En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo R. Enrique H., y asistencia de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"H., D. M. y otra c/ M. M., A. y otro s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 625/19,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 2 (expte. nro. 1/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 649), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo R. Enrique H., Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 611/623vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Ricardo R. Enrique H. dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera el codemandado Sr. A. M. M. (fs. 626, agravios fs. 634/636). Corrido el traslado de la expresión de agravios, fue contestado por la contraria (fs. 639/641). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el Sr. M. H. y la Sra. P. A. M. interpusieron demanda de daños y perjuicios contra los Sres. A. M. M. y J. F. A. con motivo del fallecimiento de su hijo L. G. H. por la suma de pesos tres millones trescientos cincuenta y ocho mil ($3.358.000). Sostuvieron su legitimación

activa como progenitores, y la de su hijo J. H., como hermano, para reclamar por los daños padecidos. Detallaron los daños. Fundaron su reclamo. Ofrecieron prueba. Efectuaron reserva del caso federal. En oportunidad se presentó el codemandado Sr. A. M. M.. Opuso excepción de defecto legal. Planteó la falta de legitimación pasiva y activa. Contestó demanda. Negó hechos. Ofreció prueba. Peticionó se rechace la acción impetrada en su contra. Con costas. Con posterioridad se presentó el demandado Sr. J. F. A.. Opuso excepción de prescripción y defecto legal. Planteó falta de legitimación pasiva y activa. En subsidio contestó demanda. Negó hechos. Ofreció prueba. Solicitó el rechazo de la demanda, con costas. Se desestimó la excepción de defecto legal planteada, la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el coaccionado Sr. A. M. M., se admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el codemandado Sr. J. A.. Asimismo, se admitió la excepción de falta de legitimación para obrar respecto del niño J. N. H.

opuesta por la demandada. Producida que fue la prueba ofrecida por las partes, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia de la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda deducida por el Sr. D. M. H. y la Sra. P. A. M. contra el Sr. A. M. M., condenándolo a abonarles la suma de pesos tres millones ciento diecinueve mil ochocientos ($3.119.800); integrada en concepto de daño moral por la suma de $700.000 para cada uno de los actores, pérdida de chance por la suma de $400.000 para cada uno de los progenitores, incapacidad sobreviniente la suma de $57.600 para la actora Sra. P. A. M., daño emergente la suma de $47.000 y tratamiento psicológico la suma de $115.200 para el actor Sr. D. M. H., todas ellas más los intereses. Impuso las costas

al demandado vencido. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

II. Agravios:

Contra el decisorio se alzó el demandado. Cuestionó en sus agravios que el señor juez tuviera por acreditado que el portón no fue instalado durante la vigencia del contrato por la parte actora; no meritara el magistrado la culpa de la víctima; el grado de responsabilidad atribuido a los progenitores del niño, la imposición de costas y la decisión sobre la pérdida de chance.

Diré, ante todo, que suelo reiterar en mis votos que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo tribunal, que "los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos, 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:836), y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (301:970 y 311:1191)".

Entonces, y en acotado relato, diré que al interponer demanda los actores reclamaron la suma de $3.358.000 con motivo del fallecimiento de su hijo L. G. H., quien perdiera la vida a consecuencia del aplastamiento de un portón perteneciente al inmueble de propiedad del codemandado A. M. M., que les fuera ofrecido y alquilado por el codemandado Sr. J. A. en su condición de titular de la
Inmobiliaria A. de esta ciudad.

Se expidieron respecto a su legitimación activa y a la de su hijo J., este último en calidad de hermano de la víctima. Asimismo, se refirieron a la legitimación pasiva tanto del locador del inmueble, como del titular de la inmobiliaria que actuó como intermediario en la celebración del contrato de locación.

Narraron que el día 9 de enero de 2013, siendo las 21.05 h, su hijo L. se dispuso a abrir el portón corredizo de la casa como lo hacía habitualmente. Señalaron que se trataba de una acción que no requería fuerza para ser ejecutada, solo empujar el mismo para que se abra. Destacó el Sr. H. que dicha acción no era imaginada ni por él ni por ningún miembro de la familia como una amenaza, resaltando que en otras oportunidades la apertura del portón corredizo se realizó estando juntos los dos niños de la familia.

Respecto del hecho del accidente, expusieron que al iniciarse la apertura del portón este comenzó a deslizarse liviana rápidamente sobre la guía y luego de manera sorpresiva e inentendible el portón corredizo se salió de la guía y cayó bruscamente sobre L..

Recordaron que el Sr. H., y la testigo Sra. V. C. M., presenciaron como el niño abría el portón sentados dentro del auto en paralelo. Señalaron que cuando bajaron del auto desesperadamente la víctima ya estaba gravemente herida, sin mostrar signos vitales.

Relataron que seguidamente el padre con la ayuda de un desconocido levantaron entre ambos el portón y luego de observar la gravedad de los traumatismos y la carencia de signos vitales trasladaron al niño a la Clínica Pueyrredón.

Expusieron que, pese a los esfuerzos médicos, L. falleció pocos minutos después, a las 21.15 h, producto de las heridas ocasionadas por el portón corredizo, según certificado de defunción firmado por el médico Claudio M. del cual surge como causa básica de muerte politraumatismo contuso toráxico y craneal, el cual se produjo por la caída de un portón de acero sobre su cuerpo.

En cuanto a la casa en la que se produjo el hecho, expresaron que por intermedio de la Inmobiliaria A. en noviembre de 2012 reservaron la locación mediante la

entrega de los honorarios de la inmobiliaria, la seña por alquiler y otros ítems propios de una reserva de locación. Señalaron que en fecha 13 de noviembre se suscribió el contrato entre las partes.

Mencionaron que luego del fallecimiento de L. la familia optó por no vivir más en la vivienda, hecho que generó la necesidad de terminar el contrato. Dijeron que intervino el Sr. J. A. quien redactó y firmó una propuesta de rescisión anticipada con algunos errores, que tenían que ver con obtener una renuncia del locatario a iniciar acciones legales por la muerte de su hijo. Sostuvieron que dicha rescisión fue rechazada en tanto además poseía una fecha anterior al trágico episodio (2 de enero de 2013). Manifestaron que finalmente se firmó la rescisión en fecha 7 de febrero de 2013.

Seguidamente describieron la composición familiar, aportando datos sobre su convivencia. Detallaron las características personales de L.. Expusieron los padecimientos que atravesó el grupo familiar luego del fallecimiento, señalando que durante todo el año posterior a la muerte del niño recibieron asistencia psicológica.

