

### **Datos del Expediente**

**Carátula:** SPEKTOR VERONICA VIVIANA Y OTRO/A C/ RINCON CLUB DE LOS ANDES S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)

**Fecha inicio:** 14/09/2017

**N° de Receptoría:** MP - 7635 - 2016 **N° de Expediente:** 164125

**Estado:** Fuera de Letra - Para Devolver

### **REFERENCIAS**

**Sentencia - Folio:** 803

**Sentencia - Nro. de Registro:** 123

**17/07/2019 - SENTENCIA DEFINITIVA**

### **Texto del Proveído**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione desde aquí (sin incluir esta línea) -----

**REGISTRADA BAJO EL N° 123 (S) F° 803/822**

**EXPTE. N° 164125. Juzgado N° 3**

En la ciudad de Mar del Plata, a los 17 días de Julio de 2019, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**SPEKTOR VERONICA VIVIANA Y OTRO/A C/ RINCON CLUB DE LOS ANDES S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

### **CUESTIONES:**

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 467/479?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:**

1) Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar a la demanda promovida por los Sres. Roberto Oscar Meneses y Verónica Viviana Spektor contra Rincón de los Andes S.A., condenando a esta última a abonar a los primeros la suma de \$ 135.667, con mas intereses y costas. Asimismo aplica a la demandada una multa en concepto de daño punitivo que se eleva a \$ 200.000, y difiere la regulación de honorarios para el momento procesal propicio.

Para así decidir, entiende inicialmente que media una relación de consumo y que por ello le resultan aplicables las normas relativas al "consumidor".

Luego señala que si bien de la compulsión de la causa no se desprende la existencia de prueba directa sobre el estado de las instalaciones del establecimiento y la calidad de los servicios prestados durante la estancia de los accionantes, lo cierto es que para el análisis de la cuestión no debe descuidarse que estamos ante un supuesto en donde los extremos de hecho invocados por los consumidores son de muy difícil comprobación por parte de éstos, en tanto nos encontramos ante usuarios de servicios turísticos, que se prestaban en una localidad extraña para ellos, durante un período breve de estancia y en donde ha mediado una razonable imposibilidad de munirse de los elementos de prueba idóneos para hacerlos valer en un posterior reclamo formal.

En base a ello afirma que no se presenta como jurídicamente admisible hacer operar en contra de los consumidores la falta de prueba certera y directa sobre los alegados incumplimientos y, en contrapartida, sostiene que la demandada, por encontrarse en inmejorables condiciones técnicas, fácticas y jurídicas, se hallaba compelida legalmente a colaborar en el esclarecimiento de los hechos, aportando diligentemente toda la prueba, especialmente de descargo, pues encontrándose acreditada la contratación y los términos de la oferta a los consumidores, le correspondía demostrar que efectivamente cumplió con las condiciones bajo las cuales comercializó el servicio de alojamiento turístico prestado, de lo cual se desentendió completamente.

Destaca también que la demandada no solo no cumplió con ese deber de colaboración, sino que al responder la demanda, además de limitarse a negar los hechos narrados en la demanda sin brindar una versión clara ni explicar sobre el estado del inmueble y las características de los servicios cuyo inadecuada prestación se le endilgó, adujo que fueron los actores quienes actuaron en forma dañosa en contra de las instalaciones del complejo hotelero, sin ocuparse de producir prueba alguna al respecto.

Hace hincapié en el derecho a la información reglado por el art. 4 de la ley 24.240 y 42 de la Constitución Nacional, y a las consecuencias de la publicidad y anuncios efectuados, de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 8 y 19 de la ley citada.

Bajo tales premisas, considera acreditada la oferta y la contratación del alojamiento en el establecimiento hotelero de la accionada, así como la estancia de los actores durante el período indicado, y afirma que existen constancias de que estos últimos han formulado ante el proveedor una serie de reclamos, durante la ejecución de las prestaciones e inmediatamente concluidas (fs. 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51; pericia informática presentada en soporte electrónico el 06/07/2018 a las 09:21:23 p.m.; declaración confesional del representante de la demandada, fs. 382 y 447), y que ante la ausencia de toda colaboración en el esclarecimiento por parte de Rincón de los Andes, presume que los alegados incumplimientos efectivamente tuvieron lugar.

Es así que entiende configurado el incumplimiento de la oferta y del contrato por Rincón de los Andes S.A., en tanto como proveedor omitió demostrar la prestación de los servicios en los términos comprometidos, en base a lo cual lo responsabiliza frente a los reclamantes por las consecuencias y daños derivados de tal conducta.

Luego liquida los rubros resarcitorios reclamados, admitiendo la suma de \$ 65.117 en concepto de "restitución de los servicios turísticos contratados", la suma de \$ 550 por "anticipo para gastos abonado a la mediadora prejudicial", y la cantidad de \$ 70.000 en concepto de daño moral, importe a distribuirse en partes iguales entre los actores.

Por último, fija la suma de \$ 200.000 en concepto de multa por daño punitivo a favor de los actores, atendiendo la índole de las infracciones contractuales y legales cometidas, el monto económico comprometido en la misma y la conducta asumida con posterioridad a la falta, en particular el desinterés puesto de relieve frente al reclamo y la dilación provocada en su resolución.

II) Dicho pronunciamiento es apelado en fecha 21/2/2019 por el Dr. Guillermo Ernesto Vicente, quien a tal efecto invoca la franquicia prevista en el art. 48 del CPC por la parte actora, fundando su recurso en fecha 28/2/2019, con argumentos que merecieron respuesta de la contraria en fecha 14/3/2019.

Asimismo el decisorio es apelado en fecha 22/2/2019 por el Dr. George M. Rodriguez Consoli, en calidad de apoderado de la parte demandada, fundando su recurso en fecha 18/3/2019, con argumentos que merecieron respuesta de la contraria en fecha 25/3/2019.

III) Agravia a la parte actora la modalidad de estimación de la cuantía del daño punitivo y el monto asignado a dicha sanción.

En lo atinente al primer agravio, refiere que es evidente que la dificultad de establecer la modalidad de estimación del monto a condenar en concepto de daño punitivo torna necesario que el juzgador busque instrumentos que permitan objetivizar, en la mayor medida posible, su cálculo y así permitir que las partes conozcan cómo y con cuáles han sido los elementos tenidos en cuenta para arribar al importe que fijó y así fortalecer el ejercicio del derecho de defensa de ambos.

Indica en tal sentido que la utilización de una fórmula matemática para la cuantificación de esta multa se presenta como una opción superadora en gran medida de los inconvenientes que se presentan en la fijación prudencial y con fundamentos retóricos.

En función de los argumentos señalados, señala que una buena parte de las Alzadas provinciales han recurrido a la utilización de una fórmula matemática que permite establecer el monto del daño punitivo, elaborada por el reconocido jurista bahiense Matías Irigoyen Testa.

Detalla que la fórmula elaborada por dicho jurista tuvo recepción jurisprudencial por primera vez el 28/08/2014, por la Sala II de la Excma. Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, autos caratulados "*CASTELLI María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ nulidad del acto jurídico*", causa nro. 141.404, y agrega que la utilización de dicha fórmula fue CONVALIDADA en la misma causa por la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. en fallo de reciente data (Ac nro. 119.562 de fecha 17/10/2018).

Enuncia precedentes que han utilizado dicha fórmula, y luego se expide sobre los elementos que componen la fórmula en cuestión.

En lo que respecta al segundo agravio, aduce que utilizando la fórmula matemática desarrollada por Irigoyen Testa, varía sustancialmente el *quantum* de la sanción punitiva prevista por el art. 52 bis de la LDC, y afirma que dicha variación sustenta el agravio.

Detalla que la fórmula es la siguiente:  $D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$ , donde: 1) la variable "C" debe ser cuantificada en la suma de \$ 135.667, pues tal es el daño que ha sido determinado por el *a quo* en autos. Se condenó por daño patrimonial la suma de \$ 65.667, y por daño moral la suma de \$ 70.000; y 2) la variable "PC" refleja la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados, lo que depende de la probabilidad de que se presenten demandas judiciales por este tema.

