

Doctrina

La conducta procesal del proveedor y su incidencia en la determinación del daño punitivo



Ignacio Noble

Abogado, escribano, profesor de derecho y mediador (UNSTA). Mg. en Magistratura y Derecho Judicial (Univ. Austral); Mg. en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Univ. de Bolonia); y Mg. en Mediación Penal (Univ. de Valencia). Esp. en Administración Pública (UNT), Esp. en Derecho Procesal Civil (UBA); Esp. en Derecho Procesal Civil, Esp. en Proceso Civil, Arbitraje y Mediación (Univ. de Salamanca); y Esp. en Negociación y Mediación (Univ. de Castilla La Mancha). Docente titular de Práctica Profesional y Mediación, y Jurisprudencia y Control de Constitucionalidad (UNSTA). Coord. del Consejo de Investigación de la Fac. Cs. Jdcas. (UNSTA), Dir. de la Diplomatura en Mediación y MARC (UNSTA) y subdirector del Centro de Mediación del PJ de Tucumán.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Concepto y características de los métodos alternativos de resolución de conflictos.— III. La resolución autocompositiva de conflictos en las relaciones de consumo.— IV. Incidencia de la conducta procesal del proveedor en la determinación del daño punitivo.— V. Antecedentes jurisprudenciales.— VI. Conclusiones.

I. Introducción (*)

Las relaciones de consumo han venido tomando mayor protagonismo en la evolución del derecho por tratarse de un tipo especial de negocio jurídico que vincula a partes que se encuentran en una situación desigual de poder. Así, la vulnerabilidad del colectivo de consumidores justificó la elaboración conceptual y práctica de instrumentos de protección cuya finalidad fue equilibrar la posición negocial de aquellos, frente a los proveedores de bienes o servicios.

Es precisamente en esa evolución que se desarrollaron institutos como el daño punitivo, cuya función esencial era desalentar prácticas abusivas que vulneraran sistemáticamente los derechos de los consumidores, de modo tal de evitar —a través de la imposición de una sanción económica— que de ese tipo de comportamiento reprochable se derivaran beneficios indebidos en favor de la parte fuerte de la relación.

Ahora bien, tratándose de una imposición judicial que no se encuentra tasada, es el propio juez de la causa quien determina el monto correspondiente al daño punitivo conforme a los criterios que la ley, la jurisprudencia y la doctrina han ido delineando con el tiempo. El presente artículo se introduce en el estudio de uno de esos factores: la conducta procesal asumida por el proveedor en el marco de los denominados procesos autocompositivos de resolución de conflictos, a fin de verificar su incidencia en la determinación del daño punitivo.

En consecuencia, durante el desarrollo de este artículo de investigación nos haremos las siguientes preguntas: ¿la conducta procesal asumida por los proveedores en procesos autocompositivos de resolución de conflictos,

tiene alguna incidencia en la fijación del daño punitivo? Si es así, ¿de qué manera podríamos calificar como reprochable la conducta del proveedor? ¿La falta de acuerdo en un proceso autocompositivo constituye o debe constituir *per se* una presunción en contra del proveedor? Por fin, ¿la jurisprudencia se ha referido a este tópico? ¿En qué términos?

Para dar respuesta a estos interrogantes, se desarrollará un estudio bibliográfico que versará sobre las implicancias de los procesos autocompositivos de resolución de conflictos en las relaciones de consumo, haciendo hincapié en los métodos de conciliación y mediación, dado que estos han adquirido una especial estelaridad a la hora de dar respuestas rápidas, accesibles y efectivas a este tipo de disputas, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

Finalmente, se indagará acerca de la existencia de pronunciamientos judiciales en los tribunales de la provincia de Tucumán en donde se hubiera abordado la temática, a fin de evaluar si la conducta asumida por los proveedores en este tipo de procesos tiene o no incidencia en la determinación de la procedencia y fijación del monto correspondiente al daño punitivo en sede judicial.

II. Concepto y características de los métodos alternativos de resolución de conflictos

Solemos encontrar en los materiales de estudio sobre negociación, conciliación, mediación y arbitraje la mundialmente divulgada acepción “métodos alternativos de resolución de conflictos” para englobar a todos aquellos métodos distintos a la resolución por la vía judicial (1).

Bajo esta denominación encontramos diferentes institutos que, aunque tienen caracterís-

tas propias, por lo general presentan similitudes o son combinaciones entre uno o más métodos (2). La cantidad de métodos alternativos a la solución tribunalicia son innumerables, pues cada país ha ideado procesos específicos que se adecuan a la cultura judicial propia de ese lugar, pudiendo en general distinguir dentro de la cultura occidental dos corrientes, la anglosajona del *common law* y la continental europea.

Ahora bien, excediendo los fines del presente trabajo, omitiré abordar métodos tales como la pericia arbitral, la evaluación neutral previa o el minijudicio, para concentrarme en la caracterización de los institutos que considero resultan más relevantes dentro de la gestión local de los conflictos derivados de las relaciones de consumo.

Previo conceptualización de los métodos de negociación, conciliación, mediación y arbitraje, comenzaré ubicándolos dentro de una clasificación tradicional que los divide según que se trate de mecanismos de resolución de conflictos adversariales o no adversariales.

Los métodos adversariales son aquellos en los que se impone la lógica de la suma cero, es decir que donde uno gana el otro pierde. Este tipo de procesos usualmente se encaminan al descubrimiento de la verdad formal, y la decisión final se encuentra en manos de un tercero neutral que, de acuerdo a las constancias del expediente decide el resultado de la disputa, siendo sus decisiones generalmente obligatorias para las partes. Es decir que se trata de procedimientos heterocompositivos, por depender la resolución del conflicto de un tercero, y no de las propias partes.

Dentro de este tipo de métodos encontramos clásicamente al proceso judicial y el arbitraje,

procedencia y fijación del monto correspondiente al daño punitivo en sede judicial.

(1) ÁLVAREZ, G. S. - HIGHTON DE NOLASCO, E. I., - JASSAN, E. (1996). “Mediación y justicia”. Ed. Depalma, 33.

