

## Golpiza A La Salida De Un Local Bailable Responsabilidad De Los Padres

### JURISPRUDENCIA

### Golpiza a la salida de un local bailable. Responsabilidad de los

padres

Se modifica el monto indemnizatorio y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios derivados de una golpiza recibida por el accionante a la salida de un local bailable. En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a cuatro de julio de 2017, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala II de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal y Abelardo A. Pilotti, para dictar sentencia en los autos caratulados "Marquinez, Lucas Max contra Maldonado, Franco Raúl y otros sobre daños y perjuicios" (expediente número 148.352) y, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Pilotti, resolviéndose plantear las siguientes CUESTIONES 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 483/504? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO: A- El asunto juzgado. A. 1) Lucas Max Marquinez promovió demanda por daños y perjuicios contra Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado, María Luján Martínez, Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y Margarita Isabel Spada por la suma de \$171.655. Relató que el día 2 de abril de 2008 concurrió al local bailable denominado "La Barra Disco" ubicado en Avenida Moreno 250 de la ciudad de Tres Arroyos. Manifestó que al retirarse del lugar recibió insultos de unos jóvenes que integraban un grupo de doce personas. Expresó que, ante esta situación, continuó su marcha hasta que fue sorprendido por un golpe propinado desde atrás. Dijo que, posteriormente, fue tomado por dos personas que lo inmovilizaron -entre las cuales estaba el codemandado Marcos Arostegui-, apareciendo en frente suyo Franco Raúl Maldonado, quien le confirió un fuerte puñetazo en el rostro. Indicó que a raíz del hecho se inició una causa penal en la cual se condenó a este último a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional. Asimismo, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 128, 264, 265 y 1.114 del Código Civil, endilgó responsabilidad a los padres de Marcos Arostegui y Franco Raúl Maldonado, pues al momento del suceso eran menores de edad y convivían con ellos. Finalmente desarrolló los daños reclamados, justipreciándolos y ofreció pruebas. A. 2) A fs. 104/112 se presentaron Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada contestando el traslado de la demanda. Realizaron una negativa pormenorizada de las circunstancias expuestas por el actor en su escrito postulatorio y manifestaron que de la causa penal surge que Marcos Arostegui no tuvo participación en el hecho. Señalaron que dentro del establecimiento bailable existió una discusión entre el accionante y Maldonado que derivó en una pelea a la salida del recinto. Ofrecieron pruebas y solicitaron el rechazo de la acción con costas. A. 3) A fs. 121/128 contestaron la demanda Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez. Luego de negar los hechos indicados por el actor señalaron que Franco Maldonado solo tuvo una discusión verbal con él y que su primo, Nicolás Maldonado, apareció en la escena asestándole al accionante un golpe de puño en su mandíbula. Indicaron que, a continuación, el personal policial lo llevó a la comisaría y que allí dio una versión de lo sucedido totalmente alejada de la realidad a fin de no inculpar a su familiar. Precisarón que el reclamante sabía bien quién fue el que le había pegado, pese lo cual decidió inculpar a Franco Maldonado debido a la carencia de bienes de su primo para hacerse cargo de la indemnización por el daño ocasionado. Ofrecieron pruebas y pidieron que se rechace la demanda con costas. B- La solución dada en primera instancia. El juez de grado hizo lugar a la demanda condenando a los accionados a pagar al accionante la suma de \$209.000, con más intereses a la tasa pasiva que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días "tradicional", formalizados por medio de su sistema "Banca Internet Provincia" (B.I.P.), más la suma de dinero que resulte necesaria para afrontar los gastos de la futura intervención quirúrgica a la que se debe someter el actor, la cual ordenó que se determine por vía incidental una vez que se encuentre firme y consentida la sentencia. Para así decidir, analizó la normativa aplicable, señalando que en el caso es de aplicación el Código Civil y no el Código Civil y Comercial por tratarse de un daño consumado con anterioridad a la entrada en vigencia de este último. Seguidamente ponderó la causa penal instruida con motivo del hecho e indicó que de ella surge que el día 2 de abril de 2008, aproximadamente a las 5:00 hs., a escasos metros del local bailable "La Barra Disco" una persona de sexo masculino, mayor de edad, en compañía de otras dos personas del mismo sexo, aplicó golpes de puño en el rostro al Sr. Lucas Max Marquinez, causándole una doble fractura en su mandíbula, siendo el autor penalmente responsable el Sr. Franco Raúl Maldonado. Dijo que si bien los testigos Márquez (fs. 286/287) y San Román (fs. 288/289) sostuvieron que Franco Maldonado no agredió físicamente al actor y que quien asestó el golpe fue Nicolás Maldonado, lo cierto es que en la causa penal se dictó sentencia que determinó que el autor penalmente responsable de las lesiones sufridas fue el primero. Indicó que de la prueba testifical obrante en este proceso y en el penal no se desprende que hubiera existido algún tipo de

