

EL DERECHO

DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, PABLO MARÍA GARAT, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

DOCTRINAS DE SIEMPRE

El sistema político democrático: presupuestos jurídicos, por Carlos S. Fayt
Cita Digital: ED-MMLMI-287

DOCTRINA

La implementación del derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes en Argentina. Consideraciones sobre la carta del juez formoseño desde el punto de vista del derecho internacional, por Sofía María Parra Senfet
Cita Digital: ED-MMLMI-288

JURISPRUDENCIA

CADUCIDAD DE INSTANCIA: Declaración de oficio: transcurso del plazo; comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación; ley 25.344; efectos; curso de la caducidad; alegación de trámites no interruptivos. RECURSO DE REPOSICIÓN O REVOCATORIA: Rechazo: supuestos de admisión (CNCont.-adm. Fed., sala II, febrero 4-2022)

DERECHOS DEL CONSUMIDOR: Compra de pasajes aéreos: contrato; frustración; proveedor turístico; responsabilidad; daño moral; resarcimiento; procedencia. DAÑO PUNITIVO: Admisibilidad: justificación; factor de atribución (CNCom., sala F, noviembre 17-2021)

El sistema político democrático: presupuestos jurídicos^(*)

por CARLOS S. FAYT

1. La democracia es una forma de vida, un sistema social y económico y una técnica gubernamental. Ella combina cuatro elementos: el autogobierno con la participación de todos; derechos individuales y sociales; una estructura de poder abierto al pluralismo ideológico, y una estructura social y económica justa y libre. Ella debe asegurar el dominio de la comunidad sobre las fuerzas que la integran. En esencia, la unidad del poder frente al acoso de los poderes de hecho, determinando normativamente un orden de cambio, que haga posible el cambio en orden. La democracia se expresa jurídicamente en un orden voluntario, libre y justo. Pero su existencia requiere una sociedad democrática. La democracia no puede vivir allí donde la mayoría no la aprecia como un bien supremo ni viva en condiciones sociales y económicas que le permitan comprenderla y defenderla como ideal de vida. Tampoco cuando sus líderes no cumplen con el deber continuo de luchar por ella, de protegerla contra la corrupción y el debilitamiento. De perfeccionar sus contenidos políticos, sociales y económicos y de contribuir a mantener en el pueblo el ideal democrático.

2. Ella presupone salvaguardar el derecho individual a una vida privada contra la intervención arbitraria del Estado. El derecho de pensar y expresar el pensamiento, de creencia, de asociación, de reunión y de huelga. De sufragio, en su función electoral y en la de participación. De prensa e información y el de asociarse en partidos políticos. El gobierno de la mayoría y el respeto a los derechos de la minoría. La igualdad ante la ley. La independencia de la justicia. El derecho a un juicio público con garantía del debido proceso. A ser juzgado por un tribunal competente de acuerdo a ley anterior al proceso.

Presupone, en materia política, la existencia de dos o más partidos y el derecho a la oposición. La consagración jurídica del pluralismo político mediante una legislación orgánica sobre partidos políticos, complementada por la de carácter electoral y procesal electoral. Es cierto que al gobierno siempre lo ejercen pocos; que no hay sociedad sin gobernantes y gobernados, y que la sociedad urbano-industrial y, en particular, la sociedad tecnológica exige de estos un alto coeficiente de saber especializado, convirtiendo al gobierno cada vez en mayor grado en algo complejo.

Pero también es cierto que los avances del proceso de democratización han permitido institucionalizar los mecanismos de selección, elección, investidura y control de los gobernantes y la acción gubernativa. Y que las limitaciones institucionales al poder aseguran el derecho a discurrir, a disentir, a revistar en la oposición y a reemplazar a aquellos que ejercen el poder como condición de la existencia misma del sistema. La oposición tiende a mejorar el sistema, no a destruirlo. La representación, por su parte, opera como el mecanismo idóneo para evitar la arbitrariedad, los excesos y abusos a los que naturalmente, por la ley de su crecimiento, tiende el poder. La evolución del gobierno del pueblo y para el pueblo demuestra que las instituciones democráticas no son transferibles. Que son fruto de la historia y que han influido en su formación y configuración las revoluciones de orden intelectual, religioso, político y social y económico producidas a lo largo de dos siglos y medio.

3. Una estructura social y económica democrática es condición para la existencia y permanencia de la democracia política.

HARRINGTON, en *Oceana*, en tiempos de CROMWELL, afirmó que el poder lo alcanza, a la larga, quien posee los medios económicos. Si sumamos esta afirmación a la de ROBERT MICHEL de que la presencia de gobernantes y políticos constituye el único factor de eficacia suficientemente durable en la historia de la evolución humana, podemos comprender por qué la democracia política no existe, o es limitada, débil y precaria en los países subdesarrollados. Ese mínimo óptimo de bienestar general que parece indispensable para la permanencia de la democracia ha sido alcanzado por países como Suecia. SUTRE

LINDMARK ha señalado que el altísimo nivel de vida de ese pueblo es una consecuencia del sentido común, educación, honradez, cooperativismo, trabajo firme, suerte, visión de futuro, planificación inteligente, espíritu independiente, democracia sincera que lo caracteriza. Suecia ha tenido más de 160 años de paz y cuenta con un pueblo homogéneo, responsable gremial y políticamente, de un alto nivel de desarrollo económico y el avance tecnológico. La experiencia le pertenece. Como modelo tiene valor relativo en países de distinta situación y condición social y económica. Menos en lo que respecta a la interacción entre la política y la economía y el hecho de que la democracia exige al pueblo el deber de su responsabilidad política.

4. En materia económica, el orden jurídico debe orientarse a la seguridad social, la justa distribución de los ingresos, el mejoramiento del nivel de vida, el aumento de la productividad, el pleno empleo. Reducir la desigualdad social y económica, controlar las inversiones particulares para evitar la especulación y crear una estructura urbana con sentido humano conduce a la planificación democrática. Ya que se trata de ensanchar la libertad individual sobre la base de una mayor seguridad económica y social, mediante el desarrollo continuo del bienestar. El reconocimiento del derecho al trabajo, a la salud, al descanso, a una remuneración equitativa, a una vida digna. Estos objetivos, que básicamente marcan el tránsito de la democracia moderna a la democracia contemporánea, fueron asumidos por el ordenamiento constitucional como derechos sociales. Los protagonistas de esa transformación fueron los grupos interiores, los sindicatos, los partidos políticos, las fuerzas sociales, que modificaron en los hechos el sistema político. Obligaron a sustituir el sufragio censitario, calificado y desigual por el sufragio secreto, universal e igual. A permitir la participación del cuerpo electoral en la toma de decisiones gubernamentales mediante formas semidirectas, como el referéndum. A reconocer a los partidos políticos como base para la intermediación y el acceso al poder. A sustituir la concepción tradicional del mandato libre por formas muy próximas al mandato imperativo. A la gravitación del pluralismo social sobre el universo político.

5. El deber de responsabilidad se relaciona con el tema de la educación para el gobierno democrático. Los grandes fines referidos a que el hombre adquiera y asuma su propia personalidad y avance en el proceso de humanización acrecen en trascendencia si facilitan el adelanto político, económico y social de la comunidad. La organización democrática necesita la formación de un espíritu igualitario, que afirme un sistema de valores y de creencias basadas en la libertad, la justicia, la conciencia de los derechos y deberes y la participación en la vida política y económica. Una educación intensiva y extensiva apta para la vida democrática. En este sentido, la democracia es una empresa comunitaria de carácter esencialmente ético que se nutre de la libre determinación individual. Excluye todo intento de domesticación del pensamiento humano y legítima como propio del sistema al disenso y a la crítica.

En su cristalización como forma de vida, su estructura de poder abierto, permisiva del pluralismo político, se asienta sobre las actitudes, la conducta, el comportamiento democrático. En ellas reside una de las claves de su posibilidad de vencer y sobrevivir a sus enemigos. El totalitarismo, el autoritarismo, el mesianismo, la demofobia. Esta última, tanto más peligrosa cuanto que se basa en el hecho cierto de que al gobierno siempre lo ejercen pocos, reniega y se burla de todo. Intento por potenciar la conciencia política del pueblo, al que estiman el objeto y no el sujeto de la política, afirmando que la mayoría, masivamente, no se interesa por las cuestiones ni los asuntos públicos, justificando la ilegitimidad de gobiernos minoritarios sin consenso activo.

Si los pueblos no se hubieran equivocado sobre el mérito de sus gobiernos, otra sería la dirección de la historia humana.

En el ámbito normativo, la idoneidad debe asegurarse estableciendo la revocación de mandatos. La democracia no es el manejo de la mayoría a favor de la minoría, ni el imperio de la cantidad sobre la calidad, ni el gobierno de

(*) Este texto fue originalmente publicado en: FAYT, CARLOS S., *El sistema político democrático: Presupuestos jurídicos*, ED, 81-849 (1979). Hoy vuelve a publicarse en el periódico de esta misma editorial en el marco de la columna "Doctrinas de siempre".

los peores elegidos por el mayor número. Es función de la educación preparar hombres responsables, capaces de pensar y obrar racional y voluntariamente. La sociedad democrática es una sociedad igualitaria formulada por hombres libres. La revocación de mandatos, en sustitución del juicio político o como mecanismo de alternativa, es un medio eficaz para perfeccionar la vida política. Los partidos políticos se verán obligados a respetar el principio de idoneidad ante la posibilidad de su requerimiento por la parte del cuerpo electoral.

6. El carácter social de la democracia contemporánea se manifiesta en la consagración constitucional de los derechos sociales. Sobre la base del reconocimiento de que los hombres que sufren necesidades no son libres, y que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad económica, se completaron los principios políticos incorporados a las constituciones modernas con nuevos derechos que en realidad traducen requerimientos que la sociedad y, en definitiva, el Poder deben satisfacer. Su fuerza operativa los convierte en auténticas demandas que obligan a los gobernantes, y a la sociedad, a asegurarles condiciones de vida y de trabajo a todos que le permitan a cada individuo conservar el respeto de sí mismo y contribuir con sus energías al mejoramiento social.

Estas nuevas formas jurídicas presuponen un ordenamiento democrático de la economía, de la industria y de las relaciones sociales, y un proceso de democratización en el ejercicio y control del poder político, con el establecimiento de instituciones que den cauce a la opinión pública y a la voluntad popular. Instituciones que aseguren al pueblo contra el desapoderamiento o el despojo de su poder por los órganos de ejecución y deliberación, las exigencias de las masas o los poderes de hecho. Las claves se encuentran en la correspondencia entre el poder legal y la coexistencia de las libertades individuales con la actividad estatal.

La democracia contemporánea debe dar respuesta positiva a todos los campos provocados en la estructura social por la sociedad industrial, convirtiendo en eficiente y dinámico al aparato gubernamental. Las acciones defensivas de retaguardia, el hostigamiento de los grupos sociales, los partidos políticos, los sindicatos, los grupos de presión, todo cuanto constituyó la debilidad de la de-

mocracia tradicional, obliga a concebir como necesario un poder con el máximo de capacidad decisoria.

La ampliación funcional del poder político hace indispensable el reacondicionamiento o la creación de mecanismos institucionales que faciliten la actividad estatal. La democracia no puede darse el lujo de tener un poder lento, débil e ineficiente para tomar decisiones y responder a la aceleración histórica. Necesita una alta capacidad de decisión, un elevado coeficiente de saber especializado y plena competencia para generar respuestas frente a los requerimientos sociales.