De tal manera, afirma que si estimamos que el caso de autos - 2 semanas de vacaciones familiares frustradas por responsabilidad acreditada de la empresa prestadora del servicio de alojamiento - podría tratarse de un ejemplo de "microdaño", esto es, un conflicto de escasa cuantía, que en general no alentaría la promoción de acciones judiciales y genera una probabilidad baja de inicio de juicios, en relación a la cantidad de daños provocados, podría razonablemente sostenerse que 1 de cada 10 personas promoverían un proceso judicial en un caso como el de autos, es decir diez por ciento (10%).

Indica que finalmente, la variable "PD", que indica la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, podría razonablemente establecerse en el orden del sesenta por ciento (60%), dado que en el marco actual del desarrollo técnico-teórico del derecho de daños, y especialmente de los derivados de las relaciones de consumo, las posibilidades de condena por daño punitivo en supuestos semejantes al de autos van aumentando de manera lenta, a medida que la novedosa temática va adquiriendo recepción jurisprudencial.

En consecuencia, expone que el cálculo es el siguiente:  $D = \$ 135.667 \times \{(1-0,1) / (0,1 \times 0,60)\}$ ;  $D = \$ 135.667 \times (0,90) / (0,06)$   $D = \$ 135.667 \times 15$ ;  $D = \$ 2.035.005$ .

Así advierte que estableciendo variables objetivas, el resultado al que arriba para cuantificar el daño punitivo generado por parte de la empresa Rincón de los Andes S.A. es de \$ 2.035.005, y/o la suma en la que en más o en menos arroje para VV.SS. la utilización de la fórmula matemática referenciada.

Aduna que también existen otros argumentos que confirman la adecuación del monto mandado a pagar por el Sr. Magistrado de Grado en concepto de daño punitivo, y refiere que en primer lugar, la suma también se confirma con la valoración realizada en apartados anteriores respecto a los parámetros del art. 49 de la LDC para el caso de autos. Expone que se ha escrito que *"Al respecto de la cuantificación de la condena punitiva, el mismo artículo 49 establece pautas de graduación que aparecen en sintonía con los elementos identificados como necesarios para arribar a las sumas adecuadas de acuerdo con el modelo de la disuasión óptima. Así, la ley establece que los tribunales deberán considerar "el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario", y da lugar a que 'las chances que tiene el dañador de escapar a la responsabilidad' puedan interpretarse en términos de un riesgo o perjuicio social derivado de la "generalización" de la infracción (a mayores probabilidades de que el demandado escape a responder, mayor "gravedad" del riesgo o perjuicio social)"* (confr. MARTINEZ ALLES, María Guadalupe, *"¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de Sanción Privada, Sanción Social*

y *Disuasión Óptima*", Revista de Responsabilidad civil y seguros. La Ley, AÑO XIV, N° 5, mayo 2012, pág. 99).

Aclara luego que en función de los argumentos expuestos, en autos no se configura un supuesto de "excesiva punición" que hoy prevén los arts. 1.714 y 1.715 Código Civil y Comercial.

Indica también que aparece como absolutamente necesario que el Poder Judicial asuma el deber constitucional (art. 42) de tomar las medidas necesarias para garantizar la eficacia del derecho del consumidor, y la adecuada aplicación y cuantificación del daño punitivo - cuando existen presupuestos que lo acreditan y bases para su cálculo - es una de las vías para ello.

Para finalizar, menciona que el Anteproyecto de reforma a la ley de Defensa del Consumidor, entregado al Poder Ejecutivo Nacional en fecha 6/12/2018 por parte de la comisión de especialistas en la materia presidida por el Dr. Gabriel Stiglitz y encargado a ésta por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, en su art. 118 reformula el daño punitivo, denominándolo "*sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor*", consagra el factor subjetivo agravado, y aumenta el monto de la sanción con un mecanismo valorista, mandando a que la suma de condena por este rubro no pueda ser mayor al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2 (5.000 salarios mínimos vitales y móviles) o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor.

IV) Agravia a la parte demandada que se tenga por configurado el incumplimiento de la oferta y del contrato, considerándolo responsable frente a los reclamantes por las consecuencias y daños injustamente invocados en las quejas y expresiones de simples disgustos unilaterales de los accionantes.

Refiere que el magistrado de grado injustamente presume que la demandada no proveyó a los accionantes los servicios incluidos en la contratación del alojamiento en las condiciones y modalidades convenidas y publicitadas, y critica que se presuma en base a una supuesta ausencia de toda colaboración en el esclarecimiento de la cuestión por parte de Rincón de los Andes S.A.

Indica que el Juez expresa erróneamente y con claro apartamiento de las circunstancias de la causa que la demandada se encontraba en inmejorables condiciones técnicas, fácticas y jurídicas para colaborar en el esclarecimiento de los hechos, y que se señale en forma dogmática que la demandada se desentendió de ello, que no cumplió con su deber de colaboración y que al responder la demanda se limitó a negar los hechos narrados en la demanda sin ocuparse de producir prueba alguna, y afirma en tal sentido que estas consideraciones no pueden admitirse válidamente en el juzgamiento de la controversia judicial de la presente causa, pues sólo serían válidas si no hubieran acontecido las circunstancias graves y excepcionales que ocurrieron en este expediente judicial.

Indica que no puede obviarse al respecto que la demandada tuvo que presentarse en autos en una situación de absoluta urgencia procesal para no quedar en rebeldía, y presentar por lo menos de la única manera posible una contestación de demanda.

Agrega que fue necesario invocar la figura procesal del gestor oficioso prevista por el art. 48 del CPCC y que en dicha presentación se mencionó que el domicilio de la accionada se encuentra en la localidad de San Martín de los Andes , Provincia de Neuquén.

Aduce también que la demandada dejó constancia que recibió la cédula de notificación de la demanda en su domicilio de San Martín de los Andes, a más de mil cuatrocientos Kilómetros de distancia de la Ciudad de Mar del Plata donde tiene su asiento el juzgado de V.S., en fecha 19 de abril de 2017 y el exiguo plazo procesal de solo cinco días otorgado para ejercer su legítimo derecho de defensa en juicio, contestar la demanda y ofrecer pruebas.

Asimismo destaca que se expresó que atento a que el hotel de la demandada se encuentra situado en la ciudad de San Martín de los Andes, es decir en la Provincia de Neuquén, no cuenta con abogados que defiendan sus derechos en todas las jurisdicciones judiciales del país, y que es por ello que ante el acto urgente que derivaba del vencimiento del plazo de contestación de demanda y ofrecimientos de pruebas, no existía otra solución procesal a su alcance que intervenir en el proceso a través de un abogado que necesariamente debería actuar como gestor oficioso en los términos previstos por el art. 48 del CPCC. y para que en tiempo record hiciera lo posible para presentar en término un escrito de contestación de demanda .

Agrega que Rincon de los Andes S.A. tuvo que remitir por encomienda de empresa de transporte desde San Martín de los Andes hasta Mar del Plata la cédula de notificación, el escrito de demanda presentado por los accionantes y los elementos probatorios para intentar que lleguen a destino en Mar del Plata en forma urgente para permitir la correcta labor del abogado gestor oficioso, pero que lamentablemente, hasta el momento de la presentación judicial la encomienda no llegó a destino porque se extravió, complicando aún más el ejercicio adecuado y completo del derecho constitucional de defensa de la empresa accionada.

Refiere que a esta grave situación se sumó el error del juzgado de primera instancia que omitió ampliar oportunamente el plazo para contestar la demanda y ofrecer pruebas, obviando arbitrariamente la aplicación del art. 158 del CPCC.

Sostiene que por ello la demandada tuvo que contestar la acción y ofrecer pruebas en una condición de gravísima y seria limitación de su ejercicio de derecho de defensa en juicio conforme art. 18 de la Constitución Nacional, no siendo posible analizar e interpretar de manera completa y adecuada todas las constancias del reclamo de los actores, de manera que en subsidio su parte contestó la demanda haciendo reserva de ampliar dicha contestación y ofrecimiento de pruebas .

