

----- En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 20 días del mes de abril de dos mil dieciséis, reunida en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia de su titular Dr. Alejandro Javier Panizzi y la asistencia de los señores Ministros Dres. Daniel A. Rebagliati Russell y Jorge Pflieger, para dictar sentencia en los autos caratulados "A.,

O. y Otros c/PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Daños y Perjuicios" (Expte. N° 23.557-A-2.014). Teniendo en cuenta el sorteo practicado a fs. 421, de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas N° 3.202/00, 3.204/00, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. Pflieger, Rebagliati Russell y Panizzi.---

----- Acto seguido, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente el Recurso de Apelación interpuesto? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?-----

- ----- A la primera cuestión el **Dr. PFLEGER**, dijo: -----

--

----- **I. ANTECEDENTES.**

----- **1. La intervención del Tribunal.**

----- Arriban estos actuados desde la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn en virtud de los Recursos de Apelación

Ordinaria interpuestos por la parte actora y demandada en perjuicio de la Sentencia N° 033/2014 dictada por ese Cuerpo. Los recursos fueron concedidos a fs. 386; y a fs. 393 la parte demandada desistió del propio. Los agravios de la parte actora se expresaron a fs. 394/401 y fueron contestados por la contraparte a fs.404/406 vta.----- **2.**

La demanda originaria. La contestación de la demanda.

----- **a.** Los señores O. A. , H. R. M., M. L., A. A. P. (en representación este último de su nieto S. S. A.), a través de sus apoderados, entablaron formal demanda de daños y perjuicios contra la Provincia del Chubut, reclamando la suma de cuatrocientos ochenta y nueve mil pesos (\$489.000) y/o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, con más intereses, actualización monetaria y costas, acreencia que denunciaron que era derivación del fallecimiento del señor F. O. A., ocurrido el día 6 de septiembre de 2005 en la ciudad de Puerto Madryn, en las circunstancias que luego relataron.-----

----- En la narración de los hechos, arguyeron que en la madrugada del 31 de agosto de 2005, en dependencias de la Comisaría Tercera de Puerto Madryn, ocurrió un incendio del que resultó gravemente afectado el joven F. O. A., quien se encontraba privado de su libertad en carácter de condenado. Si bien sufrió quemaduras en una importante parte de su cuerpo, fue la inhalación del humo lo que le produjo la muerte seis días después del episodio.-----

----- Se sostuvo que a la fecha de la demanda, no se había determinado cuáles fueron los motivos por los que se originó el incendio, pese a la instrucción de la causa penal en el Juzgado de Instrucción N° 5 de

Puerto Madryn bajo la carátula: “M. H. E. y Otros p.s.a Incendio intencional, Atentado, Resistencia y Lesiones a la Autoridad Pto. Madryn” (Expte. 4260/2005); legajo que tuvo como eje responsabilizar al compañero de celda de F., por haber sido quien supuestamente, junto a F. a quién también se inculpó, habría encendido unos colchones.-----

----- Los peticionarios apuntaron a que, amén de quién hubiera iniciado el fuego, el Estado ha violado sus deberes en relación con las personas bajo su responsabilidad y custodia, lo que tiene relación directa con la muerte de F. A., pues -a criterio de ellos- se incumplió con normas relativas a la provisión de colchones ignífugos, aludiendo a notas y antecedentes donde se trató la problemática del peligro que representan los colchones de goma espuma, de fácil combustión, con los que se surte a los lugares de detención de nuestra provincia.-----

----- Relataron que el fallecido A. padecía de problemas de conducta y adaptación, siendo evaluado como fronterizo, de nivel intelectual inferior al término medio o “borderline”. Al momento de su fallecimiento se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico, existiendo constancias que al 31 de agosto de 2005 se encontraba medicado, cuestión que estaba en conocimiento de la unidad policial, ya que se le proporcionaban varias pastillas por día prescriptas por los médicos tratantes.-----

----- Alegaron que esa circunstancia aumenta la responsabilidad de los efectivos policiales, ya que a la especial relación de sujeción y custodia que supone el régimen carcelario, debe sumarse el cuidado particular

que debieron tener en el caso de la víctima. Diversas circunstancias del Sumario Administrativo tramitado ante la Jefatura de Policía con motivo del incendio -indicaron- demuestran graves falencias en la organización de la custodia de los detenidos en la Comisaría Tercera de Pto. Madryn la noche del evento, como así también, el incumplimiento de recaudos mínimos de control y omisión de expresas directivas internas.-----

----- Refirieron a varias denuncias realizadas por internos en esa comisaría dando cuenta de que a los presos se les proporcionaba alcohol y pastillas, y que incluso la misma noche del incendio Fernando estaba “dado vuelta”. Esos datos, que obran en la causa penal, traducen -a su decir- que la ya menguada capacidad intelectual y los reflejos que pudiera tener A. para superar la agresión del fuego y el humo, estaba reducida.-----

----- Añadieron que, además de la grave conducta del personal policial denunciada, surge con evidencia que no existía control médico alguno sobre el suministro de medicamentos a los internos, dándose un notorio incumplimiento de “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos”.-----

----- Acusaron, asimismo, la falta de adecuadas condiciones de seguridad de la comisaría (matafuegos, mangueras, cuestiones edilicias), y la demora intencional en abrir la celda de A. y M., pues según declaraciones de testigos, fueron los últimos internos en ser retirados de su celda.-----

----- ----- Expresaron que, ya sea que se considere que existió una “falta de servicio” en la custodia de los detenidos en la Comisaría Tercera de Pto. Madryn, o bien que se trate de un hecho de responsabilidad del Estado por el hecho de sus dependientes (arts. 43 y 1113 CC), en ambos casos es indudable que el Estado Provincial debe responder por las consecuencias dañosas de la muerte de F. O. A., siendo el factor de atribución de carácter objetivo.-----

----- Reclamaron como rubros resarcitorios, el Daño Patrimonial en sus subespecies: a) Lucro cesante del menor S. S. A., el cual estiman en la suma de \$160.000; b) Pérdida de chance de los padres que lo calculan en \$20.000; y c) Reintegro de gastos médicos y costo de tratamiento del Sr. A. por \$9.000; más el Daño Moral para el hijo, padres y abuela de la víctima, atento la interpretación amplia que debe darse al concepto de “herederos forzosos” del art. 1078 del CC.-----

----- **b.** A fs. 63 se presentó, la señora S. J. P. a través de su apoderada, quien por haber alcanzado la mayoría de edad, asume la representación de su hijo menor, S. S. A. hecho que hizo cesar la representación del señor A. A. P.-----

----- **c.** A fs. 68/69, también a través de apoderado legal, se presentó la demandada Provincia del Chubut con un planteo previo y, a fs. 79/82, contestó demanda. Negó los hechos, expuso la existencia de una realidad histórica distinta de la relatada por la actora y solicitó el total rechazo de la demanda entablada en su contra, con costas a la contraria.-----

Como argumento central de su defensa sostuvo que, el 31 de agosto de 2005 en horas de la madrugada, algunos internos que se encontraban alojados en la Comisaría Tercera de Pto. Madryn comenzaron a producir desmanes dentro de las celdas en las que se encontraban alojados. Los detenidos, que comenzaron a manifestarse violentamente, fueron identificados como E. M., O. B. M. y el fallecido F. A., quienes insultaban y amenazaban permanentemente al oficial de guardia efectuándole todo tipo de requerimientos.-----

----- Que en un momento -continuó- el oficial de guardia advirtió que de las celdas salía gran cantidad de humo y vio que los internos A. y M. habían arrojado un trozo grande de colchón encendido. Advirtió que los presos habían enredado entre las rejas de los calabozos los colchones, pasándolos barrote por medio de adentro hacia afuera, elementos a los que habían logrado encender en un verdadero intento de auto dañarse y causar perjuicio a los demás detenidos y personal policial.-----

----- Narró que, tal como se desprende de la causa penal, los detenidos esa madrugada eran seis y que de haber sucedido los hechos tal como exageradamente los narró la actora, el saldo trágico hubiera sido mayúsculo; que el incendio fue sofocado rápidamente y los detenidos sacados del lugar, de allí que la mayoría salió indemne, mientras que otros sufrieron la aspiración de humo y fueron inmediatamente hospitalizados.-----