A continuación, hicieron alusión al carácter riesgoso del portón corredizo que causó el fallecimiento de L., aduciendo que se encontraba mal instalado. Dijeron que si la exigua fuerza de un pequeño de 9 años hizo que el portón corredizo se cayera, este era en sí mismo una cosa riesgosa, pues podría haber caído tanto por la inercia producida por la fuerza del niño como por cualquier movimiento ejercido por otras personas, mayores o menores o por el propio viento. Se refirieron al estado psíquico de la familia destacando que J. quedó muy mal y que quien resultó mayormente afectada fue la coactora.

Especificaron los rubros reclamados y los cuantificaron. Estimaron en concepto de daño moral la suma de $700.000 en favor de cada accionante, por el rubro daño material por pérdida de chance las suma de $400.000 para cada progenitor, por incapacidad sobreviniente estimaron en favor de la progenitora la suma de $150.000. Por daño material por tratamiento psicológico para el progenitor peticionaron la suma de $308.000, lo que hace un total de $3.358.000.
Solicitaron la actualización de los montos de condena al momento de su dictado, sin perjuicio de la aplicación de intereses moratorios.

Fundaron en derecho. Se refirieron a la responsabilidad civil del dueño del inmueble. Asimismo efectuaron consideraciones respecto a la responsabilidad objetiva del locador y del agente inmobiliario. Se expidieron respecto de la buena fe contractual y la invalidez de las cláusulas de eximición de responsabilidad. Aludieron al deber de seguridad que le cabe a la demandada locadora. Aportaron jurisprudencia y doctrina para dar sustento a sus reclamos.

A su turno, el codemandado A. M. M. opuso la falta de legitimación activa del niño J. H.. Sostuvo, a efectos de repeler la responsabilidad atribuida, que el portón objeto del siniestro no fue por él instalado. Dijo que del contrato suscripto por las partes no surge la existencia de ningún portón. Dijo que el Sr. H. fue quien, sin autorización, procedió a la instalación de un portón que resultara riesgoso. Asimismo planteó la negligencia en la obligación de cuidado de los padres.

Hizo alusión a la buena fe contractual e invocó las cláusulas 7 y 17 del contrato. Impugnó sucintamente el reclamo por el rubro perdida de chance, y se opuso al progreso del reclamo por daño moral.

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado, el recurrente sostuvo que se

equivocó el juez al entender no probada la instalación del portón durante la vigencia del contrato de locación celebrado entre las partes.

Explicó que en el contrato se encuentran enunciadas las comodidades, condiciones y objetos que forman parte del inmueble, afirmando que en ninguna de esas cláusulas y/o enumeraciones se menciona la existencia de un portón, ya que este fue exclusivamente instalado por los actores sin su consentimiento. A su entender ello, constituye una prueba clave y fehaciente de que no ha sido instalada antes de la celebración del contrato.

Agregó además que en virtud de lo expuesto no resulta de aplicación la presunción normativa de los arts. 2328, 2518, 2159 y 2520 del Código civil.

Seguidamente, se agravió en tanto el juez no tuvo en cuenta la conducta de la víctima y su participación en el desafortunado hecho. Sostuvo que el accidente que lamentablemente terminó con la vida de L. fue causado por su propia culpa, lo que constituye una eximente de responsabilidad conforme el art. 1113 del Código Civil.

Expuso que L., al querer manipular el portón (cosa riesgosa) con mayor peso, altura y entorno, provocó la caída del mismo, al querer utilizar un objeto de tal magnitud que por su corta edad constituía un peligro inminente y cierto para su vida. Transcribió doctrina.

A continuación, en su tercera crítica se alzó contra el porcentaje de responsabilidad que por el hecho se atribuyó a los progenitores del niño.

Cuestionó que el magistrado condenara a los actores en un 20% aduciendo que ellos mismos manifestaron en la demanda que el portón era una cosa riesgosa, y el niño L. lo accionaba en cuanto a la apertura y cierre de forma habitual.

Dijo que los progenitores violaron el deber de vigilancia permitiendo que el niño manipule la cosa riesgosa, alegando que, de haber obrado con la debida

atención y cuidado, se hubiera evitado que abriera el portón y que sucediera el accidente fatal. Sostuvo que este es un supuesto de "culpa in vigilando" y que en razón de ello debe eximírselo de responsabilidad. Transcribió jurisprudencia sobre el punto.

Luego se agravió por la imposición de costas. Expresó que no obstante la demanda fue admitida en forma parcial, el juez no aplicó el art. 72 del código adjetivo local.

Afirmó que a pesar del principio general de la derrota, no debe abonar el 100% de las costas, sino el 80% en tanto el juez ha determinado la culpa concurrente del hecho ilícito, peticionando así se resuelva.

Por último, se agravió por la admisión del rubro pérdida de chance, alegando que no se acreditó en autos la futura ayuda que podría aportarle el menor a sus progenitores.

Señaló que al dictado de la sentencia los accionantes cuentan con 44 y 45 años respectivamente y tienen por delante entre 15 y 20 años para jubilarse. Explicó que en tanto tienen casi dos décadas para progresar económicamente, no se verifica el cumplimiento del requisito de la existencia de un perjuicio futuro con la posibilidad de convertirse en cierto. Agregó que además que la ayuda en un futuro puede ser ejercida por su hijo J..

A su entender la temprana edad de los progenitores y la existencia de otro hijo impiden la procedencia del rubro. Efectuó transcripciones jurisprudenciales en aras de abonar su postura.

Efectuada la reseña precedente, y ya en el abordaje de la solución, advierto que al contestar la expresión de agravios peticiona la parte actora se decrete la deserción del recurso interpuesto, manifestando que el mismo no cumple con la crítica concreta y razonada de

las partes del fallo que se consideran equivocadas, exigencia impuesta por el ordenamiento ritual.

Sin perjuicio de ello, el planteo que formula en relación con el escrito impugnatorio debe ser resuelto en el marco del aseguramiento del derecho de defensa, es decir, con base en un amplio criterio de admisión.

Repárese que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia expresamente ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone la ley procesal respecto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tenerla por satisfecha (*cf*. autos "G. Vda. de F., E", del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular", del 22-03-00, Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales", del 23-0301, SAIJ01150056, entre otros).