7. El hecho histórico del advenimiento de la democracia social debe ser asumido en plenitud por la ciencia política y constitucional y plasmarse en normas jurídicas que brinden la concreción normativa a los nuevos fines del Estado. Sobre el principio de que el gobierno del pueblo no se reduce ni se agota al gobierno de los mejores, debe establecer los medios instrumentales para que el mayor número participe en los actos constitucionales, legislativos y administrativos mediante el referéndum, en sus diversas formas, y la iniciativa popular, facilitando el ejercicio directo cuanto menos en competencias secundarias, descentralizadas. Hemos dicho que los poderes de hecho, los sindicatos, los grupos de presión inciden en las funciones que el Poder debe cumplir, multiplicando su actividad y competencia en el área social y económica, en la medida que se multiplican y se hacen imperativas sus demandas sociales. Que esta expansión del Poder, para sobrevivir la democracia, debe corresponderse con una expansión igual o mayor de la participación popular. Que esto exige que el poder decisorio sea centralizado en la cúspide y esté descentralizado en la base, con amplia participación popular en funciones y competencias secundarias. Y que la conjunción entre autoridad y participación asegurará la legitimidad del sistema y de la estructura de poder.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - ESTADO NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DEMOCRACIA - ORDEN PÚBLICO - PARTIDOS POLÍTICOS - SEGURIDAD SOCIAL - DERECHO POLÍTICO - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONGRESO NACIONAL - PODER JUDICIAL

La implementación del derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes en Argentina. Consideraciones sobre la carta del juez formoseño desde el punto de vista del derecho internacional(*)

por **SOFÍA MARÍA PARRA SENFET**(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL CASO. – III. LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA POR EL JUEZ ARGENTINO. – IV. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONFORME EL DERECHO INTERNACIONAL. – V. REFLEXIONES FINALES.

I. Introducción

El 6 de septiembre de 2021, se publicó una noticia que trascendió los tribunales, y que fue difundida en diversos medios periodísticos y redes sociales, debido a la novedad que la distinguía más allá de informar una resolución judicial. El juez titular del Juzgado de Instrucción y Correccional N° 6 de Formosa⁽¹⁾, Guillermo Caballero, dictó el

procesamiento con prisión preventiva a un hombre de 23 años, acusado de haber abusado sexualmente a los hijos de su pareja, un niño de 9 años y una niña de 8. Para así resolver, tomó en cuenta, entre otras pruebas, la declara-

258-1060; *Acceso a la justicia de las personas con capacidad restringida*, por MARÍA ZÚNIGA BASSET, ED, 282-950; ¿El principio de inocencia contra el interés superior del niño?, por SERGIO WALTER CAVA, ED, 282; *La voz del niño en el proceso*, por GUADALUPE SOLÁ HESSLING, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 92; *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*, por JOSEFINA ONATE MUÑOZ, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 99; “*En mi juzgado, logramos ese acceso a la justicia de las personas vulnerables mediante la aplicación de las Cien Reglas de Brasilia*”. Nélica Mariana Wallace (jueza en niñez, adolescencia y violencia familiar y de género, Córdoba), Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 100. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Este trabajo fue realizado bajo la dirección de la profesora María del Rosario de la Fuente en el marco de las actividades de investigación de su cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho, UCA.

(**) Abogada (UCA, 2016). Especialista en Derecho de Familia (UCA, 2021). Adscripta a Derecho Internacional Público en la cátedra de la profesora de la Fuente, Facultad de Derecho, UCA.

(1) Causa penal del Juzgado de Instrucción y Correccional N° 6 de la provincia de Formosa, auto de procesamiento con prisión preventiva N° 20, Expediente N° 1.388/21, “F. F. s/ abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo”, sentencia del 2-9-2021.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO*: *El acceso a la justicia como derecho constitucional y los aportes del actual derecho procesal*, por AMALIA FERNÁNDEZ BALBIS, ED, 256-869; *Tutela judicial de los más vulnerables: una sentencia ejemplar*, por MARÍA LUZ RODRÍGUEZ TRAVERSA, ED, 259-505; *Visitas y relaciones conflictivas: Régimen de visitas cuando media sospecha de abuso sexual*, por URSULA C. BASSET, EDFA, 7/-21; *Lineamientos forenses para la evaluación de niños, niñas y adolescentes en denuncias por presunto abuso sexual. Especificidad forense. Protocolos. Cuestiones éticas*, por VIRGINIA BERLINERBLAU, EDFA, 20/-8; *Consideraciones a tener en cuenta en el relato testimonial de los/as niños y niñas presuntas víctimas de delitos sexuales*, por MARÍA CECILIA LÓPEZ, EDFA, 43/-21; *Acerca del abuso sexual infantil*, por SILVINA BENTIVEGNA, ED,

ción de los niños víctimas en la cámara Gesell. Luego de dictar sentencia, el magistrado les envió una carta a los hermanos para explicarles la resolución, como así también, agradecerles por “haber confiado” en él y para contarles lo ocurrido.

Este trabajo tiene como objeto analizar esa misiva a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, a fin de que sirva como ejemplo en la praxis judicial. Para ello se abordarán las cuestiones conforme al siguiente esquema: el caso (II); la implementación del derecho de acceso a la justicia por el juez argentino (III); el derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes conforme el derecho internacional (IV); reflexiones finales (V).

II. El caso

El caso tomó estado público a través de crónicas de prensa en medios de comunicación de todo el país, que relataron cómo un juez de la provincia de Formosa, al dictar el procesamiento con prisión preventiva a un hombre de 23 años, acusado de haber abusado sexualmente de los hijos menores de edad de su pareja, envió una carta a los niños para explicarles la decisión judicial, agradecerles por haber confiado en él y contarles lo ocurrido⁽²⁾. El magistrado Guillermo Caballero, que actualmente es titular del Juzgado de Instrucción y Correccional N° 6 de Formosa, para así resolver, tuvo en consideración, entre otras pruebas, la declaración de los niños víctimas en cámara Gesell.

Así las cosas, en el punto 4 de la resolución, el juez Caballero consignó una nota de lectura fácil dirigida a las víctimas del abuso, en la que les explicó con un lenguaje simple y adaptado a sus edades lo que había resuelto tras la investigación de los hechos:

“Resolución de fácil lectura:

Hola L. y V., soy Guillermo Caballero, el juez, y quiero que sepan que las autoridades de todo el mundo estamos para cuidarlos y protegerlos, ¿se acuerdan [de] que nos hablaste frente a la licenciada lo que te hizo ...? Pues yo les creo todo lo que nos dijeron, son muy valientes por atreverse a contarnos lo que pasó. Porque eso que les hizo ... está mal y que sabemos que los lastimó y por eso, él tiene que responder, entonces para que él ya no vuelva a lastimarlos a ustedes ni a nadie más, él va a tener que estar detenido por algún tiempo más, mientras tú y tu hermana sigan creciendo y haciendo la vida con sus amigos y familiares, van a seguir yendo a la escuela y escuchando las charlas de las psicólogas que los han apoyado. Hoy que es 2 septiembre de 2021, quiero darte las gracias por confiar en mí y contarme todo. Juez Guillermo”.

Al preguntarle los periodistas sobre la razón por la cual tomó la decisión de comunicarles de esta forma, el magistrado respondió: *“Muchas veces, desde la Justicia escribimos para el sector de los abogados, por eso me pareció escribirles [a las víctimas] y explicarles [la resolución] lo más sencillo posible”,* ya que *“esto es algo que nos marca toda la vida (...) El nene sobre todo estaba muy preocupado por saber si el juez lo escuchaba [durante la Cámara Gesell] (...) Tuvieron mucha valentía en contar lo que les pasó y la intención era hacerles saber esto, que alguien les cree (...). Estamos avanzando en un cambio de paradigma, con una nueva metodología que tiene “la vista puesta en la víctima”. (...) A los chicos hay que apoyarlos y tratar de que puedan retomar ese camino de la inocencia que han perdido. (...) Ojalá que no tengamos que seguir escribiendo estas cartas porque estos delitos no se puedan cometer más”⁽³⁾.*

(2) Fuente: Infobae. Disponible en: <https://www.infobae.com/sociedad/2021/09/06/tienen-8-y-9-anos-denunciaron-a-su-padrastro-por-abusos-reiterados-y-el-juez-les-agradecio-en-una-carta-su-valentia/>.

(3) Fuente: <https://www.pagina12.com.ar/366616-un-juez-de-formosa-escribio-una-carta-para-una-nina-y-un-nin>. También publicado en: <https://www.minutouno.com/sociedad/formosa/un-juez-les-escribio-una-carta-dos-ninos-que-fueron-abusados-su-padrastro-n5269982>; <https://www.a24.com/politicas/un-juez-les-escribio-una-carta-dos-ninos-victimas-abuso-creo-todo-lo-que-dijeron-n859997>; <https://750.am/2021/09/07/la-emoiva-carta-que-escribio-un-juez-de-formosa-a-un-nino-y-una-nina-abusados-por-su-padrastro/>; <https://www.filo.news/genero/Formosa-Un-juez-escribio-una-conmovedora-carta-a-dos-ninos-abusados-por-su-padrastro-20210907-0030.html>; <https://www.infobae.com/sociedad/2021/09/06/tienen-8-y-9-anos-denunciaron-a-su-padrastro-por-abusos-reiterados-y-el-juez-les-agradecio-en-una-carta-su-valentia/>; <https://www.noticiasformosa.com.ar/2021/09/03/conmovedora-carta-de-un-juez-a-ninos-abusados-por-el-padrastro/>; <https://viapais.com.ar/formosa/un-juez-de-formosa-le-escribio-una-carta-a-dos-hermanitos-que-fueron-violados-por-su-padrastro-y-emociono-a-todos/>; https://www.clarin.com/sociedad/conmovedora-carta-juez-nenes-victimas-abuso-sexual-valientes-contarlo_0_H6l6fBnPW.html; <http://tiempojudicial.com/2021/09/07/lenguaje-claro-y-emocion-en-la-carta-de-un-juez-a-dos-ninos-que-sufrieron-abusos/>; <https://telefenoticias.telefe.com/actualidad/la-carta-del-juez-a-dos-hermanitos-violados-mas-de-40-veces-por-su-padrastro/>; <https://tn.com.ar/politicas/2021/09/07/la-emoiva-carta-de-un-juez-a-dos-hermanitos-que-fueron-violados-mas-de-40-veces-por-su-padrastro-son-muy-valientes-al-contarlo/>; <https://m1afm.cienradios.com/son-muy-valientes-la-desgarradora-carta-de-un-juez-a-dos-hermanitos-violados-mas-de-40-veces-por-su-padrastro/>; <https://www.xn-lamaanaonline-lkb.com.ar/noticia/54170/un-juez-escribi-una-carta-a-un-nio-y-una-nia-para-contarles-que-el-hombre-que-abus-de-ellos-queda-detenido/>; <https://www.24horas.cl/internacional/juez-escrib-emoiva-carta-para-dos-hermanos-abusados-por-su-padrastro-quiero-dartelas-gracias-por-confiar-en-mi-y-contarme-todo-4958946>; <https://www.cronica.com.ar/politicas/Un-juez-le-escribio-una-carta-a-dos-nenes-para-contarles-que-habia-procesado-a-su-abusador-20210904-0005.html>; https://www.reporte24.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=287225:la-conmovedora-carta-de-un-juez-a-dos-nenes-victimas-de-abuso-sexual-son-muy-valientes-al-contarlo&catid=74&Itemid=145; <https://diarioprimeralineacom.ar/la-carta-del-juez-a-dos-hermanitos-violados-mas-de-40-veces-por-su-padrastro/>; <https://www.diariouno.com.ar/politicas/un-juez-les-escribio-una-carta-a-dos-ninos-victimas-abuso-n860235>; <https://www.adnsur.com.ar/politicas-judiciales/un-juez-escribio-una-carta-para-dos-hermanos-violados-mas-de-40-veces-por-su-padrastro-a6137748616dcba04c6b8c875> (último acceso 17-03-2022).