----- Expresó que se está en presencia de un hecho producido con la “colaboración” de la víctima en forma decididamente intencional y peligrosa, por cuya consecuencia resulta dañada, y que dicha conducta

de “auto-responsabilidad” está prevista en el art. 1111 del C.C., siendo la propia víctima quien con su conducta, que solamente a él es imputable, llevó al resultado negativo final, originando su propio daño.-----

-

----- Cuestionó los rubros solicitados por los demandados, tanto en su procedencia como en el monto pretendido.-----

----- **3. Sentencia de Primera Instancia.**

----- **a.** Según las constancias que están a fs. 313/324 vta., la señora Juez de primera instancia dictó, el 10 de febrero de 2014, la Sentencia Definitiva N° 01/14. -----

----- La Magistrada hizo lugar a la demanda incoada por S. J. P., en representación de su hijo S. S. A. contra la Provincia del Chubut, condenando a ésta al pago de la suma de \$240.000 en concepto de “Lucro cesante futuro” y “Daño moral”, con más intereses. Asimismo, admitió la demanda entablada por H. R. M. y O. A. (padres del fallecido), en concepto de “Pérdida de chance de asistencia en la vejez” y “Daño Moral” por la suma de \$95.000 con más intereses, a cada uno. Impuso las costas a la Provincia demandada y reguló los honorarios de los letrados.-----

----- Respecto de la demanda entablada por la señora Marta LLANOS (abuela del fallecido), la rechazó y le impuso las costas.

Reguló los honorarios de los abogados intervinientes.-----

----- La sentenciadora expuso, luego de analizar los distintos medios de prueba colectados en autos, que no sólo quienes eran alojados en las dependencias de la Comisaría Tercera eran ubicados en celdas provistas de colchones de goma espuma, material éste altamente tóxico al combustionar; sino que, además, se les permitía fumar en las celdas, pasándoles cigarrillos encendidos, como también que la dependencia policial contaba únicamente con dos extintores o matafuegos y una manguera de jardín al momento del incendio que terminó con la vida de A., careciendo de cualquier otro elemento destinado a prevenir o combatir incendios, hechos estos previsibles en un régimen carcelario o de detención.-----

----- Que la peligrosidad de los colchones que utilizaba la Provincia quedaba en evidencia no solo a partir de los términos de la nota que enviara el Defensor General doctor Arnaldo Hugo Barone, sino, a la par, de las declaraciones de varios agentes policiales.-----

----- Sostuvo que el Estado Provincial era responsable por la falta de servicio en tanto omitió adoptar las medidas de seguridad dentro de los calabozos, permitiendo a los internos fumar en los mismos, facilitándoles cigarrillos encendidos, hecho agravado al proporcionarles colchones de material inflamable y peligrosamente tóxicos. Ello indicaba, asentó, que la conducta de los funcionarios policiales al permitir tales prácticas y los elementos de combustión señalados facilitaron la producción del incendio, pues de haberse adoptado medidas de seguridad no se hubiera afectado la salud de los internos alojados en la dependencia y la muerte de A. podría haberse

evitado, resguardándose, de este modo, la manda constitucional que pesa sobre la Provincia de velar por la seguridad de los internos alojados en las instituciones policiales.-----

----- La Magistrada consideró que, a la luz de los elementos antes señalados, resultaba que tal obligación fue irregularmente incumplida desde que el actuar de la provincia resultó a toda luz negligente y, por consecuencia, causa eficiente de la muerte de F. A.. De allí el deber de afrontar las consecuencias dañosas de su accionar, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1112 del C.C.-----

----- Respecto al reclamo del menor S. S. A. que demandó la suma de \$160.000 por la privación de asistencia y apoyo material que el niño recibiría de su padre, desde la muerte de éste y hasta la mayoría de edad (“Lucro cesante futuro”) la Juez sostuvo que el art. 1084 del C.C. establece una presunción simple a favor de la viuda e hijos del fallecido, que puede ser desvirtuada tanto por quien reclama como por el demandado, a fin de probar que la víctima aportaba mayores recursos que los básicos o bien que lo aportado no era suficiente para su subsistencia.-----

----- Afirmó que debía tenerse en cuenta que al tiempo de su muerte F. A. tenía 21 años de edad, no poseía estudios primarios completos, contaba con antecedentes penales que le dificultaba obtener empleos, habiendo desarrollado con anterioridad a su muerte tareas esporádicas de albañilería o vigilancia. Estimó que si bien al momento del hecho se encontraba cumpliendo una condena, no puede afirmarse que a su término no pudiera generar ingresos para contribuir al sostenimiento económico del menor Santiago hasta su mayoría de

edad.-----

----- En cuanto al daño moral, sostuvo la Juez que el daño se encontraba plenamente acreditado, lo que surgía de la muerte del padre del menor, pues es innegable, persistió, su sufrimiento pues “...vive y vivirá...” la ausencia y, si bien mantuvo una relación afectiva por poco tiempo ya que contaba con dos años de edad a la época de la muerte de su padre, ello no es óbice para el reconocimiento de la reparación pretendida, la cual fijó en la suma de \$90.000.-----

----- Respecto de los daños reclamados por los padres del fallecido, en cuando a la pérdida de chance de ser asistidos en la vejez, estimó que, de acuerdo a la prueba incorporada en autos, los ingresos generados por F. A. antes de su detención eran exiguos por el tipo de trabajo y la manera esporádica de ejercerlos y, a su vez, que con sus ingresos colaboraba al sostenimiento de su pequeño hijo. Además sus condiciones personales, en especial su escasa formación y antecedentes delictivos, si bien no se descartaba una probabilidad de ayuda a sus padres, sí la dificultaban. Fijó ese rubro en \$15.000 para cada uno de los progenitores.-----

----- En cuanto al daño moral de éstos -los padres- sostuvo que se encontraban beneficiados por una presunción hominis en cuanto existían como consecuencia de la muerte del hijo y la fijó en \$80.000 para cada padre. Desestimó el reclamo efectuado por reintegro de gastos de tratamiento psicológico del Sr. O. A. y en cuanto al daño moral de la abuela de F. A. también lo desestimó por ausencia de datos o indicios de los que pudiera inferirse la existencia del perjuicio moral invocado.-----

----- **4. Sentencia de Cámara.**

----- **a.** El fallo de Primera Instancia fue apelado por la parte demandada quien expresó sus agravios a fs, 546/554 vta. Elevados los autos a la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Pto. Madryn, ésta se pronunció mediante el dictado de la Sentencia Definitiva N° 033/14 del 30 de octubre de 2014. En su resolutorio, la segunda instancia revocó parcialmente el pronunciamiento del Juez de grado, desestimando la demanda en cuanto al reclamo por “lucro cesante” formulado por la representante legal del menor S. S. A., y en cuanto al reclamo por “pérdida de chance” efectuado por los señores O. A. y H. R. M.. Lo confirmó en todo lo demás que fue motivo de agravio, readecuó las costas de la primera instancia imponiéndolas en el orden causado y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Asimismo, impuso las costas de la segunda instancia en el orden causado y reguló honorarios.-----

----- **b.** Comenzó la Alzada analizando los agravios de la accionada relativos al “lucro cesante” del hijo menor por la muerte del padre y la “pérdida de chance de los padres”.-----

----- Respecto del primero, dijo que la demandada se agravió por la magnitud de la indemnización dada bajo este rubro, y solicitó el rechazo de plano del mismo al entender que la víctima no estaba en condiciones de generar ingresos y contribuir económicamente al sostenimiento de su hijo menor. A todo evento solicitó una reducción del monto de condena.-----

-

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

----- Sostuvo el primer votante que, de acuerdo a las probanzas de autos, se logró acreditar que el menor no era asistido alimentariamente por su padre, y llegó a tal conclusión mediante el análisis de la prueba rendida por la propia actora. Mantuvo que lo reclamado bajo este rubro es, precisamente, la pérdida de la “chance” de obtener alimentos en el futuro, en la medida que implique una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por culpa del responsable y la indemnización de tal “chance” operará por aplicación de las normas generales que atañen a la resarcibilidad de todo daño (arts. 1068 y 1079 Cód. Civil).-----