Ahora bien, dejando a salvo mi postura en relación con el tema, y tal como lo he expresado en votos anteriores, entiendo que tal criterio de admisión, amplio, no debe ser llevado al extremo que implique su aplicación lisa y llana en todos los casos, sin importar como haya sido interpuesta la apelación, ello dado que los requisitos impuestos por el código procesal en orden a su procedencia también conforman el sagrado derecho de defensa, que a veces parece ser valorado únicamente desde la perspectiva del apelante, mas no desde la del apelado. Más allá de tales consideraciones, en el caso particular, considero que debe abrirse la instancia y tratarse el recurso interpuesto, razón por la que desestimaré la solicitud de deserción efectuada.

También he de formular una consideración previa más, ello en razón de la hora en que me toca expedirme en el presente y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (CCyC). En el caso puntual, y en atención a la letra del artículo 7 del cuerpo normativo, resulta de

aplicación la ley vigente al momento en que se constituyera la relación jurídica, esto es cuando acaeciera el acto ilícito del que derivara la acción cuya sentencia es aquí apelada, razón por la que corresponde sea juzgada a la luz de las disposiciones del anterior Código Civil.

Así, y en el marco del primer agravio insiste nuevamente el recurrente sobre el hecho de que en el contrato de locación celebrado entre las partes no estuviera consignada la existencia del portón corredizo, cuya caída provocara el lamentable fallecimiento del menor.

Sin perjuicio de que dicha argumentación compusiera ya el responde de la acción impetrada por parte del demandado apelante, y fuera asimismo objeto de puntual tratamiento en el decisorio impugnado por parte del señor juez de la instancia de grado, cierto es que de la prueba producida en autos surge claramente que el mentado portón fue colocado con posterioridad a la celebración del contrato. Así es destacado en el fallo en virtud de la declaración testimonial de la Sra. M. (audiencia fs. 477, sentencia fs. 619vta.), mas también consta en autos que lo afirmaron los propios actores en oportunidad en que absolvieran posiciones (fs. 509 y 511, en ambos casos en respuesta la posición 4).

Luego, resulta irrelevante que el portón no fuera individualizado al momento en que se perfeccionara el contrato de locación, sino que lo que aquí interesa es determinar la responsabilidad civil derivada del daño que efectivamente aquel elemento produjo.

Y en ese *iter*, aclaró en oportunidad el actor que no dirigió la demanda contra quien instaló el portón, porque desconoce quién lo hizo, sino contra el locador del inmueble (fs. 177vta.).

Es claro que quien introdujo en la litis la cuestión de la instalación fue el demandado, quien endilgó dicho

accionar al actor –entonces locatario Sr. H. (fs. 137vta. *in fine*)-. Sin embargo, y como bien lo señala el sentenciante, no logró probar dicho extremo en el proceso. De allí que, la sentencia atendiera a la responsabilidad objetiva del demandado en su carácter de locador (art. 1113 y 1516 CC velezano). Lo expresado hasta aquí conduce a rechazar el primer agravio del apelante.

Ya respecto de la segunda queja, en la que se plantea la culpa de la víctima, se advierte que dicha defensa no integró la contestación de demanda, sino que el apelante intenta introducirla en esta instancia. Ello así, queda por tanto al margen de la discusión en la alzada so pena de violentar elementales principios vinculados al debido proceso y al derecho de defensa.

Es que, atento al acotado marco que corresponde a la apelación lo cierto es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN) (CCiv.Com. Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, Rep. LL, 2003-1796, n° 33, y LLBA, 2003-1167).

Constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieren la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión del juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.

Así, y so pena de pecar de reiterativo, "La Alzada solo puede juzgar aquellas cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, porque el límite

de los poderes del *ad quem*, está dado por los capítulos propuestos a la decisión el juez de primera instancia (C3°Civ.Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, 9/9/02, Rep. LL, 2003-1978, n° 42,y LL Gran Cuyo, 2003-154). Se rechaza el segundo agravio.

En el tercer agravio se cuestiona la responsabilidad de los progenitores. Pretende por distinta vía el recurrente que en virtud de la misma se lo exima de la responsabilidad objetiva.

Respecto del punto, es dable destacar que la parte actora no interpuso recurso de apelación contra la resolución que la encuentra responsable en un 20%. Es así que, independientemente de no coincidir con el señor juez de grado en orden a dicha decisión, destaco que la alzada se encuentra vedada de resolver sobre cuestiones que no han sido sometidas a su tratamiento, razón por la que no ingresaré al tratamiento de la misma.

Ahora bien, resulta indiscutible a mi juicio que un portón no constituye de por sí una cosa riesgosa, sino que adquiere dicha calificación en tanto presente defectos de diseño o fabricación, o bien se encuentre incorrectamente instalado. Es dable, en el caso, presumir que se verificó alguno de dichos supuestos, desde que aquel luego de comenzar su deslizamiento cayó sobre el menor provocando la lamentable consecuencia de su deceso. Tal razonamiento me lleva a concluir que, más allá del mentado deber de cuidado, el portón habría caído independientemente de quien lo operara. Entonces, si bien no habrá de modificarse lo resuelto atento a la falta de recurso de los accionantes, como asimismo por aplicación de la prohibición que deriva del principio de la *reformatio in pejus*, tampoco haré lugar al agravio que pretende se exima de la responsabilidad objetiva al demandado.

En cuanto al cuarto agravio, y la cuestión vinculada a la imposición de las costas del proceso, la atribución

de responsabilidad concurrente efectuada en la sentencia basta por sí misma para admitir la queja del apelante. Es que, si bien el principio general en los procesos por indemnización por daños y perjuicios es que las costas integran el resarcimiento, hace excepción a esta regla el acogimiento parcial de la demanda por aquella razón, vale decir la distribución de la responsabilidad del hecho en cabeza de actor y demandado. Dispondré en consecuencia que las costas se impongan en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora.

Por último, y en atención al agravio referido al rubro "pérdida de chance", reparo que el recurrente no cuestiona la cuantía que fuera otorgada por la partida, sino que se admitiera la misma, argumentando sobre su improcedencia, tal como lo dijera ya párrafos arriba.

Sin embargo, su postura demuestra apenas una mera diferencia con el criterio empleado por el juzgador, y que no es idónea para conmover lo decidido. Es que, más allá de los fundamentos correctamente expresados por el señor juez de grado en orden a conceder el rubro en cuestión debe destacarse que cuando se trata de la muerte de los hijos, especialmente menores o incapaces, o solteros y sin descendencia, se infiere a favor de los padres la existencia de un daño material, cierto y actual, que consiste en la pérdida de una chance. Es decir, y a diferencia de lo que el recurrente sostiene, no nos encontramos aquí frente a daño "presunto".