Indica que los defectos procesales derivados de la errónea actuación del juzgado de primera instancia no fueron subsanados porque no se brindó la oportunidad a la demandada para ampliar el plazo procesal de modo que tuviera la oportunidad de practicar una ampliación de su contestación de demanda y ejercer su derecho a ofrecer pruebas en base al conocimiento de todas las constancias de la causa.

Es así que considera arbitrario que ante la inexistencia de pruebas aportadas por los actores se aplique ciegamente al caso la teoría de la carga dinámica de las pruebas en contra de la accionada y se imponga la ficticia noción procesal aplicable a otras situaciones muy diferentes,

porque indica que no es real que la demandada se encontrara en inmejorables condiciones técnicas, fácticas y jurídicas para aportar pruebas.

Por lo expuesto afirma que no resulta válidamente aplicable en el caso concreto la teoría de la carga dinámica de las pruebas en contra de la demandada, y que deviene aplicable el principio general según el cual aquel que alega un hecho concreto tiene la carga procesal de acreditarlo.

Es por tales argumentos que requiere que se revoque la sentencia en orden al presente agravio y se rechace la demanda en todos sus rubros de reclamo, por no encontrarse acreditados los supuestos incumplimientos de la oferta y del contrato mencionados por los accionantes, con costas a su cargo.

Como segundo agravio sostiene que ha sido elevadísimo, injusto y desproporcionado el valor económico de condena a abonar a los actores, y afirma que implica una sentencia arbitraria y una condena de neto carácter confiscatorio que viola la garantía constitucional del derecho de propiedad de Rincon de los Andes S.A.

En tal sentido cuestiona los rubros daño patrimonial y daño moral. En relación al primero, critica que los supuestos incumplimientos no fueron demostrados, y que no obstante ello, los mismos carecen de suficiente entidad y gravedad como para justificar que la demandada deba ser castigada con arbitraria severidad y condenada a reintegrar el cien por ciento del precio percibido abonado por los actores.

Señala en tal sentido que debería considerarse que los actores hicieron uso de las instalaciones y gozaron de todos los beneficios del hospedaje durante catorce días, ocuparon el departamento y aprovecharon todas los servicios.

Agrega que de la propia versión de los accionantes surge que la empresa llevó a cabo el recambio de heladera y cocina a pedido de los actores, y que asimismo se les invitó a cenar y también se les ofreció estadía turística en el exterior, lo que implica considerar e interpretar que la conducta demostrativa de buena fe contractual de la empresa accionada no se compadece equitativamente con una arbitraria y desproporcionada resolución sancionatoria.

Destaca también que surge del escrito de inicio que los reclamantes señalan que exigieron al Gerente Carlos López sólo el reintegro del valor depositado por el alojamiento de la segunda semana, y refiere que ello implica que en realidad sólo reclamaron oportunamente la mitad de lo abonado, y luego emprendieron un negocio muy lucrativo que ahora la sentencia arbitraria y confiscatoria les permitiría recaudar por un valor económico absurdo siete veces igual al precio que abonaron.

Afirma además que no puede obviarse que los actores reconocen que abonaron el precio en doce cuotas mensuales y por lo tanto, a todo evento, la procedencia de los intereses de condena respecto de la restitución de precio abonado debería calcularse computando su curso desde cada vencimiento de cada una de las cuotas y no a partir del 18 de julio de 2015 como establece errónea e injustamente la sentencia.

En lo atinente al rubro daño moral, critica su reconocimiento al sostener que no corresponde presumirlo de acuerdo a los las quejas denunciadas, y luego cuestiona su cuantificación, aduciendo que no se brinda fundamento al valor de condena.

Expone en tal sentido que no se cumplen los aspectos justificantes de la condena por daño moral señalados en la sentencia recurrida atento a que ni las condiciones particulares de los reclamantes, ni la entidad del supuesto incumplimiento, ni los supuestos inconvenientes y quejas esgrimidos por los actores en su demanda permiten fundamentar un resarcimiento por supuesto daño moral y menos aún una cuantificación arbitraria, muy elevada y desproporcionada que supera en su valor al cien por ciento del rubro daño material, operando como virtual mecanismo de severo castigo adicional confiscatorio que desnaturaliza la procedencia de una supuesta indemnización por daño moral y busca imponer un concreto escarmiento a la empresa turística demandada basándose solamente en las quejas especulativas e interesadas de los accionantes que no acreditaron efectivamente los incumplimientos.

Continúa agraviándose de la imposición de multa por daño punitivo y su cuantificación, y a tal efecto expresa que los denunciados incumplimientos e imputaciones que describe no fueron acreditados, y ni siquiera correctamente mencionados.

Afirma que no resulta válido que se condene a la demandada a abonar una suma por daño punitivo si no surge de autos que otros usuarios distintos de los accionantes hayan sufrido disgusto o incumplimiento alguno.

Indica que si se pretende utilizar en el caso el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, no puede aplicarse equitativamente una sanción a un hotel, si se considera realmente la escasa gravedad de los simples disgustos y quejas de los accionantes ya mencionados en este memorial.

Aduce que no se trata de una gran empresa o corporación, que debe tratarse de una conducta particularmente grave y caracterizada por la presencia de dolo o una grosera negligencia y que ello no se presenta en autos, que constituye una expresión dogmática planteada señalar el presunto desinterés desplegado por la demandada en relación a la solución del conflicto suscitado y supuesto lucro de fondos retenidos, y que no existen elementos objetivos relacionados con la capacidad económica de los actores que permita prejuzgar respecto de una supuesta inferioridad.

Señala que diversos fallos citados por el *a quo* no se ajustan al presente supuesto, y que resulta exorbitante la multa fijada, teniendo en consideración la índole de las infracciones denunciadas, el monto comprometido y la conducta asumida por la empresa.

Como tercer agravio critica la imposición de costas, y refiere en tal sentido que corresponde revocar la sentencia en todas sus partes e imponer las costas de todo el proceso a la parte accionante que ha abusado de la jurisdicción y ha reclamado en exceso de toda pauta de razonabilidad, intentando concretar un negocio especulativo y buscando obtener un beneficio indebido y actuando hostilmente para afectar el patrimonio del hotel demandado.

Por último sostiene que, de acuerdo a los argumentos brindados, que reitera, la sentencia incurre en arbitrariedad manifiesta.

V) Antes de pasar a analizar los agravios traídos a esta instancia, relataré los **ANTECEDENTES DE LA CAUSA:**

A fojas 58/92 se presentan los Sres. Roberto Oscar Meneses y Verónica Viviana Spektor, ambos por sus propios derechos y con el patrocinio letrado del doctor Guillermo Ernesto Vicente, promoviendo demanda por incumplimiento contractual y daños y perjuicios contra Rincón de los Andes S.A., por la suma de \$ 160.667, o lo que en más o en menos se disponga, más los daños punitivos cuyo *quantum* se establezca judicialmente, todo ello con más los intereses correspondientes, costos y costas.

A tal efecto relatan que durante el mes de junio de 2015, y con el fin de vacacionar durante la temporada invernal en la provincia del Neuquén, se encontraron con la promoción de un alojamiento "5 estrellas" denominado Rincón Club de los Andes, en donde se describían todos los servicios brindados de acuerdo a su categorización.

Expresan que se contactaron telefónicamente al abonado 011-45907063, conversando con el señor Fernando Zuccarino, supervisor de relaciones públicas del establecimiento, quien les describió en detalle la información proporcionada a través de su página web, razón por la cual decidieron elegir el alojamiento en cuestión para el disfrute familiar de sus vacaciones.

Indican que las tratativas previas se llevaron a cabo a través de correos electrónicos con el supervisor, teniéndose en cuenta que el grupo familiar se compone de tres hijos (de 3, 8 y 14 años), de manera que resultó fundamental a la hora de elegir el hotel que sus instalaciones contaran con un servicio de recreación infantil.

Manifiestan así que se decidieron por contratar el alojamiento en el referido establecimiento, durante el período comprendido entre el 18 y el 31 de julio de 2015, y que formalizaron el pago completo de la estadía mediante la utilización de tarjetas de crédito en doce pagos mensuales.

