia la actora C. A., por cuanto el decisorio rechazó el reclamo por daño material por ella promovido, considerando que ha interpretado incorrectamente la prueba testimonial rendida en autos.

Considera que las expresiones del testigo de fs. 131 en cuanto a que S. ha sostenido la vivienda familiar, resulta comprensivo de la manutención de su familia y de la actora, habiendo quedado acreditado que sostuvieron una convivencia ininterrumpida de más de diez años.

También se agravia por entender que, contrariamente a las afirmaciones de la sentencia en análisis, encontrándose acreditados los extremos

mencionados, existe una presunción *juris tantum* de un proyecto de vida en común, lo que necesariamente presupone la asistencia recíproca de los convivientes y la distribución de esfuerzos.

Corresponde señalar que la parte actora aportó un único testigo (digo ello así, pues el de fs. 169 se limitó a señalar que vivía con su esposa e hija), a fin de acreditar la convivencia por más de quince años, permanente y pública con el causante, el proyecto de vida en común, el mayor y casi único aporte a la subsistencia de toda la familia y quien traía los medios necesarios para que nada faltara en el hogar, como lo afirma en su demanda.

Aduno a ello que ese testigo resulta ser el hermano de la actora, quien, a lo que aquí interesa, manifestó en su declaración que convivía con su hermana al momento del fallecimiento y que lo hizo por 17 o 18 años aproximadamente, siendo él quien mantenía económicamente la vivienda.

El hecho de comprenderle las generales de la ley, en modo alguno afecta la idoneidad de sus dichos, no obstante lo cual deben ser valorados con mayor estrictez.

Así, se ha señalado que la circunstancia de estar comprendidos en una categoría de las generales de la ley, como en cualquier otra, no debe conducir a desechar de plano y "a priori" la eficacia de los testimonios como si carecieran de todo poder de convicción. No se trata de testigos inhábiles. Sólo producen sospechas de parcialidad que hacen que los testimonios deban ser apreciados con mayor rigor crítico al aplicarse las reglas de la sana crítica (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Amirante, Eduardo F. c. Guerrico, Alejandro”, 11/04/1991, LA LEY 1992-A , 178, DJ 1992-1 , 647, AR/JUR/1340/1991.

Puesto en la tarea de esa valoración, habré de concluir que sus afirmaciones resultan ser vagas, imprecisas y sumamente escuetas para acreditar un daño que no se presume, por no encontrarse entre los legitimados activos del art. 1084, Cód. Civil anterior.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que en la valoración de la prueba testimonial, lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que, de no ocurrir, total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, "Abarbieri, Valeria E. c. Mc Donald´s Arcos Dorados S.A.", 16/09/2008, JA 2008-IV , 239, AR/JUR/9761/2008).

También se ha sostenido que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, deben tomarse en cuenta ciertos factores, de cuya concurrencia depende la credibilidad del mismo, tales como: idoneidad, moralidad, intelectualidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc., no debiendo darse igual valor probatorio a la exposición que se limita a efectuar simples afirmaciones que a aquella que da razones circunstanciadas de su aserto (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "G., A. O. c. B., N. B.", 20/10/1980, AR/JUR/2541/1980).

En escasas líneas, donde sólo señala que el occiso convivía con su hermana desde 18 años atrás, tenían una hija y mantenía la vivienda, pretende el apelante la procedencia de un rubro, como es la indemnización por "daño material", o "valor vida", soslayando aportar todo otro elemento probatorio que convenza al sentenciante del derecho a su reclamo.

Ciertamente, no es prudente hacer lugar a un resarcimiento cuando se carece de cierta precisión en la declaración testimonial. Sería tanto como juzgar

sobre conjeturas, basadas en dichos tan breves como genéricos, cuando además nos encontramos con un único testimonio.

En cuanto a esto último, es dable señalar que esa circunstancia quita eficacia convictiva, cuando no se da cuenta de ciertos aspectos más o menos detallados del hecho que se está relatando y para mal de peores, no existe otra prueba corroborante que la robustezca.

La actora denuncia haber sido la concubina de la víctima en su demanda, y este hecho, no fue negado por la demandada. El decisorio, no obstante, considera que al no presumirse el daño, la actora A. debía acreditar el perjuicio patrimonial ocasionado por el suceso de autos, lo que no se verificó.

La circunstancia de que el testigo, al dar razón de sus dichos, afirmara que todo lo expuesto en su declaración lo sabe por haber convivido cinco o seis meses en la casa con la familia, no predica sobre la manutención que se dice procuraba Suárez para su pareja.