----- Estimó que, en consecuencia, para considerar si cabía la indemnización de la pérdida de la chance (y no del lucro cesante), sería necesario analizar si quedó acreditada en autos la probabilidad suficiente que tenía el menor de obtener en el futuro la prestación alimentaria.-----
-

----- Para ello el Juez tuvo en cuenta dos aspectos. El primero fue el de la privación de la libertad a la que estaba sometido A. al momento de su deceso. Consideró que mientras una persona se encuentra privada de

su libertad, resulta evidente que no puede desempeñar actividades rentables, ni otras de asistencia personalizada que reporten ventajas a sus familiares y que, en el caso de autos, además, se desconocía, por falta de prueba, el margen que la víctima tenía de recuperar la productividad suspendida pues no se demostró en qué momento hubiera recuperado la libertad.-----

----- El segundo aspecto que ponderó fue el de la personalidad de la víctima, comprendiendo dentro de esta categoría a los problemas de conducta de A., los reconocidos trastornos psiquiátricos y sus adicciones. Aludió a que la parte actora, había reconocido en su demanda que la víctima padecía problemas de inconducta y adaptación, que el causante fue evaluado como fronterizo, de nivel intelectual inferior al término medio o borderline, encontrándose bajo tratamiento psiquiátrico al momento de su fallecimiento, de modo tal que era improbable que el hijo recibiera desde el padre sustento en el futuro.--

----- A igual conclusión llegó el segundo votante. El Juez afirmó que ninguna prueba se produjo para demostrar que el menor tuvo alguna pérdida de ingresos o de aportes de su padre (fallecido) como consecuencia del accidente sufrido y de allí que no correspondiese encuadrar su reclamo como “lucro cesante futuro”, debiéndose analizar si procedía el reclamo por pérdida de “chance”: que en el futuro su padre (fallecido) le proveyera los sustentos necesarios para la manutención.-----

----- Tuvo en cuenta, al igual que su colega del primer término, las características personales del fallecido, con sus graves problemas de conducta, trastornos psiquiátricos y adicciones, más el cumplimiento de la condena impuesta por la Justicia Penal y que no poseía estudios primarios completos.-----

- ----- Consideró que lamentablemente para el hijo menor, todos los datos, pruebas y referencias que surgían de autos con relación a la personalidad y conducta de su padre, en modo alguno permitían darle o concederle alguna “chance” de que en el porvenir podía constituirse en un hombre de trabajo, sano y con dedicación para su crianza y educación.-----

----- Concluyeron los magistrados que no correspondía admitir indemnización por “perdida de chance” alguna en beneficio del menor reclamante.-----

----- c. Respecto del rubro “perdida de chance de los padres”, con cita de un antecedente de este Superior Tribunal, sostuvo la Cámara que los progenitores no se ven beneficiados por la presunción legal de los arts. 1084 y 1085 y que, si invocaban un daño determinado, debían probarlo. Así, se dijo, ninguna prueba surgía de lo actuado en autos, que autorizara a concluir en la aplicación del art. 1084 Cód. Civil.-----

----- Se adujo que de las constancias de autos, fluía que A. no contaba con antecedentes laborales, o que éstos eran de imprecisa determinación, lo que sumado a las dificultades que tienen los que poseen solo tres años de instrucción primaria, el desconocimiento de la cantidad de años que debía permanecer detenido, más los trastornos de personalidad y su adicción al alcohol y drogas, eran circunstancias que

acotaban la expectativa de apoyo a sus padres en lo futuro. Que sumando ello a la orfandad probatoria en este aspecto, el rubro debía ser rechazado.-----

----- Remitiendo a los fundamentos expuestos al analizar el rubro del lucro cesante del hijo menor, sostuvo la Cámara que emergía con total claridad que la posibilidad u oportunidad de que los padres reclamantes hubiesen podido recibir algún tipo de ayuda por parte del fallecido eran más que remotas.-----

----- De allí que debía revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto admitió indemnizar a los padres del fallecido A. por la pérdida de la “chance” de ser asistidos en la vejez por éste.-----

----- **d.** Más tarde, la Cámara analizó los agravios de la accionada en lo que tocaba al “daño moral” padecido por menor y por los padres de la víctima, materia objetada en cuanto a su justiprecio por la parte recurrente, y concluyó en que resultaban justos y razonables los montos indemnizatorios fijados en la sentencia de grado, por lo que se desestimaron las quejas y se confirmó lo resuelto en primera instancia.-----

-

----- Finalmente, atento la revocación parcial de la sentencia de primera instancia, la Cámara readecuó la imposición de costas y las fijó en ambas instancias, en el orden causado.-----

-

----- **5. El recurso de apelación ante el Superior Tribunal de Justicia .**

----- **a.** A fs. 385, los letrados apoderados de la parte actora, interpusieron Recurso de Apelación Ordinaria ante este Superior Tribunal de Justicia, el que fue concedido a fs. 386 y sostenido a fs. 394/401.-----

- ----- La parte demandada, si bien en un principio recurrió la Sentencia de Cámara, desistió posteriormente del recurso y participó, ver fs. 404/406 vta. del trámite en esta tercera instancia, evacuando el traslado de los agravios de la actora.-----

----- **b.** Los agravios de la recurrente atacan puntualmente el rechazo de los rubros lucro cesante futuro y/o pérdida de chance reclamados en favor del menor y pérdida de chance de los padres del fallecido A., así como la imposición de costas del proceso en el orden causado.-----

----- Respecto de lo primero, afirmó la apelante que la decisión del tribunal a quo, se fundó en una apreciación errónea de la prueba, se apartó del principio de la carga de la prueba y exhibe otros vicios en el razonamiento que la invalidan como acto jurisdiccional.-----

----- Aseveró que para considerar inaplicable la presunción de daño que establece el 1084 del Código Civil a favor de los hijos menores, y por ende denegar el reclamo a título de “lucro cesante futuro”, el Tribunal consideró como un hecho probado que el fallecido A. no asistía alimentariamente a su hijo y que la prueba a que se remite no resulta pertinente a los fines de acreditar tal hecho negativo.-----

----- Refirió a que se desconoció la presunción legal e invirtió la carga de la prueba, haciendo pesar en el actor la carga de acreditar que el

menor tuvo alguna pérdida de ingresos o de aporte de su padre, lo que constituye un apartamiento de la ley. No resultaba necesario, apuntó, que su parte probara el perjuicio sufrido -que la ley presume- a menos que se demostrase la falta de perjuicio, lo que no ha sucedido en autos.-----

----- Se agravió, también, de la decisión de la Cámara en cuanto rechazó, también, la indemnización a título de pérdida de “chance” en beneficio del menor reclamante, por considerarla arbitraria. Censuró la exigencia de prueba respecto del momento en que F. A. recuperaría la libertad, como hecho dirimente. La sentencia debió tener por cierto que A. recuperaría la libertad en agosto de 2008, y, por consiguiente, hacer mérito del poco tiempo que le restaba detenido como circunstancia que favorecería la probabilidad de que el hijo menor recibiera asistencia económica de su progenitor.--

----- Asimismo, el recurso criticó el determinismo del fallo apelado, el que, con una valoración muy sesgada de la prueba -a su decir- rechazó el rubro indemnizatorio al considerar que no había probabilidad ni razonable expectativa de que, al recuperar la libertad, F. A. prestara asistencia material a su hijo, juicio formulado con base en la condena que cumplía y en sus características personales. Una conclusión como la que emana del fallo apelado equivale a declamar que todas las personas con antecedentes penales y privadas de libertad, o con problemas psiquiátricos, carecen de posibilidades reales de rehabilitación y reinserción social, y por ende, de capacidad productiva.-----

----- Respecto del rubro pérdida de chance de los padres, el recurso criticó las conclusiones del fallo que lo rechaza, pues -alegó- ellas exceden el marco probatorio, dan por sentado cuestiones que no fueron objeto de prueba en concreto y exhiben el mismo enfoque determinista reprochado en el agravio anterior.-----

