

Danos Y Perjuicios Rina Callejera Lesiones Probation Prejudicialidad

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Riña callejera. Lesiones. "Probation".

Prejudicialidad Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios, pues surge probado que el actor sufrió diversas lesiones a raíz del episodio de violencia física protagonizado por el demandado en una riña callejera. En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 21 días de septiembre de dos mil diecisiete se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Carlos Enrique Ribera y Hugo O.H. Llobera, para dictar sentencia en el juicio: "PLANES ALEJANDRO GASTON C/ LISTORTI FEDERICO S/DAÑOS Y PERJ.AUTOM. C/LES. O MUERTE (EXC. ESTADO)" y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente:

CUESTIÓN ¿Es justa la sentencia apelada? **Votación** A la cuestión planteada el señor juez doctor Llobera, dijo: I. Los antecedentes del hecho Alejandro Gastón Planes narra que el día 30 de junio de 2012, siendo aproximadamente las 5.30 hs., se encontraba caminando con una "compañera de salidas" por la intersección de las calles Maipú y Ugarte de la localidad de Martínez, Provincia de Buenos Aires. En dicha circunstancia vio a Federico Listorti a quien conoció desde hace tiempo pero que no frecuentaba. Refiere que al cruzarse, comenzó a amenazarlos en forma verbal hasta llegar a la violencia física, propiciándole innumerables golpes de puño junto con ocho o diez personas que se encontraban con él. Afirma que el demandado le dio un terrible golpe en el rostro con una tabla de skate, y le ocasionó una herida en el pómulo izquierdo de 3 a 4 cm.. Expresa que a raíz del episodio padeció mucho dolor, tiene una cicatriz en el rostro y el tabique nasal desviado; que tal golpiza le generó las lesiones por las que reclama (fs.9/12).

II. La sentencia apelada El fallo hace lugar a la demanda de daños y perjuicios. Condena a Federico Listorti a abonarle al actor la suma de \$ 17.000, con más los intereses que establece. Impone las costas del pleito al demandado y difiere la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (fs. 152/172).

III. La apelación El actor apela el fallo (fs. 173) y expresa agravios (fs.188/191), los que son contestados por el demandado (fs. 206/211). El accionado apela la sentencia (fs. 175) y expresa agravios (fs. 193/201), los que merecieron la respuesta del actor (fs. 203/205).

IV. Los agravios 1. La atribución de la responsabilidad a. El planteo El demandado se queja porque la sentencia le atribuye la responsabilidad en el hecho. Hace referencia a la apreciación de la prueba. Sostiene que no se probó el nexo de causalidad entre su accionar y el daño producido al actor. Afirma que existió culpa de la víctima en la discusión que hubo entre las partes. Para ello, argumenta: Que la Magistrada no analizó su escrito de contestación, en el cual manifestó que fue el actor quien inició la pelea; que su parte se defendió y que no le provocó la lesión por la que demanda. Que un grupo de gente desconocida, fuera de su grupo de amigos, los intentó separar y uno de ellos les pegó con una tabla de skate. Que la Jueza decidió creer en la versión de una de las partes a partir de la declaración de un testigo ofrecido por el actor, pero no se trata de un testimonio veraz, pues existen diferencias entre las declaraciones efectuadas en sede penal y en este proceso y los dichos del reclamante, las cuales enumera con detalle. Que no puede determinarse con precisión quién dio inicio al episodio de agresión. Que la prueba testimonial y la denuncia penal del actor, demuestran que el golpe con la tabla de skate que le provoca el corte y la desviación del tabique nasal fue practicado por un tercero ajeno. Que la pelea entre ambos fue concausada por los protagonistas. Que la sentenciadora debió tener en cuenta la importancia de la intervención de los terceros que quisieron separarlos y del sujeto desconocido que dio el golpe con la tabla. Que en ningún momento el hecho fue calificado como pelea en riña; que la causa penal no siguió su trámite y la suspensión de juicio a prueba no implica confesión, ni reconocimiento de la responsabilidad civil. Que se trató de una pelea callejera entre conocidos, quienes tuvieron una relación comercial que no terminó bien, puesto que el actor le debía dinero y ello quedó probado en la absolución de posiciones. Que su abogado defensor le aconsejó pedir la suspensión del juicio a prueba porque el proceso penal tenía una serie de errores, que la única prueba que servía era la del precario médico (fs. 17), en la cual se indica que el denunciante tiene lesiones leves. Que no es el responsable exclusivo, en todo caso, ambas partes lo son y ello surge de la denuncia penal del actor, quien en esa oportunidad dijo "...me increpó puesto que yo mantenía una deuda con él, por eso me insultó y nos tomamos a los golpes. Que la responsabilidad por la lesión leve fue del tercero que los separó con la tabla (que podría haber lastimado a cualquiera de los dos), a quien desconoce y se retiró de inmediato del lugar. Solicita se deje sin efecto la atribución de responsabilidad. El actor, al contestar los agravios, sostiene que no se probó la ruptura del nexo causal, ni la actuación del tercero mencionado y tampoco la culpa de su parte en relación a las lesiones. Manifiesta que la declaración de Camila Urquiza de Brettón, es la única que consta en la causa penal como presencial del hecho, y que los testigos propuestos por el demandado, confirman la

existencia de la pelea, con la destacada particularidad que su contraparte no sufrió ninguna lesión. Refiere que con el informe del perito de la policía quedaron acreditadas las contusiones que padeció, las cuales reconoce el demandado en su queja y no sólo corresponden al golpe de la tabla en la cara sino también a politraumatismos. Expresa que no puede el accionado considerarse ajeno, pues reconoció de modo expreso su participación en la pelea, de la que resultó dañado a causa de los golpes propiciados por aquél. Afirmo que no hubo culpa suya en el hecho ni obrar antijurídico de su parte que demuestre lo contrario.