agresión física previa del accionante que haya desencadenado la reacción de Maldonado como ?acto de defensa?. Sostuvo que el veredicto condenatorio hace cosa juzgada en el juicio civil respecto a dos cuestiones esenciales: la existencia del hecho principal que constituye el delito y la culpa del condenado, por lo que no podrá alegarse en esta sede la falta de culpa. En razón de que Franco Maldonado resultó condenado penalmente por el hecho precisó que su responsabilidad deviene irrefutable, pues no probó que existiera concurrencia causal alguna en el accionar de la víctima. En cuanto a la responsabilidad del codemandado Marcos Arostegui, con la prueba testifical tuvo por acreditado que tomó de un brazo al actor en el momento que Maldonado lo agredió. También encontró probado que la acción desarrollada por Arostegui se produjo de manera previa o simultánea al momento del impacto, resultando importante la secuencia temporal, pues de ella se infiere que su conducta consistió en facilitar la acción desarrollada por Maldonado, dejando al actor sin posibilidad de defenderse. Por ello, luego de citar el art. 1.081 del Código Civil, señaló que Marcos Arostegui es solidariamente responsable por el daño ocasionado, dado que no ha probado que existiera concurrencia causal en el accionar de la víctima. Por otra parte determinó que los codemandados Raúl Osvaldo Maldonado, María Luján Martínez (padres de Franco Maldonado), Néstor Arostegui y Margarita Isabel Spada (padres de Marcos Arostegui) son solidariamente responsables junto a sus hijos, pues entendió que el art. 1.114 del cuerpo legal antes referido presume que el hecho perjudicial ocurrió porque omitieron cumplir con eficacia los deberes de cuidado y buena educación que la ley les impone. Dijo que en el caso los accionados no han logrado demostrar que le impartieran a sus hijos una adecuada educación con transmisión de los valores socialmente relevantes, por lo que no pudieron desvirtuar la ausencia de la vigilancia que requerían sus hijos menores en la noche del suceso. Luego de encontrar responsables a todos los demandados, el magistrado ponderó los rubros reclamados. En lo atinente al daño emergente consideró ajustado a derecho que se pague al actor: a) la suma de \$4.000, la cual surge del recibo emitido por Dr. Roberto Luis Giménez (fs. 22), por los honorarios que le fueran oportunamente abonados; b) el monto de \$5.000 en concepto de gastos farmacéuticos, traslados, atenciones médicas, curaciones, comidas, llamadas telefónicas, etc. que presumiblemente afrontó ante la necesidad de paliar las lesiones recibidas, en base a lo normado por el art. 165 del C.P.C.C., valor que estimó a la fecha del dictado de la sentencia; c) los gastos que conlleva la intervención quirúrgica para extraerle la placa de titanio que le fuera colocada, tal como lo peticionó en la demanda (fs. 64 vta. y 65), los cuales ordenó que se determinen por vía incidental una vez firme y consentido el pronunciamiento en crisis. En lo referido a la indemnización por incapacidad, no encontró probado que el actor padezca algún grado de incapacidad psicofísica permanente que torne procedente esta partida. En efecto, precisó que nada surge de la pericia odontológica (fs. 380/381) ni de la experticia psicológica (fs. 404/405), pues a pesar de que esta última determinó que tiene una incapacidad psíquica de grado severo del 35%, es transitoria y, por ende, susceptible de ser superada mediante un tratamiento terapéutico por el lapso de un año y medio a dos con una asiduidad mínima semanal. Finalmente indicó que el reclamante no cumplió con la carga de acreditar de manera fehaciente la incapacidad permanente que supuestamente lo limita, fundamento con el que resolvió rechazar el rubro en cuestión. En lo atinente al daño moral expuso que el de autos se trata de un menoscabo in re ipsa, ?en tanto nadie puede negar que la fractura doble de mandíbula por un golpe de puño ocasionada a los 18 años, de forma trágica y sorpresiva, y en virtud de la cual el actor se debió someter a una intervención quirúrgica, estar al menos 45 días sin ingerir alimentos sólidos dado que no podía masticar (ver pericia de fs. 380), la seguridad de que deberá nuevamente someterse a otra intervención para retirar la placa de titanio colocada, su edad al momento del hecho, la zona de las lesiones en boca y rostro, habrá de generar trastornos psicológicos, y padecimientos espirituales? (sic). Lo fijó en \$200.000, suma con la que estimó que el actor podrá adquirir un automóvil nuevo de baja gama que le permitirá disfrutar del placer de conducir, viajar, salir con sus amigos, o bien generar un ahorro que le posibilite adquirir otros bienes y servicios, como podrían ser: turismo, tecnología, esparcimiento, etc.. C- La articulación recursiva. C. 1) La parte actora dedujo recurso de apelación a fs. 505, remedio que le fue otorgado libremente a fs. 506. Expresó sus agravios a fs. 540/543, los que fueron replicados a fs. 564/565 (por Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada) y a fs. 567/568 (por Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez). C. 2) Los codemandados Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada apelaron la sentencia a fs. 507, recurso que se les concedió a fs. 508. Expresaron sus agravios a fs. 544/551 los que fueron replicados a fs. 559/562 por el actor. C. 3) También se desconformaron con la sentencia los codemandados Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez, quienes apelaron a fs. 509, recurso que se les concedió libremente a fs. 510. Fundaron sus agravios a fs. 552/557, los que fueron contestados a fs. 559/562 por el actor y a fs. 564/565 por Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada, quienes adhirieron a las quejas efectuadas por los primeros. D- Los agravios. D. 1) Las quejas del actor se centran en el monto asignado para la partida daño emergente y en el rechazo del rubro incapacidad sobreviniente. En cuanto al primero de sus agravios argumenta que la indemnización es insuficiente. Indica que quedó probado que gastó en concepto de honorarios médicos la suma de \$4.000 (fs. 22 y 377) y por erogaciones sanatoriales \$2.697 (fs. 209), lo que hace un total de \$6.697. Sostiene que este monto debe ser incrementado teniendo en cuenta el porcentaje de inflación registrado en el país desde abril del 2008 -época