--

----- Por último, la recurrente se quejó de que la sentencia hubiera impuesto las costas de ambas instancias en el orden causado, invocando como único fundamento que existió una revocación parcial del fallo y las disposiciones de los arts. 282 y 72 del CPCC; pues el rechazo de algunos de los rubros reclamados no modificaba, a su criterio, la calidad de vencida de la demandada en el proceso.-----

----- La parte dijo que la sentencia erraba al desconocer el carácter indemnizatorio de las costas, y la circunstancia de que la demandada, al negar su responsabilidad, hiciera necesaria la prosecución del juicio.-----

- ----- **6. Dictamen del señor Procurador General.**

----- A fs. 411/412 vta. obra el dictamen del señor Procurador General Adjunto, doctor E. P. H..-----

----- Tras analizar los agravios formulados por la recurrente, coincidió con el enfoque brindado por la Cámara de Apelaciones al argumentar su fallo y concluyó concordando en que en el contexto situacional del fallecido, la probabilidad que pudiera prestar

asistencia económica a su hijo y a sus padres resultaba inexistente. Propició así el rechazo del recurso y la confirmación de la decisión apelada.-----

----- En cambio, en lo referente a la distribución de las costas del proceso en el orden causado, entendió que el agravio de la recurrente debía ser parcialmente atendido. Consideró que la posición asumida por el Estado, que desconoció su responsabilidad desde que se le formuló el reclamo administrativo, obligó a iniciar el proceso judicial, por lo que entendió que debía imponerse las costas en una proporción mayor a la demandada que a la actora, quedando su estimación al criterio de este Tribunal.-----

----- **7. El dictamen del señor Defensor General de la Provincia.**

----- El señor Defensor General Alterno, doctor Alfredo Pérez Galimberti, contestó la vista que le fuera conferida, conforme ilustran las constancias obrantes a fs. 413/415.-----

----- Se expidió exclusivamente respecto del rechazo de la indemnización de los rubros lucro cesante futuro o pérdida de chance del hijo menor de edad de la víctima de autos.-----

----- Luego de analizar ambos conceptos indemnizatorios y el art. 1084 del Cód. Civil, así como la responsabilidad del Estado respecto a las personas detenidas, en cuanto obligación no solo de resguardo sino de contribuir a la resocialización y reinserción de quienes ingresan al sistema penal, consideró que el determinismo con que el Tribunal de Alzada condena nuevamente al F. A., no resultaba

aceptable.-----

----- Consideró que no hay razones legales que justifiquen la desestimación del rubro pérdida de chance futura ni, menos aún, argumentos válidos que justifiquen la discriminación negativa del proyecto de vida de un joven con futuro por delante. En cuanto a las costas procesales, adhiere a lo señalado por el Procurador General.-----

----- Concluye por propiciar la revocación de la sentencia en cuanto a valorar y estimar los montos indemnizatorios en el rubro pérdida de chance futura en beneficio del niño S. S. A..-----

----- **8. ANÁLISIS.-**

----- **I.-** Luego de la reseña, principiaré ésta, mi ponencia, con el análisis de aptitud de la impugnación deducida por la parte actora a fin de evaluar si se encuentran presentes los recaudos impuestos por el art. 32, inc. 6 de la Ley V N° 3 para habilitar la procedencia del recurso en cuestión.-----

----- En la tarea advierto que esos aspectos formales se encuentran cumplidos por lo que no habré de ahondar sobre los mismos e ingresaré derechamente al tratamiento de la apelación.-----

----- **II. a.** Como paso siguiente, cabe analizar si la expresión de agravios efectúa un reproche al resolutorio adverso que constituya un cuestionamiento concreto y razonado de las partes que el apelante considera erróneas (Confr.: S.D. N° 01/SROE/08). Es que, como ya se ha afirmado, lo que moviliza a los recursos de esta naturaleza es el

poner en vilo los argumentos vertidos por los sentenciadores, asumirlos y refutarlos con un discurso que demuestre, palmariamente, el error que se les achaca. Mas no la mera exhibición de otra opinión, por más plausible, y menos aún la plana transcripción de las partes que se consideran equivocadas. Han de darse, según estimo, razones concretas y serias que signifiquen un verdadero ataque directo a la decisión, demostrativas de los errores de hecho y de derecho que se ponderen presentes.-----

----- **II. b.-** Tal como lo expusiera en los antecedentes de esta sentencia, la primera de las cuestiones planteadas por la parte actora en su escrito recursivo fue el rechazo del rubro “lucro cesante futuro” solicitado en favor del menor S. S. A..-----

----- El razonamiento asumido por los sentenciadores apelados para rechazar este rubro transitó fundamentalmente por la consideración de la realidad de vida de la víctima, F. A. y, como se pudo leer, éstos concluyeron en que con las pruebas aportadas a la causa no podía acreditarse que el menor fuera asistido alimentariamente por su padre, por lo que no padeció pérdida de ingresos o aportes alguno que permitiera calificar a su reclamo como lucro cesante futuro.-----

----- **II. b. 1.** La opinión de la Cámara es correcta en lo que atañe y adelanto desde ya mi coincidencia con la manera en que se desarrolló el razonamiento que condujo a la solución dada.-----

----- La presunción establecida en los arts. 1084 y 1085 del Código Civil (antes de la reforma), base de fundamento del reclamo de la actora por este rubro (fs. 53), parte del supuesto implícito de que tanto el

cónyuge supérstite como los hijos menores se ven privados de los requerimientos existenciales que recibían del fallecido y que, por ende, ellos son acreedores a los alimentos, es decir que tienen un título para exigir su satisfacción.-----

----- Pero como el derecho resulta del propio título de estado, la prueba en contra de la presunción de la norma debe apuntar a demostrar que el titular del derecho no percibía en los hechos una prestación asistencial de la víctima de homicidio (Eduardo A. Zannoni, El Daño en la Responsabilidad Civil, ed. Astrea pág.166).-----

----- Y en este contexto, concuerdo con los Jueces de Cámara en que del material probatorio rendido en estos actuados surge que el menor S. A. no percibía efectivamente aportes para su subsistencia que provinieran del padre a la época de su muerte. Por el contrario, solo se acreditó que el alimentario era asistido económicamente por su madre y que la víctima en autos no tenía trabajo alguno al momento de su fallecimiento.-----

----- A las constancias probatorias analizadas por ambos Camaristas, a las cuales remito para evitar efectuar reiteraciones inoportunas, agrego que de la testimonial obrante a fs. 167, fluye que el testigo J. N. reveló, al contestar la cuarta pregunta, que F. A. no realizaba ninguna actividad laboral; que aquél le preguntó si le podía dar trabajo, pero por ser menor y tener antecedentes no podía trabajar; que sabía que tenía antecedentes.-----

----- La única testigo (propuesta por la parte actora) que refirió -lacónicamente- que F. A. trabajó un tiempo con su tío en tareas de vigilancia y que también hacía labores de albañilería, respondió

inmediatamente después, cuando se le preguntó si aquél colaboraba con los gastos de su casa, que “...cuando tenía trabajo sí, pero muy poco tenía trabajo porque ya había estado adentro, ya había estado preso...” (sic).-----

Ninguno de los demás órganos de prueba (propuestos por la misma parte actora), pudo aseverar si A. colaboraba en los gastos de la casa. No hay otra evidencia que permita acreditar ni inferir lo contrario.-----

----- Si bien los arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil contienen una presunción *juris tantum*, ésta es superable a través de prueba en contrario.-----

-

----- La presunción de que en caso de homicidio se configura como daño la pérdida de “...lo que fuera necesario para la subsistencia...” (art. 1084) solo se justifica cuando en verdad puede reputarse -salvo demostración adversa- que los requerimientos existenciales del pretensor eran atendidos por la víctima (conf. A. Bueres y E. Higton, Cód. Civil, T° 3 A, pág. 267, Ed. Hammurabi, 1999).-----