b. El análisis.

i. El derecho aplicable

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994, en vigencia a partir del 1 de agosto de 2015 (ley 27.077 B.O. 19/12/2014), en el art. 7º dispone: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo». En casos como el de autos, en el que se discute la responsabilidad derivada de un ilícito, por las pretendidas lesiones como tales entre agresor y agredido, la cuestión deberá dirimirse de acuerdo a la ley vigente al momento del hecho (30-6-2012); es decir, el Código Civil (causas nº 30.282/2008, 13.737/2012, 92.045, entre otras).

ii. Las constancias de la causa penal y su efecto en sede civil

Los argumentos expuestos en sede represiva para elevar la causa a juicio (fs. 65/67 de la causa penal nº 1381) para imputar la responsabilidad al demandado, deben ser meritadas en su justa medida, toda vez que no constituyen una sentencia definitiva, ni tampoco un supuesto de equiparación a ella (SCBA, causa Nº 110.114 del 01-9-2010, 106.905 del 22-9-2010, entre otras). Tanto es así- que con posterioridad a ello se declaró la suspensión del juicio a prueba en relación a Federico Listorti por el término de un año año debiendo cumplir determinadas condiciones (ver fs. 94/96, de la citada causa).

El art. 76 bis, tercer párrafo del Código Penal (conf. Ley 24.316) regula el instituto de la suspensión del juicio a prueba; dispone que al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, "sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente». En forma expresa se determina que dicho ofrecimiento, no implica admitir la responsabilidad y la sanción que se le impone al imputado, no configura una pena, puesto que no se llega al pronunciamiento de tal, ni, por las mismas razones -entre otras-, obviamente una medida de seguridad (conf. De Olazabal, Julio, Suspensión del proceso a prueba, p. 19/20, Ed. Astrea -Buenos Aires, 1994"). Se ha entendido que el ofrecimiento del imputado de hacerse cargo de la reparación del daño importa el reconocimiento de los hechos imputados -pues su admisión es requisito del otorgamiento de la suspensión- pero no el reconocimiento de la responsabilidad civil (cfr. Creus, Carlos, La reparación del daño producido por el delito, 1995, Edit. Lux, p. 151).

La "probation" no implica una condena en sentido específico, sino que es la renuncia a la potestad punitiva del Estado; procesalmente no es una sentencia, porque es una medida revocable que abre un status procesal específico, que suspende el procedimiento sancionatorio común, otorgando una oportunidad de reforma y al mismo tiempo una posibilidad de condena en caso de incumplimiento de las condiciones a que la somete el juez (CN.Casac. Penal, Sala 2º, 24-6-1997, "Enciso, Lorenzo y otro", J.A. 1999-II-547; í-d., Sala 6º, 22-5-1997, E.D. 175-265). Si el imputado cumple con las condiciones impuestas, satisface las reparaciones en la medida ofrecida y no comete otro delito, el tribunal judicial competente dictará el sobreseimiento. Así- ocurrió en el caso de autos, pues el juez penal declaró extinguida la acción y dictó el sobreseimiento total de Federico Lisorti en orden al delito de lesiones leves que se le imputó en la causa (fs. 136/137). Pero ello no impide la posibilidad de dictar sentencia en el juicio civil, sino por el contrario, queda expedita esta posibilidad con plena libertad de analizar las constancias de las actuaciones penales pudiendo llegar a discutirse -en la causa civil- la existencia del hecho o la autoría del imputado, además -naturalmente- de la necesidad de analizar la concurrencia de los distintos elementos de la responsabilidad civil; todo ello siempre desde ésta última óptica. El art. 76 quater del ordenamiento legal citado, dispone que la suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil.

El acto de solicitar la "probation" no podrá ser invocado en su favor por la contraria para eximirse de probar en el proceso civil los extremos fácticos que perfilan la procedencia de la reclamación resarcitoria (Cámara de Apelación Civil y Comercial de Azul Sala I, causa Nº 56.896 del 15/11/2012).

iii. Principios en materia probatoria

Las normas jurídicas constituyen un mandato que debe aplicarse frente a determinadas situaciones de hecho. Estas deben recrearse a través de un proceso, con la finalidad de formar convicción en el juez, no sólo de que tales hechos han tenido lugar, sino de la forma en que han ocurrido y de tal modo posibilitar la aplicación del derecho. En consecuencia es necesario que en el proceso se logre recrear la situación fáctica acaecida y la demostración de su coincidencia con el presupuesto o supuesto contemplado en la norma para asignarle las consecuencias jurídicas en ella previstas. Cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de la norma que invocare como fundamento de su petición (art. 375, CPCC).

