

IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería Nro. 3

Tomo:

Resolución:

Folio:

M. Alejandra Marcolini Rodríguez

Secretaria

San Carlos de Bariloche, 29 de agosto de 2016.-

VISTOS:

Los autos caratulados "COHEN, ELIAS JORGE C/ CASPANI, EDUARDO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. A-3BA-473-C2013), para dictar sentencia.

RESULTA:

A) A fs. 44/50 Jorge Elías Cohen promovió demanda en reclamo de la suma de \$ 90.000 en concepto de daños y perjuicios contra Eduardo Caspani. Según afirmó, el 22 de diciembre de 2012 tuvo con aquél una discusión por un lugar en el estacionamiento ubicado en Vice Almirante O'Connor. Pese a desistir de ella y retirarse del lugar, fue atacado por la espalda por el demandado, quién le propinó golpes de puño que terminaron con la fractura de su mandíbula y luxación en el hombro izquierdo. Aclaró que, si bien fue internado en el Sanatorio San Carlos, no pudo ser intervenido para solucionar la mencionada fractura. Como no encontró otros profesionales de su confianza, viajó a la ciudad de Buenos Aires. Una vez allí, recién pudo ser atendido el 2 de enero de 2013, practicándosele la cirugía el día 4 de dicho mes. Señaló que el día 11 del citado mes pudo volver a Bariloche y que en esta localidad fue atendido en varias oportunidades para el retiro de puntos de la cirugía y su posterior control. Cuantificó las partidas indemnizatorias que integran su reclamo de la siguiente manera: a) daño físico \$ 15.000; b) gastos médicos de farmacia y de traslado \$ 20.000; c) daño moral \$ 40.000; y d) pérdida de chance \$ 15.000. Fundó en derecho y ofreció prueba.

B) A fs. 61/76 Eduardo Omar Caspani contestó la demanda entablada en su contra solicitando su rechazo, brindando para ello una versión distinta de cómo sucedió el hecho que motivó esta acción. En tal sentido señaló que, como el Sr. Cohen ocupaba su lugar en el estacionamiento en forma reiterada, se acercó a él y le pidió, amablemente, que evitara ocuparlo en el futuro; y que, como respuesta a dicho pedido, sólo obtuvo

insultos y golpes. Luego dijo que aquél lo embistió y ambos cayeron al suelo, provocándole al actor las lesiones por las cuales reclama. Invoca, legítima defensa. Finalmente, cuestionó la procedencia de los rubros que integran el reclamo del actor y ofreció prueba.

C) A fs. 259 vta. se clausuró el periodo probatorio poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar; de modo que, habiendo ejercido ambas partes dicha facultad (fs. 264/265 y 267/273) y encontrándose firme el llamamiento de "autos", quedaron éstos en condiciones de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

1. De la relación de causa que antecede se desprende que, la pelea que el actor invocó en su escrito de demanda, realmente existió. Es decir, el mencionado suceso no está controvertido, por lo cual resulta innecesario analizar prueba para determinar su ocurrencia.

Sin embargo, lo que sí es objeto de discusión en este trámite es cómo aquél se originó. Dicha cuestión es relevante, pues es incide en la atribución de la responsabilidad de los partícipes.

Sobre el punto, no tengo duda alguna que la agresión partió, como dijo Cohen en su escrito de demanda, de Caspani.

En resumidas cuentas, estoy plenamente convencido que el demandado golpeó al actor, estando éste de espaldas a su agresor, en un notorio estado de indefensión.

Para arribar a dicha conclusión tomo en cuenta la prueba testimonial ofrecida por ambas partes, otorgándole credibilidad al testimonio de los Sres. Najó y Martín, desestimando por completo los dichos, tanto de Elvira como los Muzzio.

En efecto, los Sres. Najó y Martín carecen de todo vínculo con las partes.

Si bien el Najó manifestó conocer a Cohen, dijo que lo conoce de compartir con éste el estacionamiento en el que ambos dejan sus respectivos vehículos.