en la que desembolsó el dinero- hasta el presente, lo que arroja una cantidad de \$19.220. Manifiesta que el a quo omitió ordenar la compensación de todas las otras erogaciones que tuvo que hacer, las que si bien no fueron puntualmente acreditadas se presume que existieron por tratarse de una consecuencia lógica derivada de la atención que requirió su lesión. Refiere que pese a que el juez de grado reconoció que existieron gastos farmacéuticos, de traslados, atenciones médicas, curaciones, comidas, llamadas telefónicas, etc. que presumiblemente afrontó; estos rubros no fueron cuantificados, por lo que solicita que se fije un monto estimado a los fines de su resarcimiento. En consecuencia, pide que se modifique la sentencia ordenándose pagar por este concepto la suma reclamada en la demanda debidamente actualizada. Por otro lado se desconforma con que el magistrado no encontró acreditado que padezca algún grado de incapacidad psicofísica de grado permanente. Arguye que la experticia psicológica determinó que padece un 35% de incapacidad psíquica, por lo que entiende equivocado que se haya subsumido esta afección en la reparación por el daño moral y no en la partida "indemnización por incapacidad" que estima correspondiente. Argumenta que el daño psíquico es un menoscabo a la capacidad y a la integridad psicofísica independiente del daño moral. Propone que a los efectos de ponderarla se aplique el "cálculo de matemática financiera usual" (sic) tomando como variables su salario, edad y porcentaje incapacitante determinado en la pericia antes aludida. Cita Jurisprudencia. Por último solicita que para el supuesto que este tribunal fije los montos indemnizatorios y los valore al momento del hecho, los intereses se computen aplicando la tasa activa y que, asimismo, se capitalicen desde la fecha de la notificación de la demanda de conformidad con lo dispuesto en el art. 770, inc. c, del Código Civil y Comercial.

D. 2) Por su parte, Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada se agravian de la responsabilidad endilgada a Marcos Arostegui, pues cuestionan que el a quo encontrara probado que sujetó al actor en el momento en que Franco Maldonado le propinó el golpe que le produjo la lesión. Sostienen que el juez de primera instancia incurrió en omisiones, incongruencias y apreciaciones subjetivas en la valoración de la prueba testifical, pues el testimonio del Sr. Dupuy, en el cual se apoya exclusivamente, no coincide en ninguna de las tres ocasiones en que declaró. Indican que es totalmente arbitrario entender que la versión cierta de los hechos sea la declarada en el debate penal y no la efectuada en la instrucción penal preparatoria (I.P.P.), ya que la última se produjo al mes de ocurrido el suceso, con lo cual es allí donde más presente debería haber tenido los detalles de lo acontecido. En efecto, arguyen que en el marco de la I.P.P. Dupuy declaró que Maldonado apareció intempestivamente y le aplicó un golpe a Marquinez, sin hacer mención alguna a la intervención de otra persona que lo sujetara. Refieren que fue recién en el debate penal donde "recordó" que Marcos Arostegui lo había agarrado de un brazo, para concluir en su testimonio en sede civil que fue tomado de los dos brazos antes de recibir el impacto. Manifiestan que de la declaración testifical del oficial policial Toledo surge claramente que Maldonado se encontraba con otra persona que, por la descripción que realiza, se puede inferir que no era Arostegui. Señalan que es imposible que no haya visto que inmovilizaran al actor para que no pueda defenderse. Argumentan que para el magistrado de primera instancia los testimonios de Márquez (fs. 286) y de San Román (fs. 288/289) demuestran que no hubo agresión previa o provocación del actor, a pesar de lo cual luego manifestó que son incongruentes para probar que el codemandado no participó en el suceso. Se desconforman de que el a quo haya tenido por acreditado: 1) que la acción atribuida a Arostegui -agarrar de un brazo al actor- se produjo de forma previa o simultánea al momento del impacto; 2) que la conducta de Arostegui consistió en facilitar que Maldonado lo golpeará; 3) que esta circunstancia lo dejó al actor sin posibilidad de defenderse ya sea esquivando el golpe o anteponiendo su brazo para morigerarlo. Cuestionan que el sentenciador haya responsabilizado solidariamente en un 100% a Marcos Arostegui, ya que no resulta lógico entender que la supuesta acción atribuida -agarrar de un brazo al accionante- haya sido la desencadenante del golpe aplicado y la consecuente lesión sufrida. Finalmente expresan que el monto de la condena es desproporcionado, pues el de la demanda asciende a \$171.655 y el de la sentencia recurrida supera los \$200.000. A mayor abundamiento, argumentan que no es razonable que se los condene a pagar el triple de lo reclamado en concepto de daño moral, pues tal desproporción es violatoria de los derechos a la propiedad y defensa en juicio consagrados por la Constitución Nacional.

D. 3) Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez se quejan de que el magistrado de grado no haya considerado la conducta asumida por el actor como concurrente en la culpabilidad del hecho que derivó en su propio infortunio. Explican que de los testimonios de Márquez y Toledo se desprende que, al escuchar los supuestos insultos, Marquinez retrocedió e inició una discusión con Franco Raúl Maldonado. Refieren que su accionar ha sido temerario dado que enfrentó en soledad a un grupo agresor constituido por doce personas. Indican que hay una relación de causa-efecto entre esa conducta y el daño, lo que habilita a que se le adjudique un porcentaje de culpa, pues de haber seguido caminando la agresión quizá no se habría producido. También se agravian de que no se haya hecho lugar a su pedido de que se los exima de responsabilidad en su carácter de padres de Franco, dado que se vieron imposibilitados de evitar el suceso ventilado en autos. Expresan que, contrariamente a lo afirmado por el juez de grado, existe prueba suficiente y acabada de que han brindado a sus hijos una educación adecuada con la transmisión de valores socialmente relevantes, tal como surge del certificado de antecedentes obrante a fs. 48 y del informe de fs. 126 de la causa penal, como así también de lo informado por la asistente social a fs. 130/131 de estos autos.