Por esto los hechos constituyen el objeto de la prueba judicial. A través de ella serán recreados en el expediente, adquiriendo una vida propia más o menos coincidente con la verdad ocurrida. La jurisprudencia de esta Sala así- lo ha señalado, en numerosas causas, entre las que cabe mencionar: "Garrote de Galván, Estela c/ Municipalidad de San Isidro», causa

n°92.388; "Herrera Cabrera, Mitchel Franklin C/ Municipalidad del Pilar y otros», causa 100.375; "Melul, Mirta Raquela c/ Camperchioli, Andrea Vanina», causa n°101.738. El objeto de la prueba en el proceso dispositivo, serán los hechos jurídicos alegados como sustento de las demandas, defensas o excepciones, entendiendo por tales los hechos principales alegados y también los secundarios que se encuentren genéricamente comprendidos en los primeros. Es decir, y a diferencia del sistema inquisitivo, quedan fuera de la investigación los hechos no alegados por las partes al trabarse la controversia. La prueba por lo tanto tiene como fin formar en el juez la convicción sobre la ocurrencia o no de un determinado hecho. Lo expresado lo es sin perjuicio de que el concepto de prueba judicial no es unívoco. Comprende el resultado de la actividad llevada a cabo por las partes y por el juez, las fuentes utilizadas para lograr aquellos resultados y la actividad, procedimiento o medios para producirlos (causa "Herrera Cabrera, Mitchel Franklin C/ Municipalidad del Pilar y otros s/ds. y ps.», N° 100.375). Este criterio, de colaboración en la acreditación de los hechos, cualquiera sea el rol de la parte, es conocido como de las "cargas dinámicas», sustentado por la moderna doctrina procesal, cuestión que bajo diversas formas ha sido tratada ampliamente por la doctrina extranjera y nacional (Falcón, E.M. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, p.241; Fenochietto, Carlos E. - Arazí, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As., 1987, p.324; Peyrano, J. y Chiappini, L., El derecho probatorio posible y su realización judicial, Rubinzal - Culzoni, 1990; Lorenzetti, Ricardo L., Responsabilidad profesional en Reformas al Código Civil, Abeledo - Perrot, 1995, p.169); de modo especial se resalta la importancia de esta teoría cuando nos hallamos en casos en que la acreditación de la relación causal entre el daño y la actuación del agente resulta ser muy difícil o compleja para la víctima. Pese a ello, esta doctrina tampoco puede hacernos olvidar la premisa impuesta por el art. 375 del CPCC, en especial cuando la actora no ha llevado a cabo ninguna prueba relevante, la desiste o incurre en negligencia en su producción. Es que la responsabilidad de la prueba en los procesos de sistema dispositivo, recae de modo principal sobre las partes y no depende solo de su condición de demandante o demandado. Se relaciona con la situación en que se ubica cada una en el proceso y a ella incumbe proponer e impulsar las medidas pertinentes, para que en tiempo oportuno produzcan el efecto buscado. A través de su actividad deben lograr la acreditación del hecho invocado, sea como sustento de la acción o de la defensa. Así la imposición de probar los presupuestos que se invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (CPCC 375), no depende de la calidad de actor o demandado, como lo he mencionado, sino de la situación en que los litigantes se coloquen dentro del proceso. Parece justo que en los supuestos donde el develamiento de la verdad está al alcance de ambas partes, se requiera una actitud positiva de ellas con el fin de que aquella sea esclarecida. No obstante, ese dinamismo probatorio nunca podrá traspasar el límite que impone la Constitución Nacional (art. 18), por lo cual mal podríamos exigirle el planteo por el propio demandado de prueba que sepa le será adversa. En este sentido es mi parecer que sólo se puede requerir al demandado el máximo de colaboración para acreditar todo aquello que permita poner en evidencia la corrección de su proceder. Sobre esta relatividad de la condición de actor o demandado a los fines de la prueba, se ha dicho con claridad que evita la aplicación mecánica de conceptos, como puede llegar a serlo incluso el de las "cargas dinámicas» o "pruebas dinámicas», que la carga la define la situación en que la parte se coloca en el juicio; por ello si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos soporta la carga de probarlos, no así cuando sólo se limita a negarlos (Fenochietto, Carlos E. - Arazí, Roland, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As., 1987, p.325). Ello sin olvidar que un hecho puede ser presentado en forma positiva o negativa, según la habilidad retórica de quien la formule (Fenochietto, Carlos E.- Arazí, Roland, ob. cit., p.321). A tal efecto corresponde que se analice la prueba producida en autos en su conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica (CPCC 384).