III. La implementación del derecho de acceso a la justicia por el juez argentino

La multiplicidad de intervenciones y de entrevistas, los diagnósticos presentados en forma abierta y sin reserva, el acceso al expediente de multitud de funcionarios administrativos, en mera relación contractual transitoria con el Estado, las comunicaciones innecesarias a las escuelas, la difusión pública de fotografías sin orden judicial, entre otras prácticas judiciales habituales⁽⁴⁾, pueden menoscabar el derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes (NNA). Por ello, este caso configura un ejemplo de auténtica práctica que garantiza ese derecho dentro del sistema judicial argentino, en tanto, como se analizará a continuación, el accionar del magistrado garantizó en todo momento el derecho de acceso a la justicia de los niños en el proceso en el cual fueron parte en calidad de víctimas, aplicando los actuales estándares internacionales sobre esta materia.

En primer lugar, el juez respetó el derecho a ser oído regulado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽⁵⁾ que establece las garantías judiciales en los artículos 8 y 25⁽⁶⁾. En este caso, resulta de particular relevancia el artículo 8.1.: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.*

Asimismo, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño⁽⁷⁾ (CDN) garantiza a los niños el derecho a ser oídos mediante el dispositivo de cámara Gesell. Una interpretación dinámica del derecho a ser oído ha llevado a consolidar una postura jurisprudencial por la cual los NNA víctimas pueden constituirse por su propio derecho como parte querellante en los procesos donde se investigan los delitos de los que fueron víctimas, priorizando la defensa de sus intereses ante la justicia. La doctrina es uniforme al destacar que el derecho de ser oído no implica solo ser formalmente escuchado, sino también el derecho a tener conocimiento del proceso y de cada uno de

(4) Enumeración introducida por Atilio Álvarez en su trabajo “La defensa de niñas y niños víctimas de violencia intrafamiliar a la luz de las Cien Reglas de Brasilia”, Cuaderno Jurídico Familia, Buenos Aires: El Derecho N° 20, 2011, p. 6.

(5) Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso 14-11-2021).

(6) El artículo 25 establece: “(1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (2) Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

(7) Convención sobre los Derechos del Niño, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf (último acceso el 28-11-18).

sus actos y etapas, como así también poder ofrecer prueba de cargo y estar presente como acusador privado en las audiencias⁽⁸⁾.

El juez no solo los “oyó”, sino que les “creyó” sus testimonios/declaraciones y, por tanto, consideró así sus declaraciones al momento de resolver el caso, conforme lo establecido en el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁽⁹⁾, que obliga a los Estados a informarles sus derechos, prestarles asistencia, considerar sus opiniones, proteger su intimidad e identidad, velar por su seguridad y evitar toda demora innecesaria en los trámites judiciales. También ese instrumento internacional requiere que el personal que intervenga esté debidamente formado en la problemática que trata el caso⁽¹⁰⁾.

El juez tuvo especial consideración en poner el foco en las víctimas conforme lo dispuesto en las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁽¹¹⁾. Conforme la regla de Brasilia 12, les otorgó protección particular por tratarse de un caso de violencia intrafamiliar. Esta regla exhorta la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria), así como también procura que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de administración de justicia (victimización secundaria). Se aspira a garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquellas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que darán testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito.

También aplicó las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos⁽¹²⁾, al detectar la preocupación del niño “por saber si el juez lo escuchaba” en la cámara Gesell, así como al haberlos felicitado por su valentía para contar lo ocurrido, actitudes que denotan un tacto y sensibilidad que responde a las necesidades, deseos y sentimientos personales de los NNA. Con relación al tratamiento que el sistema de administración de justicia debe dar a los NNA víctimas de delitos, esas directrices establecen:

1) Los niños deben ser tratados con tacto y sensibilidad, “*tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral*”⁽¹³⁾. Este trato debe res-

ponder a sus “*propias necesidades, deseos y sentimientos personales*”⁽¹⁴⁾.

2) La injerencia en la vida privada del niño deberá limitarse al mínimo necesario, así como su aparición en público.

3) A fin de evitar mayores sufrimientos, “*las entrevistas, exámenes y demás tipos de investigación deberán ser realizados por profesionales capacitados que actúen con tacto, respeto y rigor*”⁽¹⁵⁾. El empleo de la cámara Gesell u otros dispositivos similares debe ser realizado por las personas especializadas en el tratamiento de NNA que deben ser las mismas durante todo el proceso, y que, a su vez, el acto procesal –sea entrevista, examen, toma de declaración– sea considerado como una prueba irreproducible, evitándose de ese modo la reiteración de la declaración, y la consecuente revictimización. Durante tal acto, el juez continúa controlando el proceso de interrogatorio mediante esos dispositivos sin que la participación de personas especializadas en el tratamiento de NNA vulnere la garantía del juez natural.

4) Los NNA y sus padres, tutores o representantes deben ser informados debidamente y con prontitud sobre la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, los procedimientos aplicables y sus pasos más importantes, los derechos de los NNA, los mecanismos para revisar las decisiones, la disposición de medidas de protección y los mecanismos de apoyo. Más aún, se les debe dar información sobre la evolución de la causa y las oportunidades para obtener la reparación.

5) Finalmente, la investigación debe desarrollarse de manera expedita.

La carta enviada a los niños se corresponde con el deber de información que dispone la regla de Brasilia 55, en tanto cumplió la finalidad de transmitir el mensaje a los destinatarios, de acuerdo a las circunstancias determinantes de la condición de vulnerabilidad de los niños.

Los términos de la misiva también evidencian la aplicación de la regla de Brasilia 78, en cuanto a la participación de NNA en los actos judiciales, teniendo en cuenta su edad y desarrollo integral, y asegurándose que las palabras empleadas fueran de fácil comprensión y evitaran formalismos innecesarios.

Con relación al ejercicio de la función judicial y la conducta del juez, la carta reforzó el valor de independencia incorporado en los Principios de Bangalore⁽¹⁶⁾: “*Un juez exhibirá y promoverá altos estándares de conducta judicial, con el fin de reforzar la confianza del público en la judicatura, que es fundamental para mantener la independencia judicial*”⁽¹⁷⁾.

Reconocer que los niños como partes en el juicio tienen derecho a estar debidamente informados acerca de la naturaleza y la finalidad de los procedimientos, así como contar con la asistencia en todas las fases del proceso, garantizaron en forma eficaz sus derechos de acceso a la justicia.

IV. El derecho de acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes conforme el derecho internacional

El derecho internacional de los derechos humanos protege el derecho de acceso a la justicia de los NNA a través de varias fuentes. Tratados tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, resultan vinculantes para los Estados Parte.

Otras fuentes son las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, los cuales son clasificados como *soft law*, fuentes no vinculantes. Sin embargo, estos principios y declaraciones integran el *corpus iuris* de los derechos humanos, conformado por numerosos instrumentos jurídicos internaciona-

(8) La CDN establece otros mecanismos de protección especial de los derechos de los niños contra el abuso físico, mental y sexual y los malos tratos. A su vez, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales impone la obligación general de los Estados Parte de tomar medidas “*hasta el máximo de los recursos de que dispongan*” (artículo 4). La protección de tales derechos conlleva una serie de conductas activas por parte de las autoridades de los Estados.

(9) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opscrcr.aspx> (último acceso 14-11-2021).

(10) Otras medidas más generales son: desarrollar programas de educación e información, publicitar las medidas de protección y prevención de estos delitos, con el objeto de sensibilizar al público en general. Asimismo, se establece que los NNA víctimas deben contar con toda la asistencia apropiada para garantizar su derecho a la salud y contar con procedimientos adecuados para obtener una reparación por los daños sufridos. Véase Protocolo facultativo, artículo 9.

(11) Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 4-6 de marzo de 2008), se refieren, por un lado, a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, y por el otro, al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial, así como a quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

(12) Las Directrices sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos de delitos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución 2005/20 de fecha 22/07/05 e incluidas como Anexo III. Disponible en: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf (último acceso, 14-11-2021).

(13) Ibídem 12, V. Derecho a un trato digno y comprensivo 10, p. 56.

(14) Ibídem 12, V. Derecho a un trato digno y comprensivo 11, p. 56.

(15) Ibídem 12, V. Derecho a un trato digno y comprensivo 13, p. 56.

(16) E/CN.4/2003/65, anexo “Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial”, disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/bangalore_s.pdf (último acceso 17-11-2021).

(17) Ibídem 14, p. 46.

les. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al contenido de reglas y directrices como descriptivas de los deberes estatales⁽¹⁸⁾.

V. Reflexiones finales

“Hacer justicia” requiere la defensa efectiva de los derechos de las personas e impone que el Estado asegure el acceso a la justicia a la persona titular de tales derechos en forma efectiva para obtener la correspondiente tutela.

(18) Corte IDH, opinión consultiva 16/99, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 1 de octubre de 1999, párrafo 115. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf (último acceso 17-03-2022). Y Corte IDH, caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 194: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf (último acceso 17-03-2022).

Las personas en situaciones de vulnerabilidad encuentran obstáculos mayores para el ejercicio de sus derechos. Por ello, son necesarias políticas públicas con el objeto de vencer, eliminar o mitigar tales limitaciones. El propio sistema de justicia puede contribuir de forma preponderante a la reducción de las desigualdades de las personas en condiciones de vulnerabilidad, en particular los NNA.

La misiva del juez formoseño demuestra la existencia, en nuestro país, de un avance en el reconocimiento del acceso a la justicia de NNA. Resulta necesario que otros operadores judiciales “repliquen” estos actos y que los mismos sean receptados en los códigos de forma aplicando los estándares internacionales en la materia.

VOCES: DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DELITO -JUECES - ACCESO A LA JUSTICIA - PODER JUDICIAL - POLÍTICAS PÚBLICAS - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO PENAL - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL - VIOLACIÓN - MENORES - PROCESO PENAL - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHO INTERNACIONAL

Caducidad de Instancia:

Declaración de oficio: transcurso del plazo; comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación; ley 25.344; efectos; curso de la caducidad; alegación de trámites no interruptivos. **Recurso de Reposición o Revocatoria:** Rechazo: supuestos de admisión.

- 1 – *El cumplimiento de la carga de efectuar la comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación en los términos de la ley 25.344 con posterioridad a haber sido decretada la caducidad de la instancia resulta un argumento inatendible a los fines de dejar sin efecto lo decidido; luciendo tal decisión ajustada a derecho y acorde a las circunstancias del proceso al tiempo de su dictado.*
- 2 – *Corresponde rechazar el recurso de revocatoria deducido una vez decretada la caducidad de la instancia, si la recurrente se limitó a sostener la aptitud impulsoria del proceso de actuaciones, tales como el pago de la tasa de justicia y del bono de derecho fijo previsto en el artículo 51, inciso d), de la ley 23.187, si ambos trámites no tienen la aptitud de interrumpir el curso de la caducidad.*
- 3 – *Además de los casos legalmente establecidos por el art. 238 del CPCCN la procedencia del recurso de reposición o revocatoria solo ha sido admitida para el supuesto en que se hubiesen vulnerado formas sustanciales del juicio que pudiesen afectar el derecho de defensa o se tratara de enmendar algún error de hecho. M.A.R.*

61.090 – CNCont.-adm. Fed., sala II, febrero 4-2022.– Banco Itaú Argentina S.A. c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo s/defensa del consumidor - ley 24.240 - art. 45.

