



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

“TAPIA ARAYA, Joseu Nahun Elías Enoc c/ STARBUCKS COFFEE ARGENTINA S.R.L. (Exp. 39.889/2016)

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los días del mes de diciembre de dos mil dieciocho, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “D”, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados **“TAPIA ARAYA JOSUE NAHUN ELIAS C/ STARBUCKS COFEE ARGENTINA SRL S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: señores jueces de Cámara doctores Víctor Fernando Liberman- Patricia Barbieri- Liliana E. Abreut de Begher.

A la cuestión propuesta, el doctor Víctor Liberman dijo:

I.- Por sentencia obrante a fs. 257/264 se rechazó la demanda interpuesta, con costas por su orden en lo principal, por mitades las de mediación y a cargo del actor las relativas a la pericia psicológica. Finalmente, se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apelaron las partes. Fundando sus recursos a fojas 275/286 el actor y a fojas 288/295 la demandada. Los que fueron contestados a fojas 298/300 y 302/308.



La parte actora centra su queja en el rechazo de demanda resuelto por el juzgador. Mientras que la accionada se agravia de la imposición de costas establecida en la sentencia.

II.- 1) Responsabilidad

La actora cuestiona el rechazo de demanda. Sostiene al respecto que el señor juez ‘a quo’ fundó su decisión citando una normativa de un código derogado, teniendo en consideración que el hecho ocurrió en el año 2016 y, asimismo, sobre la base de tener por acreditada la fractura del nexo causal por caso fortuito, entre los daños invocados por el actor y el hecho delictivo ocurrido el día 8 de febrero de 2016, en el local comercial de la calle Cabildo 2594, esquina Roosevelt de esta Ciudad, de Starbucks. Se trató de un asalto en el que participó un sujeto armado, que lo despojó violentamente de su computadora, y otros elementos de estudio que se denuncian –como ser un pendrive- para luego huir en una motocicleta con un cómplice que lo esperaba a la salida del local.

Las críticas versan fundamentalmente que en la presente causa no se acreditó el caso fortuito ni se adoptaron medidas para impedir que ocurriera un hecho previsible, no configurándose la fractura del nexo causal alegada y resuelta por el juzgador.

En lo que aquí interesa, resulta reconocido por las partes la ocurrencia del asalto a mano armada en la forma descripta y que el actor se encontraba dentro del establecimiento, tal como se desprende de las constancias de fs. 1 de la causa penal caratulada: “N.N. s/ robo con armas” (N° I-25-31464), que en este acto se tiene a la vista.

El tenor de los agravios y las particularidades puestas de relieve autorizan a efectuar una referencia respecto del sistema legal aplicable en la especie, para ponderar si el robo perpetrado puede tener el alcance del caso fortuito o la fuerza mayor, constituyéndose





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

en una circunstancia eximente de responsabilidad en los términos de los artículos 1724, 1730, 1731, 1733 y concordantes del nuevo Código Civil y Comercial.

Así las cosas, primeramente se impone recordar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1375 dispone, “Establecimientos y locales asimilables: Las normas de esta Sección (depósito necesario) se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, **restaurantes**, garajes, lugares y playas de estacionamiento y **otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso...**” (el resaltado me pertenece).

Con esta modificación hay un verdadero cambio con respecto al régimen anterior. El Código Civil derogado, en su artículo 2233, disponía que la “responsabilidad impuesta a los posaderos, no se aplica a los administradores de fondas, cafés, casas de baños y otros establecimientos semejantes, ni respecto de los viajeros que entren en las posadas sin alojarse en ellas”. En la nota, siguiendo a Aubry y Rau, se explica que “si limitamos al posadero que recibe efectos de viajeros, la responsabilidad impuesta en los artículos anteriores, es porque solo los viajeros se ven en la necesidad de llevar consigo a las posadas las cosas con que viajan. Una persona, por ejemplo, que va a un café, no tiene necesidad de llevar consigo una bolsa de dinero ni sacar su reloj y ponerlo en la mesa”.

De lo referido se desprende sin mayor esfuerzo que la reforma en este punto ha venido a actualizar el tema al siglo XXI. Es que, como se aprecia en la nota del codificador, la norma estaba pensada para otro tiempo; no el actual, en el que resulta común que la gente concurra a establecimientos como el del demandado con equipos tecnológicos, sean ellos computadoras personales, teléfonos celulares, tablets, etc. Todos con acceso a internet, en busca de conectividad a una red wifi gratuita y segura como suelen brindar cada vez más locales del rubro gastronómico. Como asimismo a fin de



poder cargar los equipos en una toma de electricidad, debido a la escasa extensión –de no más de unas horas- de la batería de estos.

Como dije, la nueva regulación legal extiende las normas de la Sección 3° hacia los establecimientos enumerados en el citado artículo 1375. De ello resulta que dichos establecimientos, en lo concerniente a la responsabilidad de sus propietarios, se rigen por las disposiciones que regulan la responsabilidad del hotelero por pérdida o daño en los efectos introducidos en el hotel por el viajero.

Teniendo en cuenta la expresa remisión que hace la norma, corresponde ahora practicar algunas precisiones respecto a la responsabilidad del hotelero, la cual se halla contemplada en los artículos 1369 a 1374 del CCyCN.