----- Por ello, coincido con la posición de la Cámara de Apelaciones en que no surge del trámite probatorio, que el menor S. A. percibiera, en los hechos, una prestación asistencial de su progenitor fallecido. De allí entonces que no sea posible inferir que el menor haya sufrido la pérdida o merma de aportes con motivo de la muerte de su padre que permitan encuadrar la petición dentro del rubro “lucro cesante”.-----

----- Por lo expuesto, el primero de los agravios debe rechazarse. **ASÍ LO VOTO.**-----

----- **II. c. 1.** Debe en cambio analizarse si procede el reclamo por “pérdida de chance”, en la medida que implique una probabilidad suficiente de obtener alimentos del muerto de no acaecer el eventus damni y que operará por aplicación de las normas generales que atañen a la resarcibilidad de todo daño (arts. 1068 y 1079, Cód. Civil), (conf. Zannoni, ob. citada, pág. 166). -----

----- En el lucro cesante se pierden ganancias o beneficios materiales; en el caso de la “chance” el objeto de la pérdida radica, en cambio, en la oportunidad misma de obtener esas ganancias o beneficios (conf. Zavala de Gonzalez, Resarcimiento de Daños, Ed. Hammurabi, T.2ª, pág 301, 1996). En ambos casos hay un juicio de probabilidad, pero en la “chance” las ventajas se miran sólo de modo mediato, porque no se analiza la mutilación de ellas sino la ocasión de lograrlas.-----

--

----- Es decir, y en el caso, idéntico reclamo efectuado por la actora puede transitar por la vía de la pérdida de la “chance”, acreditando la probabilidad que tenía el hijo menor de lograr en un futuro, sustento o asistencia económica por obra de su padre fallecido.-----

-

----- **II. c. 2.** La sentencia de Cámara concluyó -evoco- en el rechazo de una indemnización bajo este rubro, apoyada fundamentalmente en la consideración de dos circunstancias relativas a la víctima de autos: una, la privación de la libertad a la que estaba sometido al momento del infortunio, cumpliendo una condena impuesta por la Justicia Penal;

la otra, basada en sus condiciones particulares, al tratarse de una persona con graves problemas de conducta, trastornos psiquiátricos y adicciones.-----

- ----- Por la primera de las cuestiones, la Cámara entendió que se desconocía a ciencia cierta cuando el causante debía recuperar su estado de libertad; ni siquiera, aludió la apelada, se sabía por qué delito cumplía la pena privativa de libertad, tópicos que debía probar la parte actora. Respecto de la situación de la persona, consideró que se trataba de un sujeto con graves problemas de conducta, trastornos psiquiátricos y adicciones, que era fronterizo, de nivel intelectual inferior al término medio o “borderline”, que al momento de su fallecimiento se encontraba bajo tratamiento psiquiátrico y medicado.-

----- Bajo tales condiciones, expresó la Cámara, y si bien siempre es factible una rehabilitación, justo era reconocer que el Derecho de Daños se maneja con probabilidades y no con meras conjeturas, y que no resultaba posible cargar en el bolsillo ajeno, aunque sea responsable del ilícito que terminara con la vida de A., menoscabos improbables que ni siquiera alcanzan a configurar una chance con algún grado de verosimilitud.-----

----- **II. c. 3.** Es en estos conceptos adonde, con todo respeto intelectual, encuentro un punto de disenso con los señores Camaristas.

-----Brindo razones.-----

----- En derecho de daños la “chance” es la posibilidad de un beneficio futuro probable que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existía, por lo que privarlo de esa expectativa

conlleva un daño; y lo perdido o frustrado es la “chance” u oportunidad en sí misma, y no el beneficio que se esperaba lograr, en cuanto tal. (conf. Felix A. Trigo Represas, Pérdida de Chance, ed. Astrea, 2008, pág.28).-----

----- Sin soslayar las cuestiones que definían la situación y personalidad de F. A., entiendo -y comparto lo manifestado por el Defensor General Alterno- que se ha analizado una imagen estática de la víctima de autos para rechazar la indemnización solicitada, con una cuota relevante de determinismo que negó, injustamente para mí, toda posible readaptación social del condenado una vez recuperada su libertad.-----

----- Si bien coincido con que de las pruebas de autos surge que F. A. no prestaba asistencia económica a su hijo, de allí el rechazo de la indemnización como lucro cesante, considero que la atención de la subsistencia del menor S. A. podría haber sido asumida en un futuro por su padre.-----

----- Es que no es posible aseverar, pese a las circunstancias personales de F. A., que de haber continuado con vida y al finalizar su condena, no hubiese podido redimirse, corregir sus conductas, tratar sus adicciones y enderezar su existencia, permitiéndole ello reinsertarse socialmente e ingresar al mercado laboral, para obtener los ingresos posibilitadores de su propia subsistencia y, a la vez, contribuir a la manutención de su hijo.-----

----- Negar esa posibilidad implicaría para la persona detenida la imposición, indefinidamente, de un castigo mucho mayor y más grave

que el cumplido al finalizar su condena.-----

----- **II. c. 4.** No puede perderse de vista que, como derivación del art. 18 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a su texto, la Ley 24.660 consagra, en su art. 1º, que “...La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social...”-----

----- Para cumplir ese fin, que es mandatorio y no un mero programa abstracto, la norma citada consagra, entre diversos mecanismos, todo un sistema protectorio que se traduce, por ejemplo, en la progresividad del régimen penitenciario, en el trabajo y la educación de los condenados - bases de su tratamiento- con positiva incidencia en su formación-----

-

----- No debe olvidarse que, en especial, la norma bajo estudio prescribe como deber estatal el estímulo y facilitación de: “...Las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento...” y estimula la continuidad o el establecimiento de “...vínculos útiles con personas u organismos oficiales o privados con personería jurídica, que puedan favorecer sus posibilidades de resinserción social...” (art. 168). A la par, dispone que “...Al interno se le prestará asistencia moral y material y, en la medida de lo posible, amparo a su familia. Esta asistencia estará a cargo de órganos o personal especializado, cuya actuación podrá ser concurrente con la que realicen otros organismos estatales y personas o entidades privadas con personería jurídica....” (art. 169).----- La

norma bajo examen, de igual modo, consagra (Capítulo XII) la asistencia post-penitenciaria, esto es que “... Los egresados y liberados gozarán de protección y asistencia social, moral y material pospenitenciaria a cargo de un patronato de liberados o de una institución de asistencia pospenitenciaria con fines específicos y personería jurídica, procurando que no sufra menoscabo su dignidad, ni se ponga de manifiesto su condición. Se atenderá a su ubicación social y a su alojamiento, a la obtención de trabajo, a la provisión de vestimenta adecuada y de recursos suficientes, si no los tuviere, para solventar la crisis del egreso y de pasaje para trasladarse al lugar de la República donde fije su residencia...” y que (artículo 173) “...Las gestiones conducentes al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 172, se iniciarán con la debida antelación, para que en el momento de egresar, el interno encuentre facilitada la solución de los problemas que puedan ser causa de desorientación, desubicación o desamparo. A tales efectos se le conectará con el organismo encargado de su supervisión en el caso de libertad condicional o asistida y de prestarle asistencia y protección en todas las demás formas de egreso...”.