Dicha afirmación no fue desmentida por la contraria por lo que, a mi juicio, no hay elemento alguno que genere sospecha respecto de la veracidad de sus dichos.

Con mayor razón puedo afirmar lo mismo del Sr. Martín quién dijo no conocer a ninguna de las partes y tampoco esta afirmación fue desmentida por la demandada.

Ambos testigos presenciaron el hecho que motiva esta acción y, al dar su versión de lo sucedido, coinciden en que fue el Sr. Caspani quién le pegó a Cohen, haciéndolo por la espalda.

Según refieren, Cohen y Caspani estaban uno al lado del otro discutiendo; en un

momento, Cohen se adelanta y Caspani lo golpea de atrás, dándole una trompada en la cara.

Como apuntara, ambos testigos se muestran coincidentes, pues dan una misma versión del suceso que motiva este trámite; y se aprecian como imparciales, pues al margen de haber señalado que no conocen a las partes, no hay ningún elemento que contradiga sus declaraciones.

No puedo decir lo mismo del testimonio de Elvira ni del de Muzzio.

Cabe aclarar que Elvira prestó declaración testimonial tanto en sede civil como penal, mientras que Muzzio sólo declaró en sede penal -ver fs. 37 y 83/85 del expediente penal acompañado como prueba instrumental-, que en este acto tengo a la vista-.

Su falta de credibilidad se basa en las siguientes circunstancias:

a) en el caso de la Sra. Muzzio, porque ésta es cónyuge del demandado; si bien no se agregó partida de matrimonio a estos autos, ella misma reconoció ser la esposa de aquél en su declaración.

Al margen de lo dispuesto por el art. 427 del Código Civil, lo cierto es que le comprenden las generales de la ley por la causal invocada y esta circunstancia debilita su testimonio, pues es lógico pensar que en su declaración va a intentar favorecer a su esposo.

b) en el caso del Sr. Elvira, su testimonio pierde en forma absoluta su credibilidad pues, desde el inició falseó su declaración.

En efecto, cuando fue interrogado en los términos del art. 441 del Código Procesal -interrogatorio preliminar- dijo no ser amigo de ninguna de las partes y, luego, ante la pregunta concreta efectuada por la actora, señaló no ser amigo de Caspani. No obstante ello, manifestó que conocía a ambas partes por su desempeño en la Cámara de Comercio -conf. registro fílmico de la audiencia-.

La aludida afirmación encuentra contradicción con lo dicho por Caspani en sede penal cuando, en relación a eventuales testigos que hayan presenciado el hecho, señala que un amigo suyo, Agustín Elvira, habría visto parte del suceso.

A fin de confirmar lo dicho por Caspani -su amistad con Elvira-, cabe tener en cuenta la prueba documental presentada por el actor luego de la declaración de éste último, en la que, en el casamiento de uno de ellos, se exhiben juntos -ver fs. 159-.

Dicha fotografía, muestra a Caspani vistiéndose, para un casamiento, junto con Elvira, quién está vestido de la misma forma.

La idéntica manera de vestirse, junto con la foto posterior -del casamiento de Caspani-

permite suponer que el testigo habría sido su padrino de casamiento; o, en todo caso, alguien muy cercano a él.

Nótese que Elvira aparece en la foto de fs. 159 con la misma ropa con la cual Caspani habría de vestirse -ubicada en un perchero, detrás de ellos- y con la cual, al fin y al cabo, aparece vestido frente al Altar de la Iglesia (ver fs. 160).

A ello cabe agregar la restante fotografía en la que comparten una mesa con otras personas (parte inferior de fs. 159).

En fin, si al reconocimiento expreso efectuado por el actor se le suman las restantes "casualidades" como, por ejemplo, compartir de manera tan cercana un hecho tan trascendente e íntimo como lo es el casamiento de uno de ellos, la única conclusión a la que puede arribarse es que, el demandado y el testigo Elvira, no sólo se conocen por la participación de ambos en la Cámara de Comercio, sino porque son amigos.