(2) HIGHTON DE NOLASCO, E. I., - ÁLVAREZ, G. S. (1995). “Mediación para resolver conflictos”. Ad-Hoc, 123-125. PICKER, B. G. (2001). “Guía práctica para la media-

pero el hecho que ambos coexistan dentro de una misma clasificación no significa en modo alguno que no existan diferencias entre un sistema de resolución de conflictos y el otro.

Desde otro lugar, encontramos los métodos no adversariales (3), cuya lógica no reside en la confrontación con la otra parte, sino —por el contrario— en la posibilidad de gestión y eventual resolución del conflicto de modo distributivo o —en el mejor de los casos— integrativo. En esta clasificación encontramos a la negociación, la conciliación y la mediación.

Efectuada esta primera clasificación, comenzaremos a desagregar algunos de los elementos constitutivos de cada uno de estos métodos, comenzando a los fines prácticos por los denominados métodos adversariales.

II.1. Proceso judicial

El proceso judicial es un modelo tradicional de resolución de conflictos institucionalizado, en donde las partes acuden ante el organismo jurisdiccional a fin de que un tercero, en base a las constancias y probanzas del expediente, arribe a una solución basándose en el derecho vigente.

Lo cierto es que, a pesar de seguir siendo el modo más usual en que las personas deciden resolver sus conflictos, se han advertido altos grados de insatisfacción por la demora en la tramitación de los juicios, los altos costos económicos y emocionales a los que se ven expuestas las partes, la destrucción de la relación (4) marcada por la lucha encarnizada para demostrar ser el titular del derecho lesionado injustamente por la otra parte, y la falta de una sensación de justicia al final del proceso.

Manual para la resolución de conflictos comerciales”. Paidós, 21.

(3) ÁLVAREZ, G. S. (2003). “La mediación y el acceso a justicia”. Rubinzal-Culzoni, 136.

(4) ENTELMAN, R. (2002). “Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma”. Gedisa, 23-24.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El presente artículo se realizó con base en el estudio bibliográfico sobre las implicancias de los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos en las relaciones de consumo, siendo los procesos de conciliación y mediación especialmente relevantes dentro de esta temática por su expansión en los sistemas de justicia latino-

americanos durante las últimas tres décadas. Asimismo, la plataforma teórica propuesta fue complementada con un estudio de campo que consistió en relevar la jurisprudencia emitida por los tribunales de la provincia de Tucumán en Argentina, de modo tal de evaluar si la conducta asumida por los proveedores en este tipo de procesos no adversariales tiene o no incidencia en la determinación de la

Doctrina

Economía popular cooperativa

Roberto F. Bertossi

Jurisprudencia

Conflicto de competencia

Delitos cometidos con menores relacionados a su identi-

dad. Juez competente. Facultades de la Corte para dirimir el conflicto.

CS, 26/04/2022. - N. N. s/ incidente de incompetencia. Damnificado: M., D. E. y otro.

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar tendiente a la suspensión de la aplicación

de la ley 27.605. Ausencia de peligro en la demora. CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 07/04/2022. - H., E. S. c. EN - AFIP - Ley 27.605 s/ inc. apelación.

Protección de la imagen

Difusión. Requisitos. Ausencia de consentimiento. Responsabilidad. Alcances de la libertad de prensa. Daño moral. CNCiv., sala J, 04/04/2022. - N., M. F. c. Coop. de Trabajo Por Más Tiempo LTDA y otros s/ daños y perjuicios.

Como respuesta a este método que suponía a las partes como enemigas irreconciliables, tilando a la transacción y conciliación de “modos anormales o extraordinarios de finalización del proceso” (siendo lo normal u ordinario el dictado de una sentencia definitiva), aparecieron métodos autocompositivos de gestión y resolución de conflictos (5) cuyo fin era dotar a las partes de mayor control, ya en el procedimiento (como es el caso del arbitraje), o ya directamente en la gestión y resolución del conflicto (como es el caso de la negociación, la conciliación y la mediación).

Estos métodos aparecieron en las antípodas del pensamiento jurídico, pues siguieron una lógica multidisciplinaria que rompía con el clásico método interpretativo de las normas para arribar a un pronunciamiento judicial basado en un razonamiento que respete las reglas de la lógica y la argumentación racional.

Hoy en día, aunque aún “alternativos”, los métodos adecuados de gestión y resolución de conflictos se perfilan como soluciones de calidad que permiten a las partes una mayor apropiación de su conflicto e importan un aprendizaje actitudinal relevante por adquirir sus protagonistas mayores competencias sociales para relacionarse y vivir en comunidad de forma pacífica.

II.2. Arbitraje

El arbitraje es un método de gestión y resolución de conflictos por el cual un tercero o grupo de terceros (el o los árbitros) cuya elección ha sido definida por las partes, decide una disputa con fuerza vinculante en base a un procedimiento fijado previamente por aquellas.

El laudo arbitral constituye la decisión definitiva en el arbitraje, y —a diferencia del proceso judicial y de la sentencia en particular— no debe basarse necesariamente en razones de derecho, pudiendo dictarse un laudo arbitral en función de criterios de igualdad y equidad (amigables componedores).

En este sentido, si bien el arbitraje se inscribe dentro de la clasificación adversarial, y con ello reproduce algunos de los fenómenos judiciales más cuestionados por la doctrina partidaria de la introducción de métodos pacíficos de gestión y resolución de conflictos, otorga a las partes un mayor control sobre las decisiones que culminarán con el pronunciamiento definitivo, haciéndolo más aceptable por contar con un mayor índice de consenso respecto a las reglas que regirán el proceso (6). De igual manera, y aunque no siempre sea así, para justificar su existencia el arbitraje debiera resultar más económico y ofrecer tasas de resolución en tiempos mucho más acotados que la solución judicial, siendo este el motivo por el que —tal vez— su implementación y posterior consolidación ha sido escasa y dificultosa en la mayoría de los países iberoamericanos.

En lo que respecta al derecho argentino, la propia Ley de Defensa al Consumidor en su art. 59 promueve la creación de tribunales arbitrales para la resolución de los conflictos originados en las relaciones de consumo (7).

Analizados los métodos adversariales, cuya característica esencial es la confrontación y la heterocomposición (solución impuesta por un tercero), haremos ahora lo propio con los tres métodos alternativos de resolución de conflictos no adversariales propuestos con anterioridad, y cuya nota

saliente es la autocomposición (solución proveniente de las propias partes en conflicto).