Refieren que el día 18 de julio de 2015 arribaron a destino, y que mientras estaban realizando el *check in* les fue informado que el servicio de recreación infantil se encontraba cerrado por descanso del personal, agregando que sólo funcionaría de lunes a viernes recién a partir de las 16.30 horas. Afirman que en la misma oportunidad lograron advertir que la recreación para adultos consistía en una "TV plana" como sala de cine, una mesa de *ping pong*, una mesa de *pool* y otra de metegol que no funcionaba, como así también de un sauna que sólo podía utilizarse a partir de las 18.00 horas.

Afirman que nada de lo anterior coincidía con lo descrito en la página publicitaria y mucho menos con las expectativas familiares de alojamiento en un establecimiento "5 estrellas".

Continúan narrando que al acceder a la unidad funcional número 17 que les fuera adjudicada para la estadía, se encontraron con que no se correspondía en absoluto con lo que se describía en el sitio web, ya que se trataba de un departamento de dos plantas muy antiguo, en importante

estado de descuido, con un sistema vergonzoso de calefacción mediante artefactos que no funcionaban correctamente. Añaden que en idéntico estado se encontraban la heladera y la cocina.

Destacan el deterioro de todos los muebles en general, y en especial que las canchas de *paddle* y los juegos para niños situados en el exterior del establecimiento eran prácticamente inutilizables.

En cuanto a la recreación infantil, reiteran que comenzaba a partir de las 16.30 horas y algunos días a las 18.00, lo que complicaba la estadía del hijo menor y la madre, quienes debían quedarse en el alojamiento mientras el resto de la familia disfrutaba de actividades en el cerro.

Relatan que ante dicha situación se comunicaron telefónicamente con el señor Zuccarino, a quien le transmitieron sus disconformidades con el lugar, recibiendo como respuesta que se trataban de temas menores de los servicios y que dichas circunstancias no se describían en el mail informativo enviado a fin de no tener que extenderse en las explicaciones.

Indican que por sugerencia del señor Zuccarino, aún restándoles una semana de vacaciones, asentaron por correos electrónicos remitidos el 22 y el 23 de julio de 2015 su disconformidad con los servicios e instalaciones ofrecidos, a efectos de que el gerente Carlos López brinde alguna respuesta y obtener el reintegro del valor depositado por el alojamiento, sin obtener solución alguna.

Expresan que una vez finalizadas las vacaciones con semejante descontento, continuaron enviando mails los días 6 y 11 de agosto de 2015 al gerente, recibiendo como respuesta un correo electrónico el día 16 de agosto de 2015, en donde les ofrecían la entrega de un certificado denominado *DreamVacationWeek*, que supuestamente les permitía tomar una semana en *resorts* de categoría en diferentes lugares del mundo a elegir, con un costo adicional de u\$s 400 de reservación para cuatro personas y para ser utilizado dentro del año 2015.

Sostienen que tal alternativa no resultaba viable para su grupo familiar, desde que no contaban con posibilidad de tomar otra semana durante ese año por cuestiones de índole laboral y familiar.

En tales condiciones, refieren que el día 23 de septiembre de 2015 formularon una denuncia ante la Dirección General de Defensa al Consumidor local, en cuyo ámbito se fijaron dos audiencias a las que la parte requerida no compareció por imposibilidad de notificarla.

Añaden que ante el fracaso de tal instancia debieron promover la respectiva presentación judicial concurriendo previamente a la mediación, en donde la requerida tampoco compareció, aunque esta última remitió una carta documento alegando la incompetencia de los tribunales ordinarios de esta ciudad para intervenir en el conflicto.

Destacan que en el caso se configura una relación de consumo y que, en consecuencia, le resultan aplicables las previsiones contenidas en el régimen protectorio del consumidor.

Seguidamente se explayan en torno al reclamo resarcitorio, liquidando los rubros daño patrimonial (\$ 65.667), daño psíquico (\$ 25.000) y daño moral (\$ 70.000). Asimismo, solicitan la aplicación de la multa prevista en el artículo 52 *bis* de la ley 24.240 en concepto de daño punitivo.

Fundan en derecho, ofrecen prueba y formulan reserva de caso federal.

A fojas 140 vuelta se ordena sustanciar la presente acción bajo el cauce de las normas del proceso sumarísimo.

A fojas 143/145 se presenta el doctor George M. Rodríguez Consoli, invocando la franquicia contemplada en el artículo 48 del Código Procesal Civil y Comercial en representación de Rincón de los Andes S.A.

Luego de plantear diversas cuestiones procesales (nulidad de notificación; inconstitucionalidad del art. 498 del CPC; incompetencia en razón del territorio) que fueran luego desestimadas (v. sentencia de fs. 172/176, confirmada a fs. 204/210), procede a responder la demanda incoada en contra de su mandante, propiciando su rechazo.

En primer término niega todos y cada uno de los hechos invocados en la demanda, en especial: haber incurrido en un incumplimiento del contrato, la certeza de los hechos narrados, que el servicio prestado y las instalaciones no tuvieran la calidad comprometida, el derecho de los actores a formular quejas, que los accionantes hubieran sufrido daños y perjuicios, y que su representada adeude suma alguna a aquéllos.

Sostiene que los actores han gozado de la estadía en el complejo hotelero de Rincón de los Andes S.A. conforme las pautas contractuales pactadas. Añade que conforme quedará demostrado, los accionantes lejos de tener derecho a plantear quejas actuaron en forma dañosa en contra de las instalaciones del hotel.

A fs. 216 se abre el juicio a prueba, proveyéndose a fojas 226/227 los medios ofrecidos por las partes.

A fojas 462/462vta. la señora Secretaria certifica sobre el vencimiento del período probatorio y su resultado.

En fecha 30/11/2018, a las 09:45:14 a.m., toma intervención en autos y dictamina el señor representante del Ministerio Público.

A fs. 466 se llaman los "autos para dictar sentencia", y a fs. 467/479 se dicta el pronunciamiento que hoy es materia de revisión.

## **VI) Pasaré a analizar los agravios planteados.**

Previo a dar respuesta a los agravios propuestos por las partes, corresponde efectuar aclaraciones de derecho transitorio, en específico en relación a la normativa consumeril, bajo cuyo ámbito debe ser analizada la controversia (de acuerdo a lo establecido por el *a quo* y que no ha sido materia de crítica).

Dígase en tal sentido que la contratación de hotelería que nos ocupa es un servicio que debe ser estudiado y regulado dentro de los contratos de consumo. Afirma Lorenzetti al respecto que *"Ya no estamos en presencia de un viajero al que sorprende la noche y debe dejar sus efectos en una posada aislada y sin poder elegirla, sino ante un viajero que circula por una red comercial de hoteles, con servicios programados por cadenas nacionales y multinacionales, con una abundante oferta, publicidad, y una impresionante organización de medios instrumentales destinados a la captación de los clientes. En la hotelería actual hay una gran organización que reúne hoteles, compañías de turismo, servicios de transporte, empresas que mandan a sus empleados, todo lo cual conforma un núcleo compacto que actúa en red, frente al consumidor que sólo adhiere y con un alto grado de cautividad"* (Lorenzetti, *"Tratado de los Contratos"*, T. III, pág. 683 y ss., citado por Moeremans Daniel E., *"Contrato de hospedaje u hotelería"*, publicado en LA LEY 18/11/2015, cita online: AR/DOC/3340/2015).

La cuestión entonces se centra en el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual, en lo que a las leyes de protección del consumidor compete, debe interpretarse en el sentido que no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, ello con fundamento no sólo en las palabras de la ley, que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público (Aída Kelmemajer de Carlucci, *"La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*, 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 61).

Siendo así, la constitución de las relaciones nacidas de actos entre particulares, su extinción y los efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley se encontrarán regidos por la Ley de Defensa del Consumidor, mientras que, la constitución en curso, la extinción aún no operada, y los efectos no producidos serán regidos por la nueva ley atento su aplicación inmediata (Aída Kelmemajer de Carlucci, ob. cit. pág. 63).