Las afirmaciones testimoniales son, de ese modo, endebles para acreditar tal extremo. Se desconoce en qué ocupaba su tiempo la actora durante el día, cuál era la incidencia de ese aporte que se alega en la manutención del grupo o en qué consistía. Máxime, cuando en la propia demanda la actora refiere que el aporte de S. era *"el mayor y casi único aporte a la subsistencia de toda la familia"*. Es del caso, entonces, preguntarse cuál era y de quién provenía el resto de ese aporte al que se hace mención; interrogante que, al no lucir en autos otra prueba, no obtiene respuesta.

Es más. Aun acreditada la relación continua y pública del concubinato, éste de por sí, no constituye un título resarcitorio, ni hace nacer una presunción de perjuicio como tal, por lo que, para merituar la dimensión del daño hacia el futuro debieron probarse las características de esa comunidad de vida, de

ese proyecto en común, y en alguna medida la asistencia o colaboración económica que aportaba la víctima hacia la pareja reclamante, con rasgos de regularidad o estabilidad que permitan inferir que habría continuado de no haber ocurrido el ilícito de autos (arg. cfr. Zavala de González, "Daños a las personas", T° 2b, p. 422).

Es decir, cuando dos personas viven juntas de modo estable, como marido y mujer, aun cuando no se encontraren casados, además de integrar una comunidad espiritual comparten los problemas materiales de la vida. Sin embargo, en el caso de autos, al acreditarse sólo el concubinato de ambos (según los dichos de A.), institución no reconocida hasta la entrada en vigencia del nuevo Código no aplicable al caso, no hay presunción que valga.

Bastaba una certeza relativa, una razonable verosimilitud a partir de la invocación de hechos y de prueba rendida para conferirle al rubro en tratamiento, atinente al reclamo *iure propio* de la actora, entidad indemnizatoria.

Así lo abonan los dichos de la autora mencionada, cuando señala que " es claro que a esa certeza no puede arribarse en función de la sola comprobación del concubinato, sino que es menester que se ponga de relieve una cierta estabilidad en la unión y la regularidad de la asistencia material" (Zavala de González, op cit, p. 409).

Frente a tal ausencia probatoria, entiendo que debe desestimarse esta parcela del agravio.

2.2.

En su segundo agravio, formula una crítica a la sentencia anterior por haber rechazado el daño moral de la concubina reclamante.

Considera que el hecho de no resultar heredera forzosa, ello no obsta a su

procedencia, pues el pronunciamiento bien pudo declarar la inconstitucionalidad de oficio del art. 1078, del Cód. Civil anterior.

Además, señala que, a todo evento, en la demanda se articularon críticas a dicha norma por colisionar con el art. 19, CN y desde ese punto de vista el planteo quedó plasmado, sin que para ello sea necesario utilizar fórmulas sacramentales. Deja planteada en subsidio la inconstitucionalidad del art. 1078, Cód. Civil anterior, por resultar violatorio de lo dispuesto en el art. 14 bis, 16, 19 y cc, CN.

Al no haberse planteado la presente cuestión en oportunidad de promover la demanda, y por ende, no haber sido sometida al análisis del juez anterior, el art. 280, del CPCC constituye un valladar para su tratamiento en la Alzada.

Se trata de garantizar la defensa en juicio y la igualdad de las partes.

La expresión de agravios no es pieza que brinde ocasión para modificar la demanda o su responde con la proposición de nuevos capítulos (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, 18.12.2008, voto Dr. Velázquez, "A., O. R. c/ A. C. A.C. s/ Daños y Perjuicios", el Dial cita AA4FF2).

2.3.

Finalmente se agravia por la regulación de honorarios de los letrados fijados a su cargo, observando que en su condena en costas la alícuota establecida para los abogados de la contraparte fue del 18%, en tanto los honorarios "que resultaron exitosos en el reclamo de su hija y a costa de la demandada", fue del orden del 14%, considerando que esa diferencia no está debidamente fundada y por ende es nula.

Más allá de reconocer los confusos términos de su agravio, corresponde señalar que, conforme con lo dispuesto en el art. 246, última parte del CPCC

y en el art. 48, ley arancelaria, no corresponde el tratamiento del recurso impetrado por extemporáneo.

3.

3.1.

Se agravia también la parte demandada.

En su primer agravio critica al decisorio por el monto de condena otorgado a la menor de autos, M. S. S., en concepto de daño patrimonial. Considera que la suma de $ 44.000 es excesiva, habida cuenta de la ausencia de prueba en ese aspecto y los parámetros tenidos en cuenta por el pronunciamiento para arribar a esa cifra.