El Código lo aborda como un depósito necesario y aclara que tiene lugar por la introducción –por parte de los viajeros- de los efectos dentro de los hoteles, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes (art. 1369). A su vez prescribe que responde por los daños y pérdidas sufridos en los efectos introducidos (art. 1370), contemplando que sólo podrá eximirse de responsabilidad si los daños o pérdidas son causados por **caso fortuito o fuerza mayor ajeno a la actividad desarrollada** (art. 1371). Por su parte, el artículo 1374 dispone que, excepto los supuestos expresamente contemplados en los artículos 1372 y 1373 –que no se dan en autos-, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del empresario se tiene por no escrita (el resaltado es de mi autoría).

Respecto al especial régimen de éstos se ha dicho que reside en la profesionalidad del hotelero (o en nuestro caso del explotador de las entidades a que hace referencia el artículo 1375 antes referenciado), de modo que debe asumir una serie de riesgos previsibles derivados de la actividad que desarrolla. Conforme con ello, el Código establece una responsabilidad de carácter objetivo basada en el factor de atribución garantía, que tiene ciertos límites





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

cuando se trate de daños o pérdidas sufridos en los efectos de gran valor (Noemí L. Nicolau – Carlos A. Hernández, “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, pág. 1017).

Cabe remarcar que el vocablo introducido se utiliza como sinónimo de traído o llevado consigo por parte del viajero. Por tanto, la responsabilidad abarca a todo efecto comprensivo del equipaje, sea dinero, ropas, llaves, tarjetas de crédito (Obra citada, pág. 1017).

Por ello se ha dicho que el depósito en hoteles es un caso de responsabilidad legal ínsita en la oferta de hospedaje y basada en el riesgo profesional (Zunino, “Depósito y otras relaciones de guarda”, págs.. 51/52, en Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo VII, pág. 207).

En mi opinión, cercana a la de este autor, el factor de atribución no es la garantía sino el riesgo de empresa.

Así pues, puede sostenerse que en atención al contenido imperativo de la mayoría de las previsiones contenidas en el Código respecto de este tipo de responsabilidad, el umbral protectorio de la ley especial (ley de defensa del consumidor) resulta garantido y en algunos aspectos superado. Como se dijo, sólo se exime de responder por el caso fortuito o fuerza mayor, eximentes ahora asimiladas y tratadas unificadamente según la previsión del artículo 1730. Dicha eximente sólo puede invocarse si refiere a un hecho que no ha podido ser previsto o que previsto no ha podido ser evitado, pero –como la propia norma lo determina– siempre que sea “ajeno a la actividad hotelera”. Ello importa ratificar la directiva general contenida en el artículo 1733, inciso e, en el sentido de que el caso fortuito no opera como eximente de responsabilidad cuando “constituye una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad” (Código comentado antes citado, tomo VII, págs. 212 y 216).

Asimismo, cabe recordar que la consagración de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios llegó a la



cúspide normativa de nuestro orden interno al ser estatuido en el artículo 42 de la Constitución Nacional del año 1994. Constituyó uno de los hitos de la reforma constitucional que estableció que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Aclarado el marco normativo que corresponde aplicar en la especie, por la expresa referencia que actualmente hace el artículo 1375 del CCyC, el “*quid*” de la cuestión se centra en vislumbrar si los acontecimientos por los que se reclama en autos configuran un “*casus*”, con los alcances ahora estipulados en el actual sistema, que habilite, como se ha hecho en la instancia de grado, la exoneración de responsabilidad del accionado.

Sentado ello, quiero aclarar que la prueba ha de meritarse de conformidad a la regla de la sana crítica contenida en el art. 386 del Código Procesal, adquiriendo relevancia las constancias de la causa penal.

A fojas 5 de la causa penal obra la declaración de María Victoria Arminio – compañera de facultad del actor-, refiere la dicente: “ (...) *se encontraba junto a un compañero de facultad Joseu Tapia Araya, sentados en una de las mesas del local denominado Starbucks, ubicado en la intersección de la Avenida Cabildo y Roosevelt de esta ciudad, hallándose trabajando en una notebook de su compañero, estando la declarante en una silla, cuando de repente vieron frente a su mesa, a una persona del sexo masculino, de unos 30 a 35 años de edad (...) quien empezó a gritar “ QUIETO O TE TIRO, DEJA TODO AHÍ”, teniendo hacia delante una mochila, de la cual sacaba y metía dentro de esta lo que parecía un arma de fuego. Seguidamente, tomó la notebook de su compañero y la de la declarante (...) se retiró rápidamente del local”.*





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

A fojas 164 de estas actuaciones presta testimonio Romina Paola de Cosimo –gerente del local demandado-, preguntada por si sabía de la existencia de un incidente el día 8 de febrero de 2016, contestó: *“Si, un robo a mano armada. (...) yo no estaba en el salón, estaba en la oficina. (...) salí de la oficina y mi superior me dijo que habían entrado a robar. (...) me dijo que habían entrado a robar a mano armada y nada más.*

Para que en este supuesto el “caso fortuito” opere como ruptura del nexo causal debe tratarse de un hecho imprevisible o inevitable ajeno a la actividad desarrollada por la demandada, o al menos debe acreditarse que se trató de un hecho prácticamente imposible de prever o de evitar a pesar de que se adoptasen las medidas de prevención que las circunstancias exigían. Los asaltos a mano armada son previsibles, y lamentablemente ocurren con cada vez más frecuencia en locales a la calle, por lo que cabe preguntarse si en este caso era evitable.

Resulta sumamente difícil medir este último tópico. Por un lado, por cuanto en sede civil no se realizó un informe técnico sobre los elementos de seguridad activa y pasiva que disponía el local de la calle Cabildo 2594 y el cumplimiento de la normativa específica en esta materia, lo que hubiese aportado claridad a la cuestión.