iv. Análisis de la prueba El actor sostiene que Federico Listori lo agredió de manera física, que lo hizo junto con otras personas que se encontraban con él y como consecuencia de ello sufrió diversas lesiones provocadas por los terribles golpes con el puño y con una tabla de skate: una herida de 3 a 4 cm. en el pómulo izquierdo, la desviación del tabique nasal y escoriaciones. Afirmó que a causa de los tremendos y múltiples golpes en todo el cuerpo debió concurrir al Hospital de Tigre donde le realizaron las primeras curaciones. Por su parte el demandado reconoce haber participado en una pelea callejera con el actor, quien tenía una deuda dineraria a su favor, pero niega tener responsabilidad alguna en la producción del hecho que se discute. Afirmó que el demandante inició la lucha al pegarle una tremenda trompada y que se trató de defender con las manos. Niega ser el autor material de la lesión en el rostro y que lo haya golpeado con una tabla de skate. Explica que personas desconocidas acercaron al lugar para intentar separarlos y uno de ellos le pegó con dicho elemento duro; que la pelea finalizó cada cual con sus golpes y nunca pensó que fuesen más que lesiones leves. La Magistrada analizó la declaración de los testigos ofrecidos por los litigantes y refirió que todos ellos coincidieron en que existió una discusión, que luego derivó en una pelea, de la cual participaron también otras personas. Valoró la prueba confesional y entendió que entre las partes hubo una relación comercial y que quizá fue el motivo del comienzo de la situación. Concluyó que sólo el actor padeció daños personales, y que sin perjuicio del origen del conflicto suscitado, ni quién inicia la conversación o la pelea, que lo relevante eran las lesiones causadas (v. fs. 17 y fotografías de fs. 56 C.P.) y por

ello, atribuyó la responsabilidad al demandado. Cabe recordar que causar un daño a otro importa, ordinaria y formalmente, un acto ilícito que da lugar a responsabilidad (art. 1109 del Civ. Civil). La jurisprudencia ha resuelto que cuando a raíz de un altercado o riña uno de los participantes resulta lesionado, la responsabilidad extracontractual derivada del hecho se encuadra en el supuesto fáctico que aprehende el art. 1109 del Código Civil, debiendo acreditarse la culpa o negligencia en la producción del daño. Y ello puede acontecer en base a declaraciones testimoniales y verificación del daño sufrido (CACC La Plata, B 71282 RSD-178-92 S 18-6-1992, JUBA sumario B250818). Conforme ya fue señalado en los párrafos anteriores, el requerimiento de elevación a juicio, las manifestaciones y ofrecimiento del imputado en sede penal, no pueden ser tenidos en cuenta para evaluar la procedencia de la acción civil deducida. Sin embargo, resulta posible y necesario analizar las probanzas reunidas en la causa N° 1381, dado que fue ofrecida por ambas partes y la testimonial rendida en este proceso. Cabe recordar que la valoración de la prueba testimonial, es la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse en su contenido. Se trata fundamentalmente de una actividad del juez, porque a él le corresponde decidir sobre el mérito de convicción que le merezca esta prueba (conf. SCBA c.104.064 del 14-9-2011). Cualquiera que sea el número y la calidad de los testimonios, cuando hay en los declarantes contradicciones graves o que recaen sobre el hecho principal, al juez corresponde determinar mediante una crítica severa de cada uno, si debe descartarlos o darles credibilidad, teniendo presente que los testimonios se valoran y "no se cuentan». Ello, de acuerdo con el resultado de la crítica minuciosa de todos, tanto en el aspecto subjetivo cuanto en el objetivo (conf., Devis Echandia, Teoría General de la Prueba Judicial, II, p. 283). Los testigos propuestos por el accionado, María Susana Albarenque, Micaela Bielli y Federico Rodríguez Galante, presenciaron el hecho de violencia y refirieron que hubo agresión entre las partes y que se acercaron personas que no conocían, entre las cuales había una que portaba una tabla de skate. Las dos primeras dijeron que le pegaba a ambos. Todos ellos expresaron que no vieron a nadie lastimado (fs. audiencia viedograbada fs.157). Camila Urquiza de Bretton, al declarar en la causa penal dijo que estaban caminando y una persona lo increpó y comenzó a darle golpes, que estaba con un grupo de chicos, cinco u ocho, y todos le empezaron a pegar a Planes; "...había otro muchacho que tenía una tabla de skate y le pegó en la cara ocasionándole una corte en pómulo..." (fs. 157). En este proceso, en lo sustancial se expresó en sentido similar (fs. 157). El recurrente en los agravios hace hincapié en que la jueza no valoró los primeros nombrados y sólo valoró la declaración de ésta última. Recuerda sus manifestaciones en el escrito de demanda en el sentido que no inició la pelea y que se defendió y que no le provocó la lesión con una tabla de skate. Marca las diferencias en la declaración de la testigo presencial. Advierto que difieren algunas manifestaciones de la testigo Urquiza de Betton. Aunque, debo adelantar que, expresó de manera contundente la existencia de un hecho positivo violento entre las partes, ocurrido en su presencia, a raíz del cual el actor sufrió lesiones de consideración leve, y no existe constancia alguna en el presente proceso que pueda invalidarlo. Al respecto, es sabido que de manera frecuente la prueba testimonial puede resultar parcialmente inconsistente o contradictoria, dado que son seres humanos y testifican, en ciertas oportunidades sobre hechos ocurridos mucho tiempo antes de su declaración. Por ello, resulta muy difícil datar siquiera aproximadamente la ocurrencia de determinado hecho, y la prueba en cuestión debe apreciarse siempre en conjunto con las restantes; pues el Juez no sólo se encuentra facultado, sino obligado a apreciar las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones de los testigos (art. 456 segundo párrafo del CPCC). En el caso, la nombrada atestiguó en sede penal en el mes de agosto de 2012, es decir, un mes posterior al hecho (fs. 11 C.P.); haciéndolo en este proceso casi tres años después (fs. 97). Encuentro que esta es una razón que justifica la posibilidad de las diferencias apuntadas. Aunque como ya mencioné no le quitan importancia a sus dichos, pues afirmó que el actor fue atacado de manera física por el demandado, que primero lo increpó y luego comenzó a darle golpes de puño; que al mismo tiempo también lo hacían todas las personas que lo acompañaban, y dándole patadas. Agregó "...Gaston estaba todo ensangrentado, golpeado, con hematomas, fuimos para mi casa, se realizó las primeras curaciones por su cuenta, y él, después tengo entendido se hizo atender en un hospital por Torcuato..." (fs. 11 C.P. y fs. 157 de la presente). Alejandro Gastón Planes compareció en la comisaría el día del hecho las 16.10 hs. y denunció que el incidente había ocurrido a las 5.30 hs. (fs. 1); y que recibió la asistencia médica a las 11.57 hs. en el Centro de Salud Don Torcuato (fs. 109). Dicho informe acredita las lesiones físicas señaladas por Alejandro Planes con motivo del hecho. El médico legista que lo examinó el 3 de julio de 2012, tres días después del hecho, también las constató y dijo que databan de tres y cuatro días (fs. 17 C.P.). Aunque, corresponderá más adelante determinar si se tratan de secuelas incapacitantes. La razón de los dichos de la última testigo y el contenido de las demás pruebas señaladas, evidencian con más fuerza la posibilidad o verosimilitud de sus percepciones y de los hechos que de éstas se deducen, restándole credibilidad a las restantes declaraciones. El accionado puntualiza en el elemento que le habría generado la herida en el rostro y su falta de responsabilidad, pero se olvida de los golpes de puño y patadas que recibió la víctima a partir de su conducta inapropiada y violenta, de todo lo cual da cuenta la prueba rendida. Aún cuando resulte dudoso quien utilizó la tabla de skate para agredirlo o si ésta fue la que le provocó el corte en el pómulo, lo cierto es que el actor sufrió diversas lesiones a raíz del episodio de violencia física protagonizado por el demandado. Nótese que incluso expresó en su escrito