Buenos Aires, 4 de febrero de 2022

Autos, Vistas estas actuaciones 7563/2021 caratuladas “Banco Itaú Argentina SA c/EN - M° Desarrollo Productivo (EX 20273405/21) s/Defensa del Consumidor - Ley 24.240 - Art. 45”,

Considerando: I. Por resolución del 30/12/2021, esta Sala declaró de oficio la caducidad de la instancia respecto del recurso directo interpuesto por Banco Itaú Argentina SA (conf. artículos 310, inciso 1º, y 316, ambos del CPCCN), con costas (conf. artículo 68 del CPCCN) y reguló los honorarios correspondientes a la letrada apoderada actuante en defensa del Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Productivo.

Para así decidir, en cuanto aquí interesa, se destacó que desde el dictado de la providencia del 21/5/2021, notificada por cédula electrónica al Banco Itaú Argentina SA el 3/6/2021, había transcurrido el término previsto en el artículo 310, inciso 1º, del CPCCN, rector en la especie, sin que la recurrente hubiera dado cumplimiento a la carga allí impuesta de efectuar la comunicación a la Pro-

curación del Tesoro de la Nación en los términos de los artículos 8º de la ley 25.344 y 12 (Anexo 3º) del decreto 1116/2000, ni llevara a cabo acto alguno a los fines de impulsar el trámite de la causa.

Asimismo, se resaltó que:

- el auto por medio de la cual se impuso la carga incumplida, se encontraba firme y consentido;
- por la providencia bajo referencia se hizo saber a las partes que en la presente causa se aplicarían las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y – en particular– en orden a la caducidad de la instancia, por tratarse de un recurso directo, que el caso sería evaluado conforme las previsiones del artículo 310, inciso 1º, del código de rito bajo referencia; y
- y los trámites relativos al pago del bono de derecho fijo previsto en el artículo 51, inciso d), de la ley 23.187, así como de la tasa de justicia, no tienen la aptitud de interrumpir el curso de la caducidad.

II. Disconforme con lo resuelto, el 3/2/2022, Banco Itaú Argentina SA interpuso recurso de revocatoria. Sostuvo que el Tribunal yerra en su análisis en tanto omitió considerar que había dado cumplimiento con lo dispuesto por la providencia del 21/5/2021, ello en tanto había acreditado el pago de la tasa de justicia y el bono profesional previsto en el artículo 51, inciso d), de la ley 23.187; siendo tales actos una cabal muestra del interés en el desarrollo del proceso judicial.

Recordó el alcance restrictivo que debía darse al instituto de la caducidad de instancia. Afirmó que lo decidido atentaba contra su derecho de defensa.

Luego, consideró que, descontando las dos semanas de feria judicial de invierno correspondientes al año 2021, los seis meses de caducidad del artículo 310, inciso primero, del CPCCN, recién habrían operado el 20/12/2021, siendo el impulso de su parte –concerniente al pago de la tasa de justicia y del bono de derecho fijo– del 21/12/2021; lo que impedía a esta Sala de resolver del modo en que lo hizo.

Finalmente, a todo evento, manifestó haber enviado el formulario previsto en el artículo 8º de la ley 25.344, acompañando al escrito bajo referencia una impresión de pantalla del sistema correspondiente, que daría cuenta de ello.

Por todo lo expuesto, Banco Itaú Argentina SA solicitó que se dejara sin efecto la resolución dictada el 30/12/2021 y, en consecuencia, se prosiguiera con el trámite de la causa.

III. En primer término, recuérdese que el recurso de reposición o revocatoria procede únicamente contra las providencias simples –causen o no gravamen irreparable– a fin de que el juez o tribunal que las haya dictado las revoque por contrario imperio (conf. artículo 238 del CPCCN). En particular, téngase presente que las sentencias y resoluciones de la Cámara son, por regla, insusceptibles de reposición, remedio sólo autorizado en esta instancia para las providencias simples (conf. arg. artículos 160, 238 y 273, todos del CPCCN y esta Sala, en autos 55.207/2019 “Han, Yiwei c/EN M° de Interior O P y V s/recurso directo

DNM”, resol. del 6/7/2020; y sus citas). Asimismo, cabe mencionar que aparte de los casos legalmente establecidos por el código de rito, la procedencia de la revocatoria sólo ha sido admitida para el supuesto en que se hubiesen vulnerado formas sustanciales del juicio que pudiesen afectar el derecho de defensa o se tratara de enmendar algún error de hecho (conf. esta Sala, en autos 57/2019 “*Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/Estado Nacional*”, resol. del 3/12/2019 y su cita).

IV. Por aplicación al caso de estos lineamientos, cuadra señalar que del examen de lo actuado no se advierte la existencia de error alguno en la resolución del 30/12/2021 que amerite acceder a la pretensión esbozada y, consecuentemente, revocar lo decidido.

Es que, según se puso de manifiesto por el pronunciamiento atacado, mediante la providencia del 21/5/2021 se impuso a la apelante la carga de efectuar la comunicación a la PTN establecida en el artículo 8° de la ley 25.344 y en el artículo 12 del decreto 1116/2000, debiendo acreditar dicha circunstancia en el expediente; y, asimismo, se hizo saber a las partes que en la presente causa se aplicarían las disposiciones del CPCCN y –en particular– en orden a la caducidad de la instancia, que el caso sería evaluado conforme las previsiones del artículo 310, inciso 1°, del código de rito bajo referencia.

La quejosa, que no cuestionó en esa oportunidad la normativa indicada ni impugnó la carga impuesta en los términos de la ley 25.344 (lo que también fue resaltado por la resolución atacada), no materializó dicha comunicación en el plazo indicado, pese a haber sido fehacientemente anoticiada de ello, ni efectuó acto impulsorio alguno del proceso durante dicho lapso.

Tampoco dio razones que justificaran tal incumplimiento; limitándose, por vía de revocatoria y una vez decretada la caducidad de la instancia, a sostener la aptitud impulsoria del proceso de actuaciones tales como el pago de la tasa de justicia y del bono de derecho fijo previsto en el artículo 51, inciso d), de la ley 23.187, cuestión que encuentra respuesta suficiente en la propia resolución atacada, y a efectuar consideraciones en torno al cómputo del plazo de perención con asiento en tal circunstancia, que quedan desvirtuadas por lo antes dicho.

V. A ello, cuadra agregar que el cumplimiento de la carga de efectuar la comunicación a la PTN en los términos de la ley 25.344 con posterioridad a haber sido decretada la caducidad de la instancia (tal el caso de autos, en tanto, según surge de la impresión de pantalla glosada a la revocatoria bajo estudio, la recurrente habría cursado tal notificación el 2/1/2022), resulta un argumento inatendible a los fines de dejar sin efecto lo decidido; luciendo tal decisión ajustada a derecho y acorde a las circunstancias del proceso al tiempo de su dictado.

Lo dicho da cuenta de que el argumento recursivo propuesto carece de entidad suficiente para revocar la decisión adoptada, habida cuenta de que, al tiempo de su dictado, la recurrente no había cumplido con la carga impuesta (que, por cierto, no se limitaba a llevar a cabo la comunicación a la PTN, debiendo –además– dar cuenta de ello en estos actuados); única actividad procesal idónea tendiente a impulsar el proceso (conf., en igual sentido, esta Sala, *in rebus* 38.802/2014 “*Ovando, Rubén y otro c/EN - PJN - Consejo de la Magistratura s/daños y perjuicios*”, resol. del 2/5/2017; y 60.054/2017 “*Gerenciamiento Hospitalario SA c/SEDRONAR s/Registro Nacional de Recursos Químicos - Ley 26.045 - Art. 16*”, resol. del 18/10/2018).

VI. Así las cosas, y a falta de otro argumento con aptitud suficiente para desvirtuar lo decidido, corresponde desestimar el recurso de revocatoria intentado por Banco Itaú Argentina SA, tendiente a que se deje sin efecto la resolución por medio de la cual esta Sala declaró de oficio la caducidad de instancia respecto del recurso directo ante esta Cámara que presentara.

Por lo expuesto, el Tribunal *resuelve*: desestimar, con costas (conf. artículo 68, primera parte, del CPCCN), la revocatoria intentada por Banco Itaú Argentina SA contra la resolución dictada por esta Sala el 30/12/2021. Regístrese, notifíquese y estese a la devolución ordenada. – José L. López Castiñeira. – Luis M. Márquez. – María C. Caputi.

Derechos del Consumidor:

Compra de pasajes aéreos: contrato; frustración; proveedor turístico; responsabilidad; daño moral; resarcimiento; procedencia. **Daño Punitivo:** Admisibilidad: justificación; factor de atribución.

1 – *En tanto que, contrariamente a cuanto ocurre con las contrataciones electrónicas en las que el consumidor es quien unilateralmente “carga” la totalidad de los datos necesarios para concretar la compra de pasajes aéreos motivo de autos, esos datos fueron “entregados” a la agencia de viajes demandada y fue esta quien procedió a su carga, lo cual le impuso la asunción de una conducta activa y no la de un mero receptor de la información o data enter, cabe concluir que la responsabilidad de la cancelación de las reservas por un error en los nombres de los pasajeros debe ser endilgada a la accionada. Máxime considerando que la conducta del proveedor turístico en materia contractual no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un estándar de responsabilidad agravada, acorde a su carácter profesional.*

2 – *Dado que se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la LDC específicamente, omisión de información, trato indigno, mera inclusión de cláusulas abusivas, etc., las cuales solo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico, cabe concluir que, en el caso, la indemnización de ese rubro resulta procedente, pues el derrotero de reclamos en el cual se vio inmersa la actora a fin de conseguir la emisión de los pasajes aéreos abonados en los términos y condiciones en que habían sido comprometidos por la demandada, lo cual nunca ocurrió, frustrando su expectativa de disfrutar de unas vacaciones grupales, son elementos que resultan suficientes para tener por acreditado el menoscabo moral reclamado.*

3 – *Si bien es cierto que el daño punitivo solo procede en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva, no lo es menos que, en rigor, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis de la LDC, sino también a la luz del art. 8 bis de la misma ley que refiere al trato digno hacia el consumidor. Es que la lesión al interés de este último puede surgir, en los hechos, no solo por el contenido de una cláusula contractual o por el modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables (del voto de la doctora TEVEZ).*

4 – *Los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la LDC, si bien tienen naturaleza sancionatoria, su finalidad es eminentemente preventiva, por lo cual, la aplicación de este instituto debe ser de carácter excepcional y debe obedecer más a la gravedad del comportamiento observado por el proveedor que al eventual beneficio que pudo haber obtenido de su incumplimiento, sin perjuicio de que este último elemento también deba valorarse al momento de fijar la sanción (del voto del doctor LUCHELLI).*

5 – *Aun cuando, en el sub lite, no ha quedado acreditado que la agencia de viajes demandada accionada haya obrado con la finalidad de financiarse a expensas del daño al consumidor ni que se hayan causado daños extraordinarios, cabe igualmente hacer lugar a la aplicación de una sanción en concepto de daño punitivo, pues en el caso presente resultó directamente vulnerado el deber de trato digno (art. 8 bis de la LDC) que derivó de una actuación ciertamente deliberada que evidencia la manifiesta indiferencia por los derechos del consumidor. En efecto, si se estimara en abstracto que la multa civil solo procede en aquellos supuestos en los que los fabricantes o proveedores se prevalecen a sabiendas de conductas dañosas procurando obtener ganancias, especulando con la posibilidad de lucrar a expensas de los consumidores que no formulen reclamos, se estaría introduciendo una limitación que no tiene base legal y que en poco contribuiría a sanear las distorsiones en las relaciones de consumo (del voto del doctor BARREIRO). R.C.*

En Buenos Aires a los 17 días del mes de noviembre de dos mil veintiuno, reunidos los Señores Jueces de Cámara fueron traídos para conocer los autos “L. R. B. M. C/ ASATEJ S.R.L. S/ ORDINARIO” EXPTE. N° CCF 003383/2015; en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctora Tevez, Doctor Barreiro y Doctor Lucchelli.