Por otro lado, si estamos a la naturaleza del hecho acaecido se advierte que fue realizado bajo la modalidad de actuación de los llamados popularmente “motochorros”, cuando el asalto es perpetrado por dos personas, una de las cuales entra al local con un arma de fuego mientras el cómplice espera afuera con la motocicleta encendida para darse a la fuga.

Del propio relato del actor brindado en sede penal -como del de su compañera de facultad- da cuenta que la irrupción del delincuente fue sorpresiva y violenta. A fs. 6 dijo: *“(..)* se encontraba junto con su compañera de estudios María Victoria Arminio, en una



de las mesas de la confitería denominada “ Starbucks” ubicada en la intersección de la avenida Cabildo y Roosevelt, trabajando ambos en la computadora del declarante, ubicada esta sobre la mesa. En un momento dado, se escuchó un ruido, observando que de la calle ingresaba una persona de sexo masculino, (...) que se dirigió directamente a su mesa, metiendo la mano dentro de la mochila, a medida que metía y sacaba del interior de esta, lo que parecía un arma de fuego de color plateada (...) comenzó a gritar, no recordando lo que decía, solo algo así como “CORRANSE, NO HAGAN NADA, SINO LES PEGO UN TIRO”.

En este punto cabe precisar que ha sido suprimida la referencia que contenía la regulación anterior en el sentido de que el robo con armas o por escalamiento, que no pudiese resistir el hotelero, constituye caso fortuito. Esto implica que las circunstancias mencionadas constituirán sólo eximentes si pueden ser calificadas – según la regla general- como un caso fortuito o fuerza mayor ajenos a la actividad llevada a cabo. En general se considera que el empresario debe aportar medidas de seguridad y prevención necesarias en función de su actividad; controlando el correcto funcionamiento de los mecanismos de seguridad implementados y la capacitación del personal en que delega la efectiva vigilancia, en cuyo contexto la sustracción de los bienes depositados, aun llevada a cabo a mano armada, no puede ser considerada imprevisible, máxime en atención a la reiteración con la que suele cometerse tal modalidad delictiva (cf. CNCom, Sala A, 16-912003, “Omega Coop. De Seguros Ltda. c/ Osme S.A.”, LL 2004-B-1014, en Código comentado citado, tomo VII pág. 217).

En todo caso lo aconsejable sería, dado la cotidianeidad de estos acontecimientos que a nadie resultan extraños o imprevisibles, que el titular de este tipo de actividades, que se beneficia con la explotación de dichos comercios, contrate un seguro





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

frente a todo riesgo, a los fines de evitar inconvenientes de índole económica.

En esta inteligencia, considero que no se ha acreditado en autos la causal de exoneración alegada, ya que correspondía a la accionada garantizar la seguridad en los bienes que llevaba el actor, en su carácter de explotadora del comercio donde aconteció el hecho, habiendo incumplido por ende la obligación de seguridad que cabía respecto del accionante.

En consecuencia, propongo al acuerdo revocar la sentencia de grado y hacer lugar a la demanda interpuesta por Josué Nahun Elías Enoc Tapia Araya contra Starbucks Coffee Argentina SRL, con costas de ambas instancias a la demandada. En consecuencia, si mi voto es compartido, trataré los reclamos efectuados por la actora.

II. – 2) Daño emergente

Solicita el actor por este concepto la reposición del material sustraído, consistente en una computadora marca MAC, modelo PRO Retina, cuyo valor de reposición estima en \$79.999, y el material contenido en los elementos robados (apuntes, planos, fotocopias, imágenes) por los que reclama la suma de \$2500. A fojas 55 amplia demanda adecuando los montos solicitados a \$112.000 y \$3.500, respectivamente.

Agregó con la demanda, a fojas 10/11 y 12/13, dos presupuestos de equipos similares al que le robaran, uno de la empresa IPoint (proveedor: Garbarino SA) por un valor de \$79.999 y otro de One Click Store por \$75.000.

A fojas 157 contesta el requerimiento el apoderado de Garbarino S.A.I.C.e.I., quien manifiesta que su mandante es titular del comercio que opera bajo la marca registrada “iPoint” e informa que el



presupuesto donde se detalla el precio de la computadora marca “Apple”, código 219141, modelo MBP RET 15 MJLT216512, precio unitario sin IVA \$71.599,10 y precio total \$79.999, fue emanado por dicha empresa desde su local “iPoint” y que dichos valores se corresponden a los existentes al día 06/06/2016.

Por su parte a fojas 180 contesta el pedido de informes One Click y manifiesta que el presupuesto acompañado al oficio en conteste ha sido válido en su momento, pero no puede confirmar los importes del mismo por no constar la fecha en que fue emitido. Informa que al momento de la contestación no existen en el mercado equipos como el detallado, agregando que un aparato de similares características y prestaciones tiene un precio aproximado de \$70.000.

Las partes no impugnaron los informes brindados.

Respecto del reclamo efectuado por el material contenido en los elementos robados (apuntes, planos, fotocopias, imágenes) si bien no se produjo ninguna prueba documentada que demuestre precisa y directamente su erogación, lo cierto es que de las restantes producidas en la causa quedó demostrado que se trata de un estudiante universitario (v. contestación de Universidad de Buenos Aires de fs. 182/205), que se encontraba con una compañera de estudios realizando tareas académicas, por lo que deviene lógico reconocer la presente partida, ya que resulta razonable el monto solicitado por este concepto en base a los estudios de arquitectura que acreditó estar cursando.

De las constancias objetivas de autos, en uso de las facultades que me otorga el artículo 165 del CPCC, propongo por la presente partida otorgar por la computadora el importe de \$79.999 y por el resto de los reclamos efectuados la suma de \$2.500.

