

La lesión del derecho a la intimidad de la nieta justifica el rechazo de la solicitud de la abuela de obtener un régimen de comunicación

Comentario al caso “S. M. B. c. A. C. s/ régimen de comunicación”

por MARÍA BIBIANA NIETO

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LOS HECHOS DEL CASO. – III. ANÁLISIS DEL FALLO. – IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA.

I. Introducción

El Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) expresa la importancia que tiene para los países firmantes la familia y la tutela de los niños. Allí se recuerda que, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. También se afirma “el convencimiento de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Además, se reconoce “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. En definitiva, se subraya que la familia es el lugar más apropiado para el desarrollo y crecimiento de las personas.

En este horizonte, el derecho de comunicación de los parientes con el niño se protege en tanto y en cuanto contribuye al desarrollo integral y armónico del menor de edad. La CDN –de jerarquía constitucional– establece en el artículo 8.1: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. También se encuentra indirectamente contemplada esta potestad, en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, al determinar que la ley establecerá la protección integral de la familia. En este sentido, facilitar la relación y trato entre parientes coadyuva a esa finalidad⁽¹⁾. Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación⁽²⁾ prevé el derecho de comunicación en los arts. 555⁽³⁾,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *Responsabilidad parental: La privación de la patria potestad en los tiempos de la responsabilidad parental*, por ROSALÍA MUÑOZ GENESTOUX, EDFA, 5/-16; *Negativa al reconocimiento filial: ¿Posible privación a la responsabilidad parental?*, por MARÍA MILAGROS BERTI GARCÍA, EDFA, 58/-21; *Fijación de un régimen de visitas de alcance tecnológico o virtual*, por OSVALDO O. ÁLVAREZ, ED, 232-124; *La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por DANIEL HUGO D'ANTONIO, EDFA, 61/-15; *Responsabilidad parental: titularidad y ejercicio*, por ADRIANA N. ABELLA y SEBASTIÁN E. SABENE, EDFA, 69/-13; *Lo que deja la jurisprudencia en responsabilidad parental a casi un año de vigencia del nuevo Código Civil y Comercial*, por URSULA C. BASSET, EDFA, 72/-26; *La obligatoriedad del calendario de vacunas. El interés superior del niño, la autonomía familiar y la responsabilidad parental*, por JOSEFINA B. ETIENOT, ED, 283-702; *Cuidados paliativos y principios bioéticos en tiempos de pandemia*, por JUAN BAUTISTA ELETA, ED, 287-862; *La pandemia por el coronavirus y sus consecuencias sociales: ¿puede generar un replanteo del paradigma jurídico sobre el matrimonio y la familia?*, por JUAN B. GONZÁLEZ SABORIDO, ED, 288-1158; *El sistema de promoción y protección integral de niñas, niños y adolescentes en épocas de pandemia*, por SARA CÁNEPA, MARÍA DONATO, LAURA TAFFETANI, GISELDA EZEIZA, FABIANA ROGLIANO y BEATRIZ PEUTTI, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 94; *Las personas vulnerables, más vulnerables aún en los tiempos de pandemia del COVID-19*, por URSULA C. BASSET y CAMILA BRUGNONI, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 95; *El cuidado personal de los hijos en tiempos de pandemia*, por ADRIANA N. KRASNOW, Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 94. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Cfr., Mizrahi, Mauricio Luis, “Régimen de comunicación del niño con parientes y allegados” en Calvo Costa, Carlos A. (Dir.), *Doctrina y estrategias del Código Civil y Comercial*. Tomo II, Buenos Aires, e-book, La Ley, 2016.

(2) En adelante, se citará CCC.

(3) CCC, Art. 555. “Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce

556⁽⁴⁾ y 557⁽⁵⁾. Y entre los deberes de los padres enumerados en el art. 646, inc. e), del mismo cuerpo legal, se señala el “respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo”.

Los abuelos, dentro de la familia, han ocupado, en el pasado y siguen ocupando en la actualidad, un lugar privilegiado para la transmisión de la cultura, de las tradiciones e historias familiares, los valores morales y religiosos que hacen a la identidad de la familia.

Lo habitual es que los vínculos con los nietos surjan de manera natural y espontánea con el trato frecuente y, muchas veces, solicitado por los propios padres. Pero, en ocasiones, se producen situaciones de diversa gravedad que entorpecen esas relaciones, o son impedidas por decisión de ambos padres o de uno de ellos, con razones o sin ellas⁽⁶⁾. En esa coyuntura, los abuelos tienen herramientas legales para solicitar en los tribunales un régimen de comunicación con sus nietos, y queda en manos del prudente arbitrio del juez otorgarlo o no. Esta es la situación que se presentó en la causa que a continuación abordaré⁽⁷⁾.

II. Los hechos del caso

El 24 de octubre de 2022, la Defensora Oficial, en carácter de apoderada de la Sra. S. M. B., solicitó el establecimiento de un régimen de comunicación entre su representada y su nieta S. G. A.

Relató que S. M. B. es una referente afectiva de S. G. A.; que mantenía un contacto frecuente con ella y se encargaba de su cuidado cuando su hijo y padre de la nieta iba a trabajar. Explicó que esto fue así hasta que aproximadamente un año atrás, A. C. –madre de S. G. A.– denunció penalmente a su hijo, S. E. O., por presunto ASI –Abuso Sexual Infantil– cometido contra G. A. S. Desde ese momento, A. C. impidió el contacto de S. G. A. con todos los integrantes de la familia paterna. A continuación, propuso un régimen de comunicación, en el que se comprometía a que su hijo no estuviera presente durante los encuentros con su nieta.

En la contestación de la demanda, A. C., a través de los letrados patrocinantes, manifestó que jamás se opuso infundadamente al contacto entre S. G. A. y su familia paterna. Al efecto, refirió el acuerdo homologado judicialmente sobre el régimen de comunicación y alimentos del 12 de agosto de 2021⁽⁸⁾. También negó que su hija tuviera

oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias”.

(4) CCC, Art. 556. “Otros beneficiarios. Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo”.

(5) CCC, Art. 557. “Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia”.

(6) Para ilustrar lo afirmado, remito a Basset, Ursula, “Derecho de comunicación y contacto con parientes y referentes afectivos. Oposición de guardadores, padres o niños”, diario *La Ley* 6/3/2019. En este interesante comentario al fallo “CCiv. y Com. Azul, sala II, causa 63.259, ‘Carmen s/ tutela’, 20/12/2018”, la autora indica que en el caso “hay una peculiar pulseada entre el derecho a la estabilidad familiar nuclear vs. la vinculación con la familia extendida (abuela), de una parte; y el derecho a la identidad dinámica vs. la identidad estática, de otra. El fallo enseña también acerca de la humildad del derecho: el juez que decide en la causa, como los peritos psicólogos que son sus auxiliares, no son los protagonistas de las causas, sino que acompañan familias reales, con limitaciones, como instrumentos respetuosos de sus protagonistas, que son las partes”. Cita *on line*: AR/DOC/441/2019.

(7) CI-38275-F-0000 “S. M. B. c/ A. C. s/ régimen de comunicación”, Unidad procesal N° 5 (Juzgado de Familia N° 5), Cipoletti, sentencia del 14/02/2024.

(8) “A. C. s/ Homologación de convenio”, CEJUME, Expte. N° CI-18424-F-0000.

un contacto fluido con su abuela paterna, porque esta vivía en otra ciudad, Centenario, donde convive con su hijo y padre de la niña.

Aclaró que, el 28 de septiembre de 2021, su hija S. G. A. narró hechos que configuraban un posible abuso sexual cometido por su progenitor S., E. O. El 8 de octubre de 2021, S. M. B. fue a su domicilio y le reclamó a A. C. que le entregara a la niña. A partir de ese suceso se suspendió el régimen de comunicación entre la actora y la nieta, acordándose un régimen supervisado, designándose como figura de intermediaria a D. D. –abuela materna–.

Asimismo, sostuvo que S. G. A. expresó a su madre, a su psicóloga, Lic. M., y lo reiteró ante la psicóloga forense del Poder Judicial de Río Negro, que su abuela, S. M. B., le había dicho que no manifestara nada en contra de su padre, “que no cuente lo que le hizo su padre”. Y relató que el 8 de agosto de 2022 a la salida del edificio de Oficina Judicial, S. M. B., en presencia de A. C., se abalanzó y le gritó a su nieta S. G. A. palabras que la afectaron emocionalmente.

Afirmó que la psicóloga de S. G. A. sostenía que, por el momento, no era conveniente el contacto de la niña con su abuela paterna y el resto de la familia paterna. En este sentido, se dijo que no estaban dadas las condiciones para el restablecimiento del vínculo. Y que su restauración perjudicaría el adecuado desarrollo integral de la niña. Por eso se solicitó el rechazo de la pretensión de la actora.

En el informe de Intervención Familiar el ETI –Equipo Técnico Interdisciplinario– sugirió la realización de pericia psicológica a las partes que fueron realizadas e incorporadas al expediente. También se agregaron los informes de Fiscalía (transcripción de dos Cámara Gesell de la menor).

El 11 de septiembre de 2023, en la audiencia de escucha –en presencia del juez, la Defensora de Menores y una integrante del ETI–, la niña manifestó claramente su negativa a mantener contacto con su abuela paterna.

Por otra parte, S. M. B., durante el proceso judicial, expuso públicamente en Facebook, Instagram y en entrevistas radiales y televisivas datos sensibles de la intimidad de su nieta e información reservada de la causa.

El 4 de octubre de 2023, mediante sentencia interlocutoria, se rechazó la medida cautelar peticionada por la actora (fijación de un régimen de comunicación provisorio y supervisado por el ETI entre S. M. B. y su nieta S. G. A.). También se incorporó el hecho nuevo denunciado por la demandada, respecto de las capturas de pantalla de las publicaciones de la cuenta personal de la S. M. B. en la red social Facebook.

El 14 de febrero de 2024, el juez Jorge A. Benatti resolvió, en sentencia definitiva, rechazar la petición formulada por la actora.