Refieren que con estos elementos de prueba lograron acreditar los estudios cursados por cada uno de sus hijos con el sacrificio que ello implica para un matrimonio de clase media. Señalan que Franco concluyó el colegio primario y que al secundario lo abandonó cuando formó pareja. Agregan que nunca registró hechos de violencia ni se le inició causa penal alguna en su contra, gozando del buen concepto de sus vecinos. Destacan que cumplieron adecuadamente con su deber de custodia, pues sabían y permitían que su hijo fuera a bailar a un lugar céntrico y perfectamente habilitado, al que estaba en condiciones de concurrir dado que tenía 19 años de edad. Expresan que el suceso ocurrió de manera imprevista, por lo que se trata de un hecho fortuito que escapa totalmente a sus posibilidades de impedirlo. Sostienen que a esa edad normalmente los hijos adquieren cierta autonomía y los padres resignan parte de sus facultades referidas al control y dirección y que, de hecho, hoy adquieren la mayoría de edad a los 18 años. Por otra parte se desconforman con que se los haya condenado a afrontar los gastos de una futura operación que consistirá en la extracción de la placa de titanio que lleva colocada el accionante. Indican que si bien es aconsejada por el perito odontólogo, no existe la certeza de que efectivamente se la vaya a realizar, más aun teniendo en cuenta el tiempo transcurrido. Destacan que para el supuesto que decida efectuársela, en la propia demanda denunció poseer obra social, por lo que ésta debería ser quien paga el costo de la intervención, como lo hizo con la mayoría de los gastos médicos desembolsados según expuso el propio accionante. En cuanto a la suma fijada por daño moral argumentan que es totalmente exagerada, pues existían vehículos cero kilómetro y de gama media que a la fecha de la sentencia tenían un costo inferior al monto concedido. Precisan que constituye casi un 200% más de lo solicitado por el accionante, quien entienden que es el más capacitado para valorar el padecimiento sufrido y su resarcimiento en dinero. Manifiestan que tal desproporción es violatoria de los derechos de defensa en juicio, igualdad ante la ley y propiedad. Por último se quejan de que el a quo adicionó al monto determinado por ese rubro intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días tipo "tradicional" formalizados por medio de su sistema "Banca Internet Provincia" (B.I.P.). Solicitan que se los deje sin efecto o, en caso de que se los conceda, se los determinen a la tasa pasiva desde la fecha en que quede firme el fallo.

D. 4) En cuanto a las réplicas de los memoriales, el del actor fue contestado por todos los demandados, quienes propiciaron el rechazo de los agravios sostenidos. En similares términos piden la confirmación de la sentencia apelada en lo referido a la suma determinada en concepto de daño emergente, sosteniendo que la orfandad probatoria existente en autos torna imposible que se pueda reconocer en su totalidad el monto solicitado en la demanda. En lo que respecta a la pretensión de actualizar los gastos ponderando la inflación existente en el país, coinciden en que ello resulta improcedente atento la prohibición establecida por la normativa legal vigente de indexar o ajustar cualquier tipo de acreencia. En relación al agravio atinente a la incapacidad sobreviniente, sostienen que la queja del actor es confusa, dado que pretende que se lo indemnice por el mismo hecho en dos rubros diferentes, es decir, por un lado en la partida incapacidad y, por el otro, en la del daño moral. También rechazan su pedido de que se calculen los intereses a la tasa activa, en razón de contradecir la doctrina legal obligatoria sentada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Zgonc".

D. 5) Por su parte, el actor contestó las expresiones de agravios de todos los accionados. Con respecto a las de Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada, refiere que no es cierto que las declaraciones del testigo Dupuy sean contradictorias, dado que la primera fue más escueta y efectuada en un ámbito en el que no se le realizaron repreguntas ni se profundizó la investigación. Dice que si bien es correcto afirmar que las declaraciones posteriores ampliaron lo dicho originariamente en la I.P.P., no es verdad que exista contradicción entre ellas. Aduna que sin perjuicio de que el testigo Toledo omitió señalar que Arostegui participó en la agresión, ello no acredita que no lo tomó del brazo al momento del golpe. Manifiesta que la sentencia de primera instancia es correcta ya que sin la participación de Arostegui la acción de Maldonado no habría tenido el efecto que tuvo. Agrega que, en el caso, es injusto graduar la incidencia causal de cada uno de los partícipes, pues ambos deben responder por el total del daño causado. Expresa que tampoco debe merecer atención la queja articulada en torno a que el a quo justipreció el daño moral en una cantidad superior a la reclamada en el escrito de demanda, ya que reclamó \$171.655 y/o lo que en más o en menos resulte de las pruebas que se produzcan.