II.- 3) daño y tratamiento psicológico





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

Solicita la actora en concepto de incapacidad psicológica la suma de \$30.000 y por tratamiento terapéutico la cuantía de \$21.600. Luego, a fojas 55 amplía demanda y eleva el monto peticionado por tratamiento a \$30.240.

Ahora bien, es sabido que la indemnización por incapacidad sobreviniente debe valorar la disminución de aptitudes o facultades, aunque ésta no se traduzca en una disminución de ingresos, ya que aún la limitación para realizar en plenitud actividades domésticas o una actividad de relación social o familiar constituye un daño indemnizable por importar una lesión patrimonial indirecta.

En la experticia obrante a fojas 219/222 el perito psicólogo concluye que el actor si bien presenta un malestar ha tendido a exagerar los mismos pretendiendo mostrar un padecer excesivamente desmesurado, manifestando que no es posible arribar a conclusiones confiables y asertivas de un posible diagnóstico.

Las partes consintieron la peritación efectuada. Recién al alegar sobre la prueba producida la parte actora se alza contra la misma manifestando su disconformismo.

Al respecto diré que no encuentro mérito para apartarme de las conclusiones fundadas de la experta.

Las normas procesales en vigencia exigen que el dictamen contenga la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que los peritos funden su opinión (conf. art. 477 del CPCC) y cuya fuerza de convicción será estimada por el juez, conforme con la sana crítica, principios científicos en que se funde y las pruebas y elementos de convicción que la causa tenga (CNEsp. Civ.Com, Sala I, 03-06-81 *in re* “Crea, Antonio c/Marmet, Luis A.”). Por lo demás, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de



aquel (CNEsp.Civ.Com, Sala I, 27-11-81, *in re* “Cuello, Ramón c/Duarte, Oscar”). Ha decidido también la jurisprudencia que se configura la validez científica del dictamen de un perito en cuanto recurre a una característica más de labor de ese tenor, cual es la remisión a múltiples pautas objetivas para la elaboración de conclusiones verificables y cuya validez no se basa únicamente en el título del experto, sino también en la coherencia interna del dictamen y en la posibilidad de comprobación y verificación de sus referencias a elementos externos útiles, para la ordenación lógica de la labor respectiva (CNCiv., Sala B, 12-05-89, *in re* "Medina Marta S.B. c/ Medina María I.C.", La Ley 1989-E-117). Por tanto, el juez solo puede y debe apartarse del asesoramiento pericial cuando este adolezca de deficiencias significativas. Así, si la peritación está fundada en principios técnicos inobjetable, ante la ausencia de prueba que lo desvirtúe e imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, la sana crítica conduce a aceptar sus conclusiones. Pues, no resultan suficientes para convencer al juzgador que lo dicho por el experto es incorrecto, las meras objeciones, ni la simple discrepancia de las partes, pues aunque las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal, y el magistrado puede formar su propia conclusión al respecto, debe apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir el fehacientemente; es menester aducir razones de entidad suficiente o razones muy fundadas para apartarse de un dictamen de sólidas bases, que no colisione con principios lógicos o máximas de experiencia (CNCiv, Sala G, 11-11-99, *in re* “AG.R. c/ F.J.J”, en LL, Revista de Responsabilidad y Seguros, tomo 2000-680).

Por estos motivos y en atención a lo informado por la perito voto por desestimar la presente partida indemnizatoria.

II.- 4) Daño moral





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

El daño moral se produce cuando se lesionan afecciones legítimas de una persona o cuando se ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o que hayan perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida (esta Sala, ED 61-779; ídem Sala "E", ED 42-311, ídem Sala "F", ED 100-309). En la reparación del daño moral no domina la idea de una pena para el responsable, sino la de compensar de alguna manera el daño causado a la víctima.

Teniendo en cuenta que el actor vio perturbada su calma al ser increpado por un delincuente a mano armada, mientras se encontraba estudiando junto a su compañera en el local demandado, entiendo que se configura el detrimento reclamado, el que estimo prudente fijar en \$30.000.

II.- 5) Daño punitivo

Sabido es que el daño punitivo se trata de una sanción civil que consiste en la condena al pago de una suma de dinero, a un dañador calificado y al margen de la indemnización reparatoria del perjuicio. También conocido como “multa civil”, “pena civil”, o “sanciones punitivas civiles”.

Algunos sostienen que el plus que constituye el daño punitivo tiene una finalidad (entre otras) disuasoria, lo que permite su asimilación parcial con la pena. El hecho de que deban pagarse dos sumas dinerarias, una en concepto de indemnización y otra como “daño punitivo”, no implica una doble sanción por la misma conducta.

Otros lo han definido como la suma de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que estén destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (Pizarro,



Ramón, Daños Punitivos, en Derecho de Daños, Segunda Parte, La Rocca, Bs.As., 1993, p. 291; Picasso – Vázquez Ferreyra, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, La Ley, T° I, p. 593/641).

De dicho concepto se desprenden dos enfoques bien diferenciados: uno que mira hacia el pasado, castigando las conductas que aparezcan como notoriamente graves y otro con la vista hacia el porvenir, para evitar que aquellas situaciones se repitan en lo sucesivo.

No debe dejarse de soslayo la necesaria configuración de ciertos presupuestos que habiliten su aplicación; en especial la doctrina destaca que debe existir una conducta especialmente grave o reprobable del dañador, caracterizada por la existencia de dolo o una grosera negligencia, de cuya consecuencia emane un daño efectivamente sufrido por la víctima (Lorenzetti, Ricardo, “Consumidores”, pág. 59, 2° Ed. Actualizada, Rubinzal- Culzoni).