----- **II. c. 5.** Si el derecho argentino es un sistema, no es posible partir del presupuesto inverso al deber ser de ese complejo.-----

----- Mayor sería la cuota de responsabilidad del Estado -guardián de presos- si se demostrase, paradójicamente, el fracaso de la resocialización que es causa del encierro.-----

-

----- Desde luego que la condición de A. al tiempo de su muerte no puede discutirse.-----

- Las constancias de fs. 42 y 95 -aunque a mi parecer documentos incompletos, por falla de los propios compiladores- son elocuentes al respecto; el defecto, por cierto, no puede ser cargado en el mochuelo del demandante.-----

-

----- **II. c. 6.** Por ello, no puedo descartar de plano la “probabilidad” que en un futuro, A. obtuviera ganancias o beneficios económicos; cuestión que, a su vez, me lleva a reconocer que, al truncarse esa posibilidad, también se ha perdido -para su hijo- la oportunidad o esperanza de obtener en el futuro un sustento económico.-----

----- Esa “chance” frustrada del menor debe ser indemnizada. Porque no se trata ya de resarcir el beneficio económico mismo, sino la esperanza o razonable aspiración de lograrlo u obtenerlo.-----

-

----- No puedo dejar de considerar asimismo, para arribar a tal conclusión, que la víctima de autos tenía, al momento de su muerte, 22 años de edad, y, en ese sentido, asiste razón al recurrente cuando expresa que la Sentencia debió tener por cierto que, conforme las constancias de autos (alegación en demanda de fs. 53, 7° párrafo, no negado por la parte demandada; y constancias de Expte. Administrativo N° 728/06 JP agregado como prueba), F. A. recuperaría la libertad en el transcurso del año 2008, o como máximo, en el 2009.-----

----- También debió considerarse que antes de su muerte se encontraba desarrollando algunas acciones tendientes a su recuperación, como tratamiento psiquiátrico y la concurrencia a una iglesia evangélica, lo que demuestra una intención de modificar su conducta y de superación que le permitiera lograr su readaptación social, conductas que el propio Estado tenía como deber incentivar.----

----- Todas estas cuestiones hasta aquí examinadas me llevan a creer en la posibilidad de readaptación social de F. A. al finalizar su condena, de no haber acaecido su muerte. Y ello importó para su hijo la frustración de “la chance” de recibir en el futuro ayuda económica para su subsistencia, pues existen constancias eficientes que permiten determinar la configuración de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto ya que el reclamo no versa sobre un daño puramente hipotético.-----

----- Ha de recordarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “...El resarcimiento de la pérdida de chance exige la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabilidad suficiente...” S. 2790. XXXVIII; ORI Serradilla, Raúl Alberto c/Mendoza, Provincia de y otro s/daños y perjuicios. 12/06/2007 T. 330, P. 2748) y que “...resulta razonable admitir que la muerte (...) importó la frustración de una posible ayuda material...” (C.S.J.N., 09.12.1993, in re “GÓMEZ ORUÉ de GAETE, Frida A. c. Provincia de Buenos Aires y Otros”, en LL 1994-C, pág. 546).-----

-

----- Y si constituye el deber del Estado crear las condiciones para que las expectativas se realicen, la probabilística prevaleciente es que la muerte las trunque, generando el derecho al reclamo.-----

----- Por tales razones, entiendo justo admitir el resarcimiento por este rubro pretendido para el hijo menor de F. A., aunque -sin lugar a dudas- adecuado a las condiciones personales de este último.-----

-

----- **II. c. 7.** Admitido el rubro, no desconozco que una de las dificultades con que se encuentra el juzgador en casos como el de autos es el de la cuantificación de la chance. Todas las cuestiones y circunstancias que he valorado en este voto me conducen a creer que la pérdida de chance de ayuda futura al menor, si bien probable, se encontraba relativizada por las condiciones personales y la situación de hecho de la víctima.-----

----- Debe considerarse también que la indemnización en estos casos no podría comprender la totalidad de las ganancias de la víctima, pues gran parte de ellas habrían estado destinadas a su propia subsistencia.--

----- Es por ello que propongo al Acuerdo admitir el agravio de la recurrente sobre el punto y conforme lo determinado en el art. 167 del CPCC, estimo prudente fijar la indemnización por este rubro, a la fecha de este pronunciamiento, en la suma de CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS (\$198.500). He considerado para el cálculo del monto, el sueldo mínimo vital y móvil (garantizado por el art. 14 bis de la C.N.), vigente a la fecha de esta resolución, la edad del reclamante y los años que le faltaban para llegar a la mayoría de

edad, como también el tiempo restante -aproximado- de condena de F. A.; y una reducción de un 30% por ser una “chance” lo que se indemniza y no un lucro cesante. **ASÍ LO VOTO.**----- En cuanto al tercer agravio expuesto en el memorial, identificado como punto c) RECHAZO DEL RUBRO PERDIDA DE CHANCE DE LOS PADRES, desde ya adelanto que advierto una marcada insuficiencia argumental al intentar refutar las conclusiones de los Jueces votantes.-

----- Sostiene el recurrente que reproduce, por razones de brevedad, los agravios vertidos en la anterior queja (agravio anterior) y luego transcribe párrafos completos del voto del Camarista Fiordelisi, para rematar con una simple opinión que no configura una crítica concreta y fundada de los considerandos de la sentencia que pretende atacar, sino más bien sólo una disconformidad con lo resuelto.-----

----- Las afirmaciones genéricas, las impugnaciones en general, el mero desacuerdo con lo resuelto, o las digresiones inconducentes o carentes del debido sustento jurídico, no satisfacen las exigencias de la carga de fundamentación autónoma (Confr.: SD N° 03/SROE/09, 05/SROE/14, mi voto en la SD N° 07/SROE/2015). En el desarrollo de la queja tratada, se nota un déficit en la demostración del agravio, tornándola insuficiente y por ende, inhábil.-----

-

----- Tal como ya lo sostuvo este Tribunal en SD N° 24/SROE/11, la reiteración de argumentos, o la mera repetición de objeciones formuladas en instancias pasadas no pueden suplir la omisión de una crítica concreta y razonada sobre las partes del fallo que se

consideraban equivocadas, tal como lo exige el artículo 268 del C.P.C.C. Por lo tanto, una invectiva genérica que no expresa serias razones de hecho o de derecho, carece de eficacia para abatir el pronunciamiento apelado.-----

----- En consecuencia, propongo que el agravio reseñado sea rechazado.
ASÍ LO VOTO.-----

----- El último de los agravios de la parte actora consistió en el ataque efectuado a la decisión de la Cámara de readecuar las costas de primera y segunda instancia, e imponerlas en el orden causado, invocando como único fundamento la existencia de una revocación parcial del fallo y lo dispuesto en los arts. 282 y 72 del CPCC.-----

----- Sostiene que, aún en el caso que en esta instancia se confirmara la sentencia apelada, las costas deben ser impuestas en una parte significativa a la demandada pues el rechazo de algunos rubros reclamados no modifica su calidad de vencida en el proceso.-----

----- Más aún, la demandada, al contestar la acción, negó su responsabilidad por la muerte de A. y solicitó el rechazo de la pretensión, invocando como causal de exoneración la conducta de la propia víctima. Y toda vez que se vieron obligados a litigar para establecer la responsabilidad de la Provincia, obtuvieron una sentencia que finalmente condenó al Estado Provincial.-----

----- Considero justo atender el agravio de la recurrente.-----

----- Coincido con lo expresado por el señor Procurador General Adjunto en su dictamen en cuanto a que la posición asumida por la Provincia demandada, desde que se le formulara el reclamo

administrativo, fue la de desconocer su responsabilidad en los hechos motivo de autos (Carta Documento de fs. 36/37), cuestión que obligó a los actores a iniciar el proceso judicial en reclamo de sus pretensiones. Incluso luego, en oportunidad de contestar la demanda, mantuvo esa posición negativa en cuanto a la responsabilidad en el episodio que terminara con la vida de F. A., alojado en una dependencia policial. -----

----- Si bien la Sentencia de Cámara modificó lo resuelto en la instancia anterior, lo hizo en forma parcial y sólo respecto a alguno de los rubros indemnizatorios, no cuestionándose la responsabilidad del Estado Provincial que quedó determinada en la Sentencia de grado.---

-

----- De allí que considero justo y equitativo que, de acuerdo al éxito obtenido, las costas se impongan en una proporción mayor a la Provincia demandada. Propongo al Acuerdo una distribución en ambas instancias en la proporción del 70 % a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la parte actora. **ASÍ LO VOTO.**-----

--

----- A la misma cuestión, el **Dr. REBAGLIATI RUSSELL** dijo: ---

----- **I.-** Como ha reseñado el colega Ministro que ha votado en primer término, llegan estas actuaciones en grado de apelación, en virtud de los Recursos de Apelación Ordinaria interpuestos por ambas partes del proceso contra la Sentencia N° 033/2014 dictada por la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn. La parte demandada

desistió de su recurso a fs. 393. Los agravios de la parte actora se expresaron a fs. 394/401 y fueron contestados por la contraparte a fs. 404/406 vta.-----