Debe tenerse en cuenta que "lo reparable no es el beneficio esperado, sino la probabilidad perdida" lo que, en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación. Y esa chance de daño patrimonial de los progenitores por el fallecimiento del hijo menor, no decae por el hecho de que tenga un hermano -que en todo caso será un factor de ponderación del juez a la hora de fijar el quantum indemnizatorio- desde que la probabilidad del padre de necesitar esa ayuda, y la

posibilidad del hijo de prestarla, podrá ser mayor o menor, podrá ser completamente insignificante y aún desaparecer, pero en tanto exista, la pérdida de la "chance" es un daño cierto en la misma medida que su grado de probabilidad. Rechazaré el agravio.

Resueltas las quejas, y respecto de las costas de la alzada, desde que la solución a la que arribara no influye en la esencia de la cuestión objeto de debate, las impondré a la demandada vencida por el principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Ricardo R. Enrique H. dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto y en consecuencia modificar la sentencia únicamente por cuanto impone las costas de la primera instancia a la demandada, imponiendo las mismas en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora, según considerando respectivo.

2) Imponer las costas de la alzada a la demandada apelante vencida (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

1. El fallo apelado y los agravios:

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante; a tal síntesis me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

El preopinante también consideró que el recurso tenia habilidad formal para sortear el examen de admisibilidad, razón por la cual y porque adhiero al

criterio de máxima tolerancia en la valoración del memorial de agravios de acuerdo a la manda del art. 268 C.Pr., abordaré el tratamiento del recurso.

2. Tratamiento de los agravios:

Mediante el primer agravio cuestiona la conclusión respecto de la instalación del portón e insiste, como dijo el preopinante, que en el contrato de locación no se menciona la existencia del portón y de allí deriva que no cabe presumir que fue puesto por el propietario.

El juez partió su razonamiento de considerar que conforme lo disponen los arts. 1514, 1516 y 1517 del C.C., el locador tiene la obligación de entregar, mantener y conservar la cosa locada en buen estado.

Consideró que el portón es accesorio del inmueble y no estando probado quién lo instaló concluyó que lo fue por el dueño. Luego, la deficiente instalación y mantenimiento que extrae de la prueba pericial e informativa de la Seccional 3era. de Policía –que da cuenta del tamaño y características del portón- lo convirtió en cosa riesgosa por la cual debe responder el dueño, quien además es guardián de la cosa y se beneficiaba con la misma.

Frente a ello, fácil es advertir que el agravio resulta por demás insuficiente para lograr conmover la decisión del juez de la instancia anterior.

Y ello por varios motivos: el principal es que no se hace cargo de la prueba obrante en la causa que da cuenta que el portón efectivamente fue cambiado e instalado uno nuevo durante la vigencia del contrato. Ello surge no solo de la testimonial que refiere el juez de la Sra. A. N. M., sino también de las confesionales de los actores a propuesta del propio recurrente. Refuerza ello la falta de prueba del demandado del hecho que invocó como eximente: esto es la instalación del portón por parte del locatario actor.

Es que la calidad de dueño de la cosa y la circunstancia de que el daño emane del objeto del dominio del locador engendra por sí la responsabilidad de no demostrarse la culpa total o parcial de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

Aun en el marco del código velezano, si bien el art. 1113 se ubica bajo el título de la responsabilidad por hechos ilícitos, se trata de una responsabilidad objetiva que también se extiende al ámbito contractual, donde pueden influir la creación del riesgo como el provecho que se obtiene de su actividad (*cf.* Alterini, Ameal y Lopez Cabana, "Derecho de obligaciones", ap. 476).

Porque la calidad de titular del dominio del inmueble, que de por sí origina responsabilidad ya se trate de vicios de construcción o de mantenimiento recae sobre él, por virtud de la exigencia de los arts. 1515 y 1516 que lo obligan a mantener la cosa en buen estado sin que obste a tal conclusión y deber la existencia de una cláusula en el contrato por la cual se declara que el locatario recibe en buen estado el inmueble.

Así, se ha sostenido que el demandado responde en su calidad de dueño del inmueble en donde se ubicaban las cosas riesgosas o viciosas, en los términos de lo dispuesto por el art. 1113, segunda parte, segundo apartado del CCiv.; y también responde en su condición de locador de la unidad que alquiló a las víctimas fatales del entuerto, en conformidad con lo dispuesto por los arts. 1514 y 1515 del ordenamiento referido, al violar la obligación de entregar y mantener en buen estado de uso y conservación la cosa alquilada, junto a sus accesorios, como sin dudas lo constituye el portón de acceso a la vivienda, de modo que estos hiciesen propia la cosa al uso para el cual fue contratada (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II; 25/8/2015 "L. A. L. y

otras c/ Distribuidora de Gas Cuyana S.A. s/ daños y perjuicios", cita: MJ-JU-M-94248-AR - MJJ94248.414 del CC; en igual sentido CNCIv, Sala K, 13/4/2007 "G.N y otros c/ C.A.C. s/ daños y perjuicios"; íd. C.N.Civ., Sala "C", 30.12.99, Sarso, Angel Víctor y otro c/ Morrison, Gregorio y otros s/ daños y perjuicios cit. por Patricia Barbado, "El tratamiento en la jurisprudencia de los daños causados por inhalación de gases tóxicos evacuados por calefones o estufas a gas", MJ-DOC-2951-AR - MJD2951).

Por ello y en los términos de las constancias de la causa, especialmente la prueba producida, no cuestionada por el recurrente, la conclusión del juez no se modifica por la falta de mención en las cláusulas contractuales de la existencia del portón.

Además olvida el recurrente que la responsabilidad se objetiva por el deber de seguridad que engendra el principio de buena fe consagrado por el art. 1198 del CC. Es decir, aquel deber jurídico calificado de protección, complementario, distinto y autónomo de la obligación principal que, expresa o tácitamente, las partes asumen, tendiente a preservar sanos y salvos a la persona y bienes de su contratante durante la ejecución de la obligación principal con el fin de satisfacer plenamente el interés del acreedor en el cumplimiento del contrato, el propietario resulta responsable del hecho por cuanto quedó acreditado que el portón estuvo deficientemente instalado y mantenido por el dueño del inmueble.

