

## Dano Al Consumidor Cosa Riesgosa Responsabilidad Solidaria Dano Punitivo

### JURISPRUDENCIA

Daño al consumidor. Cosa riesgosa. Responsabilidad solidaria. Daño

punitivo

Se confirma la sentencia de grado que hizo lugar a la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios que sufrió la actora como consecuencia del fallecimiento de su madre en un establecimiento geriátrico tras haber sufrido heridas por un ataque de canes mientras se encontraba alojada en el hogar. Para así decidir, el tribunal manifestó que el vínculo que unía la víctima del ataque con el hogar se trataba efectivamente de una relación de consumo y que si bien la actora no formaba parte de la relación de consumo, los daños cuya indemnización persiguió habrían sido provocados como consecuencia de aquella.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 6 días del mes de junio de dos mil diecinueve, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para conocer en los recursos de apelación interpuestos a fs. 261 y 263 contra la sentencia de fs. 250/255, dictada en los autos ?M. N. M. CONTRA GCBA SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)?, Expte: EXP 9160/2015-0.

Una vez practicado el sorteo pertinente, resulta que debe observarse el siguiente orden: Dr. Hugo R. Zuleta, Dr. Esteban Centanaro y Dra. Gabriela Seijas. Los magistrados resuelven plantear y votar la siguiente cuestión: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada, el Dr. Hugo R. Zuleta dijo: I. A fs. 5/10 se presentó N. M. M., por derecho propio, y promovió demanda por daños y perjuicios contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ?en su carácter de responsable de la prestación de servicios del Hogar de Ancianos Martín Rodríguez-Viamonte?, por la suma de tres millones quinientos mil pesos (\$3.500.000), o lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, con más su correspondiente actualización monetaria e intereses, en concepto de indemnización por los siguientes rubros: \* Daño moral y Daño psicológico (\$500.000) \* Daño punitivo (\$3.000.000)

Relató que era hija de O. M., quien había fallecido en el Hospital General de Agudos ?Francisco Santojanni? el 2 de abril de 2014, como consecuencia de las heridas sufridas por un ataque de canes mientras se encontraba alojada en el hogar mencionado. Agregó que su madre tenía 87 años, que era una persona lúcida y participativa y que residía en dicho hogar para ancianos desde el 2002. Explicó que el 31 de marzo de 2014, a las 17:30 hs. aproximadamente, su madre había sido salvajemente atacada por varios perros que residían en el hogar y que, por las heridas sufridas, había tenido que ser internada en el hospital ?Santojanni?, donde finalmente había fallecido. Manifestó que el actuar de las autoridades del hogar era negligente, pues no habían ?asegurado convenientemente la salud e integridad de los internos en ese nosocomio, violándose criminalmente la obligación de guarda y cuidado, por parte de las autoridades del Hogar?, ya que, entre otras cosas, permitían la permanencia de animales a pesar de que se encontraba prohibido en virtud de lo dispuesto en el artículo 65 de la resolución 07-SSTED-2008. Sostuvo que el daño se había producido en el marco de una relación de consumo, por lo que requirió que se aplicara lo dispuesto en la ley de defensa del consumidor. Por último, fundó en derecho y ofreció prueba. II. A fs. 54/61 se presentó el GCBA en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, hizo saber que había planteado una inhibitoria ante este fuero y contestó la demanda. Luego de las negativas de rigor, sostuvo que, de haber existido el hecho denunciado, no resultaba responsable, pues no había existido una falta de control ya que los perros eran las mascotas del lugar. Por otro lado, negó la existencia del nexo causal y rechazó la procedencia y los montos de los rubros reclamados. III. Luego de diversas contingencias procesales, a fs. 109, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario n° 11. IV. A fs. 250/255, la magistrada de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó al GCBA a que abonara a la actora la suma de doscientos veintisiete mil pesos, fijada a valores actuales, más intereses, calculados conforme la tasa establecida en la doctrina plenaria ?Eiben, Francisco c/ GCBA s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)? EXP 30370/0? del 31/05/2013. Asimismo, impuso las costas a la demandada, estableció el plazo de pago y reguló los honorarios del letrado apoderado de la parte actora en la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$45.000).