Sostiene que el decisorio ponderó para ello que el padre de la reclamante contaba con 34 años de edad y su hija 10 años, al momento del hecho de autos; que recibía una remuneración de $ 1351,76, conforme lo informado por la C. d. F. d. P. P., que realizaba changas de electricidad y albañilería, que vivía con su pareja y su pequeña hija.

En ese aspecto, sostuvo la recurrente que, si bien el decisorio no se ha ceñido a fórmulas matemáticas, es dable reconocer que el ingreso neto del causante era mucho menor al bruto tenido en cuenta por la sentencia, esto es $ 715,01, una vez deducidos los aportes y descuentos jubilatorios correspondientes.

También considera que los ingresos en concepto de "changas" no han sido probados.

En síntesis, asevera que no existen pruebas que permitan ponderar que el padre fallecido hubiera podido proveerle a su hija mejores condiciones económicas.

He señalado en otros precedentes que, a los fines de la cuantificación del daño, no soy partidario de ajustarme a fórmulas matemáticas (cfr. mi voto,

CAPM, "M." 14/14 SDC, "G.", 30/12 SDC, entre otros), pues elimina todo margen para el arbitrio prudente del Juez y lo ciñe a cálculos rígidos.

No hay procedimientos de cálculos infalibles o exactos, sino en grado de aproximación, de allí que sólo pueden constituir una primera base genérica o un umbral mínimo y esquemático, sin perjuicio de las correcciones que pueden y deben ser introducidas para su adaptación a cada realidad particular. La justicia es la del caso concreto; cada expediente es único e indivisible, porque se están juzgando personas y no papeles (cfr. esta Cámara en "M." citado; Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas. Integridad psicofísica", T° 2ª, Ed. Hammurabi, p.427/428).

Ciertamente, no es prudente decidir un resarcimiento carente de toda base objetiva, por tal razón, entiendo justo que se proceda a hacerlo teniendo como parámetros las edades del padre y de su hija, la remuneración mensual que percibía el primero, las obligaciones derivadas de la patria potestad de naturaleza alimentaria (art. 264, Cód. Civil). Con ello, se tiene base suficiente para presumir el daño ocasionado a los reclamantes (cfr. esta Cámara, "O.", SDL 14/16).

En el caso de autos, sólo se encuentran probadas las circunstancias que el pronunciamiento indica: la edad de la víctima (34 años) al momento de su fallecimiento , la edad de M. S. (10 años) a la fecha del suceso y el ingreso del que da cuenta el informe de fs. 129, de $ 1.351,16 (bruto) y de $ 715,01 (neto).

En lo relativo a este último aspecto, justo es reconocer, a diferencia de lo que sostiene el apelante, que no se encuentra tampoco acreditado que la diferencia entre el sueldo "neto" y el "bruto" que se informa sea a consecuencia de la detracción de aportes sociales y jubilatorios, que signifique un descuento de, nada menos, del 50% aproximadamente.

En cambio, asiste razón al apelante en cuanto a que no se encuentra probado el monto del ingreso por "changas". La prueba en este aspecto ha sido paupérrima. El testigo de fs. 131 sostuvo que el causante trabajaba en tareas de albañilería y electricidad en viviendas familiares de Puerto Pirámides y que por ello percibía unos $ 2.500 o 3.000, sin aclarar durante qué período, ni identificar siquiera algunos domicilios en los que hubiera realizado tales servicios, ni qué tareas concretas llevaba a cabo; tampoco mencionó si esa suma era más o menos periódica o sólo esporádicamente la percibía en esos conceptos. Tampoco se han acompañado facturas o copias de recibos emitidos por S., menos aún constancias de pagos de impuestos sobre dichos ingresos. No resulta verosímil además que en una pequeña localidad como Puerto Pirámides tuviera trabajos de albañilería y/o electricidad asegurados mensualmente por los importes que denuncia. El testigo de fs. 169 fue más parco aun. Se limitó a señalar que "hacía changas", sin dar ningún tipo de explicación sobre los cuestionamientos formulados precedentemente.

Ninguna otra prueba se ha rendido en ese sentido,

No obstante ello, aun cuando se tuviera en cuenta que carece de verosimilitud una deducción de aportes por un 50% del sueldo bruto (lo que permite presumir que se le descontaban otros importes ocasionalmente, ajenos a los beneficios sociales y jubilatorios, como ser un préstamo o adelanto de haberes, a modo de ejemplo), y teniendo en cuenta que la prueba carece de sustentación a los fines de concluir en la existencia de "changas" por el importe que denuncia, no advierto razones para modificar el monto de condena.