Por ello debe imperar para la aplicación de la multa un criterio restrictivo y excepcional. Se trata, en otras palabras, de un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños.

Así, la multa civil o daño punitivo procede en supuestos de graves inconductas que afectan derechos ajenos, circunstancia que adelante en este caso no se alcanza a configurar.

Ello pues, este daño regulado por el artículo 52 bis de la ley 24.240 es un instituto de excepción y al no encontrarse acreditadas circunstancias de gravedad suficiente que lo hagan procedente, corresponde rechazarlo. Máxime teniendo en cuenta que la mentada sanción no está prevista como una consecuencia necesaria de cualquier incumplimiento, sino que es facultativa del juez y dependerá de cada caso particular.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

Y en el que nos ocupa, el perjuicio que se indemniza no responde a un daño provocado por el uso de las instalaciones comerciales, o por un defectuoso sistema de comercialización, por vicios de los productos y/o servicios ofrecidos a la venta; sino por el incumplimiento del deber accesorio de seguridad debido por la accionada al actor, por lo que, en principio, resulta ajeno a la actividad principal desarrollada por ésta.

Sobre esas premisas considero que la falta de cuidado en que pudo haber incurrido la demandada o sus dependientes y que la obliga a indemnizar los daños causados al actor por la imputación objetiva que nace del riesgo de empresa no constituye, sin embargo fundamento suficiente para la admisión del daño punitivo. Por tal razón propongo al acuerdo la desestimación de la presente partida indemnizatoria.

En consecuencia, se desestiman las quejas al respecto.

II.- 6) Intereses

Como juez de la Sala “L” he explicado reiteradamente mi posición teórica al respecto: prefiero establecer valores “actuales” y agregar intereses a tasa “pura”. Pero, así como en ese tribunal, propondré directamente en consonancia con mis colegas de la Sala “D” que se adicione intereses a tasa activa desde el accidente. He tenido en cuenta este elemento al tiempo de calcular la indemnización.

Propongo entonces que los intereses se devenguen desde el hecho y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina de acuerdo a la doctrina plenaria sentada en los autos “Samudio de Martínez, Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios” del 20/04/2009; con excepción de la suma reconocida en concepto de daño emergente por la reposición



de la computadora por la suma de \$79.999, que devengará un interés del 8% anual desde la fecha del hecho hasta el día 06/06/2016 – conforme lo informado a fs. 157 por Garbarino S.A.I.C.e.I.- y desde allí hasta su efectivo pago a la tasa activa referida.

II.- 7) Costas

Es principio aceptado con generalidad que en las demandas indemnizatorias de daños las costas integran el resarcimiento, aunque la pretensión no reciba total recepción.

Recordemos que la parte que pierde el juicio es condenada a pagar los gastos del mismo y que el fundamento de esta condena es el hecho objetivo de la derrota (*soccombenza*); la justificación de esta institución se encuentra en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza; siendo interés del comercio jurídico que los derechos tengan un valor posiblemente puro y constante (Chiovenda, José en "*Principios de Derechos Procesal Civil*", Tomo II, página 452, Editorial Reus, Madrid, 1923).

El sistema de imposición de costas tiene como finalidad resarcir a la parte contraria de los gastos que tuvo que realizar para lograr el reconocimiento de su derecho. Tiene su fundamento en el principio objetivo de la derrota que actúa con independencia del factor subjetivo, esto es, sin tener en cuenta la buena fe, o la mala en su caso, con la que ha actuado el que estaba obligado a soportarlos (art. 68 CPCC).

Sin embargo, el artículo 68 "*in fine*" del Código de forma, autoriza al Tribunal a eximir de costas al vencido "*cuando encontrare mérito para ello*". Tal expresión genérica -sin indicar los casos en que procede la exención-, tiene carácter excepcional y debe interpretarse restrictivamente de acuerdo al prudente arbitrio judicial.





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

En el caso, no hallo mérito para apartarme del principio general en la materia -condena en costas al vencido- habida cuenta que no se configura ninguna de las situaciones que autorizan esta excepción. Por ello, propicio que las costas de ambas instancias sean impuestas a la demandada en su condición de vencida.

III- Resumen

Por lo expuesto postulo: 1) admitir los agravios de la actora y revocar la sentencia de grado haciendo lugar a la demanda, condenando en consecuencia a STARBUCKS COFFEE ARGENTINA SRL a abonar a Josué Nahun Elías Enoc Tapia Araya la suma de ciento doce mil cuatrocientos noventa y nueve pesos (\$112.499), dentro del término de diez días bajo apercibimiento de ejecución, con más sus intereses calculados conforme a lo establecido en el considerando II.- 6). 2) Imponer las costas a la demandada en su condición de vencida. 3) Proceder a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes de acuerdo a lo establecido por el art. 279 del CPCC.

Así lo voto.