II.3. Negociación

La negociación es el método no adversarial de gestión y resolución de conflictos por el cual dos o más partes (por sí o a través de sus representantes), haciéndose concesiones mutuas, modifican sus demandas con el fin de resolver diferencias pasadas, presentes o futuras para satisfacer sus necesidades e intereses de modo tal que el acuerdo al que arriben resulte satisfactorio para todas ellas.

La negociación es sin dudas la forma más rudimentaria de gestionar y resolver los conflictos, pues surge de manera intuitiva cuando —por existir una situación de interdependencia— la satisfacción de nuestras necesidades e intereses dependen de otra persona, a quien —a su vez— estamos en condiciones de satisfacer sus intereses y necesidades (8).

De igual manera resulta importante destacar que lo que diferencia a la negociación de otros métodos de gestión y resolución de conflictos es la participación de las partes (o sus representantes) que, en forma directa, y sin asistencia de un tercero, modifican sus demandas a fin de llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Como consecuencia de ello, el concepto de imparcialidad o neutralidad no tendrá rol alguno, pues la presencia de un tercero la convierte automáticamente en una negociación asistida que podrá adquirir la forma de una conciliación o una mediación.

Por último, la negociación admite cuanto menos dos modelos de intervención, el primero de ellos denominado “distributivo” en donde los recursos disponibles son limitados y deben repartirse, y el segundo denominado “integrativo”, por el cual las partes comprenden que es viable ampliar los recursos disponibles para satisfacer el mayor número de intereses posibles (9). Por lo general, el modelo distributivo se impone frente al modelo integrativo, pues las personas solemos visualizar los intereses ajenos como limitaciones a la satisfacción de nuestros intereses, cuando en realidad la mayoría de las negociaciones podrían ser integrativas si las partes concentraran sus esfuerzos en la búsqueda de opciones de mutuo beneficio.

II.4. Conciliación

La conciliación puede ser concebida como el método de gestión y resolución de conflictos por el cual un tercero imparcial y neutral (el conciliador) asiste a las partes en conflicto a fin de ayudarles a llegar a un acuerdo que resulte mutuamente satisfactorio.

Tal vez sea esta la metodología más difícil de caracterizar, pues por lo general existe mucha disidencia a la hora de considerar los elementos que permiten diferenciarla de la mediación.

En este punto, aunque gran parte de la doctrina adopte un criterio diferente, adscribo a la corriente que sostiene que, en la conciliación, el rol del tercero goza de mayores libertades que —por ejemplo— en la mediación, pudiendo este ser más directivo del proceso (sin perder su imparcialidad y neutralidad) a fin de que las partes arriben a un acuerdo.

consumidores o usuarios y las cámaras empresarias. Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral”.

(8) FISHER, R. - URY, W. - PATTON, B. (2012). “Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder”. Grupo Norma Editorial, 47-65.

(9) CARAM, M. E. - EILBAUM, D.T. - RISOLÍA, M. (2010). “Mediación: diseño de una práctica”. Librería Editorial Histórica, 398.

(10) ISLAS COLIN, A. - CORNELIO LANDERO, E. (2014). “Mediación y derechos humanos”. Porrúa, 44.

(11) MEJÍA LÓPEZ, F. en ISLAS COLIN, A. - CORNELIO

En este sentido, el conciliador puede proponer fórmulas de avenimiento, aconsejar a las partes y realizar observaciones basadas en criterios de realidad (10). Es cierto que existen modelos de mediación en donde el mediador es más directivo y no un mero facilitador de la comunicación entre las partes, pero no por ello podemos dejar de advertir las singularidades del método en su versión más pura.

Por otra parte, algunos criterios distintivos del método de conciliación, es el que lo caracteriza como un procedimiento o acto dentro de un proceso, esto dado que, en la mayoría de los sistemas legales iberoamericanos, la fase de conciliación es una parte del proceso judicial que puede evitar el dictado de una sentencia, inscribiéndose dentro de los denominados modos anormales o anticipados de terminación del proceso judicial (11).

Lo cierto es que, en la práctica, aun cuando no debiera ser así, se ha llamado indistintamente mediación a la conciliación y viceversa, lo que se ha visto favorecido por la aparición de modelos de mediación más directivos que justifican un mayor grado de intervención por parte del operador del método.

II.5. Mediación

La mediación es el método de gestión y resolución de conflictos por el cual, un tercero imparcial y neutral (el mediador) facilita la comunicación entre dos o más partes a fin de que ellas mismas arriben a una solución mutuamente aceptable capaz de satisfacer sus intereses y necesidades (12).

Tal como se adelantara en el punto anterior, considero que la característica sobresaliente del método de mediación es el rol asignado al tercero, quien facilita la comunicación entre las partes favoreciendo su protagonismo. En este sentido, son las propias partes quienes, en cada etapa del proceso, irán construyendo el camino posible hacia el acuerdo.

Si bien se han desarrollado diversas escuelas de mediación en donde se ha cuestionado el rol tradicional asignado al mediador (tal vez incluso en una lectura más real de lo que suele ocurrir en la mayor parte de las mesas de mediación), no podemos dejar de destacar que el rol asignado al tercero en mediación es diferente al del conciliador, pues facilitar la comunicación entre las partes no significa suplir procesos de reflexión necesarios para avanzar hacia la etapa de construcción del acuerdo.

Este enfoque abstencionista fue plasmado en la obra de Folger y Bush (2010) (13), haciendo referencia a todo lo que la mediación había prometido y no había cumplido, proponiendo entonces volver a los orígenes del método para centrarse nuevamente en las partes.

Hoy en día, en cada una de las conferencias que brinda el Prof. Folger, se encarga de dejar en claro que el campo de trabajo del mediador es el conflicto, que un mediador no puede temerle al conflicto y que, como consecuencia de ello, su labor no está destinada a sofocarlo a través de las técnicas y herramientas comunicacionales. Por el contrario, Folger propone centrar la atención en las partes, quienes llegan a mediación confundidas por el conflicto, siendo la labor del mediador acompañarlas en un proceso dialógico en

donde surjan oportunidades de reconocimiento y *empowerment* que transformen la relación.