----- Su reseña pormenorizada y precisa de los antecedentes de la causa me permiten omitir toda referencia a ellos para no abundar en reiteraciones innecesarias, por lo tanto, ingresaré al análisis de la queja del apelante.-----

----- Coincido también con mi par, y por ello no entraré en mayores detalles, en que se encuentran reunidas las exigencias formales previstas en el art. 32 inc. 6 de la Ley V N° 3, que permiten pasar al examen de los agravios.-----

----- **II.-** Así entonces, analizando los agravios expuestos por la recurrente referidos al rechazo de la indemnización como “lucro cesante futuro” y como “pérdida de chance”, los trataré en conjunto, por su íntima vinculación, aunque analizados separadamente.-----

----- **II.- a.** En apretada síntesis, los jueces de Cámara denegaron el primero de los rubros -“lucro cesante futuro”- pues concluyeron que ninguna prueba se produjo para acreditar que el hijo menor tuvo alguna pérdida de ingresos o de aportes económicos con motivo del fallecimiento de su padre, motivo por el cual no podía encuadrarse su reclamo dentro de dicho rubro.-----

----- Esgrimieron que no hay dudas acerca de que el lucro cesante para ser admitido requiere una prueba concreta de las pérdidas experimentadas o, por lo menos, el aporte de datos que permitan presumirlas de un modo fidedigno, de allí que su configuración requiere, como principio, la prueba categórica y fehaciente de los ingresos o aportes dejados de percibir por el peticionante.-----

--- ----- Y ante la ausencia de pruebas que acrediten la asistencia recibida por el menor, el rubro peticionado debía rechazarse.-----

----- Los anteriores arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil, al igual que su similar, el actual 1745, implican una presunción de daño respecto de las personas a las que legitima, y siempre bajo la premisa que éstos recibían o debían recibir alimentos de la persona fallecida, salvo prueba en contrario.-----

----- Comparto el razonamiento por el cual se entiende que la presunción aludida queda destruida cuando, en los hechos, el progenitor desaparecido no proveía a los requerimientos materiales del hijo, pues en caso alguno, puede resarcirse un perjuicio inexistente o ficticio.-----

----- Así, no puede hablarse de que se configura un daño patrimonial si el fallecido carecía totalmente de capacidad productiva, y una solución contraria, implicaría un enriquecimiento sin causa del accionante.-----

----- No concuerdo con el recurrente cuando afirma que la sentencia de Cámara desconoce la presunción legal e invierte la carga de la prueba, haciendo pesar en la actora la carga de probar que el menor tuvo alguna pérdida de ingresos o de aportes de su padre, constituyendo eso un apartamiento de la ley.-----

----- Por el contrario, de la lectura integral del fallo surge que los Camaristas consideraron que con las probanzas de autos, se logró acreditar que el menor no era asistido alimentariamente por su padre.--

----- Tuvieron en cuenta para ello, el Informe Social N° 60/08 de fs. 48, del que surge que el niño y su madre se retiraron de la vivienda que compartían con la víctima cuando aquél aún no había cumplido el año de edad. Consideraron las testimoniales obrantes en el Beneficio de Litigar sin Gastos que corroboran lo actuado en el Informe socio ambiental y que dan cuenta que el menor A. contaba solo con los recursos económicos brindados por la madre y los de la pareja de ésta. Han estimado también las testimoniales obrantes en estas actuaciones (fs. 167), así como otras brindadas en actuaciones agregadas como prueba (fs. 133/136 de la causa 4260/2005), como también prueba informativa (fs. 211).-----

----- De allí es que considero, en la misma línea de pensamiento que mi colega prevotante y de los señores Camaristas, que ha quedado acreditado que la víctima de autos, al momento de su fallecimiento, no era sostén ni proveía los requerimientos materiales debidos a su hijo menor, S. A.. Ello hace que, en consecuencia, no pueda encuadrarse el reclamo bajo el rubro que fue solicitado por la accionante pues, el lucro cesante consiste en la frustración de toda ganancia, utilidad, ventaja o provecho que se esperaba lograr (Trigo Represas Félix, Pérdida de

Chance, Ed. Astrea 2008, pág. 17), y de las que fue privado el damnificado.-----

----- **II.- b.** Ahora bien, el hecho de que no pueda encuadrarse el reclamo bajo el prisma del lucro cesante, no obsta a que lo efectivamente reclamado por la parte actora (conf. fs. 53), transcurra por la vía de la “pérdida de chance”.-----

----- En este sentido, siguiendo a Zavala de González, diré que en ocasiones, en los casos que rige la presunción legal de daño prevista en el art. 1084 y se prueba que en los hechos el progenitor desaparecido (como la víctima de autos) no brindaba alimentos a su hijo por carecer de trabajo o haberse desatendido de sus obligaciones, dichos factores no obstan a la configuración, al menos, de una “chance” perdida (Resarcimiento de Daños, Daños a las Personas, T° 2b, pág.210/211, Ed. Hammurabi).-----

-

----- Recuerdo que la Cámara rechazó la indemnización bajo este tópico, fundamentándose en las circunstancias de hecho y situación personal de F. A.. Así, tuvo en cuenta para resolver, que a la fecha del infortunio, estaba cumpliendo una condena impuesta por la Justicia Penal, desconociéndose en qué momento hubiese podido recuperar su libertad.-----

----- Consideró también, que se trataba de una persona con graves problemas de conducta, trastornos psiquiátricos y adicciones; que no poseía estudios primarios completos y antes de su muerte solo había

desarrollado algunos trabajos esporádicos.-----

-

----- Por el contrario, estimo que, si por chance entendemos una probabilidad suficiente de una ganancia que se frustra por culpa del responsable, una indemnización bajo este rubro es perfectamente factible conforme lo solicitado por la accionante.-----

----- En efecto, considero que la posición adoptada por la Alzada no se ajusta a derecho, en mérito a las circunstancias particulares del presente caso, las normas constitucionales y leyes especiales aplicables (art. 18 de la CN y Ley 24.660), así como los Tratados Internacionales incorporados al texto legal, a las que alude con toda precisión mi colega en su voto.-----

----- De modo tal considero que, sin perjuicio de que las pruebas colectadas y producidas en autos determinaran que el fallecido A. no brindaba asistencia económica a su hijo menor, ello no obsta a que en el futuro, una vez que recuperara su libertad, y dada su juventud, pudiera tratar sus adicciones, continuar su tratamiento y paulatinamente, lograr reincorporarse a la vida cotidiana y readaptarse socialmente.-----

-

----- Implicaría ello a su vez, reinsertarse en el mercado de trabajo, lo que le hubiese permitido conseguir un sustento económico, tanto para sí como para colaborar en la crianza de su hijo. Ignorar esta realidad, sería ir en contra de lo que de común y ordinario sucede en la vida de una persona y, tal como acertadamente lo precisó mi par de Sala, implicaría para el condenado que recupera su libertad, un castigo a lo

largo del tiempo, aún mayor y más severo que el ya cumplido.-----

--

----- Así, entiendo que la muerte de F. A., importó para su hijo menor, un daño que consistió en la frustración de una esperanza o pérdida de una “chance” de recibir en un futuro, asistencia alimentaria de su padre, de un posible beneficio económico, máxime cuando la ponderación de su edad y la de su padre fallecido no excluye la probabilidad de tal asistencia. Y la pérdida de la chance o expectativa de contar en el futuro con esa ayuda o sostén económico, aparece en el caso, con la certeza necesaria para justificar su resarcimiento. De allí, que la privación de esa expectativa debe ser indemnizada.-----

----- En suma, creo procedente hacer lugar al reclamo bajo este rubro, en favor del menor S. A.. Para la fijación de su cuantía, tendré en cuenta las condiciones personales y socioeconómicas del fallecido, cuestión que no puedo soslayar.-----

----- Considero también para su cálculo, que la mayor proporción de sus ingresos serían destinados a su propio mantenimiento, y sólo un pequeño porcentaje sería derivado a su hijo.-----