La doctora Patricia Barbieri dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del distinguido colega que me precede, Dr. Víctor Liberman. –

No puedo dejar de señalar que es habitual que en los locales de la demandada el público, normalmente jóvenes, asistan y al tiempo que consumen alguno de los productos que se expenden se los vea utilizando sus notebooks, tablets, celulares, puesto que el



negocio los provee de todos los servicios de conexión y wifi gratis precisamente como un medio para atraer a la clientela, que se siente segura dentro de un local cerrado, en lugar de utilizar esta tecnología en lugares públicos como una plaza, ya que no podemos desconocer los episodios delictivos que diariamente acontecen en la vía pública.-

Es por esta circunstancia que en virtud del deber de seguridad al que alude el vocal preopinante, la demandada que se beneficia con este negocio, debe extremar las medidas de seguridad para garantizar a sus clientes una estadía placentera y pacífica, colocando o en su caso incrementando la vigilancia en cualquiera de las formas posibles, utilizando algún tipo de infraestructura que dificulte el acceso expedito a las mesas, etc., por lo menos, para persuadir a eventuales delincuentes de cometer actos como el perpetrado contra el aquí actor, circunstancia ésta que no veo se haya acreditado en autos.-

Y desde esta óptica, no puedo soslayar que sucesos como el que aquí se ventilan y en las circunstancias en que el mismo se ha producido a mi criterio no encuadran en lo dispuesto por los arts. 1730 y 1731 del Código Civil y Comercial. El caso fortuito o la fuerza mayor eximentes de responsabilidad implican un acontecimiento imprevisible –hoy eh día un robo no lo es- e inevitable -tampoco probablemente en el caso, de haberse tomado alguna medida de seguridad-, siendo por otro lado también este tipo de acontecimientos una contingencia si bien no específicamente propia de la actividad desplegada en épocas anteriores, previsible en la actualidad y con alta probabilidad de evitarse, encuadrando de esta manera en la normativa del art. 1733 inc. e) de dicho cuerpo legal, como bien señala mi estimado colega Dr. Liberman.-

No desconozco las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales en contrario, como tampoco que el deber de seguridad y el poder de policía son atribuciones propias del Estado,





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

cumplidas poco satisfactoriamente a tenor de lo que vemos cotidianamente.-

Por otro lado considero que lo aquí resuelto no puede extenderse a otros supuestos similares, ya que los jueces debemos decidir atendiendo a las particularidades de cada caso concreto, valorando los hechos y las pruebas.-producidas en el expediente que hoy nos toca decidir.-

Pero también coincido en que en todo caso, la demandada, que insisto, se beneficia con la explotación de este comercio también tiene a su alcance los mecanismos necesarios para salir patrimonialmente incólume frente a reclamos como el de autos.-

Es por eso que también propicio se haga lugar a la demanda, adhiriendo a los rubros indemnizatorios contemplados por el vocal preopinante.-

Así mi voto.-

A la cuestión propuesta, la doctora Liliana Abreut de Begher dijo:

I.-Lamento disentir con la solución propiciada por los vocales que me antecedieron en el orden de votación.-

II.- Resulta menester recordar que la consagración de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios llegó a la cúspide normativa de nuestro orden interno al ser estatuidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional del año 1994.

Constituyó uno de los hitos de la reforma constitucional que estableció que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y



veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

El art. 3 de Ley 24.240, modificada por la ley 26.361, define que la “relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”. Lo típico y distintivo de esta definición es la alusión a la existencia o configuración de un vínculo jurídico, donde la persona –consumidor- puede reclamar respecto de otra –proveedor- el cumplimiento del contrato por el bien y/o servicio comprendido en aquélla.

Esta específica ligazón se encuentra impregnada por un deber de seguridad que surge del juego armónico de los arts. 5 y 6 del citado cuerpo legal.-

En este sentido es atinado mencionar que el perjuicio que se categoriza en la presente acción no responde a un daño provocado por el uso de las instalaciones comerciales, o por un defectuoso sistema de comercialización, por vicios de los productos y/o servicios ofrecidos a la venta, o por cuestiones de garantía, sino a un hecho delictivo que, en principio, en este caso, resulta ajeno a la relación de consumo.-

Los artículos 5 y 6 de la ley 24.240 establecen un concepto propio de seguridad sobre la idea de anticipación y prevención de daños (ver Lovece y García Ocio, en “Derechos del Consumidor”, pág. 111, Editorial La Ley), regulándose las circunstancias y los elementos que hacen a la esencia de toda relación de consumo.

Las obligaciones impuestas normativamente al proveedor tienden a la tutela preventiva de la salud y seguridad de los consumidores con motivo de las cosas y servicios objeto de la relación de consumo propiamente dicha.

El asalto llevado a cabo por una persona, que entra a un local, con una arma de fuego es un hecho de tercero notoriamente





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

ajeno a la relación de consumo, que no puede enrostrarse automáticamente a la demandada en la forma en que se sostiene.

Ahora bien, habrá de apreciarse si la demandada tomó los recaudos para afrontar este tipo de hechos de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar (art. 1.724 del Cód. Civil y Comercial de la Nación), sobre la base de una obligación de seguridad genérica.

La prueba ha de meritarse de conformidad a la regla de la sana crítica contenida en el art. 386 del Código Procesal, adquiriendo relevancia las constancias de la causa penal.

Resulta acertado destacar que del propio relato del actor, como de su compañera de facultad, en sede penal da cuenta que la irrupción del delincuente fue sorpresiva y violenta.