Para así decidir analizó, en primer lugar, si resultaba procedente la aplicación de la ley de defensa del consumidor. Al respecto, sostuvo que el vínculo que unía a O. M. con el hogar se trataba, efectivamente, de una relación de consumo y que ?si bien la actora no formaba parte de la relación de consumo, los daños cuya indemnización persigue habrían sido provocados como consecuencia de aquélla?. Por ello, concluyó que correspondía complementar el análisis de la responsabilidad del GCBA a la luz del régimen tuitivo que consagraba la ley de defensa del consumidor. En segundo lugar, tuvo por acreditado que O. M. había fallecido en el Hospital Santojanni como consecuencia de haber sido atacada por canes mientras se encontraba en el hogar Martín Rodríguez-Viamonte. Luego, explicó que, si bien el vínculo de la actora con el GCBA era de naturaleza extracontractual, dado que la víctima del ataque sí tenía una relación contractual con el demandado, no cabían dudas acerca de que ?el factor de atribución de la responsabilidad es de carácter objetivo. El artículo 40 de la ley 24.240 (artículo

incorporado por la ley 24.999) así lo establece, al señalar que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o prestación de servicio responde toda la cadena de producción solidariamente y sólo se exime de responsabilidad ?quien demuestra que la causa del daño le ha sido ajena?. Sostuvo, también, que era responsabilidad de la demandada -a través de la Subsecretaría de Tercera Edad del Ministerio de Desarrollo Social- la correcta administración del hogar de ancianos, y que, además de las obligaciones inherentes a la propia actividad que el GCBA había asumido hacia los residentes de los hogares, debía adicionársele el deber objetivo de seguridad. Por otro lado, afirmó que la responsabilidad de la demandada tenía su origen en el quebrantamiento del deber objetivo de seguridad que tenía a su cargo y que no había dudas de la existencia de la relación de causalidad entre el hecho y el daño. En tercer lugar, estableció la indemnización por daño moral en la suma de doscientos mil pesos (\$200.000) y por daño psicológico, basada en la pericia obrante en autos, en la suma de veintisiete mil pesos (\$27.000). Finalmente, rechazó la indemnización solicitada en concepto de daño punitivo. Sobre esa cuestión sostuvo que ?para que proceda la indemnización del artículo 52 bis de la ley 24.240 se deben configurar dos presupuestos: uno de carácter objetivo (la gravedad del hecho) y uno de carácter subjetivo (culpa o dolo en la conducta del victimario)? y que, si bien se había demostrado la gravedad del hecho (aspecto objetivo), la actora no había acreditado una conducta manifiestamente desaprensiva o indiferente de la parte demandada, es decir, el reproche subjetivo. V. A fs. 261, el apoderado de la actora interpuso recurso de apelación contra y expresó agravios a fs. 269/273