Por ello, entiendo que la mediación es el método más complejo por requerir de su operador niveles de intervención más refinados, de abstención permanente (14), pues la autocomposición entendida desde una óptica integral no solo implica que la solución no haya sido impuesta por un tercero, sino también que aquella haya sido construida por las partes desde el convencimiento que se trata de la mejor solución posible por abarcar el mayor número de necesidades o intereses, o al menos los más centrales, sean estos económicos o afectivos.

III. La resolución autocompositiva de conflictos en las relaciones de consumo

Los métodos autocompositivos de resolución de conflictos tienen un ámbito de aplicación muy amplio, y aunque su naturaleza es independiente del contexto para el cual son utilizados, estos terminan por caracterizarlo.

En lo que respecta al ámbito de aplicación, métodos como la conciliación y la mediación pueden tener lugar tanto dentro del espacio privado como público, y dentro de este último, en forma extrajudicial o judicial (15). Así, originado un conflicto en materia de consumo, existen entidades no gubernamentales como las asociaciones de consumidores que se ocupan de facilitar el proceso de diálogo y negociación entre ambas partes. Por otra parte, fuera del reclamo judicial, existen entidades administrativas de defensa al consumidor en donde tienen lugar procesos de conciliación y mediación gratuitos a los que los proveedores se encuentran compelidos a concurrir bajo pena de aplicación de una sanción económica en su contra. Por último, fracasada la vía extrajudicial, o iniciada directamente la reclamación ante los tribunales, según la provincia de que se trate, podrá existir una instancia de mediación judicial previa, ya sea que esta sea voluntaria u obligatoria para ambas partes.

Por otra parte, según el objeto del proceso, estos mecanismos podrían estar destinados a la resolución de conflictos de familia, mercantiles, comunitarios, penales, escolares, entre otros.

Cuando nos referimos a la aplicación de estos institutos en el campo de los conflictos originados en una relación de consumo, hacemos alusión a un tipo especial de conflicto mercantil que vincula al proveedor de un bien o servicio, y a su destinatario o conjunto de destinatarios finales (16). Algunas características generales de estos tipos de conflictos tienen que ver con: la adhesión del consumidor a las pautas contractuales fijadas unilateralmente por el proveedor; la desigualdad de información entre quien adquiere un producto o servicio y quien se dedica a su venta o prestación; la insignificancia del perjuicio sufrido respecto de las acciones necesarias y el costo económico y emocional que tiene su reclamación; entre otras. Estos rasgos distintivos hacen que el conflicto de consumo adquiera algunas particularidades dentro del proceso de gestión del conflicto.

A continuación, analizaremos los beneficios y las dificultades que presentan los conflictos originados en relaciones de consumo cuando son gestionados a través de los procesos autocompositivos de conciliación o mediación.

persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Por otra parte, en su art. 2º define al proveedor como “...la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

(5) Argentina. Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia de la Nación (1996). Mediación. Proyecto piloto: implementación, desarrollo y evaluación. 13.

(6) ÁLVAREZ, G. S. - HIGHTON DE NOLASCO, E. I., - JAS-SAN, E. (1996). “Mediación y justicia”. Ed. Depalma, 43.

(7) El art. 59 de la Ley de Defensa al Consumidor establece: “La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de

LANDERO, E. (2014). “Mediación y derechos humanos”. Porrúa, 72-73.

(12) MOORE, C. (1995). “El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos”. Granica, 44.

(13) BARUCH BUSH, R. A. - FOLGER, J. P. (2010). “La promesa de mediación”. Granica.

(14) TAUSK, J. (1996). “Intersecciones: Mediación y Psicoanálisis”. *Revista Actualidad Psicológica*, 237, 4.

(15) NOBLE, I. (2017). “Reflexiones sobre el sistema de justicia actual: implicancias procesales de los programas de mediación en los ordenamientos jurídicos de Argentina y España”. *Editorial Académica Española*, 39-43.

(16) La ley 24240 y modificatorias define al consumidor en su art. 1º, cuando establece: “...Se considera consumidor a la

En cuanto a los beneficios, este tipo de mecanismos alternativos son más expeditos (17) que la tramitación de un proceso judicial, ya que su duración suele tener lugar en el lapso de un mes a tres meses, dependiendo de las dificultades que pudieran presentarse para la debida notificación de la parte requerida. Por el contrario, los procesos de consumo ante los tribunales de justicia, aun cuando tramitaran por vías procesales expeditas, están sujetos a las distintas instancias recursivas disponibles para la parte condenada.

Por otra parte, los costos de los procesos autocompositivos suelen ser menores a los que insume un proceso judicial (18), ya que aunque se estableciera la gratuidad en la tramitación de las actuaciones en sede jurisdiccional, hay gastos de notificación, traslados, impresiones, bonos profesionales y aportes a las cajas de previsión social de abogados que terminan por requerir de dinero de parte de los consumidores afectados, siendo aquellos en ocasiones similares al costo de aquello que se reclama. En este sentido, suele suceder que los consumidores utilicen los procesos de conciliación y mediación para llegar a un posible acuerdo con la contraparte, pero si ello no sucediera evitan acudir a la instancia judicial por considerar que los costos económicos y emocionales del proceso son superiores al valor del reclamo (19).

Además, los procesos autocompositivos aparecen como una posibilidad de satisfacción de intereses ajustados a las reales necesidades de los consumidores, y no se agotan en la posibilidad de obtener una reparación económica, sino que puede tener lugar además un desagravio moral al obtener una explicación e incluso una disculpa formal por parte del proveedor o su representante legal.

Por último, la gestión colaborativa de los conflictos a través de los procedimientos de conciliación y mediación permiten establecer un diálogo constructivo en donde sea posible sostener la relación comercial entre el consumidor y el proveedor. Recordemos que la actividad mercantil se edifica a partir de la confianza que genera en sus consumidores. En este sentido, el descontento de la clientela genera no solo una afectación en la relación futura de consumo entre las partes intervinientes, sino también respecto de posibles futuros clientes que toman conocimiento de la actitud de incumplimiento por parte del proveedor.