En la réplica al memorial de Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez, expone que es disparatado solicitar que se le endilgue siquiera un mínimo porcentaje de responsabilidad, dado que no ejerció ningún tipo de violencia y fue sujetado por una persona para que otra le confiera un golpe. En lo que respecta a la responsabilidad de los padres por los actos de sus hijos, señala que el resolutorio en crisis se encuentra ajustado a derecho, pues el juez aplicó correctamente el principio general establecido en el art. 1.114 del Código Civil y no se verificaron las causales de liberación consagradas en el art. 1.116 del mismo cuerpo legal, toda vez que no existen pruebas que demuestren que realizaron algo para evitar el suceso. En cuanto al monto determinado por daño moral, explica que la queja de la contraparte no dimensiona el suceso ni tiene en cuenta su naturaleza delictiva, por lo que considera que no es exorbitante la indemnización concedida por este rubro.

E. El análisis de la sentencia apelada en función de los agravios.

E. 1) Dado que todos los hechos que dan lugar a esta litis ocurrieron durante la vigencia del ya derogado Código Civil, y que esta sentencia es declarativa y no constitutiva de derechos, corresponde aplicar ese

cuerpo normativo a la solución del litigio, pues lo contrario implicaría una aplicación retroactiva del Código Civil y Comercial vedada por el artículo séptimo de ese cuerpo. E. 2. 1) Por razones de orden metodológico corresponde en primer lugar atender el agravio de los accionados Marcos Arostegui, Néstor Arostegui y María Isabel Spada referido a la participación del primero en el suceso dañoso. Sostienen que el juez de primera instancia incurrió en omisiones, incongruencias y apreciaciones subjetivas en la valoración de la prueba testifical a los fines de endilgar responsabilidad a Marcos Arostegui por haber tomado de un brazo al actor para que Franco Raúl Maldonado lo golpeará. En el marco de la I.P.P. el testigo Alejandro Nicolás Dupuy declaró: ?...sale del boliche el señor LUCAS MAX MARQUINES, quien pasa caminando por enfrente de este grupo, quienes se encontraban peleando entre sí, y...sin mediar palabra o agresión de por medio, se acerca FRANCO MALDONADO quien le aplica un golpe de puño al señor MARQUINEZ en la zona de la cara, no pudiendo precisar si el señor MARQUINEZ devuelve el golpe al ciudadano MALDONADO; momentos en que intercede personal policial que se encontraba en la puerta del local bailable...?. (sic, v. fs. 21vta./22 de la causa penal). Luego en el debate penal dijo: ?...el imputado le pegó en el rostro a Marquínez y Marcos Arostegui lo agarró de un brazo...? (v. fs. 187 vta. del expediente citado). Finalmente en el presente proceso manifestó: ?Yo estaba enfrente del local bailable porque había salido del local. Estaba esperando que un amigo salga porque ya era la salida y justamente estaba observando un grupo de personas que estaba al lado, que se había peleado adentro con un chico que también conocía de vista y los estaba mirando. Para todo esto sale Lucas caminando, pasa la salida y bueno viene un chico (Marcos Arostegui), lo agarra de atrás y vino Franco Maldonado y le aplica un golpe en la cara...?. Preguntado que fue acerca de cómo lo sujetaba expresó: ?vino de atrás y lo agarró de los dos brazos? (sic, v. fs. 301/302). De la declaración testifical del oficial de policía Ariel Roberto Toledo, llevada a cabo en la I.P.P., surge que ?FRANCO MALDONADO; junto a una persona que no conoce su nombre pero, sabe que el mismo trabaja en una pizzería como repartidor, teniendo este como características notables, delgado, alto de tez morena, con ortodocia en su boca, con rastas en su pelo de color castaño oscuro; oyendo que los mismos referían que estaban esperando a alguien que se encontraba dentro del local antes mencionado y de qué forma lo golpearían...al salir tres personas del lugar bailable, estos ciudadanos -es decir, Maldonado y el repartidor de pizza- llaman a uno de estos, el cual se vuelve sobre su marcha...entablando entre los mismos una discusión de la cual no puede brindar detalles, es que observa que el ciudadano MALDONADO le propina un golpe de puño en la zona del rostro...? (sic, v. fs. 26 vta./27 de la causa penal). En los considerandos de la sentencia dictada en la sede penal, a fs. 193 se menciona que el testigo Toledo manifestó que no tuvo ocasión de precisar si hubo alguna persona que sujetara a la víctima cuando fue lesionado. De la declaración testifical de Roberto del Pino Sorgue en la I.P.P. surge: ?la noche del 2 de abril, aproximadamente a las 4:30 ó 5 de la madrugada se encontraba saliendo del local bailable ?LA BARRA DISCO', junto a dos amigos, uno de ellos la VICTIMA de autos, dirigiéndose hacia el auto del señor MARQUINEZ, el cual se encontraba en la AV. MORENO casi esquina ISTILART, que vio en el local de la firma ?FAVACARD', se encontraba un grupo de 10 personas aproximadamente, los cuales no reconoce ya que no miró hacia donde se encontraban cuando pasó, comenzando a oír agresiones verbales que dice no saber hacia quién se dirigían, sigue caminando en la dirección que llevaba creyendo que sus amigos estaban detrás de él, al advertir lo que sucedía se da vuelta y ve que dos personas tenían tomado a su amigo de los brazos, y un tercero le propina un golpe de puño en la zona del rostro...? (v. fs. 23/24 de la causa penal). Adentrándome en la apreciación de la prueba testifical, si bien es verdad que existen diferencias entre las tres declaraciones que prestó Alejandro Nicolás Dupuy, la primera fue muy escueta y no se le inquirió sobre si la víctima estuvo sujeta o no al momento del golpe. Sin perjuicio de que en la segunda declaración manifestó que Arostegui lo tenía agarrado de un brazo y en la tercera dijo que lo había tomado de los dos, lo cierto es que el testigo pudo haberse confundido por el paso del tiempo, pero eso no significa que haya una incongruencia que lleve a sostener que esto no era así, máxime que del contexto de las declaraciones testificales efectuadas por los otros testigos se logra inferir lo mismo. Concretamente el oficial de policía Ariel Roberto Toledo dijo que estaban hablando acerca de la forma en que lo golpearían, con lo cual era evidente que había una premeditación y por mucho que no haya visto que inmovilizaran al actor, si debatían sobre la manera de agredirlo es más que verosímil que alguno se dedicara a tomarlo para que otro lo agreda. Que haya manifestado que no tuvo ocasión de presenciar si había alguna persona que lo sujetara, no significa que efectivamente no hubiera alguien agarrándolo. Además, que Arostegui no sea repartidor de pizzas es una apreciación de los apelantes que no demostraron (art. 375, Código Procesal). Pero hubiera tenido o no este oficio, está claro que alguien lo sujetaba -lo cual se ve robustecido con la declaración testifical de Roberto Del Pino Sorgue- y de la causa no surge que esa persona fuera otra que Arostegui, con lo cual los agravios de los recurrentes en este punto no son suficientes para hacer caer la valoración de la prueba que realizó el juez de grado de conformidad con las reglas de la sana crítica (conf. art. 456 del C.P.C.C.). En cuanto a la queja de que el juez de grado tuvo por acreditado que la acción atribuida a Arostegui se produjo de forma previa o simultánea al momento del impacto, es una mera discrepancia subjetiva que no está apoyada en ningún elemento de convicción. Pero además, siendo que el oficial de policía Toledo manifestó que tramaban como pegarle y que varios testigos vieron que lo tenían agarrado, es por demás evidente que fue acertado lo