A fs. 6 dijo: “(...) *se encontraba junto con su compañera de estudios María Victoria Arminio, en una de las mesas de la confitería denominada “ Starbucks” ubicada en la intersección de la avenida Cabildo y Roosevelt, trabajando ambos en la computadora del declarante, ubicada esta sobre la mesa. En un momento dado, se escuchó un ruido, observando que de la calle ingresaba una persona de sexo masculino, (...) que se dirigió directamente a su mesa, metiendo la mano dentro de la mochila, a medida que metía y sacaba del interior de esta, lo que parecía un arma de fuego de color plateada (...) comenzó a gritar, no recordando lo que decía, solo algo así como “ CORRANSE, NO HAGAN NADA, SINO LES PEGO UN TIRO”* (el subrayado me pertenece).-

Luego de ello, resulta claro que se ha acreditado la causal de eximición de responsabilidad consagrada en el artículo 1731 del C.C.C.N.-

Cabe recordar que el C.C.C. establece en la norma de referencia que “... Hecho de un tercero. Para eximir de



responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres del caso fortuito...”.-

La eximente en estudio se configura con el hecho de un tercero extraño, no dependiente o subordinado del sindicado como responsable, que con su intervención hace imposible la ejecución o provoca el daño, en forma exclusiva o excluyente. El código es muy claro al disponer que el hecho del tercero únicamente libera de responsabilidad si reúne los caracteres del caso fortuito, es decir, si es imprevisible o inevitable par el sindicado como responsable, además de exterior a él, al riesgo de la cosa de la que es dueño o guardián, o a la actividad que explota (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, “*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*”, Rubinzal-Culzoni, 2015, T° VIII, p. 439 y siguientes).-

No resulta desacertado recordar que si bien el hecho de un tercero por quien no se debe responder se hallaba ya mencionado por el código derogado (art. 1113), el nuevo Código-además de emplazarlo sistemáticamente al tratar acerca de la relación causal- la nueva redacción aclara que aquél únicamente libera al sindicado como responsable si reúne los caracteres del caso fortuito.

Con esto se refleja la postura doctrinal mayoritaria, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-

Por su lado, los Dres. Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos sostienen que el hecho debe ser objetivamente imprevisible para el agente, según la experiencia de vida, conforme el curso normal y ordinario de las cosas. Así, se trata de una cuestión de hecho, que debe ser valorada por los jueces, caso por caso, atendiendo razonablemente las circunstancias, con amplio poder de apreciación, así como también inevitable o irresistible, lo cual supone que conforme al curso normal y ordinario de las cosas resulte no susceptible de ser contrarrestado por el sujeto (conf.Pizarro-





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

Vallespinos, “*Tratado de Responsabilidad Civil*”, Rubinzal-Culzoni, 2017, Tomo I Parte General, p. 515 y 516).-

Entiendo que el hecho de violencia a mano armada ocurrido en el local de la accionada fracturó totalmente la cadena causal y se constituyó en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima.-

No debe olvidarse que el hecho del delincuente ha actuado en la especie como eximente de responsabilidad por haber reunido los caracteres del caso fortuito, habiéndose acreditado conforme lo establecido en el artículo 1.736 del código de rito, que la conducta del malhechor fue imprevisible e inevitable.-

La redacción del nuevo articulado es clara al disponer que el hecho del tercero únicamente libera de responsabilidad al encartado si reúne los caracteres del caso fortuito, si es imprevisible o inevitable para el sindicado como responsable, además de exterior a él, al riesgo de la cosa de la que es dueño o guardián, o la actividad que explota, circunstancias que entiendo que se han verificado en el caso de marras.-

Este criterio es sostenido, en la doctrina autoral, por Vázquez Ferreyra cuando asevera que “el mero hecho (no culpable) de la víctima o del tercero en la medida que reúna los requisitos del caso fortuito, es suficiente para que funcione la eximente de responsabilidad cuando ésta dependa de un factor objetivo de atribución (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A., “El hecho del tercero o de la víctima como eximente de responsabilidad objetiva”, LA Ley, 1996-C, 148; *Responsabilidad Civil- Doctrinas Esenciales*, T° II, p. 1107).-

No puede perderse de vista y no es dato menor, que el hecho delictivo se perpetró en una cafetería, que en principio la actividad desarrollada no impone un riesgo. Es que cuanto más compleja y peligrosa sea la actividad desplegada y mayor el riesgo



que comporte, más alto debe ser el nivel de vigilancia que corresponde prestar (conf. Weingarten, ob. cit., pág. 61), como ocurriría con los bancos o la actividad financiera en general.

Es sumamente difícil tomar posición en tema tan delicado. Pero la ley local y la bonaerense han adoptado un criterio que privilegia la seguridad sin armas en estos establecimientos. Los legisladores pudieron haber permitido las guardias armadas, pero no lo hicieron. ¿Cuál debería ser el temperamento o los protocolos de actuación si una guardia fuertemente armada enfrentase a un grupo como el que irrumpió en este local? Es de imaginar que podría generarse una batalla dentro del local, con la imaginable secuela de muertos o heridos dañados entre la clientela o el personal dependiente. ¿Qué diría el actor en ese caso? Seguramente diría que no había que tener guardia armada por la peligrosidad inherente.

En fin, un hecho de violencia ejercido por una persona armada constituyó una circunstancia extraordinaria que sobrepasó los recaudos que se adoptan regularmente para este tipo de comercios.

Es más, la ley –por razones imaginables- no permite que la disuasión sea armada. Las circunstancias de tiempo y lugar con que debe juzgarse la conducta de la demandada exigen un criterio adecuado a la realidad de las cosas.

De lo que se sigue que el asalto con las características puestas de relieve, representó una de las formas de caso fortuito porque resultó inevitable (conf. art. 1730 CCCN).-

Esto, sin perjuicio de señalar que en otros supuestos en los que no se advierta acreditado el hecho de terceros con el grado de violencia sobre las personas y/o bienes que informa esta causa, podría corresponder la atribución de responsabilidad del empresario como lo viene sosteniendo la doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, no paso por alto la importancia, en el estatuto de defensa del consumidor, de la seguridad que se exige en las





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

instalaciones y en los establecimientos de comercialización (conf. Hernández, Carlos A. y Frustragli, Sandra A., “Ley de Defensa del Consumidor”, año T. I, pág. 94, Fondo Editorial de Derecho y Economía). Pero lo cierto es que no puede extenderse la responsabilidad de la demandada cuando ocurren hechos delictivos organizados y llevados a cabo con uso de armas de fuego.-

Resulta inevitable por las características descriptas y la reglamentación de los mecanismos de disuasión, y constituyó una barrera para el cumplimiento de la obligación genérica de seguridad anteriormente explicitada.