En cuanto a las dificultades, en primer lugar, suele ocurrir que el consumidor, afectado directo de un posible incumplimiento concurra al proceso de autocomposición en forma personal, mientras que el proveedor, constituido usualmente bajo una forma societaria, no tiene una cara visible, sino que es el abogado apoderado de la firma quien se apersona en su nombre y representación. Esta circunstancia genera, por un lado, el enojo del consumidor que no reconoce en el intermediario un interlocutor válido, y por el otro, la falta de empatía de este último por tratarse de un conflicto más que debe gestionar a nombre de la firma.

Lejos de resultar indiferente, esta característica adquiere especial relevancia dentro de procesos en donde el protagonismo de las partes resulta definitorio por verse comprometidos deseos, expectativas, temores y frustraciones que requieren ser expresados y debidamente gestionados entre quienes fueron parte del conflicto (20). En este sentido, suele suceder que, en el marco del proceso, el consumidor pretenda una explicación y un pedido de disculpas por parte del proveedor que, en el contexto de

la intervención de un abogado apoderado, muchas veces no resulta posible o suficiente.

En segundo lugar, la intervención mediatizada del apoderado en la gestión del conflicto de consumo suele tener como consecuencia directa que los procesos de autocomposición se dilaten por la necesidad de estos últimos de recibir instrucciones acerca de los términos que podría llegar a tener un posible acuerdo. Así, los consumidores suelen llegar a los procesos de conciliación o mediación cansados de reclamar por el reconocimiento del incumplimiento denunciado, mostrándose intransigentes o poco pacientes a la hora de fijar nuevas reuniones para avanzar en una posible solución al conflicto.

En tercer lugar, también fruto de la intervención de un letrado apoderado o representante de la firma, suele producirse una dificultad adicional para el consumidor, ya que en el proceso de negociación expondrá sus intereses, propuestas y alternativas a quien no tiene posibilidad real de decisión, lo que puede derivar en una estrategia de debilitamiento progresivo de la posición asumida por la parte débil de la relación, y otorgar así una ventaja al proveedor que podrá contar con mayor información para tomar decisiones que le resulten más favorables.

Con luces y sombras, los procesos de autocomposición aparecen como una posibilidad de tutela expedita, efectiva y adecuada de los derechos de los consumidores, posibilitando a su vez la restitución de la confianza perdida en el proveedor y la continuación de la relación comercial con este. Cabe recordar que es una característica esencial y necesaria de los procedimientos colaborativos que ambas partes deben ver satisfechos sus intereses, esto independientemente de los roles asumidos como parte requirente o requerida en el marco del reclamo de consumo.

Sin embargo, la resolución del conflicto planteado requiere de la predisposición, buena fe y diligencia del proveedor durante los procesos de autocomposición, ya que una actitud reticente, dilatoria y desinteresada suele redundar en el empeoramiento de la experiencia del consumidor que ve vulnerada una vez más en sus derechos.

Veremos entonces si este tipo de actitud reprochable por parte del proveedor debe o no tener algún tipo de incidencia en la determinación del daño punitivo al momento de dictarse una sentencia de condena, y en su caso, cuáles serían los motivos que podrían llevarnos a esta afirmación.

IV. Incidencia de la conducta procesal del proveedor en la determinación del daño punitivo

En el ordenamiento jurídico argentino la relación de consumo se encuentra regulada en distintos instrumentos normativos, empezando por la Constitución Nacional, que en sus arts. 42 y 43 establece expresamente el ámbito de protección de los derechos de los consumidores, pasando por el Código Civil y Comercial de la Nación, que a partir de su art. 1092 regula los contratos de consumo, y por la ley 24.240 de Defensa al Consumidor y sus modificatorias, que fijan pautas precisas para la tutela de sus derechos.

Es precisamente en una de las modificaciones introducidas a la Ley de Defensa al Consumidor, a través de la ley 26361, que se incorporó el art. 52 bis que regula la aplicación judicial del daño punitivo en favor del consumidor (21) en los siguientes términos: “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez

podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Conforme puede observarse, la norma faculta al juez a la fijación y graduación de la sanción, la que deberá ponderarse teniendo en cuenta la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, pero ¿cuáles son esas circunstancias? ¿Qué pautas debe seguir el juez para aplicar una multa civil que, según lo dispuesto en el art. 47 inc. b va desde los \$100 a los \$5.000.000? ¿Qué incidencia tiene entonces la actitud procesal del proveedor en el marco de los procedimientos autocompositivos de resolución de conflictos?

En lo sustancial, los daños punitivos aparecen como una forma de disuasión y castigo de las conductas consideradas como reprochables por parte de los proveedores, de modo tal de evitar que sigan repitiéndose y perjudicando a más consumidores. A más de lo expresado, la fijación de una multa civil en contra de los proveedores incumplidores tiene razón de ser en las ventajas que usualmente se derivan del comportamiento observado, de modo tal de evitar que su reproducción a futuro genere mayores ingresos que las indemnizaciones que deban pagarse a aquellos usuarios o consumidores que hubieran tomado la decisión de accionar judicialmente.

Recordemos que, además de la finalidad compensatoria, la función preventiva en el derecho de daños resulta de máxima importancia (22), y en este sentido, la legislación en materia de consumo no ha pretendido tutelar exclusivamente los derechos del afectado directo, sino también de todos aquellos afectados potenciales que se ven expuestos a ese tipo de relaciones de consumo.

Sin embargo, la fijación del daño punitivo se deriva necesariamente de la petición por parte del consumidor o colectivo de consumidores afectados, y procede cuando se hubiera verificado el daño infringido y las indemnizaciones que pudieran corresponder para su resarcimiento.

De igual manera, siendo su aplicación de carácter excepcional y accesorio, la determinación del incumplimiento no otorgará en forma automática un derecho en favor del consumidor afectado, pues deben concurrir otros elementos que configuren la gravedad del actuar del proveedor. Es precisamente en la incidencia de uno de esos posibles factores —la conducta procesal asumida por el proveedor en los procedimientos autocompositivos de resolución de conflictos— que se pretende hacer hincapié en el presente artículo.

Pero la consideración acerca del comportamiento del proveedor a lo largo del proceso no se agota en esa misma circunstancia, sino que debe ser entendida en su conjunto con el cumplimiento de otros factores previstos en la Ley de Defensa al Consumidor: atención y trato digno y equitativo; suministro de información cierta, clara, detallada y gratuita; protección de la salud e integridad física de los consumidores o usuarios; postura asumida frente a la obligación de satisfacción de los compromisos asumidos en las condiciones pactadas, entre otras.

llos, etapas de mediación obligatoria, todo ello prescindiendo de asistencia letrada, la eximición de sellados y tasas...”.