Sabido es que el hijo menor de edad se encuentra en situación de amplia dependencia económica y espiritual en relación a sus padres: no se vale por sí mismo y vive a expensas de éstos, lo cual se proyecta en un imperativo legal para quienes le dieron existencia (cfr. Zavala de González, Matilde,

“Daños a las personas. Pérdida de la vida humana.”, T° 2b, Ed. Hammurabi, p.192).

El art. 1084, Cód. Civil deja a la prudencia de los jueces fijar el monto de indemnización y el modo de satisfacerla, lo que exige meritar atentamente la función que ella cumpla, con bases objetivas conforme con lo probado en el expediente (cfr. esta Cámara, SDL 33/15).

Tengo en cuenta también -en criterio que comparto con Zavala de González- que cuando se habla de “subsistencia” no se ciñe a lo requerido para “sobrevivir físicamente”, sino que se extiende a lo que se supone “existir dignamente” (Zavala de González, “Daños…Pérdida...”, p. 193). Por tales razones, considero justo y equitativo el monto de condena, fijado en $ 44.000 en el pronunciamiento anterior, con más los intereses allí fijados. Coincido con la Sra. Vocal de voto anterior que el agravio debe ser desestimado y confirmarse el decisorio anterior en este aspecto.

3.2.

También se agravia la demandada por considerar que el monto de condena en concepto de daño moral ha sido excesivo. Considera que si bien el decisorio tuvo en cuenta la edad de la hija, su estado de angustia y la afectación de su vida de relación, no ha considerado las circunstancias que rodearon a la muerte de su padre.

Reflexiona que el actor fue artífice de su propia muerte, y que ese hecho es diferente al caso del homicidio, donde otro la provoca. Además, aduna que los antecedentes que desembocaron en la muerte por suicidio (violencia de Suárez a su familia y requerimiento de ésta de la intervención policial) debieron ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar el monto de resarcimiento por este rubro.

Me adelanto a señalar que no puede cargarse sobre sus espaldas a una menor inocente la desgraciada decisión de su padre de prender fuego un colchón en un calabozo para encontrar la muerte momentos más tarde. Esa sería la resultante de disminuir el justiprecio de la indemnización. En modo alguno, la circunstancia del suicidio, puede incidir en una suerte de mitigación del daño moral sufrido ni en el resarcimiento.

Se ha sostenido jurisprudencialmente que la indemnización a título de daño moral solicitada del Estado provincial por el hijo de una persona fallecida por suicidio hallándose detenida en una comisaría, pues dicho deceso produjo en el accionante gran repercusión espiritual y angustia (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, "Atampiz, Hugo I. c. Provincia de San Juan", 28/09/2004, LLGran Cuyo 2005 (junio) , 616, AR/JUR/5880/2004).

En definitiva, no hay menos dolor espiritual por el modo en que se produce el deceso de un padre, quien toma una decisión como la de Suárez, conducta que en todo caso puede reprochársele (sin perjuicio de la juzgada respecto del Estado provincial), pero en modo alguno transferir esa culpa a su hija menor, quien resultó ser ajena a esa decisión.

Por tales motivos debe rechazarse esta porción de la queja.

4.

Las costas de esta Instancia deben ser impuestas en el orden causado (art. 69, 2ª parte, del CPCC).

Los honorarios de los profesionales intervinientes por la actuación en esta Alzada deben ser fijados conforme lo establece la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts. 5, 6., 7, 8, 9, 38, 60 y cc, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) **CONFIRMAR** la sentencia de fs.284/296 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) **IMPONER** las costas de la Alzada en el orden causado. (art. 69 2da parte del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. J. F. A. en el 27 % y los del Ab. D. G. L. en el 27%, de los que resulten determinados en la instancia de grado, con más el IVA si así correspondiera. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

3) **DE FORMA**.

A LA SEGUNDA CUESTION: el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

En orden a lo expuesto precedentemente corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi 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 mayo de 2016.

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) **CONFIRMAR** la sentencia de fs.284/296 en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) **IMPONER** las costas de la Alzada en el orden causado. (art. 69 2da parte del CPCC). **REGULAR** los honorarios del Ab. J. F. A. en el 27 % y los del Ab. D. G. L. en el 27%, de los que resulten determinados en la instancia de grado, con más el IVA si así

correspondiera. (arts. 5 y 13 de la ley arancelaria).

3) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDC. CONSTE