Por los fundamentos expuestos “ut supra”, propongo al acuerdo la confirmación del fallo cuestionado en cuanto rechazó la presente acción.-

III.- La demandada recurrió el modo en que se cargara costas en la primera instancia. Ciertamente es que el principio es la imposición al vencido. Pero el juez puede eximirlo por razón fundada.

Advierto algunas vacilaciones en la jurisprudencia acerca de la interpretación de la obligación de seguridad en las relaciones de consumo con referencia a situaciones de cierta similitud con la del caso. Los tribunales han particularizado algunas circunstancias de hecho para resolver de uno u otro modo.

Estas discrepancias parecen suficientes para descargar costas porque razonablemente el actor pudo creerse con derecho a obtener una sentencia favorable, por lo que corresponde rechazar las quejas y confirmar la decisión recurrida.

Propongo entonces al acuerdo confirmar la sentencia en todo que fuera materia de agravios, con costas de alzada a cargo del actor, sustancialmente vencido.

IV- Resumen, costas



Por lo expuesto postulo rechazar las quejas y confirmar la sentencia de grado, en todas sus partes, con costas de alzada al accionante sustancialmente vencido (conf. art. 68 del Código Procesal).

Con lo que terminó el acto. VICTOR FERNANDO LIBERMAN- PATRICIA BARBIERI- LILIANA E. ABREUT DE BEGHER.-

Este Acuerdo obra en las páginas n° a n° del Libro de Acuerdos de la Sala “D”, de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Buenos Aires, de noviembre de 2018.-

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: 1) Admitir los agravios de la actora y revocar la sentencia de grado haciendo lugar a la demanda, condenando en consecuencia a STARBUCKS COFFEE ARGENTINA SRL a abonar a Josué Nahun Elías Enoc Tapia Araya la suma de ciento doce mil cuatrocientos noventa y nueve pesos (\$112.499), dentro del término de diez días bajo apercibimiento de ejecución, con más sus intereses calculados conforme a lo establecido en el considerando II.- 6). 2) Imponer las costas a la demandada en su condición de vencida. 3) De conformidad con el presente pronunciamiento y en atención a lo dispuesto por el art. 279 del





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

Código Procesal, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados en autos; las etapas cumplidas, distinguiendo las llevadas a cabo bajo la vigencia de las leyes 21.839 y 27.423 (conf. CSJN, “Establecimiento Las Marías c/Misiones, Provincia de s/acción declarativa”, 4/9/2018); el monto de condena más sus intereses; la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados; la incidencia de su labor en el resultado del pleito; y lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 y su modificatoria 24.432, y los arts. 1, 14, 16, 21, 22, 24, 26, 29 y 51 de la ley 27.423, se adecuan los regulados a fs. 263 vta., fijándose los correspondientes al Dr. Dante Arnaldo Reyes Marín, letrado apoderado de la parte actora, en pesos treinta y seis mil (\$ 36.000) por la primera y segunda etapas y en pesos veintiséis mil setecientos cincuenta y cuatro (\$ 26.754) (15,6 UMA) por la tercera; los del Dr. Juan Manuel Orquin Strassburger, letrado apoderado de la demandada, en pesos veintisiete mil (\$ 27.000) por las etapas primera y segunda y en pesos veintiséis mil setecientos cincuenta y cuatro (\$ 26.754) (15,6 UMA) por la tercera; los de la perito psicóloga Melisa Paula Maglio Sánchez, en pesos quince mil (\$ 15.000), y los de la mediadora Dra. María Alejandra Ilundain, en pesos ocho mil (\$ 8.000) equivalentes a 20 UHOM (conf. art. 2º, inciso f) del Anexo III del Decreto 1467/11, modificado por Decreto 2536/15, y valor de la unidad retributiva del SINEP vigente al día de la fecha).

Por la actuación ante esta alzada, se fija la retribución del Dr. Dante Arnaldo Reyes Marín en pesos veinticuatro mil diez (\$ 24.010) (14 UMA) y la del Dr. Juan Manuel Orquin Strassburger en pesos diecisiete mil ciento cincuenta (\$ 17.150) (10 UMA) (art. 30 ley 27.423).

La Doctora Patricia Barbieri deja constancia de que, si bien entiende que la nueva ley de aranceles profesionales N° 27.423 es aplicable a toda regulación de honorarios que no se encuentre



firme, aun tratándose de trabajos llevados a cabo con anterioridad (conf. esta Sala, en autos “Pagliaro, Claudia Alicia c/Banco Comafi S.A. y otro s/daños y perjuicios” del 21/3/18), atento la mayoría conformada en el Tribunal en torno a la cuestión, no se extenderá a su respecto.

Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Notifíquese por Secretaría y devuélvase.-

VICTOR FERNANDO LIBERMAN

11

PATRICIA BARBIERI

10

LILIANA E. ABREUT DE BEGHER

12 (en disidencia)





Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA D

Fecha de firma: 05/12/2018

Alta en sistema: 07/12/2018

Firmado por: BARBIERI PATRICIA- LIBERMAN VICTOR F. - ABREUT LILIANA E. -, JUEZ DE CAMARA



#28546295#222709619#20181207083500290