(20) HIGHTON DE NOLASCO, E. I. - ÁLVAREZ, G. S. (1995). “Mediación para resolver conflictos”. Ad-Hoc, 225-226.

(21) Artículo incorporado por art. 25 de la ley 26.361 BO 7/04/2008.

(22) El art. 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: “Toda persona tiene el deber, en cuanto de

Esto quiere decir que la conducta que se despliega dentro de los procesos de autocomposición implica, por un lado, la posibilidad que el proveedor rectifique su actuar, asuma las consecuencias de su comportamiento anterior y repare patrimonial y moralmente al consumidor que se hubiera visto afectado por su obrar, y por el otro, que a partir de esa experiencia modifique todas aquellas prácticas que pudieran redundar en la reiteración de la conducta cuestionada.

Sin embargo, las dificultades señaladas en el capítulo III del presente artículo —en especial aquellas relacionadas a la despersonalización de la actuación del apoderado del proveedor— hacen que en ocasiones los procedimientos alternativos de resolución de conflictos ofrezcan una réplica del comportamiento reprochado, perpetuando así el sentimiento de vulneración en el consumidor que vivencia nuevamente el incumplimiento y el dextrato. Es precisamente este tipo de intervención la que pretende ser castigada a partir de la evaluación de la conducta procesal del proveedor en las instancias previas a la resolución jurisdiccional cuando, en conjunto con otros factores de atribución, se determina la aplicación del daño punitivo.

En este sentido, los procesos autocompositivos se constituyen como una posibilidad más con la que cuenta el proveedor para revisar su conducta y ofrecer soluciones que satisfagan los intereses y las necesidades del consumidor, al tiempo que le permite restaurar la relación comercial con el cliente y evitar un proceso judicial en donde es altamente probable que deba abonar sumas superiores de dinero en concepto de indemnización, y eventualmente por fijación del daño punitivo.

Ahora bien, resulta necesario aclarar que, aunque es importante la conducta desplegada por el proveedor durante las audiencias de conciliación y mediación, tratándose de procesos confidenciales en donde todo lo que se exponga no podrá ser utilizado como prueba en una posible instancia judicial posterior, solo podrá tomarse en consideración la actitud de reticencia del proveedor en brindar una solución satisfactoria al conflicto en tiempo oportuno.

Este razonamiento supone evaluar las distintas instancias por las cuales el consumidor ha tenido que atravesar a fin de que se le reconozca el derecho que reclama. Como consecuencia de ello, habiendo podido resolverse la disputa en ocasión de la celebración de procesos de autocomposición administrativos o judiciales previos a juicio, corresponde su consideración como un elemento que, en conjunto con otros, debe ser tenido en cuenta al tiempo del dictado de una sentencia de condena que prevea la imposición del daño punitivo en sede jurisdiccional.

Llegados a este punto, analizaremos las pautas tenidas en cuenta para la fijación del daño punitivo en la jurisprudencia, a fin de verificar si la conducta procesal desplegada por el proveedor en los procesos autocompositivos de resolución de conflictos es una de ellas.

V. Antecedentes jurisprudenciales

Desde su incorporación a la legislación argentina en el año 2008, el daño punitivo ha sido un tema de especial interés y estudio por dejarse librada su determinación a la interpretación del juez. Aunque con pautas mínimas, la Ley de Defensa al Consumidor hace referencia a la “gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”, lo que deja librado al arbitrio del juzgador un amplio margen para la determinación de su procedencia.

ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

(17) HIGHTON DE NOLASCO, E. I. - ÁLVAREZ, G. S. (1995). “Mediación para resolver conflictos”. Ad-Hoc, 228.

(18) ÁLVAREZ, G. S. - HIGHTON DE NOLASCO, E. I. - JASSAN, E. (1996). “Mediación y justicia”. Ed. Depalma, 39-40.

(19) La Cámara Civil y Comercial Común Sala II de Tucumán en autos “Grandval, Pablo Alberto c. Cencosud SA s/ sumarísimo (residual)” en sentencia N° 101 de fecha 22/03/2013 sostuvo: “El consumidor está en una posición de debilidad, en principio, porque posee menos informa-

ción —pues en las más de las veces el costo de adquirirla es mayor al costo del producto— y también puede estar en una situación de inferioridad o asimetría en relación a la cuantía de su reclamo y los gastos fijos mínimos que pueden insumir la defensa de su derecho. En las distintas legislaciones se trata de solucionar este problema y garantizar el acceso a la justicia mediante distintos mecanismos de bajo costo para el demandante: la fijación de tribunales de menor cuantía con procedimientos abreviados y sencili-

Es así como la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a delinear con mayor precisión esas premisas que aun a la fecha siguen siendo bastante difusas. Tal es así, que desde el *leading case* “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”, pasando por el famoso caso “Teijeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG” y siguiendo por un sinnúmero de pronunciamientos, se establecieron dos corrientes para la determinación del daño punitivo en sede jurisdiccional: la primera que podríamos denominar como amplia o minoritaria, en donde el incumplimiento legal o convencional del proveedor habilita la fijación de la sanción civil, mientras que la tesis restringida, de mayor aceptación en la doctrina y la jurisprudencia, establece que dado el carácter excepcional del instituto, deberá tratarse de una conducta reprochable y deliberada por parte del proveedor, que es ocasionada en virtud de su culpa grave o dolo.

Como consecuencia de ello, el juzgador que se decida por la fijación del daño punitivo deberá esmerarse en la motivación de su sentencia, de modo tal que le sea posible explicar las razones que justifican tal medida. No basta entonces con una vaga alusión a razones genéricas vinculadas al incumplimiento objetivo, del cual seguramente se derivan las indemnizaciones fijadas, sino que deberá precisar la gravedad del actuar del proveedor y —en su caso— los beneficios que injustamente se derivarían de la reiteración de esa misma conducta a futuro.