**VI.a) AGRAVIO PROPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA EN RELACIÓN A LA APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA. RESPONSABILIDAD:**

Plantea la demandada que es arbitrario que en base a una supuesta ausencia de colaboración en el esclarecimiento de la cuestión por parte de Rincón de los Andes S.A., el magistrado presuma que no proveyó a los accionantes los servicios de alojamiento en las condiciones y modalidades convenidas y publicitadas, a partir de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Afirma en tal sentido que no es cierto que se encontraba en inmejorables condiciones técnicas, fácticas y jurídicas para colaborar en el esclarecimiento de los hechos, en tanto indica que ocurrieron graves y excepcionales circunstancias que tuvo que sobrellevar para intentar ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio, haciendo alusión a que tuvo que presentarse en autos en una situación de absoluta urgencia procesal para no quedar en rebeldía, dado el exiguo plazo procesal otorgado para realizarlo y las dificultades que le provocó la distancia existente entre su domicilio y la sede del Juzgado.

Adelanto que este agravio no prospera, en tanto coincido con el Juez de grado en que en el caso el proveedor del servicio de alojamiento omitió presentar pruebas que necesariamente debían estar en su poder, siendo de aplicación la teoría de las cargas probatorias dinámicas receptada en el art. 53 de la Ley 24.240 (según Ley 26.361), e incorporada por el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) en su art. 1735 (ver Falcón, Enrique M., *"Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial"*, T. X, edit. Rubinzal-Culzoni Editores, Sante Fe, 2014, pág. 330; ver en cuanto a la aplicación temporal del nuevo ordenamiento civil y comercial Aída Kelmemajer de Carlucci, *"La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Sta. Fe, 2015, pág. 63, art. 7 del CCyC).

Para arribar a tal conclusión, es menester señalar que la aludida teoría de las cargas probatorias dinámicas pone el peso de la producción de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones fácticas, profesionales o técnicas de hacerlo, flexibilizando el rigor de los principios tradicionales (v. Enrique M. Falcón, *"Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial"*, T. X, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2014, pág. 330).

Precisamente en una relación de consumo es particularmente aplicable, en tanto se configuren situaciones en las que el consumidor se encuentre imposibilitado o con serias dificultades para probar ciertos hechos. Es así que debe entenderse a la carga probatoria dinámica como un medio en pos de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva (v. Shina Fernando E., *"Daños al consumidor"*, Ed. Astrea, Bs. As, 2014, pág.152).

Cabe señalar además que nuestro máximo Tribunal Provincial ha receptado reiteradamente el concepto de la carga dinámica de la prueba, haciendo recaer la carga de la prueba sobre quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva (v. SCBA LP C 120106 S 01/06/2016, in re *"L. ,Z. L. c/ C. ,C. F. s/ Daños y perjuicios"*; SCBA LP C 112820 S 17/12/2014, in re *"Langoni, Adriana Marcela contra Hospital Italiano. Daños y perjuicios"*; SCBA LP C 107510 S 11/09/2013, in re *"Zamora, Analía y otros c/ UDEM, Municipalidad de Dolores y otro s/ Daños y perjuicios"*; entre muchos otros; arts. 16, 18 y ccdds. de la Constitución Nacional; art. 15 de la Constitución Provincial; arts. 375, 384 y ccdds. del C.P.C.; art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, y 1735 del Código Civil y Comercial).

A partir de ello y como adelantara, considero que es de plena aplicación en el *sub lite* la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en tanto es evidente que el proveedor del servicio de hotelería ha sido quien se encontró en mejor situación de aportar los elementos de convicción sobre la efectiva prestación de los servicios ofrecidos en la publicidad brindada.

Nadie se encuentra en mejores condiciones que el propio establecimiento hotelero para demostrar el estado en que efectivamente se encontraban sus instalaciones, así como las condiciones en que los servicios han sido brindados, ya sea porque tales elementos forman parte de su estructura empresarial -lo que implica que necesariamente tiene acceso a variados medios probatorios-, o ya sea por sus especiales conocimientos en la materia.

Por el contrario, resulta improponible poner en cabeza del huésped la acreditación de circunstancias tales como horarios de prestación de ciertos servicios, el estado de las

instalaciones o la deficiencia de funcionamiento de elementos tales como calefactores, heladeras, etc., pues es evidente que ello resulta en extremo dificultoso para quien se encuentra en un lugar ajeno a su domicilio y sin conocimientos jurídicos ni técnicos en materia hotelera, siendo por ello impensable que quien se halla en esas condiciones y en un periodo de disfrute vacacional, deba proyectar la manera de reunir elementos probatorios en vista a un futuro proceso judicial a iniciarse.

Por lo expuesto, ha sido el establecimiento hotelero quien se encontró en una posición favorable de aportar los medios probatorios necesarios para contrarrestar los denunciados incumplimientos, mas nada de ello ha sido realizado, demostrando una actitud renuente en materia probatoria en franca contradicción con el régimen consumeril que regula este tipo de contrataciones.

Véase que lejos de cumplir tales exigencias, la accionada se ha limitado a producir sólo prueba confesional (v. fs 462vta.), la cual resulta inconducente en el caso para justificar la sinrazón del reclamo (art. 384 del CPC).

Cobra relevancia el régimen que en materia probatoria prevé el 53 de la ley de consumidores y usuarios, a punto tal que el proveedor del servicio tenía una obligación legal de colaborar en el esclarecimiento de la situación litigiosa, debiéndose valorar que la aludida reticencia ha creado una presunción en su contra (v. SCBA LP C 117760 S 01/04/2015, in re "*G, A. C. contra Pasema S.A. y otros. s/ Daños y perjuicios*").

Dígase además que resultan inatendibles las afirmaciones que sostienen que a la demandada se le ha otorgado un tiempo exiguo para responder, pues no sólo ha contado con la ampliación legal del plazo en razón de la distancia (conforme lo proveído a fs. 156vta.; art. 158 del CPC), sino que además debe valorarse que tuvo conocimiento del presente proceso desde el anoticiamiento del trámite de mediación, es decir, desde aproximadamente un año antes del vencimiento del plazo para responder la demanda (véase que ha sido notificada de la mediación por carta documento en fecha 8/4/2016 según lo asentado por la mediadora a fs. 6, mientras que el plazo para responder la demanda venció el día 3/5/2017, según lo consignado por el *a quo* a fs. 156vta.).

Esto último desvanece los argumentos expuestos a los fines de sustentar el presente agravio, a partir de lo cual arribo al convencimiento de que no existe mérito alguno para entender que la demandada se ha visto imposibilitada de reunir los elementos de prueba que el caso exige.

Por estos fundamentos se rechaza el presente agravio, debiéndose consecuentemente confirmar la atribución de responsabilidad dispuesta en base a la valoración probatoria efectuada por el *a quo*, quien ha tenido por configurado el incumplimiento de la oferta y del contrato por parte de la sociedad accionada (art. 42 de la Constitución Nacional; arts. 1, 2, 3, 37, 40, 53 y concdtes. de la Ley 24.240 y modif.; arts. 163, 330, 354, 375, 384 y concs. del CPC; véase en cuanto la categorización de los hoteles la Ley Nacional de Hotelería 18828/70 y su Decreto Reglamentario 1818/76).

**VI.b) AGRAVIO PROPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA EN RELACIÓN A LA CUANTIFICACIÓN Y PROCEDENCIA DE LOS RUBROS DAÑO PATRIMONIAL Y MORAL. INICIO CÓMPUTO INTERESES DE DAÑO PATRIMONIAL:**

**VI.b.1) DAÑO PATRIMONIAL. MORA:**

Afirma en este punto la demandada que los supuestos incumplimientos no fueron demostrados, y que no obstante ello, los mismos carecen de suficiente entidad y gravedad como para justificar que la demandada deba ser castigada con arbitraria severidad, y condenada a reintegrar el cien por ciento del precio abonado por los actores.

Señala además que a los fines de determinar el *quantum* del reclamo debería valorarse que los actores hicieron uso de las instalaciones y beneficios del hospedaje durante catorce días, y que de su propia versión surge que la empresa llevó a cabo el recambio de heladera y cocina a pedido de los actores, y que asimismo se les invitó a cenar y también se les ofreció estadía turística en el exterior, lo que implica considerar e interpretar que ha sido de buena fe la conducta de la empresa.

Destaca también que del escrito de inicio surge que los reclamantes exigieron al gerente sólo el reintegro del valor depositado por el alojamiento de la segunda semana, y entiende que por ello el reintegro del 100 % resulta desproporcionado.

Por último, refiere que no puede obviarse que los huéspedes abonaron el precio en doce cuotas mensuales, y que por lo tanto, a todo evento, la procedencia de los intereses de condena respecto de la restitución de precio abonado debería calcularse computando su curso desde el vencimiento de cada una de las cuotas.

En torno a ello, debo remitirme inicialmente a lo argumentado en el apartado que precede (VI.a.1), en el que se ha establecido que los incumplimientos denunciados por los actores en el líbello inicial se encuentran acreditados, a partir de considerar aplicable al caso la carga dinámica de la prueba (art. 53 de la ley 24.240 y modif.). Es así que más allá que haya existido buena o mala fe de la empresa de hospedaje, en autos se encuentran probados variados incumplimientos, tales como la prestación de servicios en una reducida franja horaria, instrumentos de recreación para adultos que no funcionaban, una habitación antigua y en estado de descuido, calefactores, heladera y cocina que no funcionaban correctamente, entre otros.

En tal sentido, coincido con el Juez de grado en relación a que los mentados incumplimientos tienen suficiente entidad y gravedad como para afectar de manera sustancial una regular prestación del servicio, de manera tal que no considero que exista un ejercicio antifuncional de la prerrogativa prevista en el art. 10 bis inc. c) de la ley 24.240 -que fuera ejercitada en el marco de estos actuados y que faculta al usuario a obtener la restitución total de lo abonado-, encontrándose por ello justificada la devolución total del importe abonado.

Establece dicha norma que aún cuando las partes no hayan acordado expresamente la posibilidad de resolución contractual, podrá el consumidor considerar resuelto el contrato ante el mero incumplimiento, con derecho a la restitución de lo pagado (v. Picasso - Vazquez Ferreyra,

"Ley de defensa del consumidor", Ed. La Ley, T. I, 2009, pág. 159), facultad ésta que es aplicable también a las prestaciones de servicios, particularmente en caso de deficiencias (v. Farina Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", Ed. Astrea, Bs. As., 2008, pág. 243).

Igual suerte adversa ha de correr lo argumentado por la apelante en relación al *dies a quo* del cómputo de los intereses, pues la empresa hotelera no ha recibido el precio en cuotas, sino que se encuentra probado que el pago ha sido financiado por tarjetas de crédito de titularidad de los huéspedes (v. punto pericial "f" de la pericia contable glosada a fs. 453/454), de lo cual la accionada no puede prevalerse por resultar ajena (art. 622 del CC y 886 del CCyC). De tal manera, siendo inatendible el argumento expuesto a los fines de modificar el momento a partir del cual deben computarse los intereses del rubro "daño material", no cabe más que confirmar en este punto el decisorio apelado (art. 266, 267 y ccdtes. del CPC).

#### VI.b.2) DAÑO MORAL:

En lo atinente al rubro daño moral, critica la demandada su reconocimiento, al sostener que no corresponde presumirlo de acuerdo a los las quejas denunciadas, y luego cuestiona su cuantificación, aduciendo que es desproporcionada y que no se brinda fundamento al valor de condena.

También considera inadmisibles que el inicio de acciones administrativas o judiciales sean fundamento de reconocimiento de daño moral, y afirma en tal sentido que ello cobra relevancia exclusivamente en materia de costas. Agrega que debe valorarse que la denuncia administrativa se realizó ante una sede incompetente y que los planteos formulados son el ejercicio de su derecho constitucional de defensa en juicio, no dando lugar a otro castigo adicional, como la condena por daño moral.

Al respecto, señala Bueres que *"en el daño moral hay una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las capacidades de entender, de querer y de sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial..."* (Alberto J. Bueres, "Derecho de Daños", Ed. Hammurabi, Cdad. de Bs.As., 2001, pág. 306).

En aras de cuantificar el daño moral y a los fines de desentrañar la verdadera incidencia que el daño produjo en el damnificado, corresponde señalar que el derecho procura una reparación de compensación satisfactoria (Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Compendio de Derecho de Daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 220).

En efecto, la indemnización por este rubro no procura hacer desaparecer el menoscabo espiritual, ni pretende lograr que el damnificado pueda ser emplazado a una situación previa al evento dañoso, sino que simplemente persigue otorgar una satisfacción o goce o placer en la faz anímica del damnificado que guarde razonabilidad y proporcionalidad con el padecimiento experimentado (argumento arts. 7, 1711, 1726 y ccdtes. del CCyC).

La doctrina especializada ha explicado en tal sentido que *"En la actualidad se superó el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba "el precio del dolor" para aceptarse que lo*

resarcible es el "precio del consuelo" que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte nacional, "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales" (Lorenzetti, Ricardo Luis, Director, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado". T. VIII, arts. 1614 a 1881, 1era ed. Santa Fe. Rubinzar - Culzoni, 2015, pág. 503; ver CSJN, 4-12-2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", R. C. y S. 2011-VIII-176, con apostilla de Jorge M. Galdós).

Es decir, se trata de satisfacer a la víctima más que de compensarla en términos de equivalencia (conf. Pizarro, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 385), habiéndose señalado al respecto que "dicha satisfacción es brindada generalmente mediante una indemnización económica que le permita al damnificado adquirir bienes o servicios que son en definitiva los que producen el placer resarcitorio, ya que el dinero en sí mismo es papel y sólo tiene valor como instrumento de cambio" (Marcellino, Leonardo, "Valoración y cuantificación de la indemnización del daño extrapatrimonial", en "Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad por daño no patrimonial", ed. Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 428).

No resulta ocioso mencionar, además, que el CCCN unifica expresamente la responsabilidad civil contractual y extracontractual (arg. art. 1716), de manera tal que cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño moral, la responsabilidad se rige, en principio, por las mismas reglas (ver Picasso, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", Infojus, Revista Derecho Privado. Año I, N°3. Ediciones Infojus, p. 33).

A partir de lo anterior y luego de haber examinado desde esta óptica el reclamo articulado, de manera integral con las circunstancias particulares del caso y la función de sustitución satisfactoria del rubro, adelanto que el presente agravio no debe prosperar, debiéndose por ende confirmar la procedencia y el *quantum* establecido en este parcial (arts. 163, 164, 165, 375, 384, 456 y ccdtes. del CPC; art. 40, 53 y ccdtes. de la ley 24.240 y modif.; art. 522 del CC; arts. 1740, 1741 y ccdtes. del CCyCN).

Ello es así, en tanto coincido con el *a quo* en cuanto ha establecido que los incumplimientos que se han tenido por probados han sido razonablemente idóneos para generar un malestar espiritual que exceden de las inquietudes propias y corrientes, habiéndose visto alterado el estado de ánimo de los actores, frustrando el descanso y disfrute esperable en un viaje de vacaciones (art. 163 inc. 5 del CPC).

Pero no sólo es posible inferir tales afecciones, sino que además las mismas han quedado plasmadas a través de la prueba pericial psicológica producida a fs. 283/285 y 287/290 -de la

cual no encuentro mérito para apartarme de acuerdo a las reglas de la sana crítica-, circunstancia ésta que desvanece la argumentación volcada en el recurso, que se direcciona a cuestionar la determinación del rubro en base a presunciones. Véase en tal sentido que la Lic. Andrea Cinthia Olhaberry ha dictaminado respecto de la Sra. Specktor que *"Los hechos descriptos y que dan motivo a estos autos, provocaron en la persona de la actora Verónica Specktor: sentimientos de angustia, irritabilidad, ansiedad, malestar psicológico intenso. La situación generada ha provocado alteraciones en el estado de ánimo que afectaron tanto la relación de pareja, y con el grupo familiar. Puesto que, la mayoría de las veces que una persona o familia decide tomar unos días de vacaciones, su estado de ánimo es estable con expectativas a que esos días sean lo más placenteros y que transcurran sin mayores dificultades"* (v. fs. 284vta.), mientras que en relación al Sr. Meneses ha especificado que *"Su afectividad presenta un monto elevado de angustia, irritabilidad. El actor ha experimentado: malestar psicológico, irritabilidad, angustia, ansiedad, sentimientos de impotencia, sentimientos de inadecuación. Como padre de familia intentó disminuir los hechos, para que el malestar de su esposa y sus hijos sea menor. Ejerciendo su función paterna de contención y sostén. Los hechos que dieron lugar a estos autos han incidido en la estabilidad familiar, llevando a los miembros de la familia a un esfuerzo de reorganización en las situaciones diarias..."* (fs. 284vta./285; arts. 375, 384, 474 y ccdtes. del CPC).

Es relevante además valorar que los actores asistieron al hospedaje con un niño menor de edad, circunstancia ésta que patentiza y agudiza los efectos perniciosos que provoca en el caso la deficiente prestación de los servicios de entretenimiento, entre otros.

Considero que los extremos expuestos, aunados a los continuos reclamos sin respuesta satisfactoria (ver mails de los que dan cuenta las fs. 38, 41/42, 43, 44/45, 46/47, 48/49, 50 y 51 y pericia informática presentada en fecha 6/7/18), condujeron sin dudas a los actores a experimentar una situación de desazón e incertidumbre que alteró sus expectativas vacacionales, generando un detrimento espiritual susceptible de ser reparado (art. 163 inc. 5 del CPC).

Es así que aún cuando no se evalúen las implicancias que en la esfera extrapatrimonial puede provocar el sometimiento a una vía administrativa y judicial (tal lo pretendido por la apelante), considero que los elementos de valoración hasta aquí descriptos son suficientes *per se* para tener por probado que la conducta desplegada por la empresa accionada ha influido desfavorablemente en la tranquilidad anímica y sentimientos de los accionantes, siendo factible establecer a partir de ellos -en utilización de las facultades conferidas a la suscripta por el art. 165 del CPC- que no encuentro mérito para disminuir la procedencia de este parcial, debiéndose confirmar la suma fijada por el *a quo* de \$ 70.000 (a distribuirse en partes iguales entre los accionantes), rechazándose en consecuencia esta parcela del recurso, lo que así propongo al Acuerdo (arts. 163, 164, 165, 375, 384, 456 y ccdtes. del CPC; art. 40, 53 y ccdtes. de la ley 24.240 y modif.; art. 522 del CC; arts. 1740, 1741 y ccdtes. del CCyCN).

**VI.c) AGRAVIOS PROPUESTOS POR LAS PARTES ACTORA Y DEMANDADA EN RELACIÓN A LA PROCEDENCIA Y CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS PUNITIVOS:**

En lo atinente a este parcial, la parte demandada expresa que los denunciados incumplimientos e imputaciones no fueron acreditados, y ni siquiera correctamente mencionados.

Afirma que no resulta válido que se la condene a abonar una suma por daño punitivo si no surge de autos que otros usuarios distintos de los accionantes hayan sufrido disgusto o incumplimiento alguno.

Indica que si se pretende utilizar en el caso el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor, no puede aplicarse equitativamente una sanción a un hotel, si se considera la escasa gravedad de los simples disgustos y quejas de los accionantes.

Aduce que no se trata de una gran empresa o corporación, que debe tratarse de una conducta particularmente grave y caracterizada por la presencia de dolo o una grosera negligencia y que ello no se presenta en autos, que constituye una expresión dogmática señalar el presunto desinterés desplegado por la demandada en relación a la solución del conflicto suscitado y supuesto lucro de fondos retenidos, que no puede condenársele por ejercer su derecho de defensa, y que no existen elementos objetivos relacionados con la capacidad económica de los actores que permita prejuzgar respecto de una supuesta inferioridad.

Expone además que diversos fallos citados por el *a quo* no se ajustan al presente supuesto, y que resulta exorbitante la multa fijada, teniendo en consideración la índole de las infracciones denunciadas, el monto comprometido y la conducta asumida por la empresa.

Por su parte, la parte accionante se agravia de la modalidad de estimación de la cuantía del daño punitivo y del monto asignado a dicha sanción, y aduce que deben buscarse instrumentos que permitan objetivizar su cálculo, a cuyo fin propone la utilización de la fórmula elaborada por el jurista Matías Irigoyen Testa.

En respuesta a estos planteos, nuevamente debo remitirme a lo argumentado en los apartados que preceden, en tanto allí se ha establecido que los incumplimientos denunciados por los actores en el libelo inicial se consideran acreditados y son sustanciales, lo que me exime de reeditar el tratamiento de las críticas allí dirigidas (arts. 163 y 164 del CPC).

A su vez, contrariamente a lo afirmado por la demandada, no configura un requisito para la aplicación de la sanción por “daño punitivo” que el actuar antijurídico del proveedor deba ser doloso o con culpa grave, ni que hayan existido otros usuarios en iguales condiciones, lo que conlleva al rechazo de tal argumentación. Así lo ha resuelto recientemente la Suprema Corte de Justicia Provincial, al expedirse acerca de la operatividad del art. 52 bis de la ley 24.240 (modif por ley 26.361), señalando que: “...*Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Sólo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales...*” (S.C.B.A. en la causa C.119.562 “Castelli, María Cecilia c/ Bco. de Galicia y Bs. As. s/ nulidad de acto jurídico”, sent. del 17-10-2018, del voto del Dr. de Lázzari).

Tampoco es atendible lo alegado por la accionada en relación a que no se acreditó una inferioridad económica de los actores, en tanto no tiene relevancia en el caso en la determinación del daño punitivo, e igual suerte corre lo argumentado en cuanto a que la demandada no es una gran empresa o corporación, pues considero que si así fuera, la multa aplicada debería ser sensiblemente superior.

Por último, coincido en la valoración efectuada por el Juez de grado en lo atinente a que la conducta de la demandada es demostrativa de su desinterés en la solución del conflicto.

En efecto, luego de observar las constancias de autos de manera integral, advierto que la accionada ha adoptado injustificadamente una actitud al extremo dilatoria y especulativa, violentando las legítimas expectativas de los usuarios, no sólo por no cumplir con su obligación de reparar los daños provocados, sino también por no haber propiciado vías alternativas idóneas de solución del conflicto, lo que se evidencia a poco de apreciar que no se ha demostrado ofrecimiento alguno atendible en las diversas instancias recorridas.

Para mayor claridad de lo acontecido, véase que los usuarios se han visto en la necesidad de instar formalmente una denuncia ante la Oficina Municipal de Intereses del Consumidor (v. fs. 331), celebrándose en dicho ámbito audiencias en fechas 27/10/15 (fs. 368) y 28/1/16 (fs. 374), sin que asistiera la empresa hotelera, y sin que exista constancia de haber mediado ofrecimiento alguno a los efectos de evitar la prolongación del conflicto.

Luego y en vistas a la aludida ausencia de propuestas, los usuarios necesariamente se han visto obligados a instar la vía jurisdiccional en reclamo del resarcimiento de los daños y perjuicios provocados, habiendo participado nuevamente en diversas audiencias de conciliación con resultado infructuoso, tanto en la etapa de mediación -fs. 6- como durante el desarrollo del proceso –conf. fs. 203, 226, 329, 460/461 y 521-, donde nuevamente la empresa proveedora del servicio no ha asentado ofrecimiento alguno.

Esta reprochable conducta importó someter a los usuarios a aproximadamente tres años de juicio, con el evidente beneficio de abonar en definitiva una indemnización licuada por la inflación. De allí que considero que esta conducta permitió a la accionada obtener un mayor beneficio económico, pues el transcurso del tiempo en una economía inflacionaria indudablemente beneficia a quien debe abonar una suma de dinero que no se encuentra sujeta, por expresa limitación legal, a ningún tipo de índice de actualización (argto. Picasso-Vázquez Ferreyra. Directores. *“Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”*, Ed. La Ley, Tomo I, Bs. As., 2009, pág. 593).

Entiendo que se ha dado en el supuesto en estudio un abuso de la posición detentada por la accionada, para quien incumplir con sus obligaciones principales en desmedro de los usuarios, aún cuando se la condene por daños e intereses, podría resultar de mayor provecho económico que cumplir fielmente sus deberes, comportamiento éste que debe desalentarse a través de la imposición de la sanción por daño punitivo (conf. Rubén S. Stiglitz *“Derecho de Seguros”*, 4ta. edición, tomo III, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, pág. 292).

En el caso, la demandada se ha desentendido en forma absoluta de sus obligaciones contractuales, evidenciando un actuar reñido con la buena fe que no se agotó en la etapa previa a la judicialización del conflicto, sino que se extendió aún más en el tiempo, despreocupándose de encontrar soluciones alternativas idóneas que de algún modo pudiesen al menos atenuar los perjuicios sufridos (argto. jurisp. esta Cámara y Sala, en la causa N° 163.197 “*Umanzor González, Maritza y otro c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y otro s/ daños y perjuicios*”, sent. del 15-06-2017; esta Cámara, Sala II, en la causa N° 161.454 “*Angladette, Jorge Fabián c/ Auto del Sol S.A. s/ daños y perjuicios*”, sent. del 03-11-2011).

En base a las consideraciones antes realizadas, considero que ha existido una “inconducta grave” de parte de la sociedad demandada, ya que ha existido un actuar en franca violación de normas legales y contractuales, que ha transgredido la buena fe (arts. 1197, 1198 y ccdtes. del CC; arts. 959, 961 y ccdtes. del CCyC), siendo evidente que dicho proceder resulta funcional a la obtención de un beneficio económico en perjuicio de los consumidores y usuarios, en tanto lógicamente importan una menor erogación de recursos (art. 52 bis de la ley 24.240 (modif. por ley 26.361)).

Es así que el comportamiento incumplidor desplegado por la empresa demandada se ha extendido en el tiempo, desde el incumplimiento, en la instancia de la Dirección de Defensa al Consumidor y Usuario y durante todo el desarrollo de estas actuaciones, en ambas instancias, en donde si bien tuvo oportunidades de resolver el conflicto, decidió no hacerlo, denotando ello, como antes lo he expuesto, un claro abuso de su posición dominante frente a los usuarios (argto. Ricardo Luis Lorenzetti “*Consumidores*”, 2da. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 35 y sgtes.).

En definitiva, considero que ha quedado demostrada una conducta grave en desprecio hacia los derechos de los usuarios, patentizada a partir de los ya analizados incumplimientos y proceder, lo que aunado con la valoración del autor del daño (léase empresa hotelera), me llevan a considerar que no existe mérito para dejar sin efecto o disminuir la multa determinada por el *a quo*, lo que conlleva a la desestimación del agravio propuesto por la demandada sobre el punto (art. 52 bis. de la ley 24.240).

Por el contrario, considero que las valoraciones efectuadas justifican la elevación del monto establecido en la instancia de origen, debiéndose por ello receptar -con los alcances que a continuación se proponen- los agravios volcados por la parte actora.

Véase que en los párrafos que preceden se ha sopesado la índole de los incumplimientos habidos, el desinterés de la accionada en relación a la solución del conflicto suscitado, el lucro obtenido en razón de la retención de las sumas indemnizatorias que dejó de abonar, el monto económico comprometido, y el objetivo de disuasión y prevención de la pena.

Considero que las variables propuestas justifican la elevación del monto fijado en concepto de daño punitivo, a cuyo fin entiendo adecuado que este concepto prospere por la suma de \$ 250.000 (léase que se eleva \$ 50.000 la cantidad fijada por el *a quo*), cantidad ésta que guarda relación con los parámetros justipreciados.

Juzgo que tal determinación no merece reproche en el presente supuesto, de acuerdo a las pautas brindadas, y que la misma se ajusta a las pautas y directivas brindadas por el art. 52 bis de la LDC, siendo menester mencionar que determinar el monto del daño punitivo en concreto no resulta una cuestión lineal, en tanto el citado precepto legal solo explicita una pauta genérica *"...la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan"*.

Y si bien considero que en ciertos casos puede resultar valioso acudir a fórmulas matemáticas para mensurar el *quantum* de ciertos rubros -como sostienen los actores-, no debe olvidarse que tales fórmulas juegan como un elemento más a considerar, junto a pautas ajenas al mundo de las matemáticas que pueden utilizarse, y que, por otro lado, su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos (ver en esa dirección el voto del Dr. de Lázzari en las causas C. 117.926, "*P., M. G.*", sent. de 11-II-2015; C. 118.085, "*Faúndez*", sent. de 8-IV-2015).

Bajo estos lineamientos, considero que en el presente resolutorio se han brindado suficientes fundamentos que permiten a las partes conocer cuáles han sido los elementos tenidos en cuenta para arribar al *quantum* fijado en concepto de daño punitivo, derivando en una suma que a mi entender resulta razonable y que obedece a las variables de ponderación expuestas, no advirtiéndose que exista mérito en el caso para utilizar la fórmula matemática propuesta.

En definitiva y por lo expuesto, considero que la suma de \$ 250.000 resulta razonable y ajustada a derecho a los fines de la aplicación de la multa en concepto de daño punitivo, razón por la cual corresponde desestimar el recurso impetrado por la demandada, y hacer lugar -con tales alcances- al interpuesto por los actores, lo que así propongo al Acuerdo (arts. 163, 164, 266, 267 y ccdtes. del CPC; art. 52 bis de la LDC).

#### **VI.d) AGRAVIO PROPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA EN RELACIÓN A LA IMPOSICIÓN DE COSTAS:**

Refiere en tal sentido que corresponde revocar la sentencia en todas sus partes e imponer las costas de todo el proceso a la parte accionante que ha abusado de la jurisdicción y ha reclamado en exceso de toda pauta de razonabilidad, intentando concretar un negocio especulativo y buscando obtener un beneficio indebido y actuando hostilmente para afectar el patrimonio del hotel demandado.

En respuesta a ello, no cabe mas que señalar que en el caso concreto no encuentro mérito para apartarme del principio objetivo de la derrota, razón por la cual debe confirmarse la condena en costas dispuesta en la Instancia de origen, en atención a la calidad de vencida de la demanda (art. 68 del CPC).

Por último, aclaro que el embate fundado en la tacha de arbitrariedad debe ser desestimado por iguales fundamentos que los hasta aquí brindados, al ser una reiteración de la crítica volcada en los agravios, no obstante lo cual, es menester especificar que la invocación de "arbitrariedad" para descalificar el fallo resulta inapropiada, en tanto tiene su propia cuna, su particular significación y acotada caracterización en las instancias extraordinarias local y federal (Cf.

Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", 2ª edición, Librería Editora Platense, pág. 452 y sigtes, n° 131, pág. 452 y sigtes.; pág. 478 y sigtes.).

### **ASI LO VOTO**

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

### **A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:**

Corresponde: I) Admitir -con los alcances propuestos- los agravios traídos a esta instancia por la parte actora, elevándose a \$ 250.000 el monto fijado en concepto de daño punitivo; II) Rechazar los agravios traídos a esta instancia por la parte demandada, confirmando en consecuencia la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de crítica; III) Imponer las costas de Alzada íntegramente (léase por ambos recursos) a cargo de la demandada, dada su condición de vencida (art. 68 del CPC); IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967).

### **ASI LO VOTO.**

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

### **S E N T E N C I A**

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se admite -con los alcances propuestos- los agravios traídos a esta instancia por la parte actora, elevándose a \$ 250.000 el monto fijado en concepto de daño punitivo; II) Se rechazan los agravios traídos a esta instancia por la parte demandada, confirmándose en consecuencia la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de crítica; III) Se imponen las costas de Alzada íntegramente (léase por ambos recursos) a cargo de la demandada, dada su condición de vencida (art. 68 del CPC); IV) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 14.967). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

**NELIDA I. ZAMPINI RUBEN D. GEREZ**

**Pablo D. Antonini**

**Secretario**

----- Para copiar y pegar el texto seleccione hasta aquí (sin incluir esta línea) -----

[Volver al expediente](#) [Imprimir](#) ^