De modo que, como antes apuntara, Elvira falseó su declaración en esta sede cuando dijo que no conocía a Caspani.

De modo, si comenzó mintiendo, no encuentro razón alguna para creer que, en el resto de su declaración, modificó su actitud y decidió expresarse verazmente.

Ello así, aun cuando su testimonio coincida con el prestado por la Sra. Muzzio en sede penal ya que, como antes dejara de manifiesto, ésta es la esposa del demandado.

Tampoco puedo pasar por alto la conducta procesal asumida por el demandado quién, frente al traslado que se le corriera de las fotografías señaladas, en lugar de negar la relación de amistad que se le atribuye con el testigo se limita a señalar que esa circunstancia -en referencia a la amistad- debe ser probada; y, seguidamente insinúa que las fotografías pudieron haber sido adulteradas.

Si en verdad no eran amigos, debió expresarlo con mayor contundencia.

Eventualmente, vale la pena insistir en que dichas fotografías sólo corroboran la amistad declarada por el propio demandado a fs. 25 de la causa penal "Cohen Jorge Elias s/ lesiones leves amenazas" (expte. S.3-13-330), tramitada ante el Juzgado de Instrucción n° 2, Sec. n° 3, de esta Circunscripción Judicial, que fuera agregada a esta causa como prueba.

Respecto de la posible falsificación de las fotografías, cabe apuntar que no borran los dichos del demandado, en cuanto al reconocimiento de la amistad que lo une con el testigo.

Entonces, como antes apuntara, resultan determinantes los testimonios de los Sres. Najó y Martín para corroborar que fue Caspani quién agredió a Cohen.

Lo dicho descarta, en absoluto, la culpa de la víctima invocada por el demandado.

También impide considerar como causa de justificación la legítima defensa ya que, un golpe de puño efectuado por la espalda es una respuesta excesiva a la presunta agresión verbal cursada por la víctima.

En primer término cabe señalar que también en ámbito civil funciona como eximente la legítima defensa. Y su admisibilidad, al igual que en sede penal, está condicionada a la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 34, inc. 6°, del Código Penal.

Esto es, quién se defiende tiene que: a) ser víctima de una agresión ilegítima; b) debe ser racional el medio empleado para impedirla o repelarla; y c) no debe mediar provocación por parte de quién se defiende.

De modo que, la falta de acreditación de alguno de dichos recaudos impide que opere la mencionada causa de justificación.

Sentado lo expuesto, fácil es concluir que, en el caso bajo examen, dicha eximente es inadmisibles pues, como quedó acreditado, el golpe que le propinó el demandado al actor no tuvo en miras defenderse de una agresión de igual tenor.

En efecto, tal como lo expresara en los párrafos anteriores, Caspani golpeó a Cohen por la espalda sin que haya mediado de aquél agresión física alguna.

Tal como surge del relato efectuado por los testigos Najó y Martín, el actor y el demandado caminaban a la par y, en el momento en que Cohen se adelanta, resultó golpeado por Caspani.

Si bien ambos venían discutiendo, nada justifica el golpe artero de Caspani pues es, a todo evento, irracional defenderse de un supuesto ataque verbal mediante una agresión física de tal magnitud.

En definitiva, no hay razón alguna para exculpar a Caspani del hecho que motiva esta acción.

Finalmente, por las circunstancias apuntadas, se descarta la restante eximente, culpa de la víctima, pues como quedó claro, la agresión partió del demandado cuando el actor abandonaba la discusión y sin que medie de su parte agresión alguna que justificara tal proceder.

2. Sentado lo expuesto, corresponde analizar los rubros que integran el reclamo efectuado por el actor.

a) daño físico:

"La incapacidad sobreviniente abarca cualquier disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad laborativa del individuo, como aquella que se traduce en un

menoscabo en cualquier tipo de actividad que pueda desarrollar, con la debida amplitud y libertad. La integridad corporal de la persona tiene por lo común un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación" (Cám. 3ra. de Paraná, sala II con competencia Civil, 22.03.07, Aguirre, Walter D. c/ Superior Gobierno de la Prov. de Entre Ríos s/ sumario", en Revista de Derecho de Daños, ed. Rubinzal Culzoni, pág. 533, t. 2009-3, año 2009).