De los antecedentes jurisprudenciales en materia de daños punitivos en la provincia de Tucumán (23), pueden extraerse los siguientes motivos o categorías que justifican la aplicación de esa sanción: a) incumplimiento del objeto contractual; b) incumplimiento al deber de información; c) incumplimiento del deber de trato digno al consumidor; d) actitud abusiva en virtud de la posición de poder del proveedor; e) obtención de ventajas y beneficios injustos a través de la repetición de la conducta reprochada; f) prevención del daño y disuasión de incumplimientos futuros; y g) conducta desplegada por el proveedor ante los sucesivos reclamos administrativos y judiciales.

En lo que respecta al presente trabajo, reseñaremos los pronunciamientos más importantes en lo que refiere a la actuación del proveedor en ocasión de atender el reclamo del consumidor, y para ello diferenciaremos las siguientes etapas: 1) reclamo realizado ante el propio proveedor a través de los canales de queja dispuestos por este; 2) reclamo en sede administrativa (usualmente a través de procesos de conciliación ante la Dirección de Comercio Interior); 3) reclamo en instancia previa a juicio a través del proceso de mediación obligatoria ley 7844 y modif.; y 4) reclamo en sede jurisdiccional.

La finalidad de categorizar distintas instancias de resolución del conflicto previa a juicio es una manera de graficar la gravedad de la conducta del proveedor que obliga al consumidor a transitar por distintos procedimientos sin brindar una respuesta oportuna al reclamo, lo que —en la hipótesis que se sostiene— configura una razón de peso para la aplicación de la sanción dispuesta en el art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor.

En el año 2015, en autos “Muler, Germán Esteban c. Telecom Personal SA s/ daños y perjuicios” (24), la Sala I de la CCCCT incluyó dentro de la motivación de la sentencia, la incidencia de

la conducta del proveedor durante las distintas etapas anteriores a la judicialización de la causa, y estimó que la falta de respuestas al consumidor en ocasión de realizar el reclamo, durante la etapa administrativa y finalmente en la etapa judicial, hacían procedente la imposición de esa sanción. Concretamente dijo: “...La empresa demandada tuvo a su alcance evitar las consecuencias dañosas para el actor con un mínimo de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, y no solo eludió el problema, sino que ensayó alternativas que demuestran su real desaprensión, resultante de su postura en sede administrativa y luego judicial, cuando planteó que el cliente tenía a su alcance la alternativa de adquirir un nuevo equipo de telefonía. De este modo agravó las dificultades del actor, haciéndolo transitar un largo peregrinaje de reclamos administrativos y judiciales. Además de la indiferencia que trasunta, el comportamiento de la demandada está reñido con el trato digno que la LDC garantiza al consumidor (art. 8 bis, ley 24.240)...”

A partir de entonces, ese argumento comenzaría a repetirse, haciéndolo por ejemplo en el año 2015 en autos “Ragone de Salazar, Liliana del Valle c. Crédito Automático SA s/ daños y perjuicios (mediación)” (25), en el año 2016 en autos “Lecuona, Daniel César c. HSBC Bank Argentina SA s/ especiales (residual)” (26), en el año 2017 en autos “Toscano, Leonardo Andrés c. Telecom Personal SA s/ mediación (daños y perjuicios)” (27) y en adelante en sucesivos pronunciamientos.

En el año 2016, la Sala III de la CCDyLT en autos “Furque, Silvia Edith c. Telecom Personal SA s/ sumarisimo (residual)” (28) acompañó la postura de la Sala I de la CCCCT, cuando dijo: “La conducta asumida por la empresa proveedora del servicio de telefonía móvil de facturar al consumidor servicios no prestados, sostenida en el tiempo pese a los reclamos recibidos, inclusive la posición asumida al contestar la demanda negando la sobrefacturación y expresando que la misma se correspondía con consumos del cliente cuando ya había emitido una nota de crédito a su favor, implican no solo una violación a las condiciones contractuales sino también implican un trato indigno y viola el derecho del cliente a ser tratado con cortesía, corrección, diligencia y obtener una respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento. Lo expuesto evidencia un accionar reprochable por parte de la demandada, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 4º y 25, LDC, pues denota la falta de colaboración a los fines de procurar la rápida solución del conflicto, sumada a la ausencia de información que la demandada debió brindar a la actora cuando emitió la nota de crédito para de esa forma evitar el litigio judicial”. Esta misma postura sería sostenida en 2017 en autos “Frías, Silva Patricio Severo c. AMX Argentina SA (Claro) s/ daños y perjuicios” (29) y “Valdez, Silvina Paola c. Telecom Argentina SA s/ especiales (residual)” (30), siendo seguida por la Sala I de la CCDyLT en autos “Espino Ojeda, Verónica Adriana c. Telecom Personal SA s/ especiales (residual)” (31) y en posteriores pronunciamientos.

En el año 2017, la CCCCT de la ciudad de Concepción adhirió en sus fundamentos a la importancia de considerar la conducta del proveedor durante los distintos reclamos formulados a la hora de evaluar la procedencia del daño punitivo, manteniendo tal línea jurisprudencial hasta nuestros días. En autos “Nadal, Mario Rafael c. FADUA Tucumán SA s/ daños y perjuicios” (32) sostuvo que “el reclamo que le hizo el actor no

fue atendido inicialmente, pues la demandada tomó el reclamo, pero no revisó el vehículo ni respondió a las reiteradas llamadas, y en un acto reñido con la buena fe, se cerró en su posición de negar lo que el actor reclamó en lugar de atender y verificar su veracidad, lo que surge de las constancias de autos. Ello evidencia una conducta de más gravedad que un simple desinterés en dar solución al consumidor, ya que, al haber tomado conocimiento del reclamo, la única respuesta que dio fue el silencio ante los hechos denunciados, lo que no dejó al actor otra alternativa que promover la vía judicial. Tal conducta no permite tener duda de la desconsideración por los derechos del consumidor, de ausencia de lealtad en relación al cumplimiento de sus obligaciones, y de la insistencia de su inconducta que mantuvo desde el inicio, en la audiencia de mediación y a lo largo del proceso, sin que diese solución al reclamo que dio lugar a este juicio”.