Por último, tampoco se hace cargo el recurrente del último argumento que dio el juez respecto de la responsabilidad que le cabe a quien obtiene un beneficio proveniente de la renta del inmueble.

Es que la responsabilidad objetiva adquiere aún más fuerza en el caso del locador desde que este asume un costo riesgo beneficio proveniente de la renta del

inmueble, por lo que no estando probado que el locatario instaló el portón, no corresponde eximirlo de responsabilidad, pues le correspondía al dueño locador la inspección del inmueble a los fines de asegurar su buen estado. Coincido entonces con la propuesta del Dr. H. en cuanto el agravio debe rechazarse.

b) El segundo y tercer agravio están íntimamente vinculados. En ambos, aun con distinto título ("culpa de la víctima" y "responsabilidad civil de los progenitores del menor L. H.", el recurrente pretende que se lo exima de toda responsabilidad. Afirma que la demanda debe ser rechazada porque el accidente por el que perdió la vida L. fue por su propia culpa (ver fs. 634vta.) y porque si los progenitores hubieran llevado a cabo una debida y constante diligencia sobre el deber de cuidado que pesaba sobre el menor, hubiera evitado que L. lo manipule y el portón se cayera sobre él, razón por la cual debe eximirse, en su totalidad de responsabilidad objetiva.

Comparto plenamente la solución propuesta por quien abre el acuerdo, pues la eximente: culpa de la víctima, no fue invocada al momento de trabarse la litis y por ello cae bajo la limitación impuesta por el art. 272 del C.Pr. Ello sin considerar que la víctima en el caso es un menor de 10 años, y por lo tanto su hecho no puede considerarse voluntario.

Y a mayor argumento señalo que el demandado recurrente solo argumentó como eximente la instalación del portón por parte del actor damnificado y, como quedó dicho, tal extremo no fue probado.

En cuanto al deber de cuidado de los progenitores cabe entender que cuestiona el porcentaje atribuido a los padres en la incidencia causal del evento pretendiendo que sea considerado como ruptura total del nexo causal.

Aun cuando se acreditó la calidad de riesgosa de la cosa, ello es sin perjuicio de que concomitantemente con

el riesgo de la cosa concurran deberes de cuidado de los padres.

En la investigación y determinación del nexo causal adecuado, corresponde analizar si la conducta de los padres de la víctima presentó idoneidad para el resultado nocivo, a fin de constatar si la actividad de ellas puede considerarse como un eximente de responsabilidad para disminuir la reparación debida por el accionado, en forma proporcional a la incidencia de dicha conducta en la producción de la ocurrencia dañosa.

Los padres tienen el insoslayable deber de proteger a sus hijos, quienes están bajo su autoridad y cuidado (arg. arts. 264 y 265 del C. Civil) y ese deber implica también la necesidad de vigilancia para impedir que se causen daños o que se los causen otras personas; vigilancia que lógicamente se acentúa cuando se trata de hijos pequeños, carentes de discernimiento y, por tanto, frecuentemente ignorantes de los peligros que pueden acecharlos. La omisión de ese deber de vigilancia puede ser una causa mediata (o una concausa) del daño que sufre el hijo, sea que, inmediatamente, este se lo cause a sí mismo, o que lo produzca otra persona.

Se sostiene que "Cuando los padres accionan por la muerte de un hijo, y aunque no hayan incurrido en ninguna omisión con incidencia etiológica del hecho, si este es exclusivamente imputable (en el sentido de imputación fáctica o causal) al hijo fallecido, no podría prosperar la pretensión resarcitoria de aquellos contra terceros, o prosperará solo en parte si el siniestro es atribuible concausalmente al extinto. La responsabilidad de los padres resulta inexcusable y al respecto no pueden brindarse reglas inflexibles, todo depende de las circunstancias de cada caso en particular.

Soler llama concausa a la condición que concurre a la producción del resultado con preponderancia sobre la acción del sujeto (Soler, Secretaria de Cámara S.,

"Derecho Penal", t. I, págs. 106/107, citado por Compagnucci de Caso, R. H., "Responsabilidad Civil y relación de causalidad", ed.
Astrea, 1984, Capítulo III, págs. 55-56).

En el caso que examino, la perita ingeniera (fs. 586) informa que en los portones corredizos, las guías carrileras inferiores deben tener la profundidad correcta para evitar que se descarrile y las superiores del largo suficiente y espesor adecuado para que las cargas se encuentren bien distribuidas. En el caso, dijo que la guía superior del portón analizado no tenía la rigidez necesaria, agregando que es posible que se haya ido deteriorando con el tiempo y la influencia de los esfuerzos producidos por viento y su peso.

Por su parte, del acta de intervención policial del 9/1/2013 (fs. 283/284) surge que el portón de marras media 3,50 m de ancho por 1,90 m de alto, construido con caños huecos metálicos cuadrados en sus marcos y malla metálica en su parte media, que en su parte inferior poseía dos ruedas metálicas, y una puerta de acceso peatonal.

Advierto también, que el acta da cuenta que la guía superior estaba colocada a una altura de 1,88mts sobre el paredón de corrida al abrirlo. Es decir aparentemente además de no tener la rigidez necesaria (según pericia) estaría colocado a una altura en la que contendría solo en 2cm el cuerpo del portón (que según se dijo era de una altura de 1,90 m). Con ello puedo colegir que no cumplió la función de contención de la puerta al correrla y la carga solo era soportada por el riel inferior. Además en las fotos obrantes a fs. 165/166 y en el legajo del caso 50196/13 se aprecia su tamaño, exiguo para contener una hoja de 3 m en el tránsito de apertura-, y endeblez teniendo en cuenta el recorrido que debía transitar para ser abierto o que

debía soportar en caso de abrirse la puerta de acceso peatonal.

Es decir, la cosa, presentaba un vicio en su construcción y colocación que la tornaba riesgosa de acuerdo a su destino.

Tal extremo refuerza el dictamen pericial en cuanto a que la instalación del portón fue deficiente.

En este razonamiento, no hubo un cuidado diligente del menor.

Pues permitir que abra el portón, teniendo en cuenta su edad y su constitución física (delgada conforme dijo el Sr. Mata, profesor de fútbol) evidencia "omisión de la diligencia debida" y en definitiva refleja una culpa *in vigilando* que autoriza a distribuir la responsabilidad en el acaecimiento del siniestro, pero en modo alguno puede erigirse en la causa única del resultado.