Por eso se sostiene que "la indemnización por incapacidad sobreviniente tiene por finalidad cubrir no sólo las limitaciones de orden laborativo sino también la proyección que aquélla tiene con relación a todas las esferas de su personalidad, es decir, la disminución de su seguridad, la reducción de su capacidad vital y el empobrecimiento de sus perspectivas futuras" (CApel. de Concordia, Sala Civ. y Com. n° 1, 28.08.06, "Scolameri, Griselda C. c/ Esteves, H. E. s/ sumario", misma revista, pág. 534).

Teniendo en cuenta que el perito médico determinó que la incapacidad del actor es permante y fijó el grado de ésta en el 10%, es razonable concluir que ésta repercute, negativamente, tanto en el aspecto laboral como en el desarrollo de actividades sociales, culturales, recreativas, etc. del actor.

Véase que aquél, al margen de las viscititudes propias que le trajo aperejado el hecho base de autos, al día de hoy presenta una pérdida de sensibilidad en la región derecha de la cara y una falta de consolidación ósea que se encuentra contenida por miniplacas que deben controlarse en forma periódica para constatar su posible aflojamiento u otras complicaciones.

En síntesis, es fácil advertir que, como consecuencia del golpe recibido en su rostro, el actor ha visto alterada su integridad física y este daño debe ser reparado por quién lo provocó.

Por tal razón y sin atenerme a baremos y/o a rígidos porcentajes actuariales, estimo justo admitir esta partida indemnizatoria, fijándola en la suma de \$ 15.000 reclamada en el escrito de demanda.

b) gastos:

Mediante esta partida indemnizatoria pretende el actor el reintegro de los gastos causados por que tuvo que efectuar como consecuencia del hecho objeto de autos.

Se encuentra debidamente acreditado que, con motivo del suceso mencionado, el actor tuvo fractura de mandíbula y que, como consecuencia de ello, debió someterse a una

cirugía.

Dicha intervención se realizó en la ciudad de Buenos Aires, para lo cual debió ser asistido por su cónyuge y uno de sus hijos. Luego de ello, tuvo que hacerse un control post operatorio en dicha ciudad.

Dicho viaje generó, sólo en concepto de traslado, un gasto de \$ 12.904 conforme surge de los comprobantes emitidos por Lan Argentina SA, reconocidos por la emitente al contestar el pedido de informe respectivo (fs. 214). La respuesta brindada por aquélla no fue objeto de cuestionamiento.

Asimismo se encuentra acreditado un gasto por \$ 800 por control y quita de puntos de la cirugía efectuado por el Dr. Días Bardales, cuyo informe, reconociendo el costo de sus honorarios, no fue impugnado por las partes (fs. 113).

También se encuentra acreditada la compra de una pieza denominada Waterpick por valor de \$ 1060, reconocido por la vendedora, Farmacia de Miguel, que tampoco fue cuestionada por las partes (fs. 216).

Respecto del gasto de alojamiento cabe decir que, si bien es cierto que la empresa Dazzler Suites no reconoció la factura que le fuera presentada, no puede obviarse que, durante la estadía del Sr. Cohen en Buenos Aires para ser intervenido quirúrgicamente, su familia -integrada en tal evento por su cónyuge e hijo- debió alojarse en algún lugar. Se presume, entonces, que el gasto por dicho alojamiento debió ser soportado por el actor.

En consecuencia, tengo por reconocida la factura emitida por dicha empresa, que acredita un gasto de \$ 1.766.

De tal modo, el importe total de gastos acreditados, alcanza la suma de \$ 16.530.

A ello debe sumarse los presuntos gastos realizados para atender aquéllas prácticas y medicamentos que las obras sociales no cubren en su integridad.