Esta es la primera ocasión en que se menciona concretamente a la instancia de mediación dentro de las distintas etapas en que el proveedor puede dar respuestas efectivas al consumidor en forma previa a juicio. Así, se establece una relación entre trato digno, lealtad en el cumplimiento de las obligaciones y resolución oportuna y adecuada de los conflictos a través de MARC en materia de consumo. Esta misma posición sería mantenida en adelante en pronunciamientos como “Drube, Luis Alberto c. MetLife Seguros SA s/ cobros (ordinario)” (33) del año 2018, “Smael, Luis Alberto c. Piazza SRL y otro s/ daños y perjuicios” (34) del año 2019 y “Karamanef, Jorge Mateo c. Bercovich SACIFIA s/ cobros (ordinario)” (35) del año 2020.

La CSJT haría lo propio en el año 2019, cuando en autos “Trejo, Guillermo c. Zürich Argentina SA s/ especiales” (36) sostuvo “...que la aseguradora manifestó que le devolverían el llamado para informarle el modo en que se concretaría el servicio de reparación; que al día siguiente le informaron que no tenían personal para realizar el servicio en esa zona y que por tanto debía asumir el coste de las reparaciones y solicitar luego el reintegro con la factura correspondiente... que entre los días... el asegurado y su cónyuge intentaron comunicarse con la aseguradora pero nunca fueron atendidos; que ante la falta de respuesta, formalizó la denuncia ante la Dirección de Comercio Interior; que la primera audiencia de conciliación se realizó el día 29/06/2014 pero la denunciada no tenía una posición tomada por lo que se hizo necesario pasar a un cuarto intermedio y fijar fecha de una segunda audiencia... a la que la aseguradora no concurrió; y que se vio obligada por tanto a transitar una mediación y a iniciar luego la presente acción judicial, sin que a la fecha le hayan restituido los gastos por el servicio no prestado por la aseguradora... En efecto, además del incumplimiento de la obligación estrictamente comprometida por la aseguradora —que el recurrente califica como doloso o malicioso—, se denunciaron conductas encaminadas a frustrar en fin del contrato celebrado por las partes —previsión y cobertura frente a las contingencias allí contempladas— con marcado menosprecio por los derechos del consumidor asegurado que tuvo que procurarse una solución frente a la contingencia adversa, afrontar el coste adicional, gestionar infructuosamente el reembolso del mismo, tolerar la indiferencia a sus reclamos, verse compelido a iniciar actuaciones administrativas con frustración de las audiencias previstas (por falta de instrucciones en una ocasión y por incomparencia en la segunda convocatoria) para finalmente someterse

a una mediación frustrada y tener que iniciar una acción judicial en procura del reintegro de los gastos realizados, sin obtener respuesta a la fecha... Resulta relevante señalar que algunas de las conductas denunciadas —incumplir la obligación de asistencia y reparación contratada, no ofrecer la adecuada atención por los canales de comunicación establecidos y no reintegrar ni oportuna ni tardíamente los gastos por servicios sustitutivos afrontados por el consumidor asegurado— y la incomparencia injustificada a la audiencia de conciliación en la Dirección de Comercio Interior, merecieron la reprobación de la autoridad administrativa... y que superada esa instancia, la aseguradora persistió luego en su indiferencia respecto del reclamo de reintegro formulado... El art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor dispone que ‘Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno... a los consumidores y usuarios’. Y al explicitar el contenido de esos derechos se ha dicho que ‘atender al consumidor implica recibirlo, escucharlo... aceptar sus reclamos, darle satisfacción, supone arbitrar los mecanismos necesarios al efecto: capacitar a quienes ejercen la representación del proveedor o son su cara visible, habilitar centros de atención al cliente de acceso real y efectivo y dotarlos de herramientas para dar respuestas satisfactorias en tiempos razonables’ (cfr. arg. RUSCONI, Dante D. (Coord.), ‘Manual de Derecho del Consumidor’, p. 300)...”

El fallo de la CSJT es sumamente relevante a los efectos de evaluar la incidencia de la conducta del proveedor durante todo el proceso que se inicia con el reclamo ante el comercio, pasando por las instancias administrativas y judiciales de autocomposición, para concluir con el dictado de las sentencias de primera y ulteriores instancias. Esta circunstancia supone tener presente, por un lado, las dificultades y el desgaste emocional y económico por el que debe atravesar el consumidor para hacer valer sus derechos, a veces de mínima cuantía, y por el otro, verificar que la conducta reticente del proveedor en cada una de esas instancias merece la aplicación de una sanción ejemplificadora que disuada y prevenga este tipo de comportamiento disvalioso.

También durante el año 2019, en autos “Gramajo, David Efraín c. Compañía de Seguros Bernardino Rivadavia s/ daños y perjuicios” (37) la CSJT consolidó su jurisprudencia cuando entendió que “...la sentencia recurrida resulta contradictoria y descalificable como acto jurisdiccional válido, pues si ha considerado que estamos ante ‘una compañía de seguros de reconocida trayectoria’, que esta ‘prolongó el pago de los gastos que podía haber atendido en un primer reclamo’ que, además, ‘desperdió todas las oportunidades de conciliación y mediación disponibles’, no resulta una derivación razonable de la normativa vigente aplicar, por daño punitivo, un monto tan insignificante que evidentemente no podrá evitar la repetición en la conducta desaprensiva para con el cliente; lo cual trasciende los intereses del actor y se proyecta en los de la comunidad, interesada en que todo consumidor reciba un trato digno y equitativo...”

Es que la conducta desplegada por el proveedor durante el lapso entre que tuvo lugar el incumplimiento y hasta la resolución del conflicto, comprende además la satisfacción de otras obligaciones a su cargo como el deber de información, trato digno, interpretación y ejecución de las obligaciones de buena fe, prevención y evitación de conductas desaprensivas frente al colectivo de consumidores, entre otras.

(23) Los datos fueron obtenidos del Portal <https://www1.justucuman.gov.ar/jurisprudencia> utilizando el descriptor “daño punitivo” y resultando de la búsqueda un total de 256 casos jurisprudenciales que fueron dictados desde el año 2011 hasta la actualidad.

(24) CCiv. y Com. Común, Sala I de Tucumán en autos “Muler, Germán Esteban c. Telecom Personal SA s/ daños y perjuicios”, sentencia N° 276 de fecha 30/06/2015.

(25) CCiv. y Com. Común