dicho por el magistrado de primera instancia en tal sentido. Con respecto a lo que señalan en cuanto a que el accionante pudo haber esquivado el golpe o morigerar el daño anteponiendo el brazo, si bien es inverosímil exigir que un individuo se defiendan mientras lo tienen agarrado, no es algo que le fuera exigible al damnificado, ni le quita responsabilidad a los demandados por su accionar ilícito, por lo cual debe rechazarse este embate. E. 2. 2) No merece prosperar la queja articulada en torno a que el monto indemnizatorio fijado por el a quo es desproporcionado en comparación a lo solicitado en la demanda, pues el actor expresamente exhibió su intención de no inmovilizar su reclamo a la suma peticionada mediante la expresión "y/o lo que en más o en menos resulta de las pruebas que se produzcan" (sic), (conf. art. 163, inc. 6 del C.P.C.C.). Además, desde el dictado por este tribunal del plenario "Scarabotti" (28/11/2013, Libro 34, registro 199), al cual me remito en homenaje a la brevedad, ha quedado establecido que "es posible fijar una indemnización por daño moral por un monto nominal superior a lo solicitado en la demanda", por lo que no configuran un "techo" los \$70.000 pretendidos por esta partida. E. 3. 1) La primera queja de la parte actora, que postula la insuficiencia del monto fijado por el daño emergente, no puede admitirse. No le asiste razón en lo referido a que el juez omitió cuantificar la indemnización por los gastos farmacéuticos, de traslados, atenciones médicas, curaciones, comidas, llamadas telefónicas, etc. que presumiblemente afrontó, pues a pesar de que no logró acreditar tales erogaciones, el magistrado de grado estimó prudente fijar la compensación en \$5.000 con fundamento en lo dispuesto en el art. 165 del C.P.C.C.. Asimismo, lo manifestado por el peticionante en cuanto a que el monto determinado en primera instancia por este rubro resulta insuficiente es una mera discrepancia subjetiva que no supera la valla exigida por el art. 260 del Código Procesal, dado que no explica por qué razón el juez erró en otorgarle esa cantidad. Tampoco prospera su pedido de que se actualice por la inflación la suma que solicita que se le otorgue, puesto que ello se encuentra expresamente vedado por los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928. E. 3. 2) El agravio atinente al rechazo de la indemnización por incapacidad sobreviniente es de recibo. La experticia psicológica obrante a fs. 404/405 determinó que el actor tiene una incapacidad psíquica en grado severo del 35% del VPI-VPG (valor psíquico integral-valor psíquico global). Asimismo de allí surge lo siguiente: "El estado del peritado es susceptible de mejoría si cumple con un tratamiento psicoterapéutico, por lo que deberá asistir a sesiones de psicoterapia con una asiduidad mínima de una vez por semana, por el término de un año y medio a dos años. Cada sesión de psicoterapia se calcula a un valor de mercado de \$100." (sic). El juez de grado sostuvo que no se probó que se trate de una incapacidad que limite al actor en forma permanente, dado que puede ser superada o mejorada mediante un tratamiento terapéutico. (v. fs. 500). La incapacidad fue detectada en la experticia, la cual no fue impugnada y no hay razones para apartarse de lo que dice (art. 474, Código Procesal). Por lo tanto, el juez de grado erró en no recibirla, porque la perito psicóloga no señaló que es totalmente corregible o superable, sino que "es susceptible de mejoría" (sic). Si bien no especificó hasta donde puede aminorarse la mentada incapacidad, la circunstancia de que falte prueba al respecto no significa que no se pueda cuantificar el daño (conf. art. 165 del C.P.C.C.), por lo que, ante la ausencia de parámetros objetivos, es razonable colegir apelando a las reglas de la sana crítica que podría ser aminorada en un 50%, suponiendo que una mitad será revertida y la otra no. A los fines de determinar la indemnización por este menoscabo utilizaré la fórmula polinómica de cálculo de renta futura que permite estimar la cantidad de dinero que, colocada a interés, le otorgaría al damnificado una suma mensual por determinada cantidad de períodos, equivalente a la disminución de su aptitud para generar ingresos como consecuencia del evento dañoso. Su expresión matemática es la siguiente:  $K = [m \times (12 \text{ ó } 13) \times p] \times [(1 + I)^n - 1] \% [i \times (1 + i)^n]$  En ella:  $K$  = capital indemnizatorio a determinar;  $m$  = ingreso mensual de la víctima;  $12 \text{ ó } 13$  = cantidad de meses computados en un año (12 para trabajadores independientes y 13 para asalariados, pues se computa el sueldo anual complementario);  $p$  = incapacidad computada;  $i$  = tasa de interés;  $n$  = número de períodos anuales por el que se calcula la indemnización. Para el presente caso, escogiendo 58,15 años de expectativa de vida que corresponde a un hombre de entre 15 y 19 años (el actor tenía 19 al momento del hecho) residente en la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo a la tabla de mortalidad elaborada por el INDEC para los años 2008 a 2010; una tasa de interés pura del 4% anual; 17,5% de incapacidad (la mitad del 35% determinado en la pericia psicológica), y \$16.500,81 mensuales de ingresos (salario vigente que hoy percibe un empleado de comercio en el rubro ventas -tipo A- tal como se desprende del sitio web [www.aecbb.org.ar](http://www.aecbb.org.ar), pues de las declaraciones testificales de fs. 202/203 y 409 surge que el accionante trabajaba en el negocio de la madre dedicado a la venta de muebles usados), se llega a una indemnización de \$842.625,31. Ello, en razón del siguiente cálculo:  $K = [m \times (12 \text{ ó } 13) \times p] \times [(1 + I)^n - 1] \% [i \times (1 + i)^n]$   $K = [16.500,81 \times 13 \times 0,175] \times [1,0458,15 - 1] \% [0,04 \times 1,0458,15]$   $K = [16.500,81 \times 13 \times 0,175] \times [9,7833 - 1] \% [0,04 \times 9,7833]$   $K = 37.539,34 \times 8,7833 \% 0,3913$   $K = 842.625,31$  Tratándose de valores determinativos, propongo indemnizar la incapacidad del actor en la cantidad de \$845.000. E. 3. 3) Aparte de esta suma, corresponde valorar el costo de las sesiones de psicoterapia que aconsejó la perito psicóloga a los efectos de aminorar la incapacidad. Dado que estimó necesario una por semana durante un año y medio a dos (v. fs. 405), se puede inferir que el accionante deberá someterse a 104 sesiones. Por ello, ponderando el precio actual de cada sesión prudencialmente en \$400 como mínimo, lo cual considero de público y notorio conocimiento, el cálculo arroja la