Sabido es que, pese a que la víctima de un accidente se atienda en un hospital público o cuente con servicios de medicina prepaga u obra social, termina abonando ciertos gastos que dichos entes no cubren íntegramente -radiografías, analgésicos, vendas, gasas, etc.- y que, normalmente, no están documentados.

Por tal razón es que, en términos generales, se le reconoce a aquélla el reintegro de tales erogaciones en tanto sean compatibles con la lesión, la asistencia y su movilidad.

En el caso concreto de autos, el hecho ilícito le provocó al Sr. Cohen las consecuencias enumeradas en los párrafos precedente generándole, entonces, un sinnúmero de gastos.

Por ello, a fin de mantener el principio de reparación integral, debe reconocerse el gasto

señalado -que ascendería a la suma de \$ 3.470-, en tanto guarda razonable proporción con la naturaleza de las lesiones sufridas (conf. art. 1069, Cód. Civ. y 165, 3° párrafo del Código Procesal).

En definitiva, el demandado deberá abonar la suma de \$ 20.000 por esta partida indemnizatoria.

c) daño moral:

El daño moral ha sido definido como "una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímico perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión económica"... y "se configura cuando media lesión a aquellos bienes no patrimoniales que tienen valor primordial en la vida del ser humano (libertad, honor, dignidad, prestigio, afectos íntimos, etc.)" (conf. Revista de Derecho de Daños, t. 6, págs. 271/272, ed. Rubinzal Culzoni, año 1999).

Las lesiones padecidas por el actor han sido determinadas en el punto precedente, por lo cual resulta innecesario reiterarlas.

Sólamente cabe señalar que, todas ellas, apreciadas en conjunto, ponen en evidencia la afectación de ciertos bienes que, para cualquier ser humano, son de un valor inapreciable.

En efecto, el golpe de por sí afectó la integridad física del actor al quebrarle la mandíbula; y como es lógico suponer, ello trajo aparejado la afectación de otros bienes inmateriales como la paz, la tranquilidad y su seguridad personal.

En efecto, Cohen debió abandonar la ciudad y sus actividades cotidianas, tanto recreativas como lucrativas, para hacerse una cirugía y someterse a un sinnúmero de estudios, tratamientos y atenciones médicas.

Concretamente, de tener una vida normal -a su gusto y medida-, tuvo que aceptar un cambio abrupto en sus costumbres, en su cotidianeidad, con la finalidad de reestablecer su estado físico.

De modo que, las repercusiones negativas señaladas, deben ser compensadas; y ello se logra de la única manera que el orden jurídico contempla, esto es, con una suma de dinero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los bienes afectados no pueden valuarse, pues están fuera del comercio, debe establecerse el importe de la indemnización de acuerdo a la

índole del hecho generador y a las consecuencias que este produjo en la víctima.

En razón de lo expuesto y ponderando que Cohen fue víctima de un hecho artero, injustificado, que le generó la necesidad de someterse a una cirugía, para la cual tuvo que trasladarse a otra ciudad, que debió soportar un sinnúmero de consultas médicas, estudios, etc. y que, como es razonable pensar, debió dudar del éxito del tratamiento al que se lo sometía, entiendo razonable fijar esta partida indemnizatoria en la suma de \$ 40.000.

d) imposibilidad de atender su comercio:

Según afirma el actor, debido a las lesiones padecidas, perdió el control y gerenciamiento de su negocio duante un periodo de casi tres meses. Agrega que, si bien en dicho lapso su comercio fue atendido por su cónyuge e hijos, se vio privado de concurrir a su negocio con la cotidianeidad requerida para para que aquél cumpla con las expepectativas de productividad propias de la temporada alta.

Como se puede apreciar, lo aquí reclamado es la pérdida de chance de obtener mayores ingresos que los efectivamente percibidos.

Según señala, su negocio -María del Rosario- habría obtenido mayores ingresos que los que obtuvo cuando fue controlado por sus familiares -cónyuge e hijos- si era él quién lo explotaba.