Se deja constancia que las referencias de las fechas de las actuaciones y las fojas de cada una de ellas son las que surgen de los registros digitales del expediente.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 763 y ss.?

La Sra. Juez de Cámara Dra. *Alejandra N. Tevez* dice:

I. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

a. A fs. 793 fue incorporada la digitalización de la demanda promovida por R. B. M. L. contra Asatej S.R.L., a fin de obtener el cobro de la suma de \$ 197.503,46, con más intereses, depreciación monetaria y costas. Solicitó, además, la citación como tercero de Delta Airlines en los términos del CP. 94.

Relató que el 20/08/2014 contrató con la demandada un round trip Buenos Aires-Cancún-Buenos Aires para siete pasajeros, ella incluida. Ello se efectivizó mediante la factura B INVOICE 178427 por la suma de \$ 46.503,47 la cual abonó de contado.

Refirió que esos pasajeros serían N. S., M. M. S. L., L. N. M., M. V. S. M., J. R. S. M. y M. P. S. M. y que el viaje tenía previsto su inicio en el vuelo desde Ezeiza el 19/01/2015 a las 21:10 hs. y su finalización el día 30/01/2015 a las 7:55 hs. en el mismo aeropuerto.

Explicó que al día siguiente de manera sorpresiva e injustificada, la demandada remitió un mail al correo electrónico de una de las pasajeras con asunto “vuelos no emitidos” comunicando que la reserva no había sido emitida. Argumentó que los nombres informados no eran correctos y que la aerolínea no le había permitido emitir los pasajes.

Sostuvo que la factura dejó instrumentado un verdadero contrato con la demandada, no siendo una mera reserva; y que lo que en realidad ocurrió fue una sobre venta de packs turísticos y que la línea aérea no le mantuvo la tarifa.

Dijo que el 22/08/2014 recibió un nuevo correo electrónico que informaba que la compañía aérea no garantizaba la tarifa publicada en sistema y que no pudieron mantenerse los cupos ni confirmarlos en esa clase.

Afirmó que en virtud de ello, el 25/08/2014 se remitió una carta documento (n° 464694589) a la accionada. Dijo que recién fue contestada el 05/09/2014 (n° 5001129451) y que, a su vez, mereciera la respuesta del 15/09/2014 (n° 50535798) y la contestación del 17/09/2014 (490442756). Transcribió los textos de las epistolares.

De seguido se refirió a la atribución de responsabilidad de la accionada por su intermediación y su condición de organizadora. Dijo que es responsable por haberle vendido el paquete turístico a sabiendas o, al menos, con dolo eventual, acerca de la imposibilidad de ser utilizado de modo adecuado, ajustado a lo convenido y eficazmente.

Fundó su pedido de citación de Delta Airlines como tercero obligado.

Explicó los alcances de los rubros reclamados. Se refirió al monto resultante de abonar el costo por un paquete turístico de iguales o similares características en la actualidad, importe que estimó en la suma de \$ 97.503,46 supeditado a su determinación mediante la prueba pericial.

Solicitó la imposición de daño punitivo por \$ 50.000 y reparación por daño moral por igual valor.

Fundó en derecho su reclamo y ofreció prueba.

b. El 12/11/2015 fue incorporada la contestación de demanda de Asatej S.R.L. (hoy “Almundo.com S.R.L.”), quien opuso al progreso de la acción excepción de falta de legitimación pasiva.

Contestó demanda formulando una negativa genérica y luego pormenorizada de los hechos expuestos por la actora y desconoció la documentación que acompañara.

Reconoció su intermediación en la reserva de los pasajes aéreos, mas afirmó que la actora cometió un error al momento de indicar los nombres de dos de los siete pasajeros e intenta responsabilizarla del yerro cometido por ella misma.

Sostuvo que al momento de efectuarse la reserva se atiende a lo informado por el interesado, quien debe poner empeño en que lo informado a la agencia de viajes sea real. Así porque de emitirse los boletos con errores no se puede abordar el avión y se pierden los billetes, dadas las características de la tarifa ofrecida.

Dijo que fue L. M. quien concurrió a la sucursal Unicenter y solicitó la modificación de los nombres que había informado erróneamente y quien efectuó la gestión de pago y solicitó la factura a nombre de la actora.

Explicó que quien la atendió logró realizar los cambios solicitados y obtener una suerte de “reserva”, sin que se encontrara confirmada ni que se le emitiera ticket alguno.

Agregó que, una vez solicitada a la aerolínea la emisión de los tickets a la misma tarifa, ésta no lo autorizó por haber sido modificada la reserva cuando la tarifa no lo permitía.

Señaló que como consecuencia de ello, se le comunicó inmediatamente que Delta Airlines no había autorizado la emisión de los tickets debido a los cambios de nombre en las reservas, razón por lo cual los montos abonados se encontraban a su disposición para ser retirados.

Afirmó que la existencia del error de la accionante no se encuentra controvertida por lo que mal puede invocarse que fue su parte quien incumplió con su deber de realizar correctamente la función de intermediación.

De seguido explicó su rol de intermediaria, los alcances de su actuación y su responsabilidad. Citó jurisprudencia y enfatizó sobre la improcedencia de la aplicación del convenio de Bruselas para dirimir la controversia.

Resistió la procedencia de los rubros reclamados. Subrayó la improcedencia del daño emergente, identificado por la actora como reintegro de gastos, por haber puesto a su disposición el monto abonado oportunamente en concepto de reserva.

Negó la procedencia del daño moral reclamado, respecto del cual se manifestó ajeno, y solicitó la desestimación de la multa civil pretendida a la que catalogó como improcedente, arbitraria e irrazonable. Citó jurisprudencia.

Impugnó la liquidación de la accionante, ofreció prueba y fundó en derecho.

c. A fs. 794 Delta Air Lines Inc. contestó la citación. Allí formuló una negativa pormenorizada de los hechos y dijo tener registro del código localizador Z8UILZ de una reserva generada por Asatej el 20 de agosto de 2014 a las 20:57 hs.

Identificó a los pasajeros contenidos en esa reserva y el modo en que sus nombres habían sido cargos y el itinerario del mismo.

Explicó que ese día a las 21:21 hs., 24 minutos después de haberse efectuado la reserva original, los nombres de los pasajeros fueron cambiados del modo que detalló bajo la clasificación “nombres eliminados” y “nombres agregados”.

Agregó que a las 21:55 hs., 39 minutos luego de la modificación y 58 minutos luego de la reserva original, se volvieron a cambiar los nombres según indicó.

Manifestó que, de acuerdo a la reserva efectuada por la agencia, ésta caducaba el 29 de diciembre de 2015 y que según sus registros ningún ticket fue emitido hasta esa fecha; razón por la cual, automáticamente la reserva quedó sin efecto, lo que dijo encontrarse literalmente plasmado en la misma.

Razonó entonces que jamás existió un contrato de transporte con su parte por lo que ninguna responsabilidad tiene frente a la actora.

Afirmó que siempre garantiza a los agentes de viajes que podrán emitir los billetes de pasajes, en los mismos términos y condiciones que figuran en la reserva en tanto y en cuanto aquella se encuentre vigente, lo que en el caso no sucedió.

De seguido se refirió al transporte aéreo internacional, la inaplicabilidad del Convenio de Bruselas y de la Ley 24.240 art. 63.

En relación a los daños y perjuicios reclamados adujo que en ningún punto se indica cuál es el daño que se le imputa a su parte, encontrándose en consecuencia ausente uno de los supuestos de la responsabilidad civil.

Impugnó cada uno de los rubros reclamados solicitando su desestimación.

Ofreció prueba y fundó en derecho.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia a fs. 763 y ss.

Rechazó las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva planteadas por Almundo.com S.R.L. (antes Asatej) e hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a la última a abonar a la actora la suma de \$ 76.503,47 con más sus intereses y costas.

Desestimó la acción respecto de la tercera citada Delta Air Lines Inc. (sucursal Argentina), con costas a la parte actora y demandada, en idénticas proporciones.

Para así decidir, el magistrado inicialmente estimó que resultaba aplicable en la materia la Ley Nacional de Agentes de viajes (n° 18829) y que el vínculo debía ser considerado como un contrato de consumo.

Seguidamente, consideró que la agencia de viajes asume una obligación de resultado que consiste en la concreción del viaje contratado y no puede, por ende, eximirse de su incumplimiento aduciendo que actuó como una mera intermediaria.

Asimismo, juzgó que la demandada no pudo acreditar las razones que le atribuyó a la actora como causal de frustración del contrato, tanto en su autoría como en sus consecuencias.

Razonó corroborada la existencia de un error en el nombre de dos de los siete pasajeros, mas adujo que no existían elementos probatorios para atribuir tales yerros a la actora.

En otro orden, entendió que, a diferencia de lo sostenido por la accionada en torno a los efectos del mentado error y posterior modificación de los nombres de esos pasajeros, aquello no resultó causal de cancelación de la reserva, sino que, contrariamente, lo fue la ausencia de emisión de los tickets de modo previo al plazo de caducidad.

Estimó en consecuencia, configurada la responsabilidad de la demandada cuyo obrar denotó, cuanto menos, descuidado y negligente.

Admitió la pretensión relativa al monto oportunamente abonado, aunque limitándolo al importe de \$ 46.503,47 al cual le reconoció intereses desde el 21/08/2014 a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos, sin capitalizar.

Desestimó la aplicación de daño punitivo y estimó el daño moral por el importe de \$ 30.000 con más intereses desde el 30/05/2015.

Finalmente impuso las costas a la demandada vencida.

III. LOS RECURSOS

Apeló la actora en fs. 767 y la demandada en fs. 769. Sus recursos fueron concedidos libremente a fs. 768 y fs. 770, respectivamente.

Los fundamentos de la actora corren a fs. 798/805 y fueron contestados por la demandada a fs. 807/815. Los fundamentos de la demandada corren a fs. 819/825 y fueron contestados por la actora a fs. 827/828 y por la tercera citada Delta Airlines el 12/07/2021.

La Sra. Fiscal General ante esta Cámara emitió su dictamen el 02/08/2021.

A fs. 841 se llamaron autos para dictar sentencia y a fs. 842 se practicó el sorteo previsto en el CPr. 268.

IV. LOS AGRAVIOS

Las quejas de la actora refieren a que: a) su reclamo no se limitó a los pasajes sino que debe reconocerse el paquete turístico (*round trip*) contratado con los alcances previstos en la LDC. 10 bis y el principio de reparación plena; b) debe imponerse daño punitivo; c) la suma reconocida por daño moral debe elevarse y d) las costas por la citación de Delta Airlines deben ser soportadas íntegramente por la accionada.

Los agravios de la demandada transcurren por los siguientes carriles: i) no se valoró adecuadamente que el yerro en los dos nombres de los pasajeros obedeció a la incorrecta información suministrada por la actora, ii) la tercera citada tuvo un interés directo en el pleito amén de lo previsto por la LDC. 40, y iii) ante la ausencia de prueba no debió reconocerse el daño moral.

V. LA SOLUCIÓN

a. Aclaraciones preliminares

Diré liminarmente que no atenderé todos los planteos recursivos sino sólo aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (conf. CSJN, “Altamirano, Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 13/11/86; íd., “Soñes, Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas”, del 12/02/87; íd., “Pons, María y otro” del 06.10.87; íd., “Stancato, Carmelo”, del 15/09/89; y Fallos, 221: 37; 222: 186; 226: 474; 228: 279;

233: 47; 234: 250; 243: 563; 247: 202; 310: 1162; entre otros).