El demandado como dueño del inmueble incurrió evidentemente en omisiones de medidas básicas de seguridad en relación al portón instalado que lo convirtieron en una cosa riesgosa capaz de producir un daño como el que nos ocupa. Tales circunstancias al ser decisivas para la producción del resultado, autorizan a establecer un porcentaje mayor de responsabilidad a cargo de locador/dueño como el fijado en primera instancia (80%).

De acuerdo a ello corresponde rechazar el presente agravio

c) En su última queja argumenta que la edad de los padres (44 y 45 años a la fecha del accidente) y la existencia de otro hijo obstan a la procedencia de la partida pérdida de chance.

"La expresión "pérdida de chance" comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero,

generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial (*cf*. López Mesa, M., en Trigo Represas - López esa, "Tratado de la responsabilidad civil", edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T I, p. 465; MAYO, J., La pérdida de la "chance" como daño resarcible, en LL 1989-B-105; Cazeaux, Pedro N., "Daño actual, daño futuro, daño eventual o hipotético. Pérdida de chance", en "Temas de responsabilidad civil. En honor del Dr. Augusto M. Morello", cit., p. 23, nro. 10).

La evaluación de chance indemnizable requiere una evaluación de probabilidades.

Pero que la víctima debe estar al momento del evento dañoso situada en una situación idónea para aspirar a la obtención de las ventajas que proporciona la oportunidad, no resulta ser un requisito de procedencia.

Matilde Zavala de González considera que "no es necesario que hoy (al tiempo del hecho dañoso) la víctima estuviese en la situación idónea para aspirar a la realización de las ventajas. Lo exigible es solo un contexto favorable que permita suponer que, sea de inmediato o inclusive más adelante, se habría llegado a estar en la situación que permitiría el logro de los beneficios esperados.

Al respecto, el CCCN establece en el art. 1745 inc. c: "En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: … c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido". La norma crea una presunción de daño de los padres cuando el fallecido es su hijo, ampliando la misma a todos aquellos que tengan la guarda de un menor fallecido. Se reconoce así la posibilidad de reclamar como indemnización la pérdida de chance de ayuda futura ante el fallecimiento de los hijos (…). La presunción

comprende, en el caso de muerte de los hijos, la pérdida de chance de asistencia material en la ancianidad, lo que se justifica porque según el curso normal y ordinario de las cosas, los hijos tienden a brindar ayuda material y espiritual a los padres en esa etapa de la vida. Por otro lado, se ha juzgado, a tenor de los artículos 1079 y 266 del Código civil derogado y arts. 537 y 671 inc. c del CCCN, que pesa sobre los hijos la obligación de brindar alimentos a los padres cuando las circunstancias así lo requieran. Los padres tienen el derecho de invocar una "chance" de ayuda material, lo cual importa un devenir normal y previsible por lo cual no requiere demostración específica.

Es decir la procedencia de la partida está fuera de discusión con base en la edad de los padres.

No obstante, la existencia de otro hijo puede incidir en la cuantía del rubro, no en su procedencia. Pues el otro hijo, tiene la misma carga y posibilidades de brindarles ayuda alimentaria en caso de necesidad, disminuyendo así la chance de una privación alimentaria "real" en caso de necesidad en una edad avanzada.

En tal sentido se dice que "Debe merituarse la existencia de otro hermano respecto de quien tiene la madre la facultad de requerir alimentos y considerarse las dos etapas en que habitualmente se cumple la ayuda de los hijos (Primera Cámara Civil de Mendoza "Palma, Ana Inés c/ Daniel Pérez s/ ORDINARIO" - Fallo: 96190112 1996/08/28 el Dial MC186B; íd Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro Sala II, Causa n° 111.532 RSD 163 del 13.12.11 "Olivera c/ Lescano" (Krause-Carmen Cabrera de Carranza((G) y causa 110.101 del 22.2.11 el Dial SIAB0).

Es por ello que admitiré parcialmente el agravio.

Como "Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida" (Mayo J. A. "La pérdida de 'chance' como daño resarcible", L.L. 1989-B-106), lo que,

en el fondo, trasunta un criterio cuantitativo y no cualitativo de ponderación (*cf*. "in extenso" Piaggio Aníbal "Azar y certeza en el derecho de daños", E.D. 152-815) y propongo reducir la partida.

Es que a los fines de efectuar una justa y adecuada estimación debe ponderarse que los actores no brindaron una sola justificación ni ofrecieron prueba del monto reclamado por el concepto.

Respecto de cuáles son las bases o parámetros, debe considerarse que L. G. tenía 9 años al momento del deceso (*cf*. certificado fs. 5), la juventud de sus padres (37 y 38 años al momento del deceso, según surge del certificado de fs. 7), que el hogar estaba integrado además por otro hermano, menor a esa fecha, que el padre trabajaba como empleado de correo (ver recibo de sueldo de fs. 16) y la madre es ama de casa, el desempeño escolar del menor (fs. 309/361). En ese orden de ideas debe también tenerse en cuenta que es propio del acontecer normal de las cosas que a cierta edad, que ocurre entre los 25/35 años, el niño constituya su propia familia lo que detrae la efectividad de la ayuda material a sus padres y que dada la juventud de los padres la probabilidad de su existencia sería prolongada en un plazo no menor a 20 años.

Con esos datos, acudiendo a precedentes de otros tribunales y a los propios de esta Cámara, deduciendo el monto necesario para la subsistencia del individuo, existiendo otro hermano en igualdad de condiciones y deberes, acudiendo a pautas de prudencia y antecedentes de este Tribunal, la suma de $400.000 que el juez *a quo* acordó resulta elevada.

Propongo reducirla a la suma $50.000 para el Sr. D. M. H. y $50.000 a favor de la Sra. P. A. M..

Demás esa decir que los montos de condena deben ser afrontados por el demandado en la proporción de la responsabilidad que le ha sido adjudicada en el evento.

(80%).

3. Costas y honorarios:

Atento a la solución que propongo, modificatoria de la de primera instancia, costas y honorarios deben readecuarse careciendo de virtualidad expedirme sobre la cuarta queja relativa a la imposición de costas.

Las costas de primera instancia deben ser impuestas en proporción al éxito obtenido, dado en el caso por la medida de la concurrencia de culpa atribuida a cada una de las partes, aun teniendo en cuenta su naturaleza resarcitoria, pues la demandada se vio compelida a la defensa para excepcionarse en la medida en que la responsabilidad no la alcazaba (art. 71 C.Pr.).