----- Conforme lo hasta aquí expuesto, propongo al acuerdo rechazar el primero de los agravios expresado por la recurrente, y admitir el segundo, relativo a la indemnización a título de “pérdida de chance” para el hijo de la víctima. Atento las facultades previstas por el art. 167 del CPCC, y en consonancia con lo votado por mi colega de Sala, considero adecuado establecer la indemnización por este rubro,

teniendo en cuenta el salario mínimo vigente, la fecha estimada en que la víctima hubiese recuperado su libertad, y los años que le restaban al peticionante para alcanzar la mayoría de edad, con una reducción del 30% por ser una “chance” y no un lucro cesante, en la suma de **CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS** (\$198.500), calculados a la fecha de este pronunciamiento. **ASÍ LO VOTO.**-----

- ----- **III.-** El tercer agravio expresado por la actora apelante en el punto c) del escrito recursivo, apunta a criticar la decisión de la Cámara en cuanto rechazó la indemnización por pérdida de chance solicitada en favor de los padres de la víctima, F. A.-----

----- De su lectura, no puedo más que coincidir con las observaciones efectuadas por el colega que me precediera en el voto, en cuanto a las cuestiones que surgen del mismo.-----

----- Así, del análisis de los agravios no advierto ninguna crítica pormenorizada de los argumentos del fallo con una debida técnica recursiva, sostenida en articulaciones fundadas sobre los eventuales yerros de la sentencia. Por el contrario, encuentro meras transcripciones de pasajes del decisorio puesto en crisis, la invocación de la reproducción de argumentos vertidos en su queja anterior y el cierre del agravio con una mera opinión que en absoluto satisface la carga que exigen las normas rituales de criticar concreta y razonadamente las partes del fallo que se consideren equivocadas (art. 268 del CPCC).-----

-

----- La falta de solidez argumental en los agravios que demuestran solo una disconformidad con lo resuelto en la sentencia, condenará fatalmente el agravio intentado. En este tramo hay deserción recursiva (art.269 del CPCC).-----

----- De acuerdo a lo expuesto, concuerdo con la propuesta del Dr. PFLEGER de rechazar el agravio en cuestión. **ASÍ LO VOTO.**-----

----- **IV.-** En su último agravio, la recurrente cuestiona lo resuelto por la Cámara respecto a la readecuación de las costas tanto de primera como de segunda instancia, que las había impuesto en el orden causado, con fundamento en la existencia de una revocación parcial del fallo y lo dispuesto en los arts. 282 y 72 del CPCC.-----

----- Entiende que las costas deben ser impuestas, aunque sea en una parte significativa, a la demandada, dado que el rechazo de algunos rubros reclamados no modifica su calidad de vencida en el proceso.-----

----- Afirma que la sentencia yerra en el punto, al desconocer el carácter indemnizatorio de las costas, a la par que incurre en una solución injusta al mutilar la plenitud del derecho resarcitorio de los actores, imponiéndoles cargar con la mitad de las costas, desconociendo además, la circunstancia de que la demandada, al negar su responsabilidad, ha hecho necesaria la prosecución del juicio.-----

----- Sostiene que, incluso antes de instar la acción judicial, su parte formalizó un reclamo administrativo de idéntico contenido, el que fue rechazado. Luego la Provincia, al contestar la demanda, resistió la

acción, negó su responsabilidad y solicitó el rechazo de la acción.-----

----- Estimo que el agravio debe prosperar.-----

----- Concuero con lo dictaminado por el señor Procurador General Adjunto, en que las costas de este proceso deben ser impuestas en mayor proporción a la parte demandada, por cuanto la posición asumida por el Estado Provincial desde que se le formulara el reclamo previo en sede administrativa, fue la de desconocer su responsabilidad en los hechos, forzando a los actores a iniciar el presente proceso judicial. Dicha postura negativa se mantuvo al momento de responder la acción y admitida recién, luego de dictada la sentencia de primera instancia.--

----- La Sentencia puesta en crisis, modificó parcialmente lo resuelto en el fallo de primera instancia al desestimar dos rubros indemnizatorios, y la confirmó en todo lo demás que fuera motivo de agravio. A su término, la Sentencia de grado determinó la responsabilidad civil de la Provincia demandada, la que no fue cuestionada oportunamente por la parte recurrente.-----

----- Asimismo, resulta claro que los actores se vieron compelidos a iniciar este proceso judicial, conforme lo refiriera párrafos arriba.-----

-

----- En consecuencia, por las consideraciones expuestas propongo al acuerdo, por entenderlo apropiado y justo, que las costas de primera y segunda instancia sean impuestas en una proporción mayor a la parte demandada, estimándola en un 70 % a su cargo; y en un 30% a cargo

de la parte actora. **ASÍ LO VOTO.**-----

-- ----- A la misma cuestión el **Dr. PANIZZI**, expresó:-----

----- De acuerdo a los votos emitidos por los Dres. Pflieger y Rebagliati Russell, los que conforman la voluntad de la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativo, de Familia y de Minería de este Superior Tribunal de Justicia, de modo que no emitiré el propio (art. 28 de la Ley V N° 3).-----

----- A la segunda cuestión el **Dr. PFLEGER** dijo:-----

----- Tal como voté la primera cuestión, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente al Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por la parte actora, contra la sentencia definitiva de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn N° 033/2014, y hacer lugar al reclamo de indemnización, en concepto de pérdida de chance, a favor del menor S. S. A. formulado por su representante legal, en la suma de CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS (\$198.500), y a la modificación de la imposición de las costas de primera y segunda instancia. 2) Las costas en esta instancia, propongo imponerlas a la demandada. 3) Regular los honorarios por la actuación ante esta Instancia, de los Dres. E. R. H. y M. C. P., en conjunto, en el 30% de los que les fueran regulados por la primera instancia; y para el Dr. D. G. L., en el 20 % de los fijados para la Primera Instancia. (conf. arts. 5, incs. “c” y “d” y 13 de la Ley XIII N° 4). Ello, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto por el art. 2 de dicha normativa. Todos con más IVA si correspondiere.- **ASÍ LO VOTO.**---

----- A idéntica cuestión el **Dr. REBAGLIATI RUSSELL** señaló: ---

----- Conforme he dado mi voto a la primera cuestión, concuerdo con la solución propuesta por el Sr. Ministro preopinante en esta segunda cuestión. **ASÍ LO VOTO.**-----

----- A igual cuestión el **Dr. PANIZI** manifestó:-----

----- Reitero la reserva formulada en el tratamiento de la primera.-----

----- Con lo que se dio por finalizado el acto quedando acordado

dictar la siguiente:-----

----- **S E N T E N C I A** -----

----- 1º) **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al Recurso de Apelación Ordinaria interpuesto por la parte actora contra la Sentencia Definitiva N° 033/2014 de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn.-----

-

----- 2º) **REVOCAR PARCIALMENTE** dicho decisorio para hacer lugar al reclamo indemnizatorio en concepto de pérdida de chance, a favor del menor S. S. A. formulado por su representante legal, en la suma de CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS PESOS (\$198.500), calculado a la fecha del presente pronunciamiento; y a la modificación de la imposición de las costas de primera y segunda instancia, las que se imponen en un 70 % a cargo de la demandada y en un 30% a cargo de la parte actora.-----

----- 3°) **IMPONER** las costas por la actuación ante este Superior Tribunal de Justicia a la parte demandada (arts. 69 y 282 del CPCC).--

-

----- 4 °) **REGULAR** los honorarios por la actuación profesional de los Dres. E. R. H. y M. C. P., en conjunto, en el 30% de los que les fueran regulados por la Primera Instancia; y para el Dr. D. G. L., en el 20 % de los fijados para la Primera Instancia. (conf. arts. 5, incs. “c” y “d” y 13 de la Ley XIII N° 4). Ello, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto por el art. 2 de dicha normativa. Todos con más IVA si correspondiere.- -----

-

----- 6°) **REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase. -----
Fdo.: Dr. Daniel A. REBAGLIATI RUSSELL- Dr. Alejandro Javier PANIZZI-Dr. Jorge PFLEGER.-----

RECIBIDA EN SECRETARIA EL 20 DE **ABRIL** DEL AÑO **2016**
REGISTRADA BAJO S. D. N° **03** /S.R.O.E./2016 CONSTE