Así porque los magistrados no están obligados a seguir a las partes en cada una de las argumentaciones, ni a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones (CSJN, Fallos: 272: 225; 274: 113; 276: 132; 200: 320; esta Sala, mi voto, *in re*, “Bocci Jorge Humberto c/ Inmobiliaria Prisa S.A. s/ ordinario” del 10/10/19, entre muchos otros).

b. La responsabilidad relativa a la frustración del contrato

No resultó objeto de agravio que: a) la actora adquirió a través de la demandada siete pasajes aéreos bajo el régimen de tarifa denominado “Economy restricted”, b) existieron errores en dos de los nombres de esos siete pasajeros y c) como consecuencia de ello, los tickets no fueron emitidos provocando de tal modo la frustración del contrato.

La controversia radica en la génesis de esos yerros. La accionada insiste en que no se valoró adecuadamente la incorrecta información suministrada por la actora, circunstancia que lo dispensa de cualquier responsabilidad derivada de la frustración del contrato.

Sabido es que la prueba es indispensable y su importancia es fundamental, pues sustrae el derecho del arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza (conf. CNCom., Sala B, *in re* “Roldán, Ángela R. c/ Savaso, Gabriel H s/ sumario”, del 26.04.93).

Por ello, en principio, y dejando a salvo los casos en los que la ley expresamente previene la inversión del *onus probandi*, quien alega un hecho debe demostrar su existencia, de acuerdo con el principio contenido en el CPr. 377.

Sin embargo, resulta preciso señalar que las partes deben asumir en el juicio la carga de colaboración activa concerniente a la prueba que ha de instruirse; sin que ello implique, claro está, desvirtuar la ya mencionada carga que pesa sobre el demandante.

De esa manera, las modernas tendencias probatorias han aceptado, como línea de principio, que ambas partes deben contribuir a conformar el plexo probatorio, llegándose a sostener que el *favor probationis* o la “Teoría de las cargas dinámicas” se inclina –más allá de toda presunción– por poner la carga de la acreditación sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo.

Recuérdese que el sentenciante puede optar por aquellas pruebas que merezcan mayor certidumbre en concordancia con las demás obrantes en la causa, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado (Sala C, *in re*: “Belloni Omar Marcelo c. Mazza Turismo-Mazza Hnos. S.A.C.” del 27.05.02; *in re*: “Abaceta Héctor Luis c. Tonel Antonio A.”, del 18.06.96).

Además, en el ámbito del proceso de consumo –como aquí se trata– las cuestiones relativas a la carga probatoria tienen notas particulares, adquiriendo impronta propia los aspectos protectorios que relativizan principios asentados en el derecho procesal (cfr. Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, “Aspectos Procesales en la Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley on line, del 14.06.10).

Tal conclusión es conteste con la modificación introducida por la Ley 26.361 al artículo 53 de la LDC, que refleja en el proceso judicial el deber de información del proveedor. De ello se colige que todo procedimiento en el que se encuentre en juego una relación de consumo importa la vigencia en materia probatoria de las “cargas dinámicas”, principio que es llevado en estos casos a su máxima expresión (cfr. Junyent Bas, Francisco y Del Cerro, Candelaria, art. cit.; Bernstein, Horacio “El deber de información y la carga de la prueba en las infracciones a la ley de defensa del consumidor”; La Ley 2004-B, 100) (v. mi voto en “Playa Palace S.A. C/ Peñañoza, Leandro S/ ordinario s/ Incidente de Ejecución de Sentencia”, del 5/10/10).

Sentado el marco de apreciación, decisivo resulta puntualizar que la accionada no acompañó elementos indiciarios que conduzcan a considerar, siquiera de modo hipotético y dada la forma en que se concretó la contratación, que el yerro en la carga de datos fue atribuible a la accionante.

En efecto.

Insiste la recurrente en que el error en la carga de los nombres de los pasajeros fue producto de la información brindada por la accionante y que ello fue “corroborado con diferentes elementos de prueba”.

Ahora bien.

Esos elementos de prueba que invoca resultan ser una mera referencia vacía de sustento ya que no precisa ni cuáles ni en qué modo convalidarían su situación. Deviene entonces en una mera posición dogmática sin ninguna convalidación con las constancias de la causa.

En definitiva, la defendida adopta una posición procesal pasiva limitada a la mera negación sin traer al juicio constancias que conduzcan a concluir sobre la inexistencia del incumplimiento endilgado.

Por otro lado, –y esto es muy importante– no puedo dejar de referirme al argumento esgrimido por el recurrente en torno a los alcances de los datos personales provistos por la consumidora contratante.

Es que el modo en que la contratación se llevó a cabo, constituye una circunstancia que a mi entender derrumba la posición sostenida por la accionada.

Me explico.

No es motivo de controversia que la contratación se llevó a cabo de modo presencial en la sucursal por ese entonces existente en el establecimiento de compras denominado “Unicenter”.

Es decir que una persona humana dependiente de la accionada atendió a la actora personalmente, le requirió información y, seguramente, le brindó asesoramiento relativo a los términos y alcances en que la contratación se desarrollaría.

Así pues, y contrariamente a cuanto ocurre con las contrataciones electrónicas (respecto de las cuales tuve oportunidad de pronunciarme antes de ahora –v. g. “Hanuch María Silvana c/ Almundo.com S.R.L. s/ sumarísimo” del 20/02/2020–) en que el consumidor es quien unilateralmente “carga” la totalidad de los datos necesarios para concretar la operación; aquí esos datos fueron “entregados” a la demandada y fue esta quien procedió a su carga. Insisto en que estos resultan hechos incontrovertidos.

Esta suerte de “concurencia temporal” en el suministro y carga de datos –y aquí lo trascendente de la cuestión– imponía a la demandada la asunción de una conducta activa y no la de un mero receptor de la información o *data enter*.

Véase que la propia accionada en su expresión de agravios reconoce que “La agencia de viajes es un intermediario que carga las reservas en el sistema”.

En tal escenario fáctico, debió cuanto menos requerir aquellos elementos imprescindibles para asegurarse de que los datos fueran “cargados” adecuadamente (v. g. los pasaportes de los pasajeros, fotocopias o fotos de los mismos, etc.). Ello así, ya que tal como lo afirmara, si el nombre no coincide con el del billete de viaje, el pasajero en cuestión jamás habría podido abordar el vuelo con ese pasaje.

Esa mínima diligencia por parte del proveedor, imprescindible para una correcta ejecución de la contratación, no fue invocada y muchos menos probada. Es que –tal como referí– aquél se limitó a asumir una posición pasiva endilgando todas las responsabilidades por el error a la consumidora.

En efecto, la conducta del proveedor turístico en materia contractual no puede apreciarse con los parámetros aplicables a un neófito, sino que debe ajustarse a un “standard” de responsabilidad agravada, acorde a su carácter profesional. Por otro lado, el consumidor descuenta esa profesionalidad.

La confianza, como principio de contenido ético, impone a los operadores un inexcusable deber de honrar las expectativas; su quiebre, contraviene los fundamentos de toda organización jurídica y torna inseguro el tráfico (conf. Rezzónico, Juan Carlos, “Principios fundamentales de los contratos”, pág. 376, Ed. Astrea, Bs. As., 1999).

Debo sumar a lo expuesto, un hecho relevante que no fue objeto de agravio por la recurrente.

Me refiero a que la cancelación de la reserva obedeció al hecho de que la accionada “no generó tickets antes del 29/12/2014, fecha en que caducaba la reserva”. Esta circunstancia se desprendía de la inimpugnada prueba pericial informática, y fue ello lo que obstó a la obtención de los pasajes.

Lo expuesto sella la suerte adversa del planteo recursivo y permite tener por comprobada la responsabilidad endilgada a la accionada.

c. La responsabilidad de la tercera citada Delta Airlines

Se agravio la demandada de que el primer sentencian- te no considerara que es la aerolínea quien dispone las condiciones de la tarifa aérea que los pasajeros adquieren

y que la obligación de indicar correctamente el nombre es una exigencia de aquella y fue cumplida por su parte. Asimismo, refirió que resultaba aplicable al caso el art. 40 de la LDC.

Recuerdo que el primer sentenciante consideró en relación a la citada que “no se advierte de los elementos probatorios y demás constancias aportadas a la causa, que le resulte achacable el incumplimiento contractual que, a la postre, solo resultó ser de autoría de la accionada”.

La ausencia de cuestionamiento sobre los extremos en virtud de los cuales el *a quo* juzgó la ausencia de responsabilidad endilgable a la citada conlleva que tales cuestiones revistan el carácter de cosa juzgada.

Cabe recordar que ello hace que se mantenga inmutable para el futuro como garantía de seguridad jurídica; impidiéndose la discusión, alteración, modificación del “factum” sometido a proceso (*Di Pietro, Andrés, A; Gringau, Mario y Girón Mariana*, “La revisión de la cosa juzgada”, en Ponencia CNSMLA CD, p. 3, citado por esta Sala el 20.10.14 en los autos “Cadena País Producciones Publicitarias SA s/ Concurso Preventivo s/ Incidente de revisión por (Vargas Lerena Álvaro)” y el 11.10.18 en los autos “Cresta, Alberto Jorge c/ Samsung Electronics Argentina S.A. y otro s/ ordinario”).

En palabras del Máximo Tribunal, “la cosa juzgada busca amparar, más que el texto formal del fallo, la solución real prevista por el juzgador” (Fallos: 297:383; 298:673; 308:1150; 311:1458; 319:2527; 328:3299, “Patronato de la Infancia c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ usucapción”, del 24.9.13 y “Sánchez de Oesterheld, Elsa Sara y otros c/ Ediciones Record S.A. s/ nulidad de marca”, sentencia del 10.7.18).

Debo concluir, entonces, que al no haber el recurrente esbozado mínimamente una crítica concreta, ni menos razonada, sobre aquel punto dirimente y central, aparece incumplido el recaudo establecido por el art. 265 del Cpr (conf. esta Sala, “Espasa S.A c/ Gómez Blanca Adela y otro s/ ordinario” COM 2401/2009 y su acumulado “Gómez Blanca Adela y otro c/ Espasa S.A. y otro”, COM 26112/09, del 3.3.2016, “Lambrechts Eduardo Enrique Contra Galeno Argentina S.A. Sobre Ordinario”, Com 2845/2011, del 22.3.2016 y “Sellei Pablo Enrique c/ Forrest Car SA y otro s/ ordinario” COM 4081/2012, del 11.6.2019).

Recuérdese, en esa directriz, que la expresión de agravios es un acto de petición destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial. Esta crítica debe ser concreta y razonada. Crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; mientras que razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, ya que debe tratarse de un razonamiento coherente a la sentencia que se impugna (Fenocchietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado”, T. I, págs. 834/39, Astrea, Bs. As. 1985).

En efecto, el contenido u objeto de la impugnación lo constituye la crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución; sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho. Crítica concreta y razonada, que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implique el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (Fenocchietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Concordado”, T. I, págs. 836/37, Astrea, Bs. As. 1985).

Sobre tales bases, como anticipé, el recurso articulado por la accionada exhibe ausencia total de la estructura exigida por el CPr. 265 sobre los fundamentos del fallo referidos a la responsabilidad atribuida a la citada y ello impone declarar su deserción en los términos del CPr. 266.

d. La extensión de la reparación

Se agravio la accionante de la extensión de la reparación decidida en el grado. Sostuvo al efecto que su reclamo no se limitó a los pasajes, sino que debe reconocerse el paquete turístico (*round trip*) que había sido contratado con los alcances previstos en la LDC. 10 bis y en función del principio de reparación plena.

Adelanto que la queja no resulta atendible. Seguidamente expondré las razones que me conducen a esta adelantada conclusión.

En su demanda, refirió la accionante haber contratado un “round trip” que describió como “paquete turístico

incluyendo vuelos, pasajes aéreos, hospedajes, estadías, traslados, excursiones, desayunos, comidas, etc. Buenos Aires-Cancún-Buenos Aires para siete pasajeros”, ella incluida.