Los honorarios de la primera instancia los mantendré en cuanto están acordes a las pautas arancelarias brindadas por la Ley XIII-4 y hallarse fijados en porcentuales.

Las costas de esta instancia, en atención al éxito obtenido, serán impuestas en idéntica proporción a las de primera instancia (80% al demandado recurrente vencido y 20% a los actores)

Los honorarios profesionales deben ser regulados teniendo en cuenta las pautas del art. 6 y por aplicación de los porcentuales previstos por el art. 13 de la ley arancelaria.

En consecuencia, propongo regular por sus labores profesionales en esta instancia, al Dr. R. A. H. el 25% y al Dr. M. G. el 27% de los que les fueron regulados por sus trabajos para la primera instancia.

En todos los casos con más la alícuota del IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 626 y

modificar la sentencia de fs. 611/623vta., exclusivamente en relación al rubro pérdida de chance que queda determinado en la suma de $50.000 para cada uno de los progenitores.

2) Imponer las costas de ambas instancias en el 20% a los actores y 80% al demandado vencido.

3) Regular honorarios a los profesionales actuantes en la forma propuesta.

A la primera cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Vino en revisión a esta alzada el presente pleito por apelación de la parte demandada contra la Sentencia Definitiva nro. 59/2019 del Juzgado Civil nro. 2 de la jurisdicción (fs. 626, fs. 634/636, fs. 611/624).

Conforme lo dispuesto en el código de rito me expediré sobre el único punto que mis colegas camaristas tuvieron discrepancia de criterios, eximiéndome de resolver sobre los restantes agravios en los que hubo coincidencia y quedó conformado el acuerdo (Ley XIII nro. 5 art. 274).

La sentencia venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda deducida por los actores D. M. H. y P. A. M. y condenó al Sr. A. M. M. a pagarles $3.119.800, en concepto resarcimiento por daño moral ($700.000 a cada uno), incapacidad sobreviniente a la Sra. M., daño emergente ($47.000), tratamiento psicológico para el actor H. $115.200 con más los intereses desde el hecho dañoso 9 de enero de 2013 con excepción de daño emergente que dispuso el juez *a quo* desde la demanda a la tasa activa del Banco Nación Argentina hasta la cancelación. Impuso las costas y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

La discrepancia entre los **s** camaristas prevotantes la constituye la resolución del agravio respecto a la pérdida de chance.

El Dr. H. considera que el apelante no cuestionó la cuantía otorgada por la partida, sino que se admitiera la misma, señalando que es improcedente. Compartiendo con el juez *a quo* que se trata de un daño patrimonial que no decae porque tuviera un hermano el occiso, en todo caso estimó que es un factor para la fijación del *quantum,* tema que excluyó de tratamiento.

La segunda votante, también ilustra sobre el alcance del concepto pérdida de chance entendiendo que está fuera de discusión la procedencia del rubro, concordando con el anterior magistrado, pero abriendo la discusión respecto del monto, reduciéndolo no en atención a la edad de los padres, sino a la existencia de otro hermano.

Planteadas así las cuestiones, ha quedado abierto el debate no solo sobre la procedencia de la partida por el resarcimiento "pérdida de chance", aunque existe concordancia, sino sobre el *quantum*, pues aun cuando haya coincidido los jueces sobre la procedencia, me resulta imposible expedirme si no analizo la queja del apelante íntegramente. Adelanto que coincido con la segunda votante respecto del alcance del agravio que no se limita exclusivamente al reconocimiento judicial de la partida, sino al monto otorgado por el juez *a quo*.

He tenido posibilidad de destacar en fallos anteriores, que el análisis de la procedencia de la pérdida de chance, debe tener como objeto de referencia la oportunidad en que el sujeto se hallaba de llegar a conseguir determinado beneficio futuro (TSJ, Sala Penal, "Ortega", S. n° 54, 25/9/97 STJ de Córdoba), tesis fundadamente defendida por Matilde Zavala de González, en su trabajo "Pérdida de chances por muerte de hijos menores" (en *El Foro*, año II, n° 9, 1988, pág. 60).

De allí que entendí el yerro en que se incurría al "considerar indemnizable el daño patrimonial solo en el caso que la víctima contribuyera con efectivos aportes económicos, pues tal postura se apoya en criterios

sumamente restringidos que no se compadecen ni mínimamente con la nueva concepción de los daños. Dentro de dicha tesis no solo se deben reparar los daños que se provocan derechamente por interrupción de una ayuda económica actual, sino por la frustración de una "probabilidad suficiente" de cooperación económica futura, pero siempre debe atenderse a la particularidad del caso.

Sobre la base de tales precedentes, surge evidente que el criterio dirimente para la procedencia de la indemnización por pérdida de chance estriba en que la frustración de la obtención de ganancias o beneficios materiales en el futuro que ella procura reparar, debe referirse a ventajas cuya consecución pueda afirmarse como "probable en grado suficiente" (el entrecomillado me pertenece). Probable es, por cierto, aquello respecto de lo cual hay buenas razones para creer que se verificará (*cf*. "Diccionario de la lengua española", de la Real Academia Española, 19ª edición, Espasa-Calpe, Madrid. 1970).

No desconozco que al respecto, el CCCN establece en el art. 1745, inc. c: "En caso de muerte, la indemnización debe consistir en: … c) la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; este derecho también compete a quien tenga la guarda del menor fallecido".

La norma crea una presunción de daño de los padres cuando el fallecido es su hijo, ampliando la misma a todos aquellos que tengan la guarda de un menor fallecido. Se reconoce así la posibilidad de reclamar como indemnización la pérdida de chance de ayuda futura ante el fallecimiento de los hijos. La presunción comprende, en el caso de muerte de los hijos, la pérdida de chance de asistencia material en la ancianidad, lo que se justifica porque según el curso normal y ordinario de las cosas, los hijos tienden a brindar ayuda material

y espiritual a los padres en esa etapa de la vida. Por otro lado, se ha juzgado que, a tenor de los artículos 1079 y 266 del Código civil derogado y arts. 537 y 671 inc. c del CCCN, pesa sobre los hijos la obligación de brindar alimentos a los padres cuando las circunstancias así lo requieran. Los padres tienen el derecho de invocar una "chance" de ayuda material, lo cual importa un devenir normal y previsible.