Sobre la pérdida de chance se dijo que "es daño actual, no hipotético, y resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable... La indemnización por pérdida de chance no se identifica con la utilidad dejada de percibir, pues lo resarcible es la chance misma, que debe apreciarse judicialmente, según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda identificarse nunca con el eventual beneficio perdido" (conf. CNCom, sala F, \Acosta, Omar y otro c/ Car One SA y otro s/ordinario, en Revista de Derecho de Daños, ed. Rubinzal Culzoni, t. 2013-3, año 2014, pág. 381).

Concretamente, lo que se indemniza no es lo efectivamente perdido, sino aquélla posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida.

Por ello es que no hay certeza del resultado respecto de aquello que se perdió, sino la frustración de una posibilidad de haberlo obtenido.

Entonces, la prueba estará encaminada a demostrar que, por la ocurrencia del hecho ilícito, la víctima perdió la posibilidad de ganar o no perder algo en su actividad.

Ahora bien, en el caso de autos, el actor omitió aportar elementos de prueba que permitan tener por acreditada la posibilidad que dice haber perdido.

En efecto, si no probó cuántas ventas realiza en alta temporada su negocio, ni tampoco cuántas ventas se realizaron durante su ausencia, es imposible determinar siquiera, que haya habido pérdida alguna en el volúmen de ventas y, muchos menos que ésta se relacione con la mencionada ausencia.

Entonces, la cuestión planteada no pasa de ser una conjetura, pues no es posible afirmar, de modo contundente, que un negocio de venta de ropa al público dependa pura y exclusivamente del manejo personal de su dueño, para obtener una mayor rentabilidad. Como consecuencia de ello, corresponde desestimar la procedencia del rubro en cuestión.

3. En definitiva, el demandado deberá abonarle al actor la suma de \$ 75.000, en concepto de capital y la suma de \$ 70.640 en concepto de intereses devengados hasta el día de hoy, con más los que se devenguen hasta su efectivo pago, calculados conforme las tasas fijadas por el Superior Tribunal en autos "Loza Longo" y "Perez Barrientos" (conf. planilla adjunta, efectuada con la calculadora de intereses de dicho tribunal).

4. Imponer las costas al demandado vencido, atento no encontrar mérito alguno para obviar el principio general de la derrota previsto en el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial.

5. Regular los honorarios de los Dres. Oscar Lozano, Natacha Vázquez y Carla Museti, patrocinantes del actor, en conjunto y proporción de ley, en la suma de \$ 26.200; los del Dr. Lucas E. Gattas, apoderado del demandado, en la suma de \$ 18.300 (conf. arts. 6, 8 -18 y 9%, respectivamente-, 10 -40%-, 39 y conc., ley 2212) y los del perito médico, Dr. Enrique Fernandez Budelli, en la suma de \$ 7.300 (5%, conf. art. 18 de la ley 5069). A dichos importes deberá adicionarse el IVA, siempre que el beneficiario acredite su condición de responsable inscripto.

En atención a todo lo cual,

FALLO: 1) Hacer lugar a la demanda entablada y, en consecuencia, condenar a Eduardo Caspani a abonarle a Jorge Elías Cohen, la suma de \$ 145.640, con más los intereses que se devenguen hasta su efectivo pago, conforme la tasa fijada en los considerandos.

2) Imponer las costas al demandado (art. 68, C.P.C.C.). 3) Regular los honorarios de los Dres. Oscar Lozano, Natacha Vazquez y Carla Museti, patrocinantes del actor, en conjunto y proporción de ley, en la suma de \$ 26.200; los del Dr. Lucas E. Gattas, apoderado del demandado, en la suma de \$ 18.300 y los del perito médico, Dr. Enrique Fernandez Budelli, en la suma de \$ 7.300. A dichos importes deberá adicionarse el IVA, siempre que el beneficiario acredite su condición de responsable inscripto. 4) Fijar en

diez días el plazo para el pago de las sumas mencionadas precedentemente, bajo apercibimiento de ejecución. 5) Disponer la notificación, registro y protocolización de la presente.