de contestación, "... nunca pensé que fuesen más que leves lesiones..." con lo cual, es evidente que no ha sido ajeno al hecho dañoso.

El recurrente dijo que se defendió con las manos y que también fue agredido por el actor. Si bien resultaría probable que así hubiera sucedido, no surge de la causa ninguna constancia que acredite que los golpes que le dirigió Planes le hubieran provocado alguna herida, y tampoco de un tercero. De hecho los testigos ofrecidos por su parte afirmaron que no lo vieron lastimado (fs. 157).

Y no resulta relevante quien hubiera iniciado la discusión o la pelea, tal como concluyó la Magistrada anterior. En mi parecer, el actor debió evitar los daños y/o lesiones que sean atribuibles a su propia conducta y en todo caso, acreditar haber sido ajeno al daño, y no lo hizo. Por tanto, la prueba testimonial señalada, el informe del Centro de Salud Don Torcuato, junto con los demás elementos indiciarios, vistos a la luz de las reglas de la sana crítica, me llevan a la convicción que la versión del actor se encuentra justificada (arts. 384 y 456 segunda parte, CPCC). Conforme a lo expuesto, estimo entonces que en el marco probatorio desplegado corresponde endilgar al demandado Federico Listorti un proceder culpable, pues agredió de manera física al actor; ello importó un accionar inadecuado y desmedido, ocasionándole el daño por el cual se reclama.

c. La conclusión En razón de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1109 y concordantes del Código Civil (en similar sentido arts. 1716 y 1724 del CCCN); arts. 375, 384, 456 segundo párrafo y conc. del CPCC, propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de origen, en cuanto a la responsabilidad del demandado.

2. Rubros indemnizatorios

2.1. Daño estético

a. El planteo La sentenciadora analizó de manera conjunta la incapacidad sobrevenida y el daño estético. Desestimó la indemnización pretendida, pues consideró que no quedó acreditada mediante la prueba pericial médica la incapacidad permanente en este aspecto. El actor se agravia de tal decisión porque entiende que de haber ponderado en forma separada los conceptos el resultado sería distinto. Sostiene que la cicatriz en el rostro se produjo a causa de la agresión imputable al demandado y que le dejó una marca en la cara a la vista de todos; que no resulta necesario un dictamen médico para comprobarlo. Argumenta que la Magistrada se equivocó, pues tuvo por probada la lesión y con ello la vulneración de su integridad física, lo cual perdura hasta la actualidad y se conservará por largo tiempo. Refiere que el perjuicio estético consiste en la violación al derecho a su imagen física, y excede la desdicha y el malestar provocado al momento de sufrir la golpiza que configura el daño moral. El demandado al responder los agravios, afirma que el rubro en cuestión no configura un supuesto autónomo con relación al daño material y al daño moral. Considera que tal como lo valoró la sentenciadora, no se arrió ninguna prueba que permita cuantificarlo. Reitera los argumentos expuestos en el punto anterior, en el sentido que no se probó que su parte fuera quien produjo este daño, sino que lo provocó un tercero ajeno a las partes. Pide que no se haga lugar al reclamo y se rechace esta partida.