III. Análisis del fallo

En los considerandos de la sentencia, el juez comienza por resaltar que lo que debe orientar y definir su decisión es “el interés superior de la niña”. En ese marco, menciona la condición de sujeto de derechos humanos de todo niño, reconocida por la CDN y remarcada por la Opinión Consultiva n° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁹⁾. A continuación, individualiza los derechos involucrados en el caso: el derecho de comunicación entre abuela y nieta, los derechos de la niña a la identidad, a ser oída y a la intimidad, y el derecho de la abuela a la expresión. Señala que el derecho del niño a preservar su identidad incluye “las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”⁽¹⁰⁾. A su vez, indica que esto es así siempre y cuando “no existan circunstancias que desaconsejen o tornen perjudicial para el bienestar de G. el contacto con su abuela paterna...”.

Por otra parte, se menciona el derecho de la niña a ser oída⁽¹¹⁾ y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme a la autonomía progresiva⁽¹²⁾ y su interés superior⁽¹³⁾. En este sentido, el juez expresa que la niña fue clara en no querer

mantener contacto con su abuela por motivos fundados que, por respeto a la intimidad de la menor, no refiere.

Respecto del derecho a la intimidad, señala que S. M. B., en redes sociales, en notas periodísticas y en “pegatinas” en el edificio judicial, negó los hechos denunciados de abuso sexual por parte de su hijo, exteriorizó información expuesta en la causa y dio a conocer aspectos de la esfera de reserva de la nieta. En relación con esto, afirma que la conducta desplegada ha vulnerado gravemente el derecho a la intimidad de la niña y ha manifestado “un fuerte desprecio en priorizar el Interés Superior de esta última”. En este aspecto, cita el art. 708 del CCC, que al establecer el acceso limitado al expediente en los procesos de familia, justamente, tiene por finalidad garantizar la privacidad.

En relación con el contenido de las distintas publicaciones efectuadas en sus redes sociales, el magistrado lo ilustra con un ejemplo: “En su cuenta de Facebook, la Sra. S. al colocar en la ‘portada’ de su ‘perfil’ una foto de su hijo con su nieta no hace otra cosa más que exhibir y revelar públicamente la identidad de la niña sobre quien hace mención en sus publicaciones y ‘comentarios’ en dicha red social”. Y concluye que el comportamiento de S. M. B. debe vincularse con la idea de “incontinencia” digital, actitud que, además de vulnerar el derecho a la intimidad de su nieta, “genera efectos perjudiciales que pueden ser duraderos en el tiempo tanto sobre su salud física como mental”. Al respecto, transcribe parte de los artículos pertinentes de las normas que garantizan el derecho a la privacidad de los niños y concluye que nadie puede disponer de la intimidad de un niño, niña y/o adolescente⁽¹⁴⁾. A su vez, enfatiza que ni su propio consentimiento, ni el de sus representantes, habilitaría la exposición, difusión o divulgación de sus datos, si la conducta pudiera ser manifiestamente perjudicial para el menor de edad.

El Dr. Benatti alude a la presencia de un aparente conflicto entre derecho a la intimidad de la menor de edad y el derecho de expresión de su abuela. A tal efecto, cita a la Dra. Roca de Estrada que afirma que, en este tipo de escenario, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños. En esta línea, recuerda que los niños, personas en formación que a ciertas edades carecen de discernimiento, no pueden ni disponer de su intimidad ni impedir por sí mismos la difusión de su intimidad por parte de los medios de comunicación⁽¹⁵⁾.

Luego del recorrido realizado sobre los derechos implicados en la causa y las pruebas e informes presentados en el expediente, el sentenciante advierte que las publicaciones de S. M. B. en sus redes sociales, además de mostrar disconformidad con el accionar judicial, al hablar de “el negocio de las falsas denuncias”, manifiestan su postura negacionista con relación a los hechos denunciados por la demandada –que involucran directamente a su nieta– y que dieron lugar a la apertura de una causa penal que se

(14) CDN “art. 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Ley nacional 26.061, art. 22: “Derecho a la dignidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen. Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”.

Decreto 415/2006 reglamentario de la ley 26.061: “Los datos e informaciones a que refiere el párrafo segundo del artículo 22 comprenden los de su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente.”

En aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y/o divulgación a la que se refiere el artículo objeto de reglamentación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse aunque medie el consentimiento de los sujetos de la ley y sus representantes legales. A tal efecto, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3° inciso d) de la Ley N° 26.061”.

(15) Cfr., Roca de Estrada, Patricia, “Derecho a la intimidad de niños, niñas y adolescentes, y medios de comunicación”, *Revista de Derecho Procesal de Familia*, febrero 2002, Rubinzal-Culzoni, p. 1. Id Saij: DACF010054. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf010054-roca_de_estrada-derecho_intimidad_ninos_ninas.htm

(9) Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, 28/08/2002.

(10) CDN, art. 8.1.

(11) CDN, art. 12 y cctes.

(12) CCC, art. 26.

(13) CDN, art. 3 y cctes.

encuentra actualmente pendiente del dictado de sentencia y en la cual su nieta resulta ser la presunta víctima, y su hijo, el presunto victimario de un supuesto delito contra la integridad sexual de la niña. Al respecto, refiere que tanto el Equipo Interdisciplinario en su informe de intervención como el informe social expresaron que S. M. B niega el hecho y considera que se trata de una mentira.

Para el magistrado, “resulta incontestable que la actora ha priorizado su relación con el Sr. S. antes que su relación con su nieta, demostrando a su vez que carece de la capacidad de evitar transpolar su subjetividad y posición tomada con relación al hecho penal que se le imputa a su hijo, al vínculo con su nieta”. Acota que, aunque en diferentes oportunidades le advirtió a S. M. B. las implicancias y consecuencias de su accionar, esta continuó con su postura de desmesura y ventiló públicamente el conflicto de su hijo con su nieta, negando el hecho. En este sentido, agrega que S. M. B. incluso llegó a pedir una pericia psicológica de la niña para que el perito se expidiera sobre la veracidad del relato. Solicitud que fue denegada porque constituiría una revictimización de S. G. A.

Por los argumentos expuestos, el sentenciante estima, en conformidad con el dictamen de la Defensora de Menores, que no están dadas las condiciones para que el contacto entre la actora y la niña garanticen y preserven la integridad psíquica de la menor. En consecuencia, concluye con el rechazo de la acción.

IV. Valoración crítica de la sentencia

Los criterios empleados por el juez para desestimar el pedido de comunicación formulado por la actora son los que de manera pacífica utiliza la jurisprudencia⁽¹⁶⁾.

En primer lugar, subrayó el enfoque que debía orientar y definir su decisión: “El interés superior de la niña”, tal como establece la CDN⁽¹⁷⁾ y normas de inferior jerarquía.

(16) Vid. Mizrahi, Mauricio Luis, “Régimen de comunicación del niño con parientes y allegados”, en Calvo Costa, Carlos A. (Dir.), *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*. Tomo II, Buenos Aires, e-book, La Ley, 2016.

(17) CDN, Art. 3.1.: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

Y si bien reconoció la importancia que, en general, tiene el vínculo y la comunicación entre abuelos y nietos, en el presente caso señaló que debía examinar de qué manera el trato con su abuela paterna afectaría al bienestar de S. G. A.

En segundo lugar, tuvo en cuenta la opinión de la niña, que en su presencia manifestó que no quería tener contacto con su abuela por razones fundadas, que el juez por prudencia y respeto a su intimidad no menciona.

En tercer lugar, evaluó la actitud y el comportamiento de S. M. B. para determinar la idoneidad de la abuela para entablar una comunicación saludable y beneficiosa con la nieta. Entre las conductas desacertadas y perjudiciales para S. G. A., señaló las que el magistrado califica de “incontinencia digital”: el ventilar en redes sociales pormenores del juicio iniciado a su hijo por el presunto delito de abuso sexual sobre su hija, tildando a su nieta de mentirosa y hablando del negocio de las falsas denuncias. En esta línea, tuvo en cuenta que tanto el informe del Equipo Interdisciplinario como el informe social expresaron que S. M. B niega el hecho y considera que se trata de una mentira.

En conclusión, considero que los hechos probados en la causa no dejaban margen de duda acerca de la solución más respetuosa del interés superior de la niña involucrada y el juez, con sólidos fundamentos, tomó una decisión acertada.

VOCES: FAMILIA - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - MENORES - RESPONSABILIDAD PARENTAL - ABUELOS - EDUCACIÓN - SALUD PÚBLICA - RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN - DERECHO A LA INTIMIDAD - REDES SOCIALES - ABUSO SEXUAL - DELITO CONTRA SU INTEGRIDAD SEXUAL - PROCESO PENAL - DENUNCIA - PATRIA POTESTAD - DERECHOS HUMANOS - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - ORGANISMOS INTERNACIONALES - INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - VIOLENCIA FAMILIAR - TRATADOS INTERNACIONALES

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Menores:

Abuelos: régimen de comunicación; improcedencia; derechos del niño; interés superior; negativa del menor y revictimización a través de conductas extrajudiciales; negacionismo; colisión entre los derechos del niño y libertad de expresión.

Con nota a fallo

- 1 – Los niños tienen un derecho superior, por cierto, al de cualquier otro, incluso al de sus propios progenitores, y, entre tales derechos, se encuentra el derecho a una plena vida familiar, lo que incide en el pleno goce de otro derecho reconocido por la Convención de los Derechos del Niño –y otras Convenciones Internacionales–, como es el derecho a la identidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ello ha de acontecer siempre y cuando no existan circunstancias que desaconsejen o tornen perjudicial para el bienestar del niño el contacto de su entorno familiar –en el caso, con su abuela paterna–, toda vez que es el “Interés Superior de los Niños involucrados” la directriz que ha de tenerse en cuenta en la decisión que se adopte, y es el “Interés Superior” del menor el que ha de primar en la solución al conflicto que aquí se analiza sobre la vinculación solicitada.
- 2 – Corresponde concluir que, en el caso, no se encuentran dadas las condiciones para viabilizar el pedido de la actora a fin de que se establezca un régimen de comunicación con su nieta. Ello así, no solo porque la menor fue clara al manifestar su negativa a mantener contacto con ella –exponiendo inclusive como argumento base de su postura la alusión a

- ciertos dichos que la peticionante le habría efectuado con relación a su persona–, sino además porque aquella resulta ser víctima de las conductas desplegadas por la pretensora, dado que, desde el inicio de la causa y durante todo el devenir de esta vulneró gravemente el derecho a la intimidad de su nieta, mediante su actividad en redes sociales afirmando que las denuncias por abuso sexual contra su padre eran falsas, dando notas periodísticas en la puerta del Juzgado y realizando “pegatinas” en el edificio judicial, mediante las cuales ha exteriorizado situaciones que hacen a la esfera de reserva de la niña, queda evidenciado un fuerte desprecio en priorizar el Interés Superior de la niña, revictimizándola.*
- 3 – Nadie puede disponer de la intimidad de un niño, niña y/o adolescente, introduciéndose en los aspectos íntimos de su vida. Incluso, si la conducta pudiera ser manifiestamente perjudicial para el niño, niña y/o adolescente. Ni siquiera su propio consentimiento o el de sus representantes habilitaría la exposición, difusión o divulgación de sus datos.
- 4 – Cuando están en aparente conflicto el derecho a la intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños y, aquellos, por ser personas que están en plena formación y carecen de discernimiento para disponer de algo tan íntimo de sí, y menos aún pueden impedir su difusión por los medios de comunicación.
- 5 – Corresponde concluir que, en el caso, no se encuentran dadas las condiciones para viabilizar el pedido de la actora a fin de que se establezca un régimen de comunicación con su nieta, no sólo porque esta ha sido clara al manifestar su negativa al respecto y porque vulneró gravemente el derecho a la intimidad de la niña mediante su actividad en redes sociales, sino porque –además y a mayor abundamiento– de

las publicaciones en las redes sociales se advierten no solo manifestaciones de disconformidad con el accionar judicial, sino que también expone lo que ha llamado: “el negocio de las falsas denuncias”, cobrando esto último especial relevancia toda vez que deja entrever su postura negacionista –con la que se muestra públicamente– con relación a los hechos denunciados por la madre de la menor que dieron lugar a la apertura de una causa penal que se encuentra pendiente del dictado de sentencia, en la cual, su nieta resulta ser la presunta víctima, y su hijo, el presunto victimario de un supuesto delito contra la integridad sexual de la niña. M.M.F.L.

61.946 – Juzgado de Familia N° 5 Cipolletti (Unidad Procesal N° 5), febrero 14-2024. – S. M. B. c. A. C. s/régimen de comunicación.

Cipolletti, 14 de febrero de 2024

Autos y Vistas: Las presentes actuaciones caratuladas: “S. M. B. C/ A. C. S/ RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN”, Expte. N° <. en las que debo dictar sentencia; de las que, RESULTA:

Que en fecha 24/10/2022 se presenta la Defensora Oficial, Dra. Paula Ruiz, en carácter de apoderada de la Sra. S. M. B., solicitando se establezca un régimen de comunicación entre su representada con su nieta: G. A. S.

Relata que la Sra. S. mantenía un contacto frecuente con su nieta, incluso refiere que es una referente afectiva de la niña y se encarga de su cuidado cuando el progenitor de esta última trabajaba.

Indica que hace aproximadamente un año la Sra. A. efectuó denuncia penal contra el hijo de su representada, el Sr. E. O. S., por presunto ASI cometido contra G.

Continúa relatando que desde ese momento la Sra. A. impidió el contacto de la niña con todos los integrantes de su familia paterna.

Realiza la siguiente propuesta de régimen de comunicación, indicando que la Sra. S. se compromete a que su hijo no esté presente durante los encuentros de aquella con su nieta: “La Sra. compartiría con G. dos días de la semana (a convenir con la progenitora) de 18 a 22 hs. - A su vez, compartiría con la niña sábados y domingos alternadamente de 12 a 18hs. - Que los retiros y reintegros de la niña al hogar materno estarían a cargo de la Sra. S.”.

Habiéndose sustanciado el pertinente traslado de demanda, en fecha 11/11/2022 se presenta la Sra. A., con patrocinio letrado de los Dres. Weschler y Quiroz contestando demanda.

Manifiesta que jamás se opuso infundadamente al contacto entre G. y su familia paterna, refiriendo que instó la instancia de mediación lográndose acuerdo el cual fuere homologando judicialmente y relativo a régimen de comunicación y alimentos en fecha 12 de agosto de 2021 en los autos: A.C. S/ HOMOLOGACIÓN DE CONVENIO CEJUME, Expte N° CI-18424-F-0000.

Señala que su hija G. no tenía un régimen fluido con su abuela paterna toda vez que el Sr. S., tal como denunció en los autos mencionados, su domicilio real era en la ciudad de Centenario donde convivía con su padre.

Indica que en fecha 28 de septiembre de 2021, se produce el develamiento por parte de G. de un posible abuso sexual cometido por su progenitor el Sr. S. E. y que en fecha 08 de octubre de 2021, se presentó en su domicilio la Sra. S. B. reclamándole que le entregue a la niña.

Expone que se suspendió el régimen de comunicación entre la actora y la niña, acordándose un régimen supervisado, designándose como figura de intermediaria la Sra. D. D. (abuela materna).

Expresa que G. le expresó a ella, a su psicóloga, Lic. M., y luego lo reiteró ante la psicóloga forense del Poder Judicial de Río Negro, que su abuela L. (S. M. B.), le dijo que no dijera nada en contra de su padre, “que no cuente lo que le hizo su padre”. Expone que en fecha 08/08/2022 a la salida del edificio de Oficina Judicial, la Sra. S. se abalanzó frente a ella y G., gritándole diversos dichos a la niña, afectándola. Agrega que gracias a la psicoterapia, la niña ha podido mejorar su bienestar y progreso en diversos aspectos, siendo la psicóloga tratante de G. quien ha manifestado la conveniencia de evitar por el momento que la niña mantenga contacto con su abuela paterna y el resto de la familia paterna. Señala que no están dadas las condiciones para el restablecimiento del vínculo entre G. y su abuela paterna por no resultar favorable para el ade-

cuado integral desarrollo de la niña por lo cual solicita se rechace la pretensión de la actora en autos.

Mediante providencia de fecha 15/11/2022 se ordena la intervención del ETI, agregándose en fecha 15/12/2022 Informe de Intervención Familiar del cual surge que el Equipo sugiere la realización de pericia psicológica a las partes.

En fecha 13/03/2023 se agrega pericia psicológica de la Sra. S., practicada por el CIF, ordenándose el traslado de la misma a las partes. En fecha 05/04/2023 se agrega informe de Fiscalía. En fecha 19/04/2023 se agrega pericia psicológica de la demandada.

El día 27/04/2023 se agrega informe de Fiscalía (transcripción de segunda Cámara Gesell de la niña) y el día 04/05/2023 se agrega correo electrónico remitido también por la Fiscalía N° 1 y se fija audiencia preliminar la cual se celebró en fecha 11/05/2023 sin arribar las partes a acuerdo alguno por lo que mediante providencia de fecha 11/05/2023 se dispuso la apertura de la causa a prueba.

En fecha 29/06/2023 se dicta sentencia interlocutoria mediante la cual se rechazó el pedido de realización de pericia psicológica sobre la niña y que formulara la actora, y a su vez se incorporó el hecho nuevo que denunciara la demandada en fecha 22 de mayo de 2023.

En fecha 11/09/2023 se celebró audiencia de escucha a la niña ante el suscripto y la Sra. Defensora de Menores.

En fecha 27/09/2023 se agregan informes sociales de ambas partes.

Mediante sentencia interlocutoria de fecha 04/10/2023 se rechazó la medida cautelar peticionada por la actora (fijación de un régimen de comunicación provisorio y supervisado por el ETI entre la Sra. S. y la niña S. G. A.) así como además se incorporó el hecho nuevo denunciado por la demandada, únicamente respecto de las capturas de pantalla de las publicaciones de la cuenta personal de la Sra. S. en la red social Facebook.

En fecha 18/10/2023 se celebró audiencia de prueba testimonial.

Previo dictamen de la Sra. Defensora de Menores, pasan las presentes actuaciones a despacho para dictar sentencia.

Y Considerando:

Que de conformidad con los antecedentes de la causa y la prueba producida en autos, entiendo que no se encuentran dadas las condiciones a fin de viabilizar el pedido formulado por la actora.

Para ello, corresponde principiar refiriendo que es el interés superior de la niña el que orienta y define la decisión que cabe adoptar, y en tal sentido la Convención de los Derechos del Niño reconoce la condición del niño como sujeto de derechos humanos, condición que remarca la Opinión Consultiva Nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2002: “El niño tiene derechos no solamente en tanto que futuro adulto, sino en tanto niño”, es decir, no meramente en función del adulto que algún día podrá llegar a ser.

Se quiere reafirmar con esto que los niños tienen un derecho, superior por cierto, al de cualquier otro, incluso al de sus propios progenitores.

Y entre tales derechos, se encuentra el derecho a una plena vida familiar. Es así que el art. 8.1 de la CDN refiere el compromiso de los Estados parte en respetar el derecho del niño a preservar su identidad incluyendo “las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

Se sabe que tal contacto incide en el pleno goce de otro derecho reconocido por dicha Convención –y otras Convenciones Internacionales–, el derecho a la identidad.

Sin embargo ello ha de acontecer siempre y cuando no existan circunstancias que desaconsejen o tornen perjudicial para el bienestar de G. el contacto con su abuela paterna, toda vez que como señalé en los párrafos precedentes, es el “Interés Superior de los Niños involucrados” la directriz que ha de tenerse en cuenta en la decisión a adoptar, y es el “Interés Superior” de G. el que ha de primar en la solución al conflicto que aquí se analiza sobre la vinculación solicitada.

Ingresando al análisis de la causa, y en relación a los fundamentos de la decisión aquí adoptada, en primer orden he de reiterar lo ya dicho oportunamente me-

dante sentencia interlocutoria dictada en autos en fecha 04/10/2023 en cuanto a que la niña G. al momento de ser escuchada su opinión por ante la Sra. Defensora de Menores, una integrante del ETI y el suscripto, ha sido clara al manifestar su negativa a mantener contacto con su abuela paterna, la Sra. S. Pues inclusive la niña ha podido exponer el argumento en que basa su postura, haciendo alusión a ciertos dichos que la actora le habría efectuado con relación a su persona, los que dejo bajo reserva en respeto al derecho a la intimidad del cual goza G.

En segundo orden, no por ello menos importante, y amén de la valoración que merece la opinión de la niña a la luz de su autonomía progresiva consagrada en el art. 26 del CCYN y cctes., su derecho a ser oída –emergente en el art. 12 CDN y cctes.– y su Interés Superior –art. 3 CDN y cctes.–, he de señalar que G. resulta ser víctima de las conductas desplegadas por la Sra. S., quien desde el inicio de la presente causa y durante todo el devenir de la misma –vulnerado gravemente así el derecho a la intimidad de su nieta–, mediante su actividad en redes sociales afirmando que las denuncias por abuso sexual son falsas; dando notas periodísticas en la puerta del Juzgado; realizando “pegatinas” en el edificio judicial mediante las cuales ha exteriorizado situaciones que hacen a la esfera de reserva de la niña, evidenciando de esta forma un fuerte desprecio en priorizar el Interés Superior de esta última.

En principio, a los fines de dilucidar lo referente a la actividad extrajudicial que ha desplegado la Sra. S., y que desde mi punto de vista ha revictimizado a la niña, resulta menester hacer referencia a las manifestaciones y actos realizados por la Sra. S. que si bien acontecieron por fuera del expediente, han sido incorporados como hechos nuevos a la presente causa tal como surge de los decisorios de fechas 29/06/2023 y 04/10/2023. En suma, ha sido la misma demandada quien mediante su presentación de fecha 30/06/2023 ha efectuado un reconocimiento expreso respecto del hecho nuevo introducido por la contraria y al cual se hizo lugar en el interlocutorio de fecha 29/06/2023.

Pues como bien se desprende de las constancias de autos, queda acreditado entonces que la Sra. S. a través de sus cuentas en diferentes redes sociales, tales como Facebook e Instagram, ha expuesto públicamente datos sensibles no solo referidos a la intimidad de su nieta sino que a su vez ha ventilado información de la presente causa, la cual en virtud del art. 708 del CCyCN es de carácter reservada. Es que los conflictos que se debaten y las situaciones que se plantean en las causas de familia, por su naturaleza y por las personas involucradas, deben permanecer en reserva y no quedar expuestos al conocimiento de terceros.

En cuanto al contenido de las distintas publicaciones efectuadas en sus redes sociales, a modo de ejemplo se puede observar que en su cuenta de Facebook, la Sra. S. al colocar en la “portada” de su “perfil” una foto de su hijo con su nieta no hace otra cosa más que exhibir y revelar públicamente la identidad de la niña sobre quien hace mención en sus publicaciones y “comentarios” en dicha red social.

Por si fuera poco, la misma Sra. S. se ha presentado personalmente en reiteradas oportunidades en la puerta de acceso de este organismo jurisdiccional –hechos que han resultado de público conocimiento– ventilando cuestiones referidas a la niña así como también a través de medios de comunicación radial y televisivos.

En conclusión, debe vincularse entonces la idea de “incontinencia” digital con este contexto supra descripto, en que la Sra. S. no ha tenido ningún reparo en dar a publicidad a través de sus redes sociales de cuestiones que son parte de la esfera más íntima de la niña G., repercutiendo esta vulneración de su derecho a la intimidad de manera negativa al generarle efectos perjudiciales que pueden ser duraderos en el tiempo tanto sobre su salud física como mental.

En suma, la importancia de este bien jurídico –derecho a la intimidad– se encuentra plasmado tanto en instrumentos internacionales como en la legislación nacional.

Así, el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques

ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”. Por cierto, es el mismo plexo normativo de dicha Convención el que en su art. 4 estipula que es el Estado quien debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por ella y, como resulta bien sabido, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño.

Por su parte, la Ley Nacional N° 26.061 en su artículo 22, reza: “... las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen” y su segundo párrafo indica que “... se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”.

Asimismo es interesante, para el presente análisis, la reglamentación del mentado artículo (Decreto N° 415/2006) en cuanto expone que “los datos e informaciones a que refiere el párrafo segundo del artículo 22 comprenden los de su grupo familiar, su vivienda, su escuela, su apodo o sobrenombre y todo otro que permitiera identificarlo directa o indirectamente. En aquellos casos en los cuales la exposición, difusión y/o divulgación a la que se refiere el artículo objeto de reglamentación resulte manifiestamente contraria al interés superior del niño, no podrán desarrollarse aunque medie el consentimiento de los sujetos de la ley y sus representantes legales. A tal efecto deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3 inciso d) de la ley 26061”.

Como se ve, nadie puede disponer de la intimidad de un niño, niña y/o adolescente introduciéndose en los aspectos íntimos de su vida. Inclusive, si la conducta pudiera ser manifiestamente perjudicial para el niño, niña y/o adolescente, ni siquiera su propio consentimiento o el de sus representantes, habilitaría la exposición, difusión o divulgación de sus datos.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta las particularidades de la presente causa, es importante indicar lo siguiente: “cuando están en aparente conflicto el derecho a la intimidad de un menor y el de expresión, la jerarquía de los valores en colisión lleva necesariamente a evitar preventivamente la producción de daños, y aquéllos, por ser personas que están en plena formación y que carecen de discernimiento para disponer de algo tan íntimo de sí; y menos aún pueden impedir su difusión por los medios de comunicación.” (“Derecho a la intimidad de niños, niñas, adolescentes, y medios de comunicación.” Autora: Patricia Roca de Estrada. Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia. Ed. Rubinzal-Culzoni. febrero de 2002).

Por otro lado, de las publicaciones en sus redes sociales se advierten no solo manifestaciones de disconformidad con el accionar judicial sino que también la actora expone lo que ha llamado: “el negocio de las falsas denuncias”, cobrando esto último especial relevancia aquí toda vez que deja entrever su postura negacionista –con la que se muestra públicamente– en relación a los hechos denunciados por la demandada (que involucran directamente a G.) y que dieron lugar a la apertura de una causa penal que se encuentra actualmente pendiente del dictado de sentencia y en la cual su nieta resulta ser la presunta víctima y su hijo, el Sr. S., el presunto victimario de un supuesto delito contra la integridad sexual de la niña.

En este mismo sentido, el Equipo Interdisciplinario en su informe de intervención que fuera agregado en autos en fecha 15/12/2022 ha expresado: “En tanto en la Sra. S. se pudo observar una conducta negadora en lo referido a la situación denunciado, incluso contrastándola con el hecho de que su hijo está implicado judicialmente con una denuncia por abuso en el fuero Penal. La Sra. no cree y reafirma que todo es una mentira.”

Por su parte, el informe social de la Sra. S. da cuenta que: “... Asimismo se observa una minimización de la situación denunciada por ASI, manifestando una actitud de negación del hecho en que estaría implicado su hijo. Reconoce dificultades en el vínculo con la progenitora de su nietx, lo que no favorece la comunicación requiriendo de la intervención judicial para poder acceder al vínculo con su nietx”.

Así las cosas, resulta incontrastable que la actora ha priorizado su relación con el Sr. S. antes que su relación con su nieta, demostrando a su vez que carece de la capacidad de evitar traspolar su subjetividad y posición tomada en relación al hecho penal que se le imputa a su hijo, al vínculo con su nieta.

Inclusive, lejos de mostrarse cautelosa y con mesura ante el conflicto suscitado entre su hijo y la niña G., la Sra. S. se ha encargado de ventilar y defender públicamente esta postura por ella adoptada, dejando de esta manera al descubierto a través de su discurso lo que es la contracara de la misma moneda, esto es la negación y descreimiento del relato de la niña G.

Tal es así, que como bien consta en sentencia interlocutoria de fecha 29/06/2023, la Sra. S. ha propuesto puntos de pericia psicológica sobre la niña que resultan totalmente revictimizantes para la misma, llegando a solicitar se expida el perito respecto de la “veracidad del relato de la niña” lo cual refuerza lo afirmado en el párrafo que antecede.

Por último, corresponde señalar que pese a haber sido advertida por el suscripto, tanto en el expediente como personalmente en oportunidad de celebración de audiencia de producción de prueba testimonial, respecto de las implicancias y consecuencias que tal accionar acarrea, la actora ha decidido sostener su postura, colocado así a la niña en una situación de revictimización, no pudiendo soslayarse tal circunstancia al momento de resolver la cuestión.

Como corolario, no encontrándose reunidas las condiciones para que el contacto entre la actora y la niña garanticen y preserven la integridad psíquica de la niña, y en un todo de acuerdo con lo dictaminado por la Sra. Defensora de Menores, corresponde rechazar la presente acción.

En cuanto a las costas del presente proceso, si bien el art. 19 del Código Procesal de Familia dispone: “Las costas se imponen por su orden excepto en cuestiones de alimentos. No obstante la judicatura puede apartarse de ese principio siempre que encuentre mérito para ello...”.

Como puede verse, se trata sólo de un principio, y por lo tanto, no tiene aplicación absoluta –lo cual surge sin mayor hesitación del mismo artículo–. Por lo tanto, existen casos en los cuales corresponde condenar en costas a uno u otro contendiente, apartándose del principio general, teniendo en cuenta para ello –entre otros elementos– la conducta procesal de las partes. Así, en función del mérito de la conducta desplegada por la actora para la resolución de la presente causa, resuelvo que las costas sean a cargo de la perdidosa (Art. 68 CPCC).

Resuelvo:

- I. Rechazar la petición formulada por la actora.
- II. Costas a la perdidosa (68 del CPCC).
- III. Regúlanse los honorarios de la Dra. R. P. D., Defensora de Pobres y Ausentes, en su carácter de apoderada de la parte actora en la suma de PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS OCHO CON 00/100 (\$ 292.908,00 (10 IUS + 40%)) y los de los letrados patrocinantes de la parte demandada, Dres. W., E. y Q., D. F., en forma conjunta, en la suma de PESOS TRESCIENTOS TRECE MIL OCHOCIENTOS TREINTA CON 00/100 (\$ 313.830,00) (15 IUS), atento a la calidad y extensión de las tareas realizadas, el objeto de la pretensión y la naturaleza de la cuestión bajo análisis, así como también, el resultado obtenido para su beneficiario (arts. 6, 7, 31 y ccdes. L.A.t.o.). Cúmplase con la Ley 869.

Se hace saber al obligado al pago que deberá depositar los importes correspondientes a la Defensora Oficial en la cuenta Nro. 250-900002139 del Banco Patagonia correspondiente al Fondo de Informatización de los Ministerios Públicos (art. 76 inc. h de la Ley 2430, Ac. 055/2001,

Resoluciones 529 y 611/05 S.T.J., Resolución conjunta de Administración General y Contaduría General).

IV. Regístrece. – Jorge A. Benatti.

Derechos del Consumidor:

Contrato de compraventa de automotor: incumplimiento; vendedor; responsabilidad; pandemia COVID-19; caso fortuito o fuerza; falta de configuración; daño punitivo; aplicación; improcedencia.

1 – La configuración del caso fortuito o fuerza mayor requiere que exista un impedimento definitivo y absoluto del cumplimiento de la obligación, por lo cual, puesto que la concesionaria accionada no invocó la pandemia de COVID-19 como un eximente de responsabilidad relevante por la falta de entrega al actor del vehículo que había adquirido, sino que se limitó a manifestar que “la industria automotriz ha sido una de las más perjudicadas por la pandemia” y “la entrega de la unidad requerida por el actor se vio notablemente demorada”, cabe concluir que ello resulta insuficiente para tener por planteada una imposibilidad absoluta y definitiva de cumplir sus obligaciones. Máxime que la demandada tampoco aportó elementos de convicción conducentes para acreditar cómo la pandemia obstó a que pudiera cumplir en los términos que requiere el instituto, es decir, absolutos y definitivos, de modo que tal circunstancia y las medidas públicas tendientes a su atención no pueden ser tenidas como un factor eximente de su responsabilidad.

2 – No están reunidos los presupuestos para la aplicación de daños punitivos, pues no está acreditado que la accionada haya actuado con dolo o culpa grave en la demora en la entrega del automóvil adquirido por el actor, sino que, por el contrario, se ha probado que las partes tuvieron diversos intercambios al efecto de resolver el conflicto y que la demandada realizó propuestas y devolvió parcialmente el precio percibido; todo lo cual no demuestra desaprensión o desinterés grave por los derechos del consumidor, ni tampoco que haya desarrollado una conducta antijurídica con incidencia en un universo de sujetos indeterminados. R.C.

61.947 – CNCom., sala B, diciembre 4-2023. – S., L. F. c. Siker S.A. s/ordinario.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 4 días del mes de octubre [sic] del año dos mil veintitrés, reunidas las señoras Juezas de Cámara en Acuerdo para conocer los autos “S., L. F. contra SIKER SA sobre ORDINARIO” (expediente nro. COM 10281/2020), en relación con el cual resultó, al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que debía votarse en el siguiente orden: Vocalías nro. 5, nro. 4 y nro. 6. Dado que la vocalía nro. 6 se halla actualmente vacante, intervendrán las Doctoras María Guadalupe Vásquez y Matilde E. Ballerini (art. 109, RJN).

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La señora Jueza de Cámara María Guadalupe Vásquez dijo:

I. LA SENTENCIA APELADA

El señor Juez Nacional de Primera Instancia admitió parcialmente la demanda promovida por el señor L. F. S. contra Siker SA (en adelante, “Siker”), a quien condenó a pagar la suma de \$ 545.500 más intereses. Asimismo, impuso las costas a la demandada (fs. 1213).

De modo preliminar, entendió consentido que el señor S. pagó la suma de \$ 875.000 a Siker en concepto de precio por un automotor Nissan Versa Exclusive CVT MY 2020; que la entrega del automotor fue dificultada por las medidas de restricción que el Gobierno Nacional dispuso en razón de la pandemia de Covid-19; que el actor anuló la compra y la demandada le devolvió la suma total de \$ 330.000.

En primer lugar, rechazó la excepción de pago interpuesta por Siker. Destacó que la demandada no acompañó

un recibo emanado del acreedor con imputación precisa, clara y concreta. Consideró que los correos electrónicos incorporados al proceso –auténticos según la prueba pericial informática– acreditan que la facturación y entrega del automotor se retrasó por las medidas de restricción, y que la demandada le ofreció opciones al actor para concluir la operación. Juzgó que no está probado que el consumidor aceptó alguna de estas propuestas ni que las sumas devueltas cancelaron su crédito.

En segundo lugar, no hizo lugar a la defensa de Siker, según la cual el contrato entre las partes es un mandato de acuerdo con los términos contenidos en el instrumento titulado “Condiciones Generales para el Otorgamiento de Mandato por Reserva de Unidad, oferta de Compra y Gestión de Crédito”. Señaló que no fue acreditado que el señor S. firmó y conoció esas condiciones generales.

En tercer lugar, juzgó que no corresponde determinar si el vehículo no fue entregado a raíz de un caso fortuito o fuerza mayor puesto que el señor S. optó por cancelar la compraventa y peticionar la restitución de lo pagado. Afirmó que en su carácter de consumidor debe recibir lo mismo que pagó por el automotor, y que Siker es responsable en su carácter de integrante de la cadena de comercialización en los términos del artículo 40 de la ley nro. 24.240.

En ese marco, admitió el daño material por el valor de la unidad no entregada pero rechazó la pretensión de pago del valor actualizado. Sostuvo que la retrotracción de la situación al estado anterior de la compraventa obsta a esa petición, e implicaría un desequilibrio económico del contrato por configurar una indexación por variación de precios. Afirmó que la desvalorización monetaria encuentra solución en el pago de intereses. Determinó el rubro en cuestión en la suma de \$ 545.500, resultante de la detracción de la suma de \$ 330.000 que Siker devolvió al precio que pagó el señor S. Resolvió que esos dos montos devengan intereses según la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, sin capitalizar, desde la fecha de mora fijada el 22.07.2020.

En cambio, desestimó la petición indemnizatoria por daño moral por considerar que el actor decidió libremente no comprar el automotor y recibir el dinero. Sostuvo que la frustración que sufrió se limita a no haber recibido el importe desembolsado, circunstancia solucionada en el reconocimiento de los intereses. Asimismo, rechazó la aplicación de una multa por daño punitivo puesto que entendió que no concurren los presupuestos del artículo 52 bis de la ley nro. 24.240.

II. EL RECURSO

El señor S. apeló la sentencia a fojas 1214 y expresó sus agravios a fojas 1220/1226, los cuales no fueron contestados por Siker.

La señora Fiscal General de Cámara dictaminó a fojas 1229/1233.

Por un lado, el señor S. se quejó del rechazo de su petición de reintegro del valor de una unidad similar a la adquirida. Planteó que su pretensión consiste en el cumplimiento del contrato o la entrega de la suma de dinero necesaria para adquirir un vehículo similar. Negó reclamar la retrotracción de las cosas a la situación anterior. Destacó que la condena dictada en primera instancia alcanza para cubrir apenas el 35% del valor de mercado promedio actual del vehículo que compró.

Enfatizó que Siker se obligó a transferirle la unidad comprada a cambio del precio y que su conducta fue dolosa. Aseveró que las medidas dictadas a partir de la pandemia no obstaculizaron la entrega del vehículo. Afirmó que no rescindió el contrato y que la demandada decidió unilateralmente devolver parte del dinero abonado, a lo que no dio conformidad.

Por otro lado, se agravó del rechazo de los rubros daño moral y daño punitivo. Afirmó que no optó libremente por no comprar el automotor y recibir el dinero a cambio. Sostuvo que su frustración está conformada por el engaño que padeció, el aprovechamiento de su dinero sin causa, la falta de solución del problema, y la necesidad de iniciar el proceso. Finalmente, sostuvo que también están reunidos los requisitos de procedencia para la aplicación del daño punitivo.

III. LA DECISIÓN

1. Para comenzar, está consentido que las partes celebraron un contrato para la adquisición de un automotor Nissan Versa Exclusive CVT MY 2020; que el señor S. pagó la suma de \$ 875.000; que el automóvil no fue entregado; y que Siker le devolvió la suma total de \$ 330.000 mediante transferencias iguales de \$ 110.000 de fechas 4.09.2020, 9.09.2020 y 21.09.2020.

En cambio, las cuestiones principales en controversia son el alcance del daño emergente reclamado por el señor S. ante la falta de entrega del vehículo; así como la procedencia de un resarcimiento por daño moral y de la aplicación de una multa civil en concepto de daño punitivo.

2. A los fines de determinar el alcance del daño emergente, cabe precisar que, contrariamente a lo resuelto en la sentencia apelada, el actor no demandó la restitución de las sumas pagadas. En efecto, del escrito inicial surge el actor reclamó la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por parte de Siker y, en cuanto aquí interesa, cuantificó este rubro en el equivalente del valor actual del automotor (fs. 168/186).

Asimismo, y también contrariamente a lo afirmado por el *a quo*, de la demanda y de las restantes actuaciones no surge que el actor haya rescindido el contrato de compraventa y optado libremente por la devolución de lo pagado frente a las contingencias derivadas de la pandemia Covid-19. En cambio, de las mencionadas constancias surge que el actor, si bien reconoció que la pandemia provocó una demora, sostuvo que la falta de entrega del vehículo y de la devolución del valor equivalente de la unidad comprada es una consecuencia del accionar doloso de la demandada.

Bajo este prisma, a fin de ponderar los alcances del daño emergente reclamado, corresponde analizar si el actor demostró la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad generadora de un deber de indemnizar. Al respecto, esta Sala tiene dicho que para ello deben concurrir cuatro presupuestos: (i) un incumplimiento objetivo o material, que consiste en la infracción al deber, sea mediante el incumplimiento de la palabra empeñada en un contrato o a través de la violación del deber genérico de no dañar; (ii) un factor de atribución de responsabilidad, esto es, una razón suficiente –de naturaleza objetivo o subjetiva– para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor; (iii) el daño que consiste en la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento jurídicamente atribuible; y (iv) una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el daño (expte. CIV nro. 78367/2017, “Vitaliano, Martín Alfredo c/ Prosegur Activa Argentina SA s/ ordinario”, 28.06.2022; expte. nro. 42850/2017, “Kraftwelt Argentina SRL c/ Prosegur SA s/ ordinario”, 10.11.2021).

3. A partir de lo anterior, se considera inicialmente si Siker incurrió en una conducta antijurídica.

Para comenzar, la calificación del vínculo entre las partes como compraventa está suficientemente acreditada. Siker le manifestó al señor S. por su correo electrónico del 10.03.2020 “felicitaciones por la compra de la unidad Nissan Versa Exclusive CVT MY 2020” y le indicó que iba a ser “atendido[...]” para todo el proceso de facturación, patentamiento y entrega de su unidad NISSAN 0km” (fs. 70/76). La autenticidad de este correo electrónico está probada con la prueba pericial informática (fs. 398/769 y 1147/1148). En sentido concordante, la constancia de inscripción emitida por la Administración Federal de Ingresos Públicos refleja que la única actividad registrada de la demandada es “venta de autos, camionetas y utilitarios nuevos” (fs. 62/69).

En contraste, tal como entendió la sentencia de primera instancia –que no fue apelada en este aspecto–, la demandada no ofreció elementos de convicción que sostengan su planteo según el cual el vínculo entre las partes es un mandato. De hecho, esta parte incurrió en negligencia respecto de la producción de la prueba pericial caligráfica sobre el instrumento que aportó a ese efecto.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que existe compraventa cuando una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa; y la otra, a pagar un precio en dinero (art. 1123). De un lado, el vendedor debe transferir o hacer transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida, poner los ins-

trumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta a disposición del comprador, y prestarle toda cooperación exigible para la transferencia dominial (arts. 1132 y 1137). Por otro, el comprador está obligado a pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos; recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato; y pagar los gastos de recibo y los demás posteriores a la venta (art. 1141).

En estos autos, está acreditado que el señor S. pagó el precio conforme surge de la solicitud de la unidad, el recibo y la factura de gestión comercial del 22.02.2020 y el comprobante de transferencia de fondos del 17.03.2020 (fs. 62/69). Así, probó haber cumplido su obligación contractual y que el precio fue recibido por la demandada (art. 1141, inc. a, CCCN). Por el contrario, Siker no le transfirió la propiedad de la cosa vendida al comprador (arts. 1132 y 1137, CCCN), lo cual es un hecho consentido.

Si bien la demandada negó que el actor hubiera pagado el precio de la unidad e, incluso, desconoció la celebración de una compraventa en las cartas documento del 29.07.2020 (fs. 62/69 e información brindada por Correo Argentino en el DEO nro. 2674814), esta comunicación contradice su manifestación, ya referida, de que el consumidor había comprado un automotor (cfr. correo electrónico del 10.03.2020 a fs. 70/76). También son inconsistentes con el monto indicado en el formulario de solicitud de la unidad, que ella misma aportó como prueba documental. De allí surge que la suma que el actor acreditó haber pagado figura como el total que le correspondía pagar (fs. 321/325), sin contar los gastos e impuestos.

Las propuestas que realizó Siker para resolver el conflicto el 10.08.2020 y 20.08.2020 (fs. 70/76) tampoco obstan la configuración de un incumplimiento contractual. En efecto, sus términos eran evidentemente perjudiciales para el consumidor.

En este sentido, a través del correo electrónico del 10.08.2020, la proveedora propuso (i) sustituir la unidad comprada por otro modelo nuevo o usado si el actor abonaba la diferencia entre el precio histórico que había pagado por la unidad comprada y el precio actualizado de la unidad sustituyente; o (ii) restituir el precio pagado en seis cuotas de \$ 146.000, pagaderas en diciembre de 2020, y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2021. Estos pagos totalizan la suma de \$ 876.000, que representa prácticamente el precio histórico, sin intereses, que pagó el señor S. Luego, por su correo electrónico del 20.08.2020, ofreció restituir el monto abonado por el consumidor en tres cuotas de \$ 292.000 pagaderas en diciembre de 2020, y enero y febrero de 2021, más un pago adicional de \$ 100.000 por tiempo transcurrido en marzo de 2021. La autenticidad de estas comunicaciones está suficientemente acreditada con la prueba pericial informática (fs. 398/769 y 1147/1148).

Sin embargo, Siker no acreditó que el consumidor haya conformado ninguna de las propuestas mencionadas, que implicaban una modificación sustancial del contrato. Para más, en el contexto inflacionario existente al momento de los hechos, las condiciones reseñadas significaban, por un lado, un perjuicio patrimonial para el consumidor. A modo de referencia, se pondera que la mayor de las propuestas (es decir, \$ 976.000 al 11.03.2021) resulta inferior al precio pago por el consumidor con su actualización a la misma fecha final según la tasa activa que este fuere aplica comúnmente (\$ 1.210.823 a la misma fecha).

En suma, se encuentra acreditado que el señor S. y Siker contrataron la compraventa de un automotor, el consumidor pagó el precio y la proveedora no entregó la cosa comprada. Este defecto de prestación injustificado implica su incumplimiento del contrato, que era obligatorio para las partes (art. 959, CCN); y, por ende, constituye una conducta antijurídica.

4. Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos, y que el factor de atribución es la culpa en caso de ausencia de normativa (art. 1721, CCCN). Si bien la Ley de Defensa del Consumidor prevé un factor de atribución objetivo en ciertos supuestos (art. 40), no aplica al caso porque el daño del consumidor no resultó del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio en los hechos debatidos.

Entonces, se recuerda que la culpa es un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, consistente en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Este concepto comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (art. 1724, CCCN).

Además, se resalta que Siker es un comerciante profesional, condición que lo responsabiliza de manera especial pues su superioridad técnica conlleva su deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (arts. 1724 y 1725, CCCN). Esta circunstancia se agrava por el hecho de que ya había percibido la totalidad del precio del contrato del consumidor.

A partir de lo anterior, la conducta desarrollada por la demandada –en particular, la falta de entrega del vehículo– no se ajusta al nivel de diligencia exigible a su parte. En este sentido, se pondera su oposición al reclamo cuando existe desproporción entre, por un lado, el monto que Siker percibió por el automotor comprado y, por otro, la suma total que devolvió después de los reclamos del actor.

Por lo tanto, el factor de atribución subjetivo está suficientemente acreditado en este caso.

5. Llegado a este punto, se reconoce que la pandemia de Covid-19 y las restricciones dispuestas constituyen un hecho público y notorio con incidencia en la actividad automotriz y comercialización de automotores. De hecho, como se señaló anteriormente, esa circunstancia fue reconocida por el señor S. en su demanda. Sin embargo, como se expone a continuación, la relevancia jurídica de la incidencia de esta circunstancia sobre los hechos debatidos no reviste ese mismo carácter de público y notorio ni está acreditada ni invocada en este proceso.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación producida por caso fortuito o fuerza mayor extingue la obligación sin responsabilidad (art. 955). Prevé igualmente que el deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento y no es responsable si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado (art. 1732). Agrega que la existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos; y que su prueba recae sobre quien la invoca (art. 1736).

Por el contrario, el mismo código distingue al concepto antecedente de la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación, que tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial o su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible (art. 956).

Esta Sala sostuvo reiteradamente que la invocación del caso fortuito o fuerza mayor como eximente de responsabilidad requiere que los hechos en cuestión sean imprevisibles (imprevisibilidad razonable, de acuerdo a las circunstancias del caso), inevitables (amén de ello irresistible para el deudor), inimputables (ajeno a la culpa del deudor o de las personas por las que debe responder) y actuales (en punto a afectar el cumplimiento de la obligación cuando esta es exigible); y tornen definitivamente imposible el cumplimiento de la prestación (expte. nro. 5239/2015, “Bardi, Jorge Sebastián c/ Travel Rock SA y otros s/ ordinario”, 28.09.2022; expte. nro. 28959/2016, “Hola Rental SA c/ Covimer SA s/ ordinario”, 31.05.2021).

Así, la configuración del caso fortuito o fuerza mayor requiere que exista un impedimento definitivo y absoluto del cumplimiento de la obligación. Sobre lo primero, se destacó en la doctrina que la imposibilidad definitiva libera al deudor mientras que la meramente transitoria sólo lo exime de los daños y perjuicios moratorios, manteniendo el vínculo obligacional. Así, el deudor está obligado a satisfacer la prestación debida inmediatamente después de la cesación del impedimento temporario que obstaba al cumplimiento (Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, pág. 179). En cuanto a lo segundo, se aclaró que “[l]a imposibilidad absoluta de cumplimiento es la que afecta a cualquier persona, en tanto que la imposibilidad relativa se refiere a determinado deudor, pero que no habría sido un obstáculo para otro” (*id.*, con cursiva en el original).

Sentado lo anterior, se destaca que Siker no invocó la pandemia como un eximente de responsabilidad relevante

en su contestación de demanda. Por el contrario, se limitó a manifestar que “la industria automotriz ha sido una de las más perjudicadas por la Pandemia” y “la entrega de la unidad requerida por el actor se vio notablemente demorada”.

Esto resulta insuficiente para tener por planteada una imposibilidad absoluta y definitiva de cumplir sus obligaciones.

Aún más, se reitera que la demandada tampoco aportó elementos de convicción conducentes para acreditar cómo la pandemia obstó a que pudiera cumplir en los términos que requiere el instituto, es decir, absolutos y definitivos.

Por el contrario, de la prueba documental surge que la demandada manifestó que “después de la primera cuarentena todas las concesionarias oficiales sobrevendieron sus unidades, quedándose sin stock” y que ella carecía de prioridad ante la fabricante para la obtención de la unidad (cfr. correo electrónico del 3.07.2020 a fs. 70/76). A falta de otros elementos de convicción, esto conduce a entender que el obstáculo que la pudo haber afectado no es absoluto sino relativo.

Además, es un hecho público y notorio que la pandemia y las medidas públicas tendientes a su atención tampoco tuvieron consecuencias constantes en el tiempo de los hechos debatidos. Los mismos correos electrónicos aportados al proceso evidencian la reapertura de las actividades (fs. 70/76). Esto también lleva a considerar la ausencia de prueba para tener por acreditado el carácter permanente del eventual impedimento que haya podido afectar a la demandada.

Por lo expuesto, las consideraciones señaladas en este numeral impiden que se pueda tener a la pandemia y las medidas públicas tendientes a su atención como un factor eximente de la responsabilidad de la demandada.

6. Ahora bien, como se señaló anteriormente, el actor no demandó la restitución de las sumas pagadas sino la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato por parte de Siker (fs. 168/186).

En este sentido, se destaca que tanto la ley nro. 24.240 (art. 10 *bis*, inc. c) como su Reglamentación (art. 7, inc. b) establecen que el consumidor tiene derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del proveedor (CNCom, Sala A, “García, Pablo Daniel c/ Next Car SRL y otro s/ ordinario”, 13.11.2023; Sala C, “Koch, María Laura c/ Ideas Conceptos SA s/ ordinario”, 16.04.2019; Sala D, “Añón, Adrián Ariel c/ Asus y otros s/ ordinario”, 15.10.2019). También, el Código Civil y Comercial de la Nación prevé la reparación del daño por incumplimiento contractual (art. 1082).

Hay un daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737, CCCN). Su indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima (art. 1738, CCCN), concepto que abarca los derechos resultantes de los contratos, que integran el derecho de propiedad de los contratantes (art. 965, CCCN). A su vez, la Constitución Nacional declara a este derecho de propiedad como “inviolable” (art. 17) y garantiza su uso y goce (art. 14).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el término propiedad según los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”. Precisó que integra esta noción constitucional todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce (Fallos: 145:307, “Bordieu”; 330:3483, “Cuello”; 341:1485, “EN - Procuración del Tesoro Nacional c. (nulidad del laudo del 20-III-09)”; 344:3476, “Coihue SRL”; 345:1184, “Telefónica de Argentina SA”; 345:951, “Edenor SA”). En relación con este principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, la Corte aseveró que protege “con igual fuerza y eficacia tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones” (Fallos: 145:307, “Bordieu”). En otro precedente, aseveró que esta inviolabilidad no puede ser alterada por normas infraconstitucionales (Fallos: 318:445, “Servicio Nacional de Parques Nacionales”).

En el presente caso, el señor S. celebró un contrato de compraventa de un automotor, y cumplió su obligación principal, esto es, el pago del precio. A partir de ese contrato y del cumplimiento de su prestación, adquirió un derecho a obtener la entrega del automotor. La falta de entrega de ese bien vulneró el derecho de propiedad del consumidor; y esa lesión a un derecho –que, además, tiene la protección reforzada a los intereses económicos del artículo 42 de la Constitución Nacional– configura un daño, que debe ser resarcido por la proveedora.

El Código Civil y Comercial de la Nación prevé que la reparación del daño debe ser plena, y consiste en la restitución de la situación al estado anterior al hecho dañoso (art. 1740). Sobre esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que el derecho que tiene toda persona a una reparación integral de los daños sufridos es un “principio basal del sistema de reparación civil [que] encuentra su fundamento en la Constitución Nacional y está expresamente reconocido por el plexo convencional incorporado al artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (conf. artículos I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)” (Fallos: 344:2256, “Grippe”).

Las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley de Defensa del Consumidor atinentes a la responsabilidad son reglamentarias del principio general de derecho *alterum non laedere*, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. La violación de este deber de no dañar a otro genera la obligación de reparar el menoscabo causado, noción que comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades (Fallos: 344:2256, “Grippe”; 327:3753, “Aquino”; 308:1118, “Gunther”; CNCom, esta Sala, expte. nro. 5551/2014, “Brea, María Laura c/ López, Néstor y otros s/ ordinario”, 1.08.2022). Se reitera: esta reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida, motivo por el cual la indemnización debe ser integral (Fallos: 335:2333, “Rodríguez Pereyra”).

Con anterioridad, la Corte Suprema sostuvo que “[e]l principio de la reparación justa e integral, admitido pacíficamente por la jurisprudencia, ha de entenderse en un sentido amplio de compensación justa e integral de manera que permita mantener la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una numérica equivalencia teórica” (Fallos: 295:973, “Fernández, Juan Vieytes de (sucesión)”).

En este sentido, la jurisprudencia del fuero señaló que “la reparación de los daños y perjuicios derivados de una resolución contractual se incluye todo lo necesario para dejar al acreedor en la situación patrimonial que habría tenido si no fuera por el hecho del deudor responsable [...], es decir, lo que se busca es la recomposición del *statu quo ante* [...] colocándose al no culpable –o no responsable– de la resolución en la situación patrimonial similar pero no peor a aquella que tenía antes de contratar” (“Añón, Adrián Ariel c/ Asus y otros s/ ordinario”, ya citado; doctrina “Koch, María Laura c/ Conceptos SA s/ ordinario”, ya citado).

Así también se ha expedido la doctrina nacional al afirmar que “[c]on la determinación de los daños y perjuicios se persigue la finalidad de colocar al acreedor en una situación patrimonial equivalente a la que tendría si la obligación se hubiera cumplido. De este modo se trata de remediar la inejecución del deudor, para que la conducta indebida de este no se traduzca en desmedro de los bienes del acreedor. En suma, la indemnización de daños y perjuicios desempeña una función de *equilibrio* o *nivelación*. El acreedor fundaba, en la satisfacción de la prestación debida, la legítima expectativa de obtener un determinado estado patrimonial. El incumplimiento del deudor ha frustrado esta perspectiva. Lógico es que el derecho la restablezca poniendo a cargo del deudor las compensaciones pecuniarias que sean suficientes para devolver al acreedor la situación patrimonial justamente esperada” (Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones”, T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, p. 223, con cursiva en el original).

Para más, se recuerda que la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios tienen derecho a

la protección de sus intereses económicos en la relación de consumo (art. 42). En atención a esto, la Corte Suprema sostuvo reiteradamente que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial” (Fallos: 343:2255, “Vela”; 333:203, “Uriarte Martínez”; 331:819, “Ledesma”). Esta tutela especial reviste carácter de orden público (art. 65, LDC) y, asimismo, conlleva que las normas involucradas deben interpretarse conforme el principio de protección del consumidor (arts. 1094 y 1095, CCCN, art. 3, LDC).

Ahora bien, en este caso está acreditado que el resarcimiento dispuesto por la sentencia apelada no le permite al consumidor adquirir una unidad equivalente o similar a la que compró y pagó. Ello surge de la respuesta de la Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina (fs. 1171) y de la prueba pericial contable (fs. 391/392). Hay que recordar entonces que la reparación integral no se logra si el resarcimiento se concreta en valores económicos insignificantes en relación con la entidad del daño que pretende repararse (CSJN, Fallos: 344:2256, “Grippe”; 314:729, “Vargas”; 316:1949, “Maldonado”; 340:1038, “Ontiveros”) y, como consecuencia de ello, estos mismos daños subsisten en alguna medida tras el resarcimiento (Fallos: 335:2333, “Rodríguez Pereyra”).

Por ello, entiendo que corresponde condenar a Siker por la suma equivalente al precio del automotor que el señor S. compró, pagó y aquella no le entregó. Por el contrario, admitir un resarcimiento parcial importaría permitirle a la demandada que pueda aprovecharse de su propio incumplimiento (CNCom, Sala C, “Rages, Juan Marcelo c/ FCA Argentina SA s/ ordinario”, 9.08.2022), hipótesis que resulta extraña a cualquier concepto de justicia.

En suma, se admite el agravio expresado por el señor S. y se condena a Siker a pagarle, en concepto de daño emergente, la suma equivalente al precio de comercialización para el público consumidor de una unidad 0 kilómetro de marca Nissan modelo Versa Exclusive CVT MY a la fecha de efectivización del pago, sin incluir gastos e impuestos –pues estos estaban a cargo del consumidor, quien no acreditó haberlos pagado (fs. 62/69)– y con la previa detracción de la suma de \$ 330.000 con los intereses correspondientes según la sentencia apelada. Este resarcimiento deberá pagarse en el plazo de diez días desde la fecha de la presente resolución; y no devengará intereses porque esta solución no implica un capital sobre el cual la demandada deba pagar réditos.

7. A continuación, corresponde considerar el cuestionamiento relativo al rechazo de la petición indemnizatoria de daño moral.

Sobre esto, la jurisprudencia del fuero reconoce la posibilidad de causar un daño moral en el marco de la ejecución de contratos relativos a automotores (CNCom, esta Sala, expte. nro. 4692/2019, “Padula, Marcelo Néstor c/ Sauma One San Isidro SA y otros s/ ordinario”; 12.04.2023; Sala A, “Lenarduzzi, Alejandro y otro c. Automóviles San Jorge SA s/ ordinario”, 7.12.2021; Sala D, “Carrazán, Walter Luis c/ Car One SA y otro s/ ordinario”, 1.06.2021).

El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos (art. 1737, CCCN); y su reparación tiene un carácter resarcitorio en tanto la finalidad de la indemnización es compensar los efectos del agravio moral sufrido (arts. 1738 y 1740, CCCN).

Sobre el resarcimiento de este rubro en el marco contractual, se sostuvo que la apreciación debe ser efectuada con criterio restrictivo porque no es una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos sino solamente determinados padecimientos espirituales que sea menester de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso. En este sentido, la carga de acreditar su existencia corresponde a quien lo reclama (art. 1744, CCCN; art. 377, CPCCN). Esta carga se justifica porque el daño moral se vincula con un desmedro extrapatrimonial o lesión en sentimientos personales no asimilables a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones propias de cualquier incumplimiento contractual. Por esta razón, se requiere que quien invoca el

daño moral también acredite las circunstancias especiales a las que la ley condiciona la procedencia de su resarcimiento (“Lenarduzzi, Alejandro y otro c. Automóviles San Jorge S.A. s/ ordinario”, ya citado). De otra manera, la indemnización podría configurar un enriquecimiento indebido a favor del reclamante (“Padula, Marcelo Néstor c/ Sauma One San Isidro y otros SA s/ ordinario”, ya citado).

Sin embargo, la prueba directa de la existencia del daño moral es objetivamente difícil como consecuencia de la naturaleza interior de los bienes jurídicos en los que se produce (CNCom, esta Sala, “Alustiza, José María Bautista c/ Ford Argentina SCA y otros s/ ordinario”, 16.05.2016). En atención a ello, se considera que la razonable restricción en la valoración del daño moral no puede erigirse en un obstáculo insalvable para su reconocimiento cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficientes y base sólida en los antecedentes de la causa.

Las circunstancias debatidas en este caso más el tiempo transcurrido desde el incumplimiento de la proveedora aparejaron razonablemente sinsabores, ansiedad y molestias al actor que trascienden a la normal adversidad que se verifica frente a contingencias ordinarias de la vida cotidiana. Por ello, cabe concluir que, efectivamente, el señor S. ha padecido un agravio moral que debe ser resarcido por Siker (CNCom, esta Sala, expte. nro. 55755/2008, “Fernández, Miguel Ángel c/ Plan Ovalo SA de Ahorro para fines determinados s/ ordinario”, 28.12.2021).

A los fines de cuantificar este daño moral debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de dicho rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no necesariamente tiene que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este (CSJN, Fallos: 344:2256, “Grippe”; 323:3614, “Saber”; CNCom, esta Sala, expte. nro. 21143/2017, “Masip, Eduardo Alejandro c/ Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ ordinario”, 6.06.2022). La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida (CSJN, Fallos: 334:376, “Baeza”; CNCom, esta Sala, expte. nro. 7790/2021, “Pobiegajlo, Nicolás Augusto José c/ Guini SA s/ sumarísimo”, 5.10.2023; expte. nro. 2067/2019, “Van Balen Blanken, Matthijs Gerard c/ Assist Card Argentina SA de Servicios s/ ordinario”, 26.09.2022).

No corresponde aplicar pautas matemáticas para determinar su cuantía sino que es preciso valorar las circunstancias de la causa, ya que ésta depende de la gravedad de la culpa y de las características de las partes, factores que deben juzgarse a la luz del prudente arbitrio de los jueces (CNCom, esta Sala, expte. nro. 9976/2014, “Llanos, Andrea Laura c/ Fiat Auto SA de Ahorro P/F Det. y otro s/ ordinario”, 30.03.2022; “Pobiegajlo, Nicolás Augusto José c/ Guini SA s/ sumarísimo”, ya citado).

De esta manera, corresponde admitir el agravio y condenar a Siker por la suma de \$ 600.000 en concepto de indemnización del daño moral (art. 165, CPCCN), la cual deberá pagarse al señor S. en el plazo de diez días desde la fecha de la presente resolución. Este monto devengará intereses a la tasa activa que el Banco de la Nación Argentina aplica en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días (CNCom, en pleno, “SA, La Razón s/ quiebra s/ incidente de pago de los profesionales”, 27.10.1994; art. 303, CPCCN), sin capitalizar, desde el 23.07.2020, fecha de recepción del requerimiento fehaciente del actor.

8. En cuanto al daño punitivo, advierto que está receptado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. El daño punitivo se erige en nuestro ordenamiento jurídico como una herramienta tuitiva para el consumidor (art. 42, CN) en el marco del derecho de daños.

El daño punitivo regulado por esa norma constituye una multa civil que, en el marco de una relación de consumo, puede ser aplicada por el juez a un proveedor de bie-

nes o servicios, y a instancia y beneficio del damnificado. Se trata de una suma de dinero que excede la reparación del daño sufrido y cuya función es sancionar conductas graves y con impacto social que lesionan los derechos de los consumidores.

Al mismo tiempo, esa multa civil posee una función preventiva toda vez que genera incentivos económicos suficientes en el infractor para, por un lado, disuadirlo de incurrir en conductas perjudiciales similares y, por el otro, desalentar su incumplimiento eficiente de normas (conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 18° Sesión Ordinaria, Dictamen de las Comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, Fundamentos, párr. 15, 9.08.2006). En este último aspecto, procura que para el proveedor no resulte más conveniente, en términos económicos, reparar que evitar el daño. Finalmente, el daño punitivo busca que el impacto de ese efecto disuasivo se extienda a otros agentes de modo tal que se abstengan de incurrir en la conducta socialmente no deseada.

La sanción pecuniaria en el daño punitivo está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento 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 (CNCom, esta Sala, expte. nro. 42014/2009 “Acuña, Miguel Ángel c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ sumarísimo” 28.06.2016; Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL, 2009B, p. 949).

En sentido similar, la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos –país que ha desarrollado una extendida práctica de condenas por daños punitivos– ha puntualizado que la imposición de esos daños tiene por finalidad la sanción y la disuasión (cfr. doctrina Suprema Corte de los Estados Unidos, “Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip”, 499 U.S. 1 (1991), 4.03.1991; “BMW of North America, Inc. v. Ira Gore, Jr.”, 517 U.S. 559 (1996), 20.05.1996; “State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, et al”, 538 U.S. 408, 7.04.2003).

Tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional se destacó que esta sanción sólo procede en casos de particular gravedad, calificados por (i) dolo o culpa grave del sancionado; (ii) obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito; o (iii) en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (CNCom, esta Sala, expte. nro. 33694/2006; “Spadavecchia, María Cristina c/ Agroindustrias Cartellone SA s/ ordinario”, 19.11.2015). No todo incumplimiento puede dar lugar a la fijación de daños punitivos. Se trata de casos de particular gravedad que denotan, por parte del dañador, una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Lo que se busca con este instituto es castigar la conducta desaprensiva que ha tenido el dañador respecto de los derechos de terceros.

En el presente caso entiendo que no están reunidos los presupuestos para la aplicación de daños punitivos. En particular, no está acreditado que Siker haya actuado con dolo o culpa grave en la demora en la entrega del automóvil. En este sentido, está demostrado que las partes tuvieron diversos intercambios al efecto de resolver el conflicto, y que la proveedora realizó propuestas –sin perjuicio de lo manifestado anteriormente– y devolvió parcialmente el precio percibido. De esta manera, no se ha demostrado una desaprensión o desinterés grave por los derechos del consumidor, ni que haya desarrollado una conducta antijurídica con incidencia en un universo de sujetos indeterminados. Para más, se pondera que los

derechos involucrados tienen una naturaleza estrictamente patrimonial.

Esto justifica el rechazo del agravio del recurrente.

9. El principio general en materia de costas es que la vencida debe pagar todos los gastos de la contraria (art. 68, CPCCN). El juez puede eximir de ellos al litigante vencido si encontrare mérito para ello, debiendo aplicar tal excepción restrictivamente.

El hecho de que algún pedido indemnizatorio no fuese admitido no obsta a dicha conclusión, toda vez que, en los reclamos por daños y perjuicios –como ocurre en el presente caso–, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder motivó el pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom, esta Sala, expte. nro. 13187/2018, “Lagui, Leandro César c/ American Express Argentina SA y otro s/ ordinario”, 14.11.2022). Desde tal perspectiva, no se advierte que medien aquí circunstancias arrimadas cuya peculiaridad fáctica o jurídica permita soslayar el criterio objetivo de la derrota.

En consecuencia, propongo al Acuerdo imponer las costas de esta instancia a Siker en atención a su carácter de sustancialmente vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

IV. CONCLUSIÓN

En razón de lo expuesto, propongo al Acuerdo: (i) admitir parcialmente el recurso del señor L. F. S.; (ii) modificar la sentencia en el sentido de condenar a Siker SA a pagar (ii.1) la suma equivalente al precio de comercialización para el público consumidor de una unidad 0 kilómetro de marca Nissan modelo Versa Exclusive CVT MY a la fecha de efectivización del pago, con la previa detracción de la suma de \$ 330.000 con los intereses correspondientes según la sentencia apelada, en el plazo de diez días desde la fecha de la presente resolución; y (ii.2) la suma de \$ 600.000 en concepto de indemnización del daño moral, con más intereses desde el 23.07.2020 a la tasa activa que el Banco de la Nación Argentina aplica en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, sin capitalizar; e (iii) imponer las costas de esta instancia a la demandada.

He concluido.

Por compartir la solución arribada, la Dra. *Matilde E. Ballerini* adhiere al voto que antecede.

Y Vistos:

Por los fundamentos del acuerdo que precede, *se resuelve* (i) admitir parcialmente el recurso del señor L. F. S.; (ii) modificar la sentencia en el sentido de condenar a Siker SA a pagar (ii.1) la suma equivalente al precio de comercialización para el público consumidor de una unidad 0 kilómetro de marca Nissan modelo Versa Exclusive CVT MY a la fecha de efectivización del pago, con la previa detracción de la suma de \$ 330.000 con los intereses correspondientes según la sentencia apelada, en el plazo de diez días desde la fecha de la presente resolución; y (ii.2) la suma de \$ 600.000 en concepto de indemnización del daño moral, con más intereses desde el 23.07.2020 a la tasa activa que el Banco de la Nación Argentina aplica en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, sin capitalizar; e (iii) imponer las costas de esta instancia a la demandada.

Regístrese y notifíquese por Secretaría, conforme acordadas nros. 31/2011 y 38/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según lo dispuesto en el artículo 4 de su acordada nro. 15/2013. – *M. Guadalupe Vásquez*. – *Matilde E. Ballerini* (Sec.: Adriana E. Milovich).