En primer lugar, se agravia por el rechazo del daño punitivo solicitado. Sostiene que el encuadre jurídico del caso bajo la ley 24.240 es acertado, pero que, contrariamente a lo sostenido por la a quo, existen numerosas pruebas que acreditan la conducta manifiestamente desaprensiva del GCBA. En segundo lugar, cuestiona los montos otorgados por las indemnizaciones reconocidas y la tasa de interés aplicable. Por último, cuestiona el dictamen pericial psicológico y duda ?no ya en términos profesionales [como lo hizo al impugnarla] sino claramente razonables de la profundidad y seriedad de la pericia?. VI. A fs. 263, el GCBA interpuso recurso de apelación y expresó agravios a fs. 281/284. Reitera que no resulta responsable porque ?los perros que habrían atacado a la Sra. M. pertenecen a la residente J. I. G.? y porque dichos animales se encontraban en el hogar en función del Plan Ecológico Integrado que buscaba consolidar un ?vínculo humano-animal con fines terapéuticos?. En segundo lugar entiende que no corresponden las indemnizaciones otorgadas en concepto de daño moral y psicológico. En tercer lugar, se agravia del plazo de pago ordenado en la sentencia recurrida y solicita que se disponga la aplicación de lo dispuesto en los artículos 399 y 400 del CCAyT. VII. Los honorarios regulados al letrado apoderado de la parte actora se encuentran apelados por su beneficiario y por la demandada. VIII. A fs. 277/280, la parte demandada contestó el traslado de la expresión de agravios de la actora y, a fs. 286/287, esta hizo lo propio con los agravios de su contraria. A fs. 290/294 obra el dictamen del Sr. fiscal ante la Cámara. A fs. 297 se elevan los autos al acuerdo de Sala. IX. Preliminarmente, debo recordar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242 y 247 del CCAyT, todos aquellos puntos que no han sido materia de agravio se encuentran firmes y, por lo tanto, no compete a este tribunal su revisión ni estudio. Por consiguiente, se encuentra firme lo resuelto con respecto a la aplicación al caso de los preceptos contenidos en la ley de defensa del consumidor. X. Los planteos realizados por el GCBA vinculados a que su falta de responsabilidad y a la improcedencia de las indemnizaciones reconocidas no satisfacen los requisitos exigidos por el artículo 236 del CCAyT, según el cual aquellos ?debe[n] contener la crítica razonada y concreta de las partes del fallo que el/la apelante considere equivocadas? ni rebate los argumentos de la sentencia recurrida (conf. art. 237 CCAyT), por lo que esa parte del recurso debe ser declarada desierta. En efecto, como dije, se limita a reiterar que no resulta responsable porque los animales se encontraban en el hogar en función del Plan Ecológico Integrado que buscaba consolidar un ?vínculo humano-animal con fines terapéuticos? y porque ?los perros que habrían atacado a la Sra. M. pertenecen a la residente J. I. G.?, sin siquiera hacer mención a los argumentos esgrimidos por la jueza de la anterior instancia sobre estas dos cuestiones. Vale destacar que la a quo sostuvo, sobre el primero de los argumentos, que ?Esta afirmación resulta irrelevante. La ilicitud no deriva de la actividad. Se origina con el quebrantamiento del deber objetivo de seguridad que tenía el GCBA para con la señora O.. Que estuviera permitida la permanencia de canes en el predio, por el contrario, desecha la idea de la configuración de un caso fortuito, que por definición debe ser externo e imprevisible. Y refuerza la convicción de que existió una prestación defectuosa del servicio, ya que el GCBA debía adoptar medidas para que el programa se desarrollara sin riesgo para la salud de los ancianos?, mientras que, en lo que respecta a la segunda afirmación, explicó que ?esto tampoco configura un eximente de responsabilidad. En primer lugar, porque sólo consiste en una simple afirmación de un funcionario (Juan Agüero, coordinador Administrativo y operativo del Complejo Hogares M. Rodríguez y Viamonte), que no se encuentra respaldada por otros elementos fácticos en todo el expediente. Y en segundo término y más relevante, porque aun si se hubiera probado ese extremo, nuevamente nos volvemos a topar con la realidad de que el servicio que se estaba prestando tenía serias deficiencias?. Por lo demás, dado que los planteos vinculados a la improcedencia de las indemnizaciones reconocidas se encuentran íntimamente ligados a la aludida falta de responsabilidad, también corresponde declararlos desiertos. XI. Procede, entonces, tratar el agravio de la actora vinculado a los montos otorgados por las