A los fines de efectuar una justa y adecuada estimación deben ponderarse las particularidades del caso sometido a decisión, como ser la edad del hijo fallecido, actividad que realizaban los progenitores, situación económica en la que se encontraban, posibilidades futuras del difunto y demás circunstancias que posibiliten justificar debidamente el rubro resarcitorio. El juez debe intentar estimar con el mayor grado de factibilidad posible cuál hubiera sido la ayuda a brindar, en un tiempo futuro, a sus padres, sin dejar de apreciar precisamente un adecuado grado de probabilidad.

El análisis que formula el juez *a quo* escapa a mi modo de ver estos presupuestos además de ser contradictoria, porque la ancianidad comenzaría *a posteriori* de la edad jubilatoria para lo cual les faltaría a los padres entre 14 y 15 años, para recién comenzar a computar un lapso hasta el término probable de vida en que gozarían de esa asistencia o de ese socorro por parte del hijo, previo a la erogación que implica mantener un hijo (educarlo, alimentarlo, vestirlo, asistirlo moralmente, etc.)

En este orden de ideas, no puedo excluir la definición dada de probabilidad, por ello sería menester que según las circunstancia, la probabilidad se infiriese, objetivamente, cierta posibilidad de que L. ayudara a sus padres. El máximo tribunal se ha pronunciado por la procedencia de la pérdida de chance

de ayuda futura de los progenitores, aun para el supuesto de muerte de hijos menores, pues es dable admitir la frustración de aquella posibilidad de sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del Cód. Civil, y verosímil según el curso ordinario de las cosas (*cf*. doctrina de Fallos: 321:487; 322:1393) (CSJN, "Meza, Dora c. Provincia de Corrientes y otros s/ daños y perjuicios", 14/07/2015, La Ley Online:AR/JUR/24411/2015).

En este terreno de probabilidades, a la fórmula del sentenciante inferior la encuentro desprovista de sustento fáctico.

Es en ello, el curso normal de las cosas en que debe observarse y dar marco a la probabilidad que constituye la pérdida de chance a la que me vengo refiriendo y no puede el juez dejar de valorar cada caso en particular, como ocurre en la especie, que se trata de un niño.

Debe destacarse que no se ha controvertido que dicha ayuda vaya desde que el menor adquiera capacidad laborativa, como tampoco la existencia de salario tomado como referencia.

En lo que respecta al porcentaje de ingresos que el menor fallecido podría haber destinado como ayuda a sus padres con el apoyo de su otro hermano o solo, en primer lugar hay que considerar que debió alcanzar la edad legal para trabajar, evaluarse sobre la base de un presunto ingreso o salario y a la postre debe ponderarse la situación de los actores reclamantes de tal rubro.

En este orden de ideas, y como vengo diciendo, se ha entendido que el cálculo de la pérdida de chance futura se efectúa con base en probabilidades, pero dentro del abanico de especulaciones, deben considerarse aquellas que mayor grado de ya no certeza, sino cierta "probabilidad" ofrezcan respecto a su acaecimiento.

Si bien las criticas del apelante se direccionan a la existencia de otro hijo, lo cual incide directamente

en el porcentaje que el menor destinaría a la ayuda de sus padres y en esta línea de razonamiento incorpora y no puedo desatender, la edad de la madre y el padre para llegar a obtener una jubilación, o sea que de llegar vivos los actores, recién en el año 2035 o 2034 requerirían la asistencia económica de sus hijos.

El objeto de la pérdida de chance -remarco- radica en la probabilidad de obtener ganancias o beneficios materiales en el futuro, frustrada como consecuencia del detrimento producido. Así, para admitir un lucro cesante es menester únicamente una certeza relativa o seria probabilidad del beneficio que el hecho ha truncado. La «chance» no llega ni siquiera a la certeza relativa, basta una probabilidad suficiente de lograrlos. Estas chances disvaliosas constituyen materia resarcible, que pueden evaluarse computando un porcentaje sobre los ingresos actuales o sobre uno presuntivo, valorando la magnitud de la incapacidad, lo cual en la especie no resulta factible y entiendo debe estarse a las facultades del art. 167 C.Pr.

En el caso el menor fallecido, era un niño que tenia 9 años, cursaba el 3er. grado en el colegio, no trabajaba, y faltaba completar su educación básica, significa ello que al momento del deceso los actores como padres tenían a su cargo la manutención, que no solo comprende la comida, sino la educación, el esparcimiento, la vestimenta por lo menos por 9 años más, hasta la edad de 18 años, debía invertirse materialmente en dinero y asistencia en esa persona, para que llegue a la adultez o a la edad de laborar retributivamente.

Lo que pretenden los actores es que se resarza la posibilidad futura que en el caso es un daño futuro que corresponde a una esperanza, más en el caso que se trata de una familia de bajos recursos, donde el pequeño no había alcanzado (lejos estaba) a mantenerse a sí mismo, ni tampoco había formado familia propia, que es un

elemento de valoración para calcular que porcentaje destinaría a la ayuda de sus padres, no puede ni siquiera pensarse si existiría margen o no para que sosteniéndose a sí mismo y a los propios hijos y/o cónyuge –grupo familiar- se ocupara económicamente de sus progenitores, encuentro que el reclamo si bien es procedente como vengo señalando, el monto, debe fijarse en orden a las cuestiones ya detalladas, que observo no fueron atendidas en la sentencia venida en crisis, por ello considero que el monto propuesto para la partida por la Dra. Zanatta es justo y adecuado en este caso.

A la segunda cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Por ello, y en el único punto en que me expedí, adhiero a la fórmula postulatoria de la Dra. María Fernanda Zanatta.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. H., la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 626.

2) Modificar la sentencia de fs. 611/623vta. exclusivamente en relación al rubro pérdida de chance, que queda determinado en la suma de cincuenta mil pesos ($50.000) para cada uno de los progenitores.

3) Confirmar la sentencia de fs. 611/623vta. en cuanto atribuye responsabilidad en un veinte por ciento (20%) a la parte actora y en un ochenta por ciento (80%) a la parte demandada.

4) Imponer las costas de ambas instancias en el veinte por ciento (20%) a los actores y en el ochenta por ciento (80%) al demandado vencido.

5) Confirmar la regulación de honorarios efectuada en primera instancia.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada al Dr. R. A. H. en el

veinticinco por ciento (25%) y al Dr. M. G. en el veintisiete por ciento (27%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

RICARDO R. ENRIQUE H.
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara