



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

En Buenos Aires, a los 2 días del mes de septiembre de dos mil veintiséis, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con asistencia de la Sra. Prosecretaria Letrada de Cámara, para entender en los autos caratulados **“BALLESTEROS, DIANA MARIA Y OTRO c/ BOOKING.COM ARGENTINA S.R.L. s/ ORDINARIO”** (Expediente N° 6845/2023) originarios del Juzgado del Fuero N° 28, Secretaría N° 56, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido en el art. 268 CPCC, resultó que debían votar en el siguiente orden: Vocalía N° 2, Vocalía N° 1 y Vocalía N° 3. Sólo intervienen en este Acuerdo el Dr. *Alfredo Arturo Kölliker Frers* (Vocalía N° 2) y el Dr. *Héctor Osvaldo Chómer* (Vocalía N° 1) por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional).

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara **Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers** dijo:

I. Los recursos.

(i) Apelaron las actoras, *María Sol Pelú* y *Diana María Ballesteros*, así como también la demandada *Booking.com Argentina SRL* la sentencia dictada en fd. 192/212 en la que el juez *a quo* resolvió admitir parcialmente la demanda promovida por las primeras, condenando a la segunda al pago de la suma de *mil novecientos dólares* (USD 1.900), o su equivalente en pesos conforme la cotización del dólar MEP, y *tres millones de pesos* (\$3.000.000), con más sus respectivos intereses, en concepto de indemnización por los daños derivados del hurto de dinero que sufrieron mientras se alojaban en un hotel en la ciudad de Playa del Carmen, Estado de Quintana Roo, Estados Unidos Mexicanos, contratado mediante la plataforma *Booking.com*, imponiendo las costas a la accionada.



(ii) En su memorial, la demandada se agravió de que se hubiera tenido por probado que las accionantes hubieran sido víctimas del hurto de la suma de *mil novecientos dólares* (USD 1.900) durante su estadía en un alojamiento contratado a través de la plataforma *Booking.com*. Subsidiariamente, se quejó de que se le hubiera atribuido responsabilidad por ese hecho y de la admisión de los resarcimientos por daño emergente y daño moral, así como también de la tasa de interés fijada para el cómputo de los réditos de la porción de la condena establecida en dólares.

Con respecto a la primera de esas cuestiones, manifestó que, si bien la contestación de demanda se había tenido por no presentada por extemporánea, la incomparecencia al juicio no implicaba el reconocimiento del hecho ilícito que sustentó el reclamo de las accionantes -i.e., la sustracción del dinero-, dado lo previsto a este respecto en el art. 356 CPCCN. Añadió a ello que la única prueba que las demandantes habían aportado al pleito para demostrar la *ocurrencia* de ese delito era una copia simple de la denuncia penal que dijeron haber realizado, que no tiene ningún respaldo probatorio adicional y que no cabía tener por reconocida aún ante su omisión de contestar de la demanda por no tratarse de un documento emanado de su parte.

Sostuvo que, incluso si se tuviera por probado el hecho denunciado, el daño que aquél le causó a las accionantes no le sería imputable. En ese sentido, planteó que el juez *a quo* había incurrido en una contradicción al sostener que era titular de la plataforma a través de la cual se contrató el hospedaje y, simultáneamente, sostener que ese sitio pertenecía a la sociedad *Booking.com BV*, radicada en Países Bajos, pero que la aquí accionada integraría la cadena de comercialización del servicio turístico en los términos del art. 40 LDC. Continuó refiriendo que no había participado en ninguno de los documentos adunados a la causa por las accionantes y que el perito informático había informado que los correos electrónicos que intercambiaron con la plataforma habían sido remitidos desde Países Bajos y desde los servidores pertenecientes a *Booking.com BV*, lo que demostraba que no había tenido ninguna intervención en la contratación. Explicó que su función se limitaba a identificar alojamientos turísticos en el país que estuvieran interesados en ofrecer sus servicios a través de *Booking.com* y contactarlos con *Booking.com BV*, quien tomaba contacto con aquéllos y, eventualmente, cerraba un acuerdo para incorporarlos a la plataforma y ofrecerlos a los consumidores. Equiparó sus funciones a las de un corredor, sostuvo que sus labores no



eran esenciales para la operación del sitio web y que su actividad no era indispensable para la sociedad extranjera, que era la que contrataba con los alojamientos e intermediaba en su relación con los turistas. Manifestó que su participación en ese negocio era equiparable a la de otros auxiliares, como los proveedores de internet o las empresas de publicidad, sin participar directamente en la comercialización del servicio turístico y, por ende, sin que le sea aplicable lo dispuesto en el art. 40 LDC. Añadió a todo ello que no era procedente, tampoco, atribuirle responsabilidad a través de una aplicación inversa del corrimiento del velo societario, como cierta jurisprudencia había hecho, especialmente cuando *Booking.com BV* había dejado de ser su socia mayoritaria desde hacía una década.

En caso de que se concluyera que era responsable por los daños sufridos por las accionantes, sostuvo que tanto las pruebas de la sustracción de una suma de dinero como su monto consistían únicamente en manifestaciones de aquéllas, sin que se hubiera producido ninguna otra prueba de respaldo. En cuanto al *daño moral* alegado, adujo que tampoco se había demostrado su configuración ni su magnitud.

Por último, señaló que la *tasa de interés del ocho por ciento (8%) anual* que se había fijado para la porción de la condena en dólares era excesiva y se apartaba de los criterios fijados por esta Sala, por lo que solicitó que fuera reducida.

(iii) De su lado, las accionantes se quejaron del rechazo de la condena al pago de *daños punitivos* que petitionaron. Al respecto, sostuvieron que la ley no exige, para su procedencia, que la conducta de la prestadora sea gravemente culposa o dolosa. Añadieron a ello que, de todos modos, el incumplimiento de la demandada había sido grave, dado que no sólo no las había asistido para obtener un nuevo hospedaje después de ocurrido el hecho delictivo sino que, además, les había bloqueado la posibilidad de dejar una reseña en la plataforma para poder advertir a otros interesados sobre la inseguridad del alojamiento.

II. LA SOLUCIÓN.

(1.) *Thema decidendum.*

En función del contenido asignado por las partes a sus respectivos recursos, el *thema decidendum* en esta instancia se circunscribe a determinar, en primer lugar, si la accionada tiene legitimación pasiva para ser demandada por los daños que las accionantes dicen haber sufrido como consecuencia del hurto que habrían padecido



mientras se hospedaban en un alojamiento contratado a través de la web *Booking.com*. En caso de que la respuesta a ese interrogante fuera positiva, corresponderá evaluar si, con las constancias reunidas en la causa y teniendo en consideración que las consecuencias derivadas de la omisión de contestar la demanda en forma tempestiva, es posible tener por probada la sustracción de la suma de *mil novecientos dólares* (US\$ 1.900) de la habitación de las accionantes y la configuración de un daño moral como consecuencia de ese hecho, así como también la pertinencia de imponer a la demandada una condena en concepto de daño punitivo. Por último, de confirmarse que la accionada debe abonar la indemnización por daño emergente reclamada, corresponderá revisar la tasa de interés aplicable.

(2.) Legitimación pasiva de *Booking.com Argentina*.

En su memorial, la accionada planteó que no tenía legitimación pasiva para ser reclamada por el resarcimiento de los daños que las actoras habrían sufrido como consecuencia del hurto que denunciaron haber sufrido mientras se alojaban en un hospedaje contratado a través de *Booking.com*. Al respecto, aseveró que *no era la titular de esa plataforma, que no había tenido vínculo alguno con las demandadas y que no participaba de la cadena de comercialización de ese servicio*. En ese sentido, manifestó que su actividad comercial se limitaba a conectar a titulares de alojamientos ubicados en el país con la sociedad *Booking.com BV*, compañía radicada en Países Bajos y titular de la mencionada plataforma, para que, en caso de llegar a un acuerdo, esas partes celebraran entre sí un contrato que permitiera incluir esos servicios en la página web. Sostuvo que su actividad era la de un corredor y que, en esa calidad, era equiparable a cualquier otro proveedor de servicios para *Booking.com BV*, no siendo asimilable a los intermediarios contemplados en el art. 40 LDC. Añadió a ello que tampoco correspondía atribuirle responsabilidad por los hechos denunciados por aplicación del “*descorrimiento del velo societario inverso*”.

A fin de dar respuesta a la queja en análisis, cabe recordar que no se encuentra discutido que las accionantes –madre e hija- contrataron a través de la página *Booking.com* el alojamiento en “*Carmen Sol Rentals*”, ubicado en la ciudad de Playa del Carmen, Estado de Quintana Roo, Estados Unidos Mexicanos, para los días 30.8.22 al 6.9.22, donde se hospedaron junto a la pareja de la coactora *Pelú*. Las demandantes manifestaron que, al día siguiente de su ingreso en el hostel, el 31.8.22, descubrieron



que les habían hurtado algunas alhajas y la suma de *mil novecientos dólares* (U\$S 1.900) que habían dejado allí. Dijeron, también, que la caja fuerte de la habitación estaba rota y que al lugar se accedía mediante un código de ingreso, que luego descubrieron que no era cambiado con frecuencia. Explicaron que al día siguiente presentaron la denuncia ante la Fiscalía pertinente, que los titulares de la propiedad fueron indiferentes a sus reclamos y que presentaron una queja a través de *Booking.com*, lo que les permitió obtener únicamente el reembolso de lo abonado por la estadía, es decir, la suma de *trescientos noventa y dos dólares con un centavo* (U\$S 392,01). Reclamaron, en su demanda, la restitución de los dólares sustraídos, la compensación del daño moral sufrido y la imposición de una condena en concepto de daño punitivo. Corrido el traslado de esa demanda, la contestación de la accionada se tuvo por no presentada por haber sido extemporánea (fd. 112).

En su memorial, la demandada planteó que no tiene legitimación pasiva frente al reclamo de las actoras por no ser la titular del sitio *Booking.com* ni haber participado en modo alguno en la comercialización del servicio de contratación del alojamiento. En ese sentido, explicó que su función se limitaba a intermediar como corredora en la contratación entre los hoteles de Argentina y la sociedad *Booking.com BV*, quien sí era titular de la plataforma y era quien tenía contacto con los consumidores. Adujo, además, que el peritaje informático practicado en autos demostraba ese último extremo.

En este punto, resulta pertinente recordar que la *legitimatío ad causam* importa la correspondencia del derecho sustancial entre la persona que lo hace valer y contra quien se lo pretende hacer valer. La pauta para determinar la existencia de legitimación procesal está dada, en principio, por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso (esta CNCom., esta Sala A, 23.12.08, *in re “Adaka S.A. c/ Automóvil Club Argentino Asociación Civil (ACA) s/ ordinario”*; en igual sentido, CApelCCJunín, 20.6.89, *in re “Cooperativa Agrícola Ganadera de Zavalía c/ Rancho O.C.S.A. y otros”*; LL, 1989-D, 406; DJ, 1989-2-778).

Dicho en otros términos, hay falta de legitimación para obrar cuando el actor o el demandado no son las personas habilitadas por la ley para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso.



Desde tal perspectiva, la legitimación activa supone la aptitud para estar en juicio como parte actora, a fin de lograr una sentencia sobre el fondo o mérito del asunto, que puede ser favorable o desfavorable; mientras que la legitimación pasiva se vincula con la identidad entre la persona demandada y el sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida (cfr. Fenochietto - Arazi, “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 229).

Se ha dicho que en la sentencia definitiva, valorando los elementos probatorios aportados durante el transcurso del proceso, el juez debe pronunciarse acerca de la existencia o inexistencia de legitimación para obrar, aun en la hipótesis de que el demandado se haya abstenido de plantear el problema referente a la falta de legitimación, ya en oportunidad de contestar la demanda o, como en este caso, de replantearlo al tiempo de recurrir la sentencia (Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, Tº. VI, pág. 135, Abeledo Perrot, Bs. As., 1977; en igual sentido: CNCom. Sala D, 29.10.98, “*Honigman de Brandt c/ Círculo de Inversores SA de Ahorro para fines determinados s/ Ord.*”; *id.* Sala B, 4.9.95, “*Goldser SA c/ Granero Aníbal S/ Ord.*”).

En este mismo orden de ideas, también se ha dicho que cabe declarar de oficio, tanto por parte del sentenciante de grado como del tribunal de alzada, la falta de legitimación para obrar, ya que no solo es una facultad sino un deber del magistrado examinar esa legitimación, antes de analizar la fundabilidad de la pretensión incoada, en cualquier momento y aun al momento de dictarse sentencia (esta CNCom., esta sala A, 24.9.98, “*Flor de Lis SA c/ Guarneri, Juan y Otro*”; *id.*, 29.12.99, “*Madanes Mónica C/ Aluar Aluminio Argentino SA s/ Sum*”; entre otros, *id.*, Sala B, 30.11.76, “*Tarena c/ Pons s/ Quiebra*”; *id.*, Sala C, 22.2.90, “*Basf Argentina SA c/ Romero y Fernández SRL s/ Ord.*”; en igual sentido: CNCom., esta Sala A, 27.6.06, “*Castro, Alejandro c/ Xerox Arg. SA s/ Ordinario*”; *id.*, Sala E, 9.6.09, “*Lah Ukmar, Viviana c/ Miguens, Ernesto Gabriel s/ Ordinario*”).

Debe recordarse que la “*legitimación para obrar*” es la cualidad emanada de la ley para requerir una sentencia favorable respecto del objeto litigioso, que, en la mayoría de los casos, coincide con la titularidad de la relación jurídica sustancial (cfr. Colombo, Carlos, J. “*Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación - comentado y anotado*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 241).



En este sentido, tiene dicho esta Sala que la *legitimatío ad causam* es la correspondencia del derecho sustancial con la persona que lo hace valer pues la pauta para determinar la existencia de legitimación procesal está dada, en principio, por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso (CNCom., esta Sala, 28.6.07, *in re*: “*Daly y Cía S.A. s/ quiebra c/ Cadbury Schweppes Public Limited y otro*”; *id.*, 4.10.07, *in re*: “*Enrique P. Bellesi S.A. y otros c/ Eniak San Juan S.A. s/ ordinario*”; entre otros; CApelCCJunín, 20.6.89, *in re*: “*Cooperativa Agrícola Ganadera de Zavalía c. Rancho O.C.S.A. y otros*”; LL, 1989-D, 406; DJ, 1989-2-778).

Como surge no sólo de la identidad de la razón social de la demandada con el nombre de la plataforma a través de la cual las actoras contrataron el alojamiento –y con la sociedad extranjera a la que la accionada le atribuye la titularidad de esa página web- sino también de los propios términos de la defensa de *Booking.com Argentina*, la accionada no resulta ajena a la operatoria de *Booking.com BV* -a quien le atribuye la titularidad del sitio web y la intermediación entre los alojamientos y los consumidores- ni a la de la plataforma, puesto que la misma demandada sostuvo que participa de esa actividad buscando alojamientos en el país que estén interesados en ofrecer sus servicios a través de *Booking.com*. Ahora bien, reconocida esa vinculación, no existe en esta causa prueba o indicio alguno que demuestre que aquélla se encontraba limitada de esa manera ni, mucho menos, que no hubiera tenido participación directa en el ofrecimiento de los servicios a los consumidores, entre ellos, las actoras.

Como ya se apuntó, la accionada contestó extemporáneamente la demanda, por lo que no ofreció prueba alguna que pudiera sustentar su posición. No soslayo que, según sostiene en su expresión de agravios, el informe del perito informático apoyaría su postura, aunque no encuentro que ello sea así.

En efecto, las accionantes adjuntaron al pleito correos electrónicos que recibieron luego de la contratación del alojamiento y tras presentar en la plataforma la queja por el hurto que sufrieron, los que fueron peritados por el experto, quien determinó únicamente que habían sido enviados “*desde la ubicación geográfica Holanda utilizando servidores correspondientes a Booking.com BV*” (fd. 146/53). Ahora bien, de esa conclusión no puede extraerse, como lo pretende la accionada, que se hubiera comprobado que no era titular de la plataforma ni que no hubiera tenido



participación alguna en la contratación del alojamiento ni en la comercialización de ese servicio. Es que, aún cuando los correos electrónicos hubieran sido enviados desde servidores de otra sociedad –con la que la accionada admitió estar, como mínimo, relacionada comercialmente- ello no permite descartar que hubieran sido utilizados por la aquí demandada. Por otra parte, e incluso si se admitiera que esas comunicaciones fueron efectivamente remitidas por otra compañía, ello tampoco permitiría descartar que el sitio web fuera administrado por la aquí accionada o que, aún cuando no lo fuera, esta última haya tenido participación en la comercialización del servicio de ofrecimiento de alojamientos turísticos.

Por el contrario, admitida por la demandada su participación en el giro comercial de la accionada y ante la ausencia absoluta de pruebas o indicios que pudieran acreditar que aquélla se encontraba limitada del modo expuesto en el memorial, cabe considerarla integrante de la cadena de comercialización del servicio de intermediación para la contratación de hospedajes en los términos del art. 40 LDC y, en virtud de la responsabilidad solidaria allí dispuesta por los daños sufridos como resultado del riesgo de la prestación de ese servicio, con legitimación pasiva para enfrentar el presente reclamo.

Por las razones hasta aquí expuestas, corresponde desestimar la queja en estudio y confirmar la sentencia apelada en cuanto consideró que la demandada tenía legitimación pasiva en este pleito.

(3.) Ocurrencia del hecho delictivo denunciado por las actoras.

Responsabilidad de la demandada por los daños que de aquél se derivasen.

La demandada cuestionó, también, que se hubiera considerado probada la ocurrencia del hurto denunciado. En ese sentido, resaltó que las actoras no habían producido prueba alguna en ese sentido y que la falta de contestación de la demanda no implicaba el reconocimiento de los hechos ilícitos allí invocados. Planteó, asimismo, que, incluso si aquél se considerara acreditado, la responsabilidad por los daños que hubiera producido a las actoras no le era atribuible dada su ajenidad con la contratación del alojamiento.

A fin de abordar esta cuestión encuentro pertinente comenzar por recordar que la demanda debe ser comunicada al demandado a efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, a cuyo fin se ordena su traslado por un plazo determinado. Ahora



bien, la orden de traslado de la demanda contiene un doble imperativo judicial: se trata al mismo tiempo de una *citación* y de un *emplazamiento*. En efecto, se *cita* al demandado para que comparezca al juicio y, simultáneamente, se lo *emplaza* para que conteste la demanda, pudiendo ser las consecuencias en uno y otro caso diversas (Carli, Carlo, *La demanda civil*, Lex, La Plata, 1977, págs. 121/2).

Por ello, la orden de traslado de la demanda se exterioriza mediante una notificación que tiene una naturaleza compuesta, puesto que se trata de un *acto citatorio*, en tanto cita al demandado a comparecer al juicio bajo apercibimiento de poder ser considerado rebelde, si así lo pide la contraparte, y un *acto emplazatorio*, en el que se le otorga al accionado un plazo para el ejercicio de su derecho de oposición o de contradicción y para contestar la demanda (Carli, Carlo, *La demanda...*, op. cit., pág. 122).

Por su parte, el art. 365 CPCCN impone a los demandados la carga de *contestar la demanda* de la que se les ha corrido traslado y prevé que, en caso de incontestación -sea por parte de un demandado contumaz o por parte de uno presentado en el pleito-, esa conducta tendrá consecuencias: en primer lugar, la norma establece que el juez podrá estimar ese silencio como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos alegados en el inicio; y en segundo término, que el sentenciante tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso, los documentos adunados a ella.

En efecto, a quien: (i) no haya cumplido con la citación a comparecer al juicio que importa el traslado de la demanda así como a quien, habiendo comparecido, (ii) no la hubiera respondido en el plazo otorgado por la citación, (iii) lo hiciera omitiendo expedirse sobre la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyan o la recepción de las cartas a él dirigidos o (iv) se manifestara sobre ello con evasivas, se le tendrán por reconocidos o recibidos los documentos en cuestión, según sea el caso, por lo que esas actitudes no son ya una fuente de *presunción judicial* sino que tienen el carácter de *reconocimiento ficto* de la documental. De esa manera, se advierte que la incontestación de la demanda tiene efectos diversos con respecto a los hechos y a los documentos presentados por el actor. En el caso de los *hechos* alegados en la demanda, como ya se apuntó, habiendo el accionado omitido su contestación o habiéndole hecho de forma incompleta o con evasivas, queda librado al arbitrio judicial



valorar tales actitudes de acuerdo con los elementos de convicción que la causa ofrezca, añadiendo el art. 60 CPCCN que, en caso de rebeldía y si hubiera duda sobre la veracidad de los hechos, habrá una presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por la actora. En cambio, frente a la incontestación de la demanda y en punto a los *documentos* aportados con la demanda, el juez debe, sin más, tener por reconocidos o recibidos los documentos de que se trate (Palacio Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, t. I, 4ª ed., Abeledo Perrot, 1973, págs. 279 y 414).

Existe, pues, una diferencia relativa a los efectos que produce el silencio según se trate de hechos o de prueba documental, pues mientras el CPCCN deja librada al arbitrio judicial la declaración del reconocimiento de los *hechos* expuestos en la demanda, impone al juez esa declaración cuando se trata de *documentos* o de la recepción de cartas o telegramas. Así, mientras la falta de contestación de la demanda produce una presunción simple o judicial de los hechos alegados en la demanda, por lo que para acoger la demanda será necesario que aquéllos sean corroborados por otros medios de prueba, si la totalidad de la prueba apta para resolver el litigio es documental y el accionado se abstuvo de contestar la demanda, el silencio adquiere fuerza de admisión y, siempre que la pretensión sea ajustada a derecho, debe ser acogida (Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. IV, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990, pp. 170/1).

Así, la sanción para el supuesto de que no haya una respuesta categórica acerca de los *documentos* es más grave que la referente a la de los *hechos*: el juez deberá tenerlos por reconocidos o recibidos. Ese efecto concordaba con lo dispuesto en el art. 1031 CCiv, que estipulaba que la persona contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, tenía la carga de declarar si la firma era o no suya y que, una vez reconocida la firma del documento, se presumía la autenticidad de su contenido (art 1036 CCiv.; Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1999, p. 314). En igual sentido, actualmente el art. 314 CCyC impone a la persona frente a quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye el deber de manifestar si ésta le pertenece y, si no lo hace, su silencio permitirá atribuirle la autoría de acuerdo a lo establecido en el art. 263 CCyC (D'Alessio, Carlos M. en comentario al art. 314 CCyC, Lorenzetti, Ricardo L (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. II, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2015 p. 225).



De esa manera, si los documentos son atribuidos al accionado, aquél tiene la carga de efectuar una manifestación expresa sobre su autenticidad, derivándose de su admisión que se los tenga como válidos *iure et de iure* (Falcón, Enrique, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. III, Abeledo Perrot, Bs. As., 1984, p. 81). La omisión de contestar la demanda impide luego al accionado controvertir los hechos lícitos referidos en el escrito inicial y la documental pertinente con los alcances que el art. 356, inc. 1, CPCCN establece, habiendo precluido además la oportunidad para reeditar cuestiones definitivamente decididas en el proceso, como las que podrían argumentarse en orden a la naturaleza de un convenio celebrado (Highton, Elena – Areán, Beatriz, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. 7, Hammurabi, 2007, p. 9).

En el caso, las accionantes no sólo aseveraron en su demanda que habían sido víctimas de un hecho ilícito en el alojamiento contratado, sino que, además, sostuvieron que la ocurrencia de ese hecho ya había sido admitida por la intermediaria, quien había gestionado la devolución del dinero pagado por la estadía. Esta última afirmación no sólo se halla respaldada por la presunción simple derivada de la falta de contestación temporánea de la demanda a la que ya se hiciera referencia, sino que, además, se encuentra confirmada por el peritaje informático producido en la causa.

Como ya se mencionó, el experto constató la veracidad del correo electrónico remitido desde los servidores de *Booking.com BV* el 1.9.22, en el que, si bien no se hace referencia al hecho en sí mismo, se ofrece una disculpa a la coactora *Pelú* por “*todos los inconvenientes que esta situación [le] ha causado*”, agregando que “*lamenta[ban] que una cliente como [ella] tuviera que pasar por esto*”. Además, se agradecía el envío de la información acerca del caso y se le aseguraba que, “*si pasadas las 24 horas que les damos para responder el hotel no ha emitido una respuesta acerca de la compensación, se escalaría la situación para iniciar un proceso de compensación de nuestra parte*. De igual manera seguimos en espera de una respuesta de parte del hotel sobre la solicitud de cancelación sin cargos” (fd. 146/53), admitiéndose de ese modo de manera expresa la responsabilidad de la plataforma por los daños sufridos por las actoras. Por otra parte, se adjuntó a la demanda una copia de la denuncia presentada el 1.9.22 ante la Unidad de Atención Temprana de la Fiscalía General del Estado de



Quintana Roo en la que se relató el hecho ocurrido (fd. 4/14), aún cuando no se produjo ninguna prueba adicional sobre la veracidad de ese documento.

En ese contexto, encuentro que, del análisis de la prueba producida y tomando en consideración la presunción derivada de la conducta procesal asumida por la accionada, es posible concluir que se encuentra demostrado que las actoras sufrieron un hurto mientras se alojaban en el hospedaje contratado a través de la plataforma *Booking.com* y que, incluso, la responsabilidad de los daños sufridos por ellas como consecuencia de ese hecho fue asumida por la administradora del sitio.

Establecido ello, admitida por la propia demandada su participación en la operatoria de intermediación en la oferta de alojamientos realizada a través de *Booking.com* y no habiéndose probado que aquélla se hubiera restringido a una actividad de corretaje, como alegó en su memorial, cabe concluir que la accionada es responsable frente a las consumidoras afectadas por los daños padecidos durante su estancia en el alojamiento contratado en la plataforma *Booking.com* de acuerdo con lo previsto en los arts. 5 y 40 LDC, dada su intervención en la cadena de comercialización del servicio en cuestión.

En ese sentido, cabe señalar que los prestadores y proveedores son responsables por los defectos de los productos y servicios que prestan y por el incumplimiento contractual de los deberes de seguridad y garantía, los cuales exigen a aquéllos suministrar los productos en condiciones tales de: **(a.)** resultar satisfactorios para el interés del consumidor, y **(b.)** no producir daños al consumidor, ni en su persona, ni en sus bienes (esta CNCom., esta Sala A, 30.8.11, *in re*: “Rodríguez Marcelo Alejandro c/ Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ Ordinario”, Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales. Parte General”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, Tº I, pág. 283).

El deber de seguridad se encuentra consagrado en los artículos 5 y 6 LDC, en tanto que una “obligación tácita de garantía” surge implícitamente de la regla de la *buena fe*, establecida en el art. 9 CCyC. La obligación de garantía es una especie de las llamadas *obligaciones de resultado* y por ello su cumplimiento genera una *responsabilidad objetiva* (esta CNCom., esta Sala A, 30.8.11, *in re*: “Rodríguez...”, cit. *ut supra*; *idem*, Stiglitz, Rubén S., “Contratos Civiles y Comerciales...”, op. cit., Tº II, pág. 283).



Por otro lado, el art. 40 LDC establece que “*si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio*”, responsabilidad ésta que es “*solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan*” y en el entendimiento de que “*sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*”. Esta norma abandona el régimen de la responsabilidad basada en la *culpa*, ya que éste resulta inadecuado y desprotege a la víctima al recaer sobre ella la carga de la prueba, siguiendo de este modo los postulados del nuevo derecho en materia de daños que, con una concepción más solidarista, centra la atención en el daño injustamente sufrido por sobre la conducta del dañador (esta CNCom., esta Sala A, 30.6.10, *in re: “Novoa Claudia Marcela c/ Taraborelli Automobile S.A. y otro s/ Ordinario*”; *idem*, Ghersi, Carlos Alberto, “*Derechos y Responsabilidades de las Empresas y Consumidores*”, la colaboración de Cecilia Weingarten, Ed. Organización Mora Libros, Buenos Aires, 1994, págs. 118/119).

Así, el hecho delictivo que sufrieron las actoras mientras se alojaban en el hospedaje contratado a través de *Booking.com* implicó el incumplimiento de ese deber de seguridad impuesto por el art. 5 LDC, debiendo la demandada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40 LDC y en su condición de integrante de la cadena de comercialización de ese servicio, responder de manera objetiva por los daños que en definitiva se constataren, siendo por ello irrelevante lo invocado por esta última en su expresión de agravios sobre la diligencia puesta en la resolución de la queja que presentaran luego del hecho.

Por todo ello, corresponde desestimar las quejas de la accionada, relativas a la supuesta inexistencia de pruebas del hecho dañoso alegado y a su ausencia de responsabilidad, y confirmar la sentencia apelada en cuanto la condenó a resarcir los daños sufridos por las demandantes, cuya admisión será revisada, dados los agravios presentados por ambas partes, en los apartados subsiguientes.

(4.) Daño emergente. Tasa de interés.

La demandada objetó la condena al pago de *mil novecientos dólares* (USD 1.900), o su equivalente en pesos de acuerdo con el valor del “*dólar MEP*”, por considerar que no se había probado ni la ocurrencia del hurto ni la cantidad de dinero



sustraída. Cuestionó, también, la tasa del ocho por ciento (8%) anual a la que se dispuso se calcularan los intereses sobre ese capital de condena por considerarla excesiva.

Como ya se explicó en el apartado anterior, no sólo debe concluirse que la accionada aceptó el hecho de que la ocurrencia del delito ya había sido reconocida en los intercambios que las actoras tuvieron por correo electrónico con la plataforma de acuerdo con lo previsto en el art. 356 CPCCN, sino que, además, el peritaje informático producido en la causa respaldó esa versión de los hechos expuesta en la demanda, por lo que la queja de la accionada relativa a esa cuestión debe ser desestimada.

En cuanto a la extensión del daño emergente de ese hurto, es cierto que no se aportaron a la causa pruebas directas de la cantidad de dinero que las demandantes llevaban consigo ni de que aquél hubiera sido sustraído en el hecho. Ahora bien, por un lado, que las accionantes hubieran tenido la suma de *mil novecientos dólares* (USD 1.900) entre sus pertenencias durante el viaje constituye un hecho lícito sobre el que, también, pesa una presunción de veracidad derivada de la incontestación de la demanda. Por otro lado, encuentro que esa afirmación resulta, además, verosímil, en tanto es habitual que los viajeros lleven dinero en efectivo para pagar sus gastos durante el viaje, siendo razonable la suma invocada en la demanda para cubrir los costos e imprevistos para tres (3) personas en un viaje de una semana, tal la extensión de la estadía contratada, representando esa suma menos de *cien dólares* (USD 100) diarios por viajante. En punto a la ausencia de pruebas de que esa suma hubiera sido sustraída efectivamente en el hecho delictivo, lo cierto es que, encontrándose admitida la ocurrencia de este último, en sí mismo, resultaría excesivamente riguroso exigir pruebas concluyentes sobre cuáles fueron concretamente los elementos tomados por los delincuentes, siendo verosímil que, de haber estado ese dinero en ese lugar, estos últimos se lo hubieran llevado consigo.

En cuanto al agravio de la demandada con respecto a los *intereses* que deberán computarse sobre ese capital, fijada por el juez *a quo* en el ocho por ciento (8%) anual, señálase que actualmente las Salas de este Tribunal adoptaron de manera uniforme el criterio de aplicar, para este tipo de deudas, una tasa del *seis por ciento (6%) anual*, de modo que corresponde reducir a dicho porcentaje el cómputo de los réditos establecidos en la sentencia, los cuales se devengarán desde el 31.8.22 –fecha en



que ocurrió el hurto- y hasta el efectivo pago, conforme fuera incontrovertidamente dispuesto en el mencionado fallo.

Por esas razones, deben desestimarse las quejas en estudio relativas a la admisión y cuantía del rubro en análisis, confirmándose lo resuelto en la sentencia apelada en cuanto admitió la indemnización por daño emergente requerida, condenando a la demandada al pago de la suma de *mil novecientos dólares* (USD 1.900) o su equivalente en pesos a valor “*dólar MEP*”, sin que esa forma de establecer el resarcimiento hubiera sido cuestionada por la accionada, y admitirse, en cambio, el agravio de la parte demandada vinculado al interés aplicable sobre ese capital, reduciéndose la tasa de interés sobre el monto de condena en dólares al *seis por ciento* (6%) anual.

(5.) Daño moral.

En su memorial, la demandada criticó, asimismo, la admisión de la indemnización por daño moral reclamada en la demanda. Fundó su queja en que aquel rubro era improcedente porque era ajena a los hechos denunciados, carecía de legitimación pasiva para el reclamo y no le era aplicable la responsabilidad prevista en el art. 40 LDC.

En primer término, cabe recordar que se ha dicho que, para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral: para que así sea, es menester alegar y probar –razonablemente– la modificación disvaliosa del espíritu, de querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio (esta CNCom., Sala D, 26.5.87, “*Sodano de Sacchi c/ Francisco Diaz S.A. s/ sumario*”). Es que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (esta CNCom., Sala B, 12.8.86, “*Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cia. de Seguros s/ ordinario*”).

En el caso, al motivar la queja vinculada a la admisión del rubro indemnizatorio en análisis, la accionada se limitó a reiterar las mismas objeciones que



expuso en su memorial para solicitar la revocación de la sentencia condenatoria dictada en la anterior instancia -i.e., su falta de legitimación pasiva, su ajenidad a la contratación que dio lugar a los daños alegados por las actoras y a la cadena de comercialización del servicio prestado por la plataforma *Booking.com*-, argumentos que ya fueron desestimados en los apartados anteriores por los fundamentos allí expuestos.

En esas condiciones, no habiendo la demandada presentado otros argumentos que quepa considerar para evaluar la pertinencia de la indemnización en estudio, debe desestimarse la queja de la accionada y confirmarse la sentencia apelada en cuanto la condenó al pago de la suma de *tres millones de pesos* (\$3.000.000) en concepto de daño moral, la que devengará intereses calculados a la tasa activa que cobra el *Banco de la Nación Argentina* para sus operaciones de descuento a treinta (30) días desde la fecha de ese pronunciamiento y hasta el efectivo pago, como fue incontrovertidamente establecido por el juez *a quo*.

(6.) Daño punitivo.

De su lado, las demandantes criticaron que se hubiera desestimado la condena al pago de daños punitivos que pretendieron en su demanda. Al respecto, sostuvieron que la ley no exigía que el incumplimiento fuera especialmente gravoso o doloso para la procedencia de la multa civil y señalaron que, de todos modos, el magistrado no había tomado en consideración que, además de incumplir su deber de seguridad, la accionada no las había asistido en la búsqueda de otro alojamiento y les había impedido que publicaran su experiencia en el alojamiento en la plataforma, lo que serviría para que otros potenciales consumidores pudieran estar advertidos de la mala seguridad del hospedaje.

(i.) A los fines de ingresar en el tratamiento de la procedencia de la pretensión de marras, corresponde efectuar ciertas precisiones en cuanto al instituto del “*daño punitivo*”, así como en los presupuestos necesarios para la procedencia de tal sanción en el derecho argentino.

Se trata de un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de “*punitive damages*” (también, “*exemplary damages*”, “*non compensatory damages*”, “*penal damages*”, “*aggravated damages*”; “*additional damages*”, etc.) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y recientemente, entre nosotros,



traducido literalmente al español como “*daños punitivos*” –aunque comparto que tal denominación resultaría objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no, el daño en sí mismo, tal como acota Pizarro (“*Derecho de Daños*”; Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993, pág. 291, nota 7)-.

En algunos de los países anglosajones, se ha interpretado que consiste en una cantidad económica que debe desembolsar el responsable de un daño no para compensar al demandante –víctima del perjuicio sufrido– sino con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante, constituyendo así una especie de “*pena privada*” para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (véase, P. Salvador Cordech; “*Punitive Damages*”, Indret, septiembre de 2001; E. D’Alessandro; “*Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*”, *Rivista di diritto civile*, 2007, I, pág. 384 y ss; R. Pardolesi; “*Danni punitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?*”, *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pág. 341 y ss.). Cabe acotar, que se ha señalado, muchas veces, que las cifras que en los Estados Unidos y en Reino Unido se conceden como “*daños punitivos*” alcanzan proporciones muy significativas y que su impacto social es enorme, de ahí que para su reconocimiento internacional, las sentencias con condenas de este tipo hayan sido sometidas a “*tests de proporcionalidad*” y “*tests de vinculación espacial*” (véase al respecto: Alfonso Luis Calvo Caravaca – Javier Carrascosa González; “*Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*”, Ed. Comares, Granada 2008, pág. 68/9).

Entre nosotros el “*daño punitivo*” ha sido definido como las sumas de dinero que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que estén destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón D.; “*Derecho de Daños*”; Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993, pág. 291).

Dicho instituto, como se ha dicho, participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores en los que se condene en calidad de “*daños y perjuicios*” y se encuentra destinada, en nuestra regulación, en



principio, al propio damnificado. Esta pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también, al castigo y al desbaratamiento, a futuro, de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (véase, en esta línea, CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27.05.2009, *in re*: “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina*”).

Así, se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones, a saber: *a)* sancionar al causante de un daño inadmisibile; *b)* hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y *c)* prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición (conf. Trigo Represas, Félix; “*La responsabilidad ...*”, *supra* citado).

En el mismo sentido, ha sido dicho que la finalidad de los daños punitivos es: *a)* punir graves inconductas; *b)* prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción; *c)* reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; *d)* reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; *e)* proteger el equilibrio del mercado (conf. Pizarro, Ramón D.; “*Derecho...*”; obra *supra* citada, pág. 302/4).

En la jurisprudencia norteamericana esta figura ha encontrado debido cauce dentro de las llamadas “*class actions*”, que se han convertido en el ámbito apropiado para el tratamiento de las cuestiones relativas a casos de responsabilidad donde los daños resultan agravados por la proyección social y la magnitud del perjuicio que causan (véase la referencia al litigio del Exxon Valdez en “*Manual for Complex Litigation, Third*”, Federal Judicial Center, Washington DC 1995, pág. 325), éste resulta, quizás un quicio más razonable para la eventual indemnización que el destino individual del beneficio, a poco que se reflexione sobre la teleología disuasoria y ejemplificadora que inspira la razón de ser del resarcimiento en cuestión.

Ahora bien, los “*daños punitivos*”, hasta hace no mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), mediante dicha normativa se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

La referida norma prevé frente, “*al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, que 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". Se dispone también que *"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"* (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

Pues bien, efectuadas las breves precisiones precedentes en punto al instituto en cuestión, cabe determinar cuáles son los presupuestos que deben requerirse como necesarios para autorizar a conceder una indemnización adicional por dicho concepto.

En ese cometido, debe aclararse, en primer lugar, que si bien, para la procedencia del *"daño punitivo"* la literalidad de la norma sólo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento (conf. CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, *in re*: *"Machinandiarena..." supra* citado), lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.

Asimismo, cabe señalar que el consenso dominante sobre la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es el de que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el *"dolo o la culpa grave"* del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un *menosprecio grave* por derechos individuales o de incidencia colectiva (véase: Trigo Represas, Félix; *"La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor"*, La Ley On Line; Stiglitz Rubén – Pizarro Ramón; *"Reformas a la ley de defensa del consumidor"*, LL, 2009-B, 949).

De otro lado, debe destacarse que, en términos generales, cuando los precedentes se refieren a la existencia de *"culpa grave"*, se trata de aquella que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todo el mundo habría juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con



la voluntad consciente más que con el simple descuido (esta CNCom., esta Sala A 06.12.07, *in re*: “Valiña Carlos c/ Mercantil Andina Cía de Seguros S.A. s/ ordinario”).

Esta postura de que el “*daño punitivo*” no resulta aplicable en cualquier supuesto, también puede ser observada entre los fundamentos esgrimidos durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la normativa en cuestión, donde se ha expresado que “*con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad*” (véase “*Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.361. Defensa del Consumidor*”, Ed. La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 369).

En esa misma dirección, se ha sostenido que “*resulta contrario a la esencia del daño punitivo y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales*” (conf. Cam. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial; 04.06.10, *in re*: “*De la Cruz Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y otra*”; López Herrera, Edgardo; “*Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor*”, JA 2008-II 1201). Para reconocer “*daños punitivos*” hace falta, se reitera, el elemento “*doloso o la culpa grave*”.

Por otro lado, nótese que en el derecho anglosajón se ha exigido para que este resarcimiento proceda un *grave reproche* subjetivo en la conducta del dañador y un particular y significativo proceder que es mucho más que una mera negligencia en la comisión del hecho ilícito (*tort*), en efecto, deben existir circunstancias agravantes relativas a ese obrar que demuestren temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia (conf. Pizarro, Ramón “*Derecho...*”; citado *supra*, pág. 298).

En los precedentes que han gestado esta figura, se ha admitido su procedencia, por ejemplo, cuando ha quedado demostrada la existencia de un cálculo de probabilidades de costo-beneficio de parte del autor del ilícito, en torno a que sería más barato indemnizar a los eventuales damnificados, que los gastos necesarios para corregir el mismo (véase “*Grimshaw vs. Ford Motor Company*” 1981, 174 Cal, Rptr 376).

En la jurisprudencia norteamericana, para la aplicación de este tipo de condena en materia de daños causados por productos elaborados se exige para su



procedencia que: a.) existan fallas acerca de la utilización o riesgos del producto; b.) aparezcan fallas de fabricación después de la venta; c.) se constaten deficiencias por inadecuados controles de calidad (véase referencia a los fallos “*Lipke vs. Celotex Corp.*” “*Grimshaw vs. Ford Motor Co.*” y “*Deemer vs. A. Robins Co.*” en Pizarro Ramón; “*Derecho...*”, obra *supra* referida, pág. 326/9).

También se ha señalado como exigencia de su procedencia la “*existencia de lesión o daño*”, incluso se ha dicho que deberían exigirse, daños susceptibles de reparación (patrimoniales y extrapatrimoniales).

En esta línea, se ha señalado que, en principio, este resarcimiento no resultaría aplicable en cuestiones vinculadas con incumplimientos contractuales, aunque, en general, se admite su procedencia excepcional cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio (conf. Pizarro Ramón; “*Derecho...*”, obra *supra* referida, pág. 301). En nuestro medio, este ámbito está expresamente previsto en el artículo 52 *bis* Ley 24.240.

En conclusión, la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisibles con eventual proyección social y hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración.

Sobre la base de todo lo hasta aquí expresado, debe concluirse pues, en que la mención que realiza el artículo 52 *bis* de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del “*incumplimiento de una obligación legal o contractual*” debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño debiendo haberse verificado que el agente dañador ha actuado con “*dolo*” o “*culpa grave*”, o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados.

Es que, no puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad y que apunta a la clara finalidad de sancionar



graves inconductas y *a prevenir su repetición*, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger al equilibrio del mercado.

El “*daño punitivo*” traído a nuestra legislación no puede pues, ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que agrava, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así pues, cabe solo en el debido contexto que justifique concederlo.

(ii.) Ahora bien, con independencia de ello, la existencia de dolo o culpa grave en cabeza del proveedor si bien constituye un presupuesto necesario para la aplicación de una multa civil en concepto de daño punitivo, no resulta suficiente a tales efectos, sino que debe sumarse a ese factor subjetivo y a la gravedad de la falta, la verificación de una conducta que traduzca una particular desaprensión del prestador por las consecuencias de su incumplimiento. En otras palabras, la constatación de un incumplimiento doloso o gravemente culposo del proveedor o prestador de sus obligaciones en el marco de una relación de consumo no basta por sí sola para justificar la imposición de una condena en concepto de daño punitivo, sino que es menester que, además de ese factor de imputación subjetivo, el incumplimiento alcance por su gravedad o relevancia, un nivel de trascendencia social o colectiva que amerite la necesidad de aplicar un castigo ejemplificador adicional al resarcimiento del daño ocasionado.

Ello así porque, debe reiterarse, que una sanción de este tipo sólo es procedente, a tono con su finalidad sancionatoria, cuando se trata de casos de una particular gravedad que trasluzcan una gran indiferencia o menosprecio del proveedor por los derechos ajenos que deba ser castigada, como acontece, por ejemplo, cuando se constaran incumplimientos reiterados de igual índole por parte del mismo proveedor.

Por otra parte, teniendo en consideración el objetivo disuasorio buscado por la norma, es menester que esa conducta importe, además, un beneficio económico para el incumplidor, sea por la obtención de un ingreso mayor al que le correspondía o por el ahorro de costos en la producción del bien o prestación del servicio, que deba ser impedido mediante la imposición del pago de una suma de dinero adicional a los resarcimientos debidos a fin de neutralizar ese efecto beneficioso para el proveedor o prestador derivado de su propia inconducta, desincentivando su reiteración en el futuro.



Por eso es –en suma- que no todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se debe tratar de casos de particular gravedad, o que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando meramente aspectos económicos.

(iii.) En el caso, no hay elementos que permitan concluir que la demandada hubiera incurrido en una conducta que pudiera considerarse gravemente culposa ni, mucho menos, que hubiera tenido como objetivo causarle a las accionantes un perjuicio para obtener un beneficio económico.

En efecto, de acuerdo con la propia hipótesis presentada por las accionantes en su demanda, el delito habría podido perpetrarse por la conducta negligente de la administradora del hospedaje, que no habría tomado la precaución de cambiar la contraseña de acceso al alojamiento luego de cada cambio de huéspedes ni, tampoco, habría mantenido en adecuadas condiciones de funcionamiento la caja fuerte instalada en la propiedad. Es claro que ninguna de esas cuestiones es de injerencia de la aquí accionada, aún cuando sea responsable frente a las consumidoras por el daño que sufrieran como consecuencia de ellas dada la responsabilidad objetiva y solidaria derivada de los arts. 5 y 40 LDC.

Por otro lado, el peritaje informático practicado corroboró que, habiéndose cancelado la reserva en el sitio *Booking.com*, las demandadas no tenían la opción de publicar su reseña de la estancia en el alojamiento donde ocurrieron los hechos, lo que les impedía advertir a otros viajeros sobre lo ocurrido. Ahora bien, tampoco se demostró, ni puede ello inferirse de las circunstancias del caso, que esa situación haya sido deliberadamente creada por la demandada para ocultar lo ocurrido, como lo sugieren las accionantes, desentendiéndose de los daños que pudieran sufrir hipotéticos futuros huéspedes. En cuanto a la alegada ausencia de asistencia en la búsqueda de un nuevo alojamiento, no se demostró que esa ayuda hubiera sido requerida por las actoras y negada por la accionada.

Por esos motivos, corresponde desestimar el agravio de las accionantes y confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la aplicación de daños punitivos.

(7.) Costas de ambas instancias.

Habida cuenta que la conclusión a la que se arribara con respecto a la pertinencia de *reducir del ocho por ciento (8%) anual al seis por ciento (6%) anual* la



tasa de interés según la cual se calcularán los réditos sobre el resarcimiento por daño emergente implica la revocación parcial del pronunciamiento apelado, ello determina que deba quedar sin efecto la distribución de costas efectuada en la anterior instancia y corresponde a este Tribunal expedirse sobre este particular en orden a lo previsto por el art. 279 CPCCN.

En ese emprendimiento, sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Y si bien es ésta una regla general de la que es factible apartarse ya que la ley también faculta al juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss.), para que ello proceda es menester que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiera un apartamiento de la mentada regla general (Colombo, Carlos y Kiper, Claudio, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. I, p. 491).

Comenzando por las costas derivadas de la tramitación de la causa en la anterior instancia, si bien es cierto que la demanda fue admitida por una porción de lo que se pretendió, habiéndose desestimado la condena por *daño punitivo* requerida, no menos cierto es que las accionantes resultaron victoriosas en lo sustancial del pleito, esto es, en la existencia de responsabilidad de la demandada por los daños que sufrieron como consecuencia del hurto del que fueron víctimas mientras se alojaban en un hospedaje contratado a través de la plataforma *Booking.com*. En esas condiciones, corresponde que sea la accionada quien soporte los gastos del pleito de la anterior instancia en su condición de parte sustancialmente vencida.

Con respecto a los costos derivados de la sustanciación de la *litis* ante esta Alzada, si bien se rechazó el agravio expuesto por las accionantes frente a la desestimación de la condena al pago de daños punitivos a la vez que se admitió la queja de la demandada relativa a la tasa de interés que debía aplicarse sobre la condena en dólares, la que se redujo, esta última reeditó en esta etapa el debate central del pleito,



vinculado a la ocurrencia del hecho y su responsabilidad por los daños derivados de aquél, habiendo resultado también en esta instancia vencida en tales aspectos medulares de la controversia. En ese marco, encuentro que también en esta etapa del juicio la accionada resultó sustancialmente perdedora, por lo que deberá igualmente cargar con las costas de Alzada.

En este punto cabe referir que se comparte el criterio jurisprudencial que propugna, en las acciones de daños y perjuicios, la imposición de costas a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo a una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones hayan progresado parcialmente con relación a la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom., esta Sala A, 02.10.08, *in re: "Vázquez Daniel Horacio c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ ordinario"*; *id.*, 6.10.89, *in re: "Cichelli, José c/ Hilu Hnos. S.A."*; *id.*, 31.3.93, *in re: "Pantano Ventura c/ España y Río de la Plata Cía. Argentina de Seguros s/ sumario"*; *id.*, 8.11.02, *in re: "Stagno, Carlos Alberto c/ Banco Río de la Plata S.A. s/ ordinario"*, entre muchos otros).

III. CONCLUSIÓN.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, propongo entonces al **Acuerdo**:

- (a) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por las accionantes,
- (b) Admitir, en cambio, parcialmente el interpuesto por la demandada, y en consecuencia,
- (c) Modificar la sentencia apelada únicamente en lo atinente a la tasa a la que deberán calcularse los intereses devengados sobre la indemnización por daño emergente, que se fija en el *seis por ciento (6%) anual*, confirmándolo en todo lo demás que fue materia de agravios, y, por último;
- (d) Imponer las costas de ambas instancias a la accionada en su condición de parte sustancialmente vencida (arts. 279 y 68 CPCCN).

Así voto.

Por análogas razones el Señor Juez de Cámara, *Doctor Héctor Osvaldo Chómer*, adhiere al voto anterior.

Con lo que terminó este Acuerdo.

IV. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se **RESUELVE**:



(a) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por las accionantes,
(b) Admitir, en cambio, parcialmente el interpuesto por la demandada, y en consecuencia,

(c) Modificar la sentencia apelada únicamente en lo atinente a la tasa a la que deberán calcularse los intereses devengados sobre la indemnización por daño emergente, que se fija en el *seis por ciento (6%) anual*, confirmándolo en todo lo demás que fue materia de agravios, y, por último;

(d) Imponer las costas de ambas instancias a la accionada en su condición de parte sustancialmente vencida (arts. 279 y 68 CPCCN).

Notifíquese a la Sra. Fiscal y a las partes y devuélvase a primera instancia. Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 136 de Acuerdo Comerciales-Sala A.

Sólo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional).

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 26.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ.

Héctor Osvaldo Chómer

Alfredo A. Kölliker Frers

Valeria C. Pereyra
Prosecretaria de Cámara