cantidad de \$41.600, monto que considero razonable fijar por esta partida (art. 165 del C.P.C.C.). E. 3. 4) Por otro lado, debe desestimarse la solicitud del actor tendiente a que se computen los intereses aplicando la tasa activa, ya que existe una consolidada doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires establecida desde en el conocido caso ?Zgonc, Daniel Roberto c/ Asociación Atlética Villa Gesell? (Ac. 43.858 del 21/05/1991), que determinó que, en casos como el de autos, deben fijarse a la tasa pasiva. E. 3. 5) También debe rechazarse su pretensión de que se capitalicen los accesorios desde la fecha de la notificación de la demanda de conformidad con lo establecido en el art. 770 inc. b del Código Civil y Comercial, pues la interposición del libelo de inicio se efectuó con anterioridad a la entrada en vigencia del citado código, por lo que no corresponde aplicar lo regulado en dicho cuerpo normativo (art. 7 del C.C.C.N.). E. 4. 1) En cuanto al primero de los agravios de Franco Raúl Maldonado, Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez referido a que el accionar del actor fue temerario dado que retrocedió en su marcha para enfrentar en soledad al grupo agresor constituido por doce personas y que por ello existió concurrencia de culpas, es solo una apreciación subjetiva de los recurrentes, pues no le era exigible al damnificado que siguiera caminando después de recibir los insultos. En todo caso, dirigirse ante las personas que lo increpan es una posibilidad que alguien puede ejercer o no y que está dentro de lo lícito (arg. art. 1071 del Código Civil), pero que de ninguna manera justifica la actitud ilícita de los demandados. Con lo cual, más allá de que pueda ser considerado imprudente lo que hizo en esas circunstancias, su actuar fue lícito y lo que hicieron los accionados claramente fue ilícito y, por lo tanto, son responsables por el daño ocasionado. E. 4. 2) El agravio atinente a que se deje sin efecto la responsabilidad endilgada a Raúl Osvaldo Maldonado y María Luján Martínez por el hecho ilícito de su hijo no es de recibo. La sola comisión del hecho ilícito hace presumir que la vigilancia activa no ha sido suficiente. En consecuencia, la carga de la prueba de la asunción de todas las diligencias debidas en cuanto a la educación y vigilancia del menor pesa sobre los progenitores que pretenden la liberación. La doctrina nacional de manera uniforme sostiene que el art. 1.116 debe ser interpretado con carácter restrictivo, por ende, no basta con acreditar que le brindaron a su hijo una buena educación, sino que en el caso se hizo todo lo posible para evitar concretamente el daño producido (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, dirigido por Augusto C. Belluscio y coordinado por Eduardo A. Zannoni, 1ra edición, 3ra reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, T. 5, pág. 621). Por ello, si bien los informes obrantes a fs. 126 de la causa penal y fs. 130/131 de estos autos dan cuenta de que Franco Raúl Maldonado cursó totalmente los estudios primarios y en forma parcial los secundarios, no son suficientes a los fines de probar la causal que los libere de la responsabilidad que se les indilga. E. 4. 3) El embate que critica los gastos que deberán afrontar en virtud de la operación a la que se tendrá que someter el actor para extraer la placa de titanio tampoco es de recibo, pues que no exista certeza de que se la vaya a quitar no significa que el perito odontólogo no haya aconsejado que se la deba retirar inmediatamente y que eso tenga un costo susceptible de ser indemnizado (v. fs. 380). Es decir, la circunstancia de que se someta o no a la intervención en el futuro es una contingencia que no puede hacer mella en la reparación concedida dado que, aunque efectivamente no se la saque nunca, eso no quiere decir que no se la deba extraer como consecuencia del hecho ilícito ventilado en autos y que ello irroge un costo al que tiene derecho a recibir. E. 4. 4) No puede prosperar la queja referida a que la obra social es la que debe hacerse cargo de los gastos que conlleva la operación consistente en la extracción de la placa. Ello así porque a pesar de que el actor manifestó al promover la demanda que poseía obra social, ello no significa que la vaya a seguir teniendo al momento de efectuársela, ni tampoco se puede saber cuánto eventualmente le pagará. En cualquier caso, los responsables del daño son los demandados, no la citada entidad, con lo cual en último término son ellos quienes deberán afrontar los costos de la intervención. E. 4. 5) Tampoco merece acogida la solicitud de los recurrentes de que los intereses se devenguen a partir de la fecha en que quede firme el fallo, pues los accesorios tienen su origen en la mora que, en casos como el de autos, opera in re ipsa. E. 4. 6) Finalmente, abordando el embate referido a la cuantificación del daño moral, tiene dicho este tribunal que su determinación económica, por su gran carga de subjetividad, en especial de las partes y que es imposible despejar, es una tarea muy difícil de cumplir, pues se carece de cánones objetivos. Por esa razón, una vez fijada en primera instancia, los agravios deben ser concluyentes a la hora de demostrar el yerro en la instancia anterior, siendo totalmente insuficientes las meras discrepancias con lo decidido, como las deslizadas en autos por la quejosa (Sala II, voto del Dr. Pilotti, Noviembre de 2005, ?Taverna c/ García s/ daños y perjuicios, libro de sentencias n° 26, número de orden 258, Expediente Nro. 125.075; id. ?Signorini c/ Benítez s/ daños y perjuicios, Expediente Nro. 124.767 del 17/3/06, registro número 43, libro de sentencias número 27, con voto del suscripto en el que se ha seguido la doctrina anterior de la Sala, entre muchas otras sentencias posteriores que han receptado uniformemente este criterio). La mera opinión que epilogan los demandados con el pedido de disminución del importe fijado por la a quo, sin dar fundamento objetivo alguno para su determinación y limitándose a calificarlo de ?exagerado?, no constituye la crítica exigida por el art. 260 del Código Procesal. En consecuencia, no es atendible por falta de crítica concreta y razonada la pretensión modificatoria del rubro daño moral. A mayor abundamiento, es público y notorio que hay modelos básicos de automóviles usados que llegan y sobrepasan los \$200.000 determinados en origen, lo que termina de sellar la suerte del agravio,