indemnizaciones reconocidas. Para dilucidar la cuestión relativa a la indemnización reconocida en concepto de daño moral, creo necesario recordar que, por su carácter subjetivo, es difícil determinar la dimensión económica como respuesta al daño moral. Su entidad se traduce en vivencias personales del afectado y en general no se exterioriza fácilmente. Para fijar su cuantía, el juzgador ha de sortear las dificultades de imaginar el dolor que el evento produjo en la esfera íntima del actor, y que no ha experimentado por sí mismo, para luego transformarlo en una reparación en dinero que compense el dolor y el trastorno espiritual sufrido; motivos éstos por los que el magistrado, más que en cualquier otro rubro, debe atenerse a una prudente apreciación y a las características particulares de la causa (CNCiv., Sala "L", ?Espinosa Jorge c/ Aerolíneas Argentinas?, J.A., 1993-I-13, del 30-12-91). En ese sentido, corresponde considerar las características del hecho dañoso, su duración, las circunstancias personales de la víctima y las secuelas permanentes padecidas. En ese marco, teniendo en cuenta, por un lado, el trágico desenlace que tuvo el hecho para la madre de la actora y el vínculo cercano que tenían -cuestión que se encuentra suficientemente acreditada por la prueba producida- y, por otro, que la magistrada fijó esta indemnización a valores actuales, considero que corresponde elevarla a la suma de trescientos cincuenta mil pesos (\$350.000). En cuanto a la indemnización reconocida por daño psicológico, cabe señalar que en las pericias practicadas se sostuvo que la actora ?no presenta indicadores de deterioro psicorgánico, manteniendo integridad de las funciones cognitivas, no se han hallado indicadores de psicosis? (fs. 205), que, como consecuencia de lo sucedido, padecía un trastorno adaptativo mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo en grado leve, que tenía un 3% de incapacidad y que debía realizar ?un tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico de tipo ambulatorio?. La actora impugnó las pericias realizadas en primera instancia y al expresar agravios. Si bien coincido con la a quo en que no hay razones fundadas para apartarse de las conclusiones a las que arribaron los peritos, advierto que la licenciada Hippe recomendó la realización de un tratamiento psicoterapéutico con un esquema de una sesión semanal, cuyo costo ascendía en agosto de 2017 a \$400, durante al menos un año (fs. 199/201). En ese contexto, teniendo nuevamente en cuenta que las indemnizaciones se fijaron a valores actuales, el importante incremento de todos los precios que se produjo desde la fecha de la pericia y el porcentaje de incapacidad, considero prudente elevar la indemnización por este rubro a la suma de cincuenta y cinco mil pesos (\$55.000). Por lo demás, en atención al modo en el que fueron planteados los agravios, dado que propongo que se eleven las indemnizaciones reconocidas, el tratamiento del escueto planteo vinculado a la tasa de interés deviene inoficioso. XII. A esta altura, corresponde tratar el agravio relativo al rechazo del daño punitivo solicitado. Ante todo, reitero que la aplicación al caso de los preceptos contenidos en la ley de defensa del consumidor no fue materia de agravios de la recurrente, por lo que se encuentra firme y consentida. El artículo 52 bis de la ley 24.240 establece, en lo que aquí importa, que ?[a]l proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. (...) La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley? (artículo incorporado por art. 25 de la ley 26.361). Es sabido que la naturaleza de esta figura no es resarcitoria ya que su principal función es la prevención de hechos similares. En este sentido es dable resaltar que, tal como lo señaló la a quo, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que el derecho de daños no es solo reparador sino que también es preventivo y sancionador. Ahora bien, puesto que ?este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares? (conf. C.N.Civ, Sala F, ?Cañadas Pérez María c/ Bank Boston NA s/ daños y perjuicios?, 18/11/2009), debe existir en cabeza de los demandados una conducta reprochable por haber actuado con dolo o culpa grave de tal entidad que amerite la condena por daño punitivo. Este es, por cierto, el criterio sostenido por la jueza de grado. En efecto, la magistrada sostuvo que ?no caben dudas de que se ha probado la gravedad del hecho (aspecto objetivo). La muerte provocada en el marco de una relación de consumo, sin que se acredite la culpa de la víctima, la de un tercero o el caso fortuito eximentes gesta la responsabilidad del demandado. Esto independientemente de su obrar diligente o no. Sin embargo, [la actora] no ha logrado demostrar una conducta manifiestamente desaprensiva o indiferente de la parte demandada que configure el reproche subjetivo?. La recurrente, por su parte, argumenta que existen en la causa numerosas pruebas que acreditan la conducta manifiestamente desaprensiva del GCBA. Considero que le asiste razón en este punto. En efecto, tal como lo señala al expresar agravios, a fs. 383/385 del expediente 9160/2015-2 sobre prueba anticipada se encuentra glosada una nota, del 16 de febrero de 2009, dirigida al coordinador operativo del complejo que da cuenta del problema de superpoblación de animales en la institución y, entre muchas otras cuestiones, menciona las ?mordeduras a residentes y personal de diversa consideración con traslados a centros médicos y largos tratamientos?. En el mismo sentido se lee en una nota de la Procuración General de la Ciudad que se encontraban ?superados los límites sanitarios (...) entendiendo que es necesario el retiro inminente de los animales (...) en resguardo de la vida y la salud tanto de los residentes como del personal del hogar? (septiembre de 2001, fs. 388). En 2008, otro informe de la Procuración da cuenta de la superpoblación de animales, mordeduras y ataques en jauría. Teniendo en cuenta el contenido y las