b. El análisis

i. Caracterización. El daño está configurado por una lesión, que se define como una alteración a la textura física y/o psíquica. En el primer supuesto comprende las contusiones, escoriaciones, heridas, mutilaciones y fracturas en general, alcanza todo deterioro en el aspecto físico o mental de la salud, aunque no medien alteraciones corporales. Lo indemnizable es el daño que se traduce en una disminución de la capacidad de la víctima en sentido amplio, que comprende la aptitud laboral y los restantes aspectos de su vida social, cultural, deportiva, etc. (Cód. Civil, art. 1086 y en similar sentido art. 1746 del CCCN)). Es decir, que las afectaciones dan lugar a una indemnización en la medida que ellas importen una disminución de las funciones, sin que estas deban considerarse nada más que desde la óptica del trabajo, sino desde la plenitud psico-física de la que todo ser humano debe gozar como persona conforme al orden natural (Const. Nacional, art. 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 3 y 8; Convención Americana sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, art. 5.1, Const. Prov., arts. 10, 12 y 15).

ii. Daño estético Cuando se trata del resarcimiento del daño estético debe recordarse que no constituye un tercer tipo de daño, ya que nuestro derecho positivo sólo contempla el resarcimiento del daño patrimonial y el moral (Código Civil: arts. 1068 y 1078), de modo que deberá resarcirse como daño material en la medida en que influya en las posibilidades económicas del damnificado o lo afecte en su vida de relación, pudiendo contemplarse al resarcir el daño moral el padecimiento espiritual que produce en toda persona la pérdida de la propia imagen corporal (SCBA, Ac. 52.258 del 2 de agosto de 1994, D.J.B.A. 147-177; causas de esta Sala nº 75.403, 82.662, 101.131, entre otras).

iii. Determinación pericial, la existencia del daño y la relación causal. La existencia de un daño originado en una lesión física y/o psíquica como así también la medida en que incida en la plenitud de una persona debe probarse mediante la pericial realizada por profesional competente en la respectiva materia, designado para expedirse en la causa. Una vez que el experto ha presentado su dictamen y en su caso las explicaciones adicionales solicitadas por las partes, corresponde que el juez se atenga a dichas conclusiones. Esto no significa que sean vinculantes (SCBA, Ac. y Sent. 1957-IV-54; 1961-V-490). En efecto el juez podrá apartarse de ellas en forma total o parcial, por razones muy fundadas, cuando tomando en consideración la competencia del perito, los principios científicos en que fundamenta su opinión, la concordancia de su aplicación con los principios de la sana crítica, en su caso las observaciones formuladas por las partes y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, lo lleven a la convicción de que la pericial no reviste la solidez científica necesaria para ser tomada como elemento de prueba (CPCC. art.474). Sin embargo, en el caso de autos no se produjo la prueba pericial médica. Más allá que el

actor haya sufrido los traumatismos que fueron informados (fs. 108/111), y que estimo tiene relación causal con el incidente de agresión, lo cierto es que no quedó determinado si dichas lesiones le ocasionaron a la víctima secuelas incapacitantes estéticas; es decir, se desconoce el porcentaje de incapacidad necesario para cuantificar el daño. Pese a las argumentaciones desarrolladas en los agravios, no obra en la causa prueba alguna que las respalden. Tampoco surgen elementos que alcancen para establecer un importe indemnizatorio por esta partida. Sin perjuicio de la valoración que corresponderá efectuar al momento de considerar el daño moral. El requisito de que el daño sea cierto (arts. 519, 520, 1068, 1069 del Cód. Civil) ha sido establecido para diferenciarlo del meramente eventual o hipotético, pues no cabe otorgar indemnizaciones por daños presuntos, meras conjeturas o posibilidades. En el caso, no ha sido probado el alegado daño incapacitante, por lo que no corresponde otorgar indemnización, debiendo desestimarse el agravio formulado.

iv. Los precedentes Similares consideraciones a las que anteceden han sustentado numerosos precedentes de esta Sala (causas n°: 100.883, 93.308, 80.419, 89.892, 100.375, 101.709, 100.905, 43070-2009, D-2416-4, 44.309/2009, de 14-3-2017 entre muchas otras).

c. La propuesta al Acuerdo En virtud de lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1083, 1086 y conc. del Código Civil, todos ellos vigentes al tiempo del hecho dañoso (en similar sentido arts. 1737, 1738, 1739, 1740 y 1746 del CCCN); arts. 272, 375, 384, 474 y conc. del CPCC, propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en primera instancia.

2.2. Lucro cesante

a. El planteo La Magistrada decidió desestimar el importe pretendido por este concepto. El actor se agravia porque entiende que su reclamo debió prosperar. Sostiene que no valoró el testimonio de Leandro Shadeck, el cual acredita que se dedicaba al negocio y fabricación o comercialización de skates y que a causa de la situación de violencia que sufrió se vio impedido de trabajar. Pide que se fije la suma de \$30.000, actualizado a la fecha por el costo de vida mensual aproximado. El accionado al constatar los agravios, dijo que esta partida importa el quebranto patrimonial representativo de las ganancias dejadas de percibir, en un modo efectivo, y no por el costo de vida como pretende el actor. Reitera el rechazo de la partida.