pues los apelantes no cuestionan el placer sustitutivo ponderado en primera instancia, sino el dinero necesario para adquirirlo. Con este alcance, voto por la negativa. A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO: En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde modificar la sentencia apelada en cuanto a la indemnización por incapacidad sobreviniente, la cual debe fijarse en \$845.000, más la suma de \$41.600 en razón del costo que significará para al actor afrontar las sesiones de psicoterapia recomendadas en la experticia psicológica. En lo demás que decide y ha sido materia de agravio debe ser confirmada. Habiéndose fijado valores actualizados a este pronunciamiento, los intereses deben correr a la tasa pura del 4% anual desde el momento del hecho hasta hoy, para continuar -en adelante- con la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones a treinta días por sus distintos períodos de aplicación. Dado el resultado al que se arriba, las costas de alzada deben ser soportadas por los demandados (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial). Tal es mi voto. A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO: Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA VISTOS Y CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada no se ajusta totalmente a derecho. Por ello, el tribunal RESUELVE: 1) Modificar la sentencia apelada en cuanto a la indemnización por incapacidad sobreviniente, la cual se fija en \$845.000, más la suma de \$41.600 en razón del costo que significará para al actor afrontar las sesiones de psicoterapia recomendadas en la experticia psicológica. En ambos casos se aplicarán intereses a la tasa pura del 4% anual desde el momento del hecho hasta hoy, para continuar -en adelante- con la tasa pasiva más alta que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en operaciones a treinta días por sus distintos períodos de aplicación. 2) Confirmarla en lo demás que decide y ha sido materia de agravios. 3) Imponer las costas de alzada a los demandados. 4) Diferir la determinación arancelaria para luego de efectuada la de la instancia anterior (art. 31 del Decreto Ley 8.904). Hágase saber y devuélvase.

019765E