No encuentro ningún elemento en la causa en sustento de lo alegado por la quejosa en torno a la aludida extensión de la contratación.

En efecto, la factura acompañada por la propia actora se imputa a los pasajes aéreos y a la tasa de administración (v. fs. 8), pero ninguna referencia surge en torno a aquellas otras contrataciones invocadas (v. g. hoteles, traslados, etc.).

Otro tanto ocurre con el intercambio de mails (v. fs. 13/14). En ellos solo se hace referencia a la cancelación de los “pasajes”, la devolución del dinero de “los pasajes” y la tarifa de “los pasajes”, mas ninguna mención existe relativa a la contratación de hoteles, traslados, etc. Lo mismo ocurre con el comprobante de entrega de reserva, el cual sólo alude a los billetes aéreos.

Tampoco surge otra cosa del intercambio epistolar, ya que si bien en la CD de fs. 16 la actora refiere al término “round trip”, luego da cuenta de la factura indicada precedentemente y de la emisión de los pasajes aéreos, pero nada dice en torno a los restantes ítems que ahora invoca como presuntamente contratados (v. fs. 16/20).

Los testimonios brindados en la causa tampoco abonan la posición sostenida por la recurrente.

En efecto, en su declaración testimonial L. M. –una de las pasajeras– al referirse sobre la operación explicó que *“Se encontraron en la oficina su hermana compró los pasajes para su familia, llegó la dicente con la misma persona que estaba atendiendo a su hermana y le vendió los siete pasajes. Pagaron el total de los pasajes y se fueron. No recuerda exactamente el tiempo de estadía. Aclara que no pudieron viajar porque Asatej se comunicó con la dicente que no se podía concretar el viaje de esas siete personas, no recordando exactamente el motivo pero era que el viaje tenía otro valor. La dicente se retiró con la impresión de los vuelos, al igual que su hermana y la factura, a la noche se pusieron a ver las butacas del vuelo y no pudieron viajar”* (v. fs. 277).

En igual sentido depuso el testigo G. N. C. (v. fs. 280) quien indicó que *“La mujer del dicente estaba en Unicenter y se enteró que había una oferta de unos vuelos a Cancún”*.

Y, coincidentemente, la testigo S. C. M. depuso que *“La dicente empieza con la operación de pasar los datos, en ese momento llega la pareja de la dicente, abonan el total de los cuatro pasajes, le empieza a llenar la dicente los datos a su hermana que ya había llegado, terminando la operación de los siete pasajes pagando el total y se retiran. Agrega que todos se fueron con facturas y el detalle del vuelo”* (v. fs. 308).

En definitiva, todos los testigos estuvieron contestes en cuanto a que la contratación tuvo por objeto únicamente los siete tickets aéreos sin formular ninguna referencia relativa a otros servicios.

Ello así propiciará la desestimación del planteo en examen.

e. Daño moral

e.1. Tanto actora como demandada expresaron agravios referidos al presente rubro indemnizatorio. Mientras la demandada se quejó de su concesión con sustento en la ausencia de pruebas que lo convalide, la actora se agravio del monto reconocido –que consideró insuficiente– y del *dies a quo* de los réditos –que consideró debía disponerse en el momento en que *“la demandada frustra la operación, de manera ilegítima y maliciosa”* el 21/08/2014–.

e.2. Tengo dicho en numerosos precedentes en supuestos de incumplimiento contractual, que el daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu, la paz, la tranquilidad, la privacidad.

Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mi voto *in re* “Oriti, Lorenzo Carlos c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ ordinario”, del 01/03/11).

Esa modificación disvaliosa del espíritu –como claramente se hubiera definido, v. Pizzaro, Daniel en “Reflexiones en torno al daño moral y su reparación”, JA del 17.09.86– no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor, porque pueden suceder, como resultas de la

interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, angustia, aflicciones, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio referido (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, t. V, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999, págs. 53/4).

Por otro lado, cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 CCiv. –actualmente CCCN. 1738), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana solo se afectan intereses pecuniarios.

En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral.

Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (v. mis votos en los autos “Miani Luis Fabio c/ Zurich Argentina Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 12/02/19 y “Marotta Germán Ricardo c/ LG Electronics S.A. s/ ordinario”, del 19/02/19, entre muchos, a los que me remito a fin de evitar alongar en demasía este voto).

El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de perjuicio en materia contractual tiende esencialmente a excluir las pretensiones insustanciales, basadas en las simples molestias que pueda ocasionar el incumplimiento del contrato (conf. esta Sala, “Vásquez Gabriel Fernando c/ Cti PCS S.A. s/ ordinario”, del 23/03/10, con cita a Borda, Guillermo A., “La reforma del 1968 al Código Civil”, Ed. Perrot, Bs. As., 1971, pág. 203).

Por otro lado, resulta de difícil o imposible producción la prueba directa de este daño al residir en lo más íntimo de la personalidad. De tal manera, su modo habitual de comprobación quedará ceñido a indicios y presunciones *hominis*.

Así, a partir de la acreditación por vía directa de un hecho, podrá inducirse indirectamente otro distinto, desconocido, a través de una valoración lógica del juzgador, basada en las reglas de la sana crítica (conf. Pizarro, Ramón Daniel, “Daño moral. Prevención. Reparación. Punicción”, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 626/8).

Bajo tales lineamientos, se aprecia a partir del suceder de los hechos el agravio moral de la actora.

En efecto.

Aparece palmario el derrotero de reclamos en el cual se vio inmersa a fin de conseguir la emisión de los pasajes abonados y en los términos y condiciones en que habían sido comprometidos por la demandada, lo cual nunca ocurrió; a lo cual debe sumársele la frustración de la expectativa de disfrutar de unas vacaciones grupales.

De allí que los elementos señalados resultan suficientes para tener por acreditado el menoscabo moral reclamado.

A lo anterior cabe agregar que la exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del derecho del consumidor dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso (conf. esta Sala F, en los autos “Bovina Giorgio Vanesa Paula c/ Peugeot Citroën Argentina SA y otros s/ ordinario”, del 29.11.16; *id.* “Yagi Adolfo c/ Guido Guidi S.A. y otro s/ sumarísimo”, del 15.5.18.)

Los autores han sostenido que “se puede sufrir un daño moral (afectación de los sentimientos) por causas contempladas en la LDC específicamente, omisión de información; trato indigno; mera inclusión de cláusulas abusivas, etc. y en segundo lugar, estas causas solo pueden constituir una afectación de los sentimientos, es decir, daño moral autónomo del derecho económico” (Gherzi, Carlos; “Las relaciones en el derecho del consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral”, LLC2013 (marzo), 133).

En definitiva, es indudable que las contingencias toleradas excedieron el concepto de mera molestia o incomodidad, para tornarse en una situación en la cual la actora vio frustrada su legítima expectativa.

Todas las circunstancias anteriormente apuntadas imponen la desestimación del agravio de la demandada y, paralelamente, justifican la queja de la actora. De allí que recepataré su queja y propiciará su elevación al monto pretendido en la demanda, ello es, a la suma de \$ 50.000.

e.3. En cuanto al *dies a quo* de los réditos, el primer sentenciante lo estableció a partir de su efectiva reclamación el 30/06/2015. De ello se agravio la accionante entendiendo que aquel debió establecerse en el día 21/08/2014 cuando “la demandada frustra la operación”.

Juzgo que le asiste razón. Ello por cuando considero que la configuración del menoscabo moral debe ubicarse en el momento mismo en que la operación fue frustrada.

Dicha data coincide con la establecida por el *a quo* en oportunidad de determinar la fecha de mora para el devengamiento de intereses relativos al monto oportunamente abonado y cuya devolución fuera ordenada. Me refiero al día 21/08/2014.

Consecuentemente, propiciaré la desestimación de los agravios de la accionada y la recepción de los de la actora con los alcances referidos precedentemente.

f. Daño punitivo

Se agravio la accionante de la desestimación de la imposición de una multa civil.

Cabe recordar que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361 –BO: 7.4.08– incorporó a nuestro derecho positivo la figura del “daño punitivo”.

Dispone la norma textualmente: “Al 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. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les 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”.

Tal como precisé en otras oportunidades (v. mis votos en autos “Dubourg Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 18/02/14; “Santarelli Héctor Luis y otro c/ Mapfre S.A. de Seguros s/ ordinario”, del 08/05/14; “García Guillermo Enrique c/ Bankboston N.A. y otros s/ sumarísimo”, del 24/09/15; y “Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario”, del 20/10/15), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. CCiv. 1083 –actualmente CCCN. 1740–).

Los daños punitivos son, según Pizarro, “sumas 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, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Pizarro, Ramón, “Daños punitivos”, en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, pág. 291/2).

En esa línea, todas o la mayoría de las definiciones de los daños punitivos incluyen los siguientes elementos: (i) suma de dinero otorgada a favor del damnificado por sobre el daño efectivamente sufrido; (ii) se los aplica con la finalidad de castigar al incumplidor y para disuadir al sancionado de continuar con esa conducta o conductas similares; (iii) también son aplicados con la finalidad de prevención general, es decir, para disuadir a otros proveedores que practiquen conductas análogas a la sancionada.

Concordantemente, enseñan Gómez Leo y Aicega que “los daños punitivos –traducción literal del inglés ‘punitive damages’– son las sumas 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 están destinados a punir hechos similares en el futuro” (Gómez Leo, Osvaldo R. y Aicega, María V., Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-III-1353 – SJA, 20/08/08).

De acuerdo con la norma antes transcripta, en nuestro derecho la concesión de daños punitivos presupone: (i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; (ii) la petición del damnificado; (iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; (iv) la concesión en beneficio del consumidor; y (v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240.

Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria

pero no suficiente para imponer la condena punitiva –ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menoscabo por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949–, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta “la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”.

De allí que para establecer no solo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor”, RDCO 2013-B-668). Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis”, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Falco, Guillermo, “Cuantificación del daño punitivo”, LL 23/11/2011, 1).

Establece aquella disposición que: “En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho”.

Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, ob. cit.).

Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica –y este dato es muy importante– de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., “Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa”, LL DJ 19/10/2011, 1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, “Actuaciones por daños”, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 332).

Como señalara la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, al sentenciar en la causa “Rueda, Daniela c/ Claro Amx Argentina S.A.”, “Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menoscabo grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva”.

Mas, en rigor, el análisis no debe concluir sólo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: “Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma...” (Ferrer, Germán Luis, “La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos”, Diario La Ley del 24/10/2011).

La previsión legal del art. 8 bis LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no sólo por el contenido de una cláusula contractual o del modo en que

ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprobables.

Refiere a garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona. De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del *iter* negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos, aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, “Trato “indigno” y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor”, del 26/04/16, La Ley 2016-C, 638).

Desde dicha perspectiva conceptual, adelanto que propiciaré la imposición de daño punitivo contra la accionada.

De los antecedentes colectados en la causa puede inferirse, con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 4, 5, 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia.

Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en esta Sala F, en autos “Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina SA s/ Sumarísimo”, del 10/05/12, en “Rojas Sáez Naxon Felipe c/ Banco Comafi SA s/ Ordinario”, del 19/8/14, y en “Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ La Meridional Cía. Arg. de Seguros SA s/ Ordinario”, del 15/12/16).

Tras estas consideraciones conceptuales juzgo, como anticipé, que resulta procedente la imposición a la demandada del daño punitivo, que propondré fijar en la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000). Este importe, por tratarse de una multa civil, resulta valuado al tiempo del dictado del presente pronunciamiento.