b. El análisis El lucro cesante es el que ha sido frustrado, la utilidad, beneficio, ganancia o provecho de que se ve privado el acreedor, sea por la inejecución total o parcial de la obligación, o por retraso o mora en su ejecución, sin comprenderse en este concepto las ganancias hipotéticas (Rezzónico, Luis Marí-a, Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, 9ª ed. Vol.1, Depalma, 1966, p. 205; Llambí-as, Jorge J., Código Civil Anotado, t. II-A, Bs. As., 1989, p. 154 y ss; causas n° 93.663, 98.831, 99.735, entre muchas otras). La víctima de un ilícito se hace acreedora a la indemnización del lucro cesante (arts. 1068, 1069 Código Civil, Rezzónico, Luis Marí-a: "Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil", 9ª ed. Vol.2, Depalma, 1966, pág. 1252 y 1468). Sin embargo, su acreditación es el presupuesto del resarcimiento, pues sólo procede en la medida del perjuicio. De lo contrario, constituiría un enriquecimiento sin causa (Llambí-as, Jorge, Tratado de Derecho Civil Obligaciones, Tomo I, Ed. Perrot, 1973, p. 285). Debe tratarse de un perjuicio determinado y evaluable con certeza y no de una mera expectativa, ya que el resarcimiento patrimonial genérico ocasionado por el hecho se contempla bajo el rubro de indemnización por incapacidad. Para que resulte indemnizable debe acreditarse tanto la actividad desempeñada por el que pretende la reparación como la existencia concreta de las pérdidas experimentadas (S.C.B.A Ac. 22.350 del 22/3/77, causas esta Sala n° 48.495, 73.729, 73.666 entre muchas otras). La prueba testimonial aportada resulta insuficiente para la pretensión del resarcimiento, dado que no acreditan en forma concreta las ganancias ni las pérdidas que la falta de actividad le ocasionó. Tampoco alcanza para determinarlo la estimación que en forma genérica efectúa el actor, teniendo en cuenta la cantidad de días que no pudo trabajar, ya que no hay ninguna prueba fehaciente que lo confirme. En función de la prueba analizada, no habiéndose acreditado en forma certera la pérdida de ganancias peticionada, en mi parecer, corresponde desestimar el lucro cesante peticionado.

c. La propuesta al Acuerdo De conformidad con lo dispuesto por los arts. 1069 y 1086 del Código Civil, propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de origen en cuanto al rechazo de esta partida indemnizatoria.

2.3. Daño moral

a. El planteo La sentenciadora estableció por este concepto la suma de \$ 15.000. El actor sostiene que el importe es insuficiente, que resulta ínfimo en relación a la violencia padecida, pues no solo perturbó su tranquilidad sino que le hizo experimentar un gran temor ante la eventualidad de un fin más trágico. Solicita se fije un monto más alto. El demandado se queja porque resulta exorbitante y es superior al valor pretendido. Por otra parte, sostiene que el mayor daño lo generó un golpe con una tabla de skate y que no se encuentra probado que su parte lo produjo. Afirma que en todo caso, los trastornos que denunció el actor son los que comprenden cualquier accidente leve, pues nunca quedó inconsciente, no tuvieron que realizarle una cirugía y tampoco acreditó que no pudo trabajar por tres meses. Agrega un argumento en relación a la responsabilidad en el hecho, dice que la participación del actor tuvo culpa en los resultados. Pide se desestime la partida indemnizatoria o a todo evento se reduzca.

b) El análisis

i. El concepto de daño moral En primer lugar, cabe aclarar que la cuestión traída en relación a la responsabilidad ya ha sido analizada en el punto anterior, por lo que debe estarse a lo allí propuesto. El daño moral, comprendido ahora por el CCCN bajo la denominación consecuencias no patrimoniales, está configurado por una afectación íntima que sufre la persona con motivo del actuar de terceros, que implica una injusta privación o disminución de los bienes que tienen valor fundamental en su vida y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad

física, el honor y los más caros afectos (C. Civil, arts. 1078 y 1111; SCBA, Ac. N° 63.364, 10-11-1998, DJBA 156-17; en similar sentido arts. 1738 y 1741 del CCCN). Su indemnización debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos del demandante, que constituyen aquello que se pretende reparar. La suma que se fije a tal efecto no está sujeta a reglas fijas. Su reconocimiento y cuantía depende, en principio, del arbitrio judicial, para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión (SCBA, Ac. N° 51.179, 2-11-1993). Encuentra su fundamento en la obtención de una satisfacción compensatoria, y por ende, imperfecta, del dolor íntimo experimentado, a raíz del siniestro. A través de ella se procura la obtención de gratificaciones sustitutivas de aquellos bienes perdidos, como fuentes de gozo, alegría, estimables en la esfera psicofísica (Iribarne, H., De los daños a personas, p. 162, Ediar, Bs. As., 1993). Para ello corresponde tener en cuenta que esta indemnización de carácter resarcitorio (CSJN, 5-8-1986, ED 120-649), debe atender a los sufrimientos psíquicos y afectivos sufridos por el demandante, valorándose la gravedad del ilícito cometido, sin que sea preciso que guarde relación con el daño material, ni con otros que se reclamen, pues no reviste carácter accesorio (CSJN, 6-5-1986, RED a-499). Debo señalar que el monto pretendido no actúa como tope indemnizatorio si lo pedido lo es con la salvedad de "lo que en más o en menos resulte de la prueba» o manifestación equivalente, no siendo por ello lesiva de garantías constitucionales la sentencia que sobre la base de tal reserva acuerda una suma mayor a la reclamada (CSJN, 25-2-1975, LL 1975-V-382). SCBA, Ac. y Sent. 1976, v. III, p. 157; 1977, v. II, p. 662, entre muchas otras). Esto es lo que acontece en la hipótesis de autos, toda vez que en el escrito de demanda el reclamante pretende la cifra allí consignada "o lo que resulte en más o en menos de acuerdo a las probanzas de estos actuados» (fs. 9). ii. Los precedentes Todas estas consideraciones han sido ponderadas en reiteradas oportunidades por esta Sala cuando ha debido fijar una indemnización por el rubro que aquí nos ocupa (causas N° 101.321, 100.706, 102.722, 102.829, 100.883, 102.592, 101.100, 101.709, entre muchas otras). iii. Las lesiones padecidas El actor a raíz del incidente, sufrió diversas lesiones, debió recibir asistencia médica y someterse a estudios. El profesional que lo examinó en el hospital y el médico legista de la policía, refirieron que presentaba una herida contusa suturada de 3 cm. en el pómulo izquierdo, equimosis suborbitaria izquierda, dos escoriaciones puntuales suborbitaria derecha y otra de 3 por 2 cm. En la parrilla costal derecha. Estimó una incapacidad laboral de treinta días. Con fecha 28 de julio de 2012, le diagnosticaron una desviación del tabique nasal (v. fs. 108/111, 114, fs. 17 C.P.). Le suministraron analgésicos y antibióticos. No se ha determinado en autos un porcentaje de incapacidad física o estética, ni daño psicológico y tampoco la necesidad de un tratamiento terapéutico. No obstante, deben contemplarse los dolores y las molestias que todo ello le ocasionó, lo cual sin duda ha influenciado en su estado emocional de manera negativa. Asimismo, deben evaluarse todas las circunstancias personales de la víctima, tenía 32 años de edad la fecha del evento, era soltero y comerciante (fs. 1 y 17 C.P.). c) La propuesta al Acuerdo En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 1078 y concordantes del Código Civil (en similar sentido arts. 1738 y 1741 del CCCN); arts. 375, 384, 474 y conc. del CPCC, entiendo que, la suma establecida en la instancia de origen (\$ 15.000) es razonable, por lo que propongo al Acuerdo confirmarla. 2.4. Gastos de medicamentos y farmacia La sentenciadora fijó la suma de \$ 2.000. El accionado se agravia y para ello sostiene los mismos argumentos que en los conceptos anteriores. Pide se reduzca en proporción a la responsabilidad compartida en el hecho. b) El análisis Los gastos que la víctima tuvo que afrontar para el tratamiento de las lesiones recibidas, deben ser resarcidos aunque no se haya aportado prueba alguna al respecto, siempre que se encuentre acreditada la existencia de aquella; ello comprende los correspondientes a compras de farmacia, los gastos de traslados e inclusive aquellos necesarios para tratamientos futuros, si se encuentran relacionados con el accidente. Resulta de aplicación el art. 165 párrafo final del CPCC, el cual confiere a los jueces la facultad de fijar el monto de la condena, siempre que se acredite la existencia del daño y aunque no resulte justificado su monto, ya que su desembolso se presume. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que esta atribución debe utilizarse con prudencia, en especial porque la lógica impone suponer que, si se realizaron gastos de significación, lo normal es que por ellos se entreguen las correspondientes facturas. Esto es así, incluso cuando las víctimas se hubiesen atendido por intermedio de un hospital público, porque es sabido que igualmente se producen algunos gastos que deben ser contemplados, pero en menor medida. Por otra parte no puede obviarse que cuando se trata de gastos menores realizados en la angustiosa etapa posterior a un accidente, no puede exigirse a las víctimas toda su atención en la exigencia y conservación de los respectivos comprobantes (causas n° 101.100, 102.592, 106.056, entre muchas otras). En función de todo ello, y la entidad de las lesiones sufridas y del principio de reparación integral, advierto que el valor otorgado es adecuado (art. 165, CPCC), y no habiendo propuesto la responsabilidad compartida, como pretende el accionado, no cabe más que desestimar la queja en este aspecto. c. La propuesta al Acuerdo Tomando en cuenta las constancias analizadas y lo dispuesto por los arts. 1068, 1069, 1086 y concordantes del Código Civil; arts. 375, 384, 474 y conc. del CPCC, entiendo que el importe establecido en la instancia de origen es razonable, por lo que postulo su confirmación. V. Las costas de la Alzada En mérito a la forma en que se propone resolver los agravios planteados, entiendo que las costas de esta Alzada deben imponerse: a) por el recurso del actor, al recurrente; b) por el recurso del demandado, a dicha parte (art. 68 del CPCC). Por todo ello y los

fundamentos expuestos, voto por la afirmativa. Por los mismos fundamentos el señor juez doctor Ribera vota también por la afirmativa. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede confirma en todo la sentencia apelada. Las costas de esta Alzada se imponen: a) por el recurso del actor, al recurrente; b) por el recurso del demandado, a dicha parte. Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 del decreto ley 8.904/77). Regístrese, notifíquese y devuélvase a la Instancia de origen.

022464E