fechas de las notas y de los informes citados, así como de los restantes que se encuentran agregados en la prueba anticipada y transcritos por la recurrente en su expresión de agravios (v. fs. 270 vta./271), opino que, además de demostrar de manera sobrada la responsabilidad de la demandada, acreditan un actuar manifiestamente desaprensivo en cabeza de la demandada - transcurrieron más de trece años entre la primera nota de la procuración y la muerte de la Sra. O. M.- que permitiría ?aplicar una multa civil a favor del consumidor? (conf. art. 52 bis. ley 24.240). Ahora bien, en esta causa la actora se presentó por derecho propio. Si bien la jueza de grado sostuvo que, dado que la víctima del ataque sí tenía una relación contractual con el demandado, correspondía analizar la responsabilidad del hecho aplicando el factor de atribución de la responsabilidad de carácter objetivo -en los términos del artículo 40 de la ley 24.240- también explicó que el vínculo de la actora con el GCBA era de naturaleza extracontractual. Esta cuestión no solo no fue apelada sino que fue expresamente consentida por la recurrente. En tales términos, dado que no corresponde extrapolar el carácter de consumidora que tenía la Sra. O. M. a su hija, más allá de que, a mi entender, se encuentra probado el factor subjetivo señalado por la a quo, considero que este agravio debe ser rechazado. XIII. Finalmente, el GCBA señala que la jueza de grado debería haber aplicado lo dispuesto en el artículo 399 del CCAyT. Para resolver esta cuestión conviene realizar una reseña del régimen normativo aplicable. El artículo 395 del CCAyT dispone que ?La autoridad administrativa vencida en juicio, cuando en la sentencia no se establezca plazo de cumplimiento, dispone de sesenta (60) días computados desde la notificación de la sentencia condenatoria, para dar cumplimiento a las obligaciones en ella impuestas, salvo cuando se trate de las de dar sumas de dinero, que no sean de naturaleza alimentaria, en cuyo caso son de aplicación los artículos 399 y 400. A los efectos de lo establecido en este artículo, están exentos de lo previsto en los artículos 399 y 400 los créditos de naturaleza alimentaria cuyo importe total no sobrepase el doble de la remuneración que percibe el Jefe de Gobierno?. Ahora bien, toda vez que la pretensión de la actora no reviste naturaleza alimentaria, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada, revocar la sentencia de grado en cuanto establece un plazo de pago para el GCBA y declarar aplicable el procedimiento previsto en los artículos 399 y 400 del CCAyT. XIV. Los honorarios regulados se encuentran apelados por su beneficiario y por el GCBA. Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24, 2º párr., de la ley 5.134, toda vez que no existe liquidación aprobada en autos, considero que corresponde dejar sin efecto la regulación practicada y diferirla hasta el momento procesal oportuno. XV. En cuanto a las costas de esta instancia, teniendo en cuenta que el recurso de la demandada prospera únicamente en un aspecto accesorio y que el de la actora es rechazado en su agravio principal, propongo distribuir las costas en un 90% al GCBA y en un 10% a la actora (art. 65 CCAyT). Por los argumentos expuestos, propongo al acuerdo: Hacer lugar parcialmente a sendos recursos de apelación y, en consecuencia, i) elevar las indemnizaciones reconocidas en los términos del considerando XI; ii) revocar la sentencia de grado en cuanto establece un plazo de pago para el GCBA y declarar aplicable el procedimiento previsto en los artículos 399 y 400 del CCAyT; iii) dejar sin efecto la regulación de honorarios, iv) confirmar la sentencia en todos los demás puntos que fueron recurridos, y v) distribuir las costas de esta instancia del modo indicado en el considerando XV. El Dr. Esteban Centanaro adhiere al voto que antecede. En mérito a las consideraciones expuestas, el Tribunal RESUELVE: Hacer lugar parcialmente a sendos recursos de apelación y, en consecuencia, i) elevar las indemnizaciones reconocidas en los términos del considerando XI; ii) revocar la sentencia de grado en cuanto establece un plazo de pago para el GCBA y declarar aplicable el procedimiento previsto en los artículos 399 y 400 del CCAyT; iii) dejar sin efecto la regulación de honorarios, iv) confirmar la sentencia en todos los demás puntos que fueron recurridos, y v) distribuir las costas de esta instancia del modo indicado en el considerando XV. La Dra. Gabriela Seijas no suscribe por hallarse en uso de licencia. Regístrese. Notifíquese a las partes por Secretaría y al Sr. fiscal ante la Cámara en su público despacho. Oportunamente, devuélvase. Correlaciones: N. F. A. c/GCBA s/daños y perjuicios- Juzg. Cont. Adm. y Trib. - Nº 13 - 02/05/2018-Cita digital IUSJU028464E 044405E