Por lo demás, aclaro que no procede la aplicación de intereses moratorios sobre el rubro en análisis, dado el carácter asignado en el desarrollo de este voto a la figura prevista por la LDC. 52 bis (conf., esta Sala, “Fernández, Silvina Gabriela c/ Renault Argentina S.A. y otros s/ ordinario”, del 01/11/18; íd., “Concetti, Marcelo Fabián c/ Banco Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario”, del 21/03/19).

Lo anterior, claro está, lo es sin perjuicio de los réditos que pudieran eventualmente devengarse en caso de no resultar abonada la multa dentro del plazo de 10 días (CPr. 163:7) de quedar firme la presente, los que en tal supuesto se calcularán a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, para sus operaciones de descuento de documentos a treinta días.

g. Las costas

Se agravio la actora de que le fueran impuestas proporcionalmente las costas relativas a la intervención de Delta Airlines.

Adelanto que la queja tendrá favorable acogida, ya que el análisis de la causa muestra a las claras la imposibilidad de apartarse de la solución que trae el CPr. 68.

Es que la condena en costas al vencido, constituye un resarcimiento que la ley conforme la prescripción contenida en el mentado artículo, reconoce al vencedor para sanear su patrimonio de los perjuicios que le ocasione el pleito. La misma debe ser entendida como reparación de los gastos razonables y justos, generados durante el devenir del proceso para accionar o para defenderse. Por ello, el vencimiento lleva consigo tal condena, principio éste resultante de la aplicación de una directriz axiológica de sustancia procesal, en cuya virtualidad debe impedirse que la necesidad de servirse del proceso se convierte en daño (CNCom., Sala B, 28.3.89, “San Sebastián c/ Lande, Aron”); es decir, es una institución determinada por el supremo interés que el derecho cuyo reconocimiento debe transitar por los carriles del proceso, salga incólume de la

discusión judicial (CNCom., esta Sala, *in re*, “Koldobsky Liliana Estela c/ Koldobsky Carlos David s/ ordinario”, del 11/10/2011, ídem, “Olmedo Héctor Daniel y otro c/ Vega María del Carmen s/ ordinario” 05/06/2018).

Así entonces, considero que los gastos causídicos del proceso, incluidos los relativos a la citación de Delta Airlines deben ser soportados íntegramente por la demandada vencida (CPr. 68).

VI. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos expresados precedentemente, si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: i) rechazar el recurso de la demandada, ii) admitir parcialmente el recurso de la actora y, en consecuencia, elevar el monto reconocido en concepto de daño moral a la suma de \$ 50.000, cuyos réditos se devengarán a partir del 21/08/2014 y hasta el efectivo pago, iii) imponer a la demandada una multa civil de \$ 50.000 en los términos y con los alcances establecidos en el considerando V.f., y iv) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por virtud del principio objetivo de la derrota (CPr. 68).

Así voto.

El Doctor *Rafael F. Barreiro* dice:

1. Comparto los fundamentos que inspiran la decisión que sugirió mi distinguida colega, la Dra. Tevez.

Sin embargo, entiendo necesario realizar algunas consideraciones en orden a la justificación de la procedencia del daño punitivo.

2. Con sujeción al criterio de interpretación que expresé en reiterados votos (“Bava Mónica Graciela y otras c/ ALRA SA y otro s/ ordinario” del 19.06.18; “Vega Gustavo Javier c/ MasterCard SA y Otros s/ ordinario” del 29.08.17; Feurer Eva y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ ordinario” del 22.08.17; “López Bausset Matías c/Automilenio S.A. y otro s/ ordinario” del 12.07.17; “López Hernán Javier c/ Forest Car SA y otros s/ sumarísimo” del 12.07.07; “Martínez Aranda Jorge Ramón c/ Plan Ovalo SA de Ahorro P/F Determinados y otro s/ ordinario del 27.04.17; “Robledo Brigo Adán c/ Fiat Auto Argentina SA y otros s/ ordinario del 14.02.17; “Berrio Gustavo Osvaldo y otro c/ Ña Meridional Compañía de Seguros SA s/ ordinario” del 15.12.16), cuyos esquemas expositivos no reiteraré aquí a los fines de evitar alongar en demasía este Acuerdo, que coinciden con el pensamiento que volqué en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F., *El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240*, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135), es corriente asignar a la multa civil, además del propósito punitivo, otras dos finalidades: reparatoria y preventiva.

3. El daño punitivo en nuestro derecho es una pena privada que consiste en determinar una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos, que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella –si los hubiera– y prevenir su reiteración en el futuro.

De esa noción se extraen los propósitos que cumple el dispositivo del art. 52 bis LDC:

(i) La punición. Que quien cause un daño debe ser sancionado –y compelido, en consecuencia, a repararlo– está fuera de toda discusión porque es un principio general del Derecho, en cualquiera de las disciplinas que regula y con independencia de quien lo provoque (art. 1716, CCyC). El fundamento reside en la transgresión de la ley o en incumplimientos contractuales graves. El factor de atribución es predominantemente subjetivo, pues el dañador debe actuar con dolo, culpa o desinterés por los intereses ajenos.

(ii) La reparación. Tiene como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (recogido ahora por el art. 1740 CCyC). Se agrega a cualquier otra indemnización que pudiera admitirse. Evidentemente está estrechamente vinculada con la finalidad sancionatoria.

(iii) La prevención y la disuasión. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad, además de vulnerar las pautas de actuación del art. 1710 CCyC.

La disuasión consiste en la amenaza de la aplicación de una sanción que puede tener el efecto de precaver la reiteración de conductas consideradas disvaliosas. Parece quedar fuera de toda duda que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada mientras que la prevención alude a un obrar futuro.

Aquella opera en relación a un proveedor determinado, mientras que la disuasión tiene alcances más generales. La mencionada consecuencia ejemplificante, que también se traduce en un factor de disuasión, opera para la generalidad y no sólo en relación al proveedor incumpliente. Por tal motivo, también, aprovecha al común de los consumidores porque tiene por efecto regular adecuadamente las relaciones de consumo.

4. La procedencia de la aplicación de la multa civil puede apreciarse diversamente.

4.1. Si se estima que la responsabilidad es objetiva se ha propuesto fundarla en: (i) la compensación de daños extraordinarios. Se ha dicho que mientras la indemnización del daño refiere a la reparación de los riesgos normales, la multa civil tiende a “compensar los daños extraordinarios, que surgirían del exceso del riesgo socialmente aceptable generado por la apetencia de aumentar los beneficios y considerándose a la actividad económica como intrínsecamente riesgosa” (LOVECE, Graciela Isabel, *Los daños punitivos en el derecho del consumidor*, publicado en La Ley ejemplar del 8/7/10, p. 3, pto. 6).

(ii) la “conducta socialmente intolerable”. La multa civil es admisible cuando se haya cumplido una actuación objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, *Actuaciones por daños*, Bs. As., Hammurabi, 2004, pág. 332).

4.2. Si se requiere un factor de atribución de responsabilidad, se la ha justificado en:

(i) la actuación intencional del proveedor. A ella se llega por vía de la remisión que el propio art. 52 bis efectúa al art. 47, en orden a la cuantificación de la multa civil, graduación que exige analizar la conducta concreta y la intención o culpa del proveedor.

Además, el art. 49 de la ley 24.240 dispone que en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

(ii) el financiamiento del proveedor a expensas del daño al consumidor. La finalidad de la multa civil es “la de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; puesto que ningún sistema preventivo ha de resultar eficaz, si el responsable puede retener un beneficio que supera al peso de la indemnización” (TRIGO REPRESAS, Félix A., *Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en la ley 26.361*, La Ley ejemplar del 26/11/06, p. 1).

(iii) la manifiesta indiferencia por los derechos del consumidor. El art. 1724 CCyC define el dolo como la intención de provocar un daño o cuando es causado con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

4.3. Si se estimara en abstracto que la multa civil sólo procede en aquellos supuestos en los que los fabricantes o proveedores se prevalecen a sabiendas de conductas dañosas procurando obtener ganancias, especulando con la posibilidad de lucrar a expensas de los consumidores que no formulen reclamos, se estaría introduciendo una limitación que no tiene base legal y que en poco contribuiría a sanear las distorsiones en las relaciones de consumo.

De esta manera corresponde analizar de forma integral las constancias de la causa y los hechos probados para imponer la multa civil.

4.4. La aplicación del daño punitivo puede basarse, además, en las disposiciones del art. 8 bis LDC.

Dicho precepto es una reglamentación de la amplia garantía del art. 42 CN, que exige dispensar a los consumidores un trato equitativo y digno. Las situaciones de inequidad e indignidad pueden justificar la aplicación de daños punitivos. Es palmario que la inobservancia del proveedor de estas pautas de conducta no puede sino provenir de un obrar intencional o, como mínimo, de una grave desaprensión en el cumplimiento de sus obligaciones. En la mirada de la cuestión que aquí se propone, este dispositivo no es una excepción confirmatoria de la regla de la objetividad que inspiraría la solución del mencionado art. 52 bis, sino que sobre la misma atribución subjetiva refuerza la defensa de los consumidores mediante el resorte de precaver situaciones vejatorias, expresamente reprimidas en el texto constitucional.

El trato indigno cuenta también con directa tutela constitucional (art. 42 CN) y en la codificación vigente en relación a las prácticas abusivas (art. 1097 CCyC). La referencia a los Tratados incorporados a la Constitución –ausente en la LDC– no provoca diferencia sensible, porque de todos modos deberán ser tenidos en cuenta por el juez.

5. En el caso, coincido con la distinguida Vocal preopinante en punto a que la conducta desplegada por la demandada merece ser castigada mediante la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis, LDC. Aunque disiento en el fundamento de su procedencia.

Para sostener esa argumentación diré que en el caso presente resultó directamente vulnerado el deber de trato digno (art. 8 bis LDC) que derivó de una actuación ciertamente deliberada que evidencia la manifiesta indiferencia por los derechos del consumidor. No encuentro acreditado en la causa que la agencia de viajes haya obrado con la finalidad de financiarse a expensas del daño al consumidor ni que se hayan causado daños extraordinarios.

De la misma manera, en base a los fundamentos expuestos en la sentencia apelada, estimo adecuada la cuantía fijada.

Así voto.

El Dr. *Lucchelli* dice:

Adhiero a la solución propiciada por mi distinguida colega, Dra. Alejandra Tevez en su fundado voto. No obstante ello, como he hecho en otros casos, dejo a salvo mi opinión respecto de que los daños punitivos previstos en el art. 52 bis de la LDC, si bien tienen naturaleza sancionatoria, su finalidad es eminentemente preventiva (cfr. Esta Sala, “Villanueva Maximiliano Alberto c/ Fiat Auto de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ ordinario” del 9/05/19).

En tal sentido y teniendo en cuenta lo expuesto, la aplicación de este instituto debe ser de carácter excepcional y debe obedecer más a la gravedad del comportamiento observado por el proveedor que al eventual beneficio económico que pudo haber obtenido de su incumplimiento, sin perjuicio de que este último elemento también deba valorarse al momento de fijar la sanción. Esta salvedad no altera en nada la decisión propuesta en el voto que abrió el acuerdo, al que, como adelantara, adhiero.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: i) rechazar el recurso de la demandada, ii) admitir parcialmente el recurso de la actora y, en consecuencia, elevar el monto reconocido en concepto de daño moral a la suma de \$ 50.000, cuyos réditos se devengarán a partir del 21/08/2014 y hasta el efectivo pago, iii) imponer a la demandada una multa civil de \$ 50.000 en los términos y con los alcances establecidos en el considerando V.f., y iv) imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida, por virtud del principio objetivo de la derrota (CPr. 68).

II. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. – *Alejandra N. Tevez*. – *Rafael F. Barreiro*. – *Ernesto Lucchelli* (Sec.: María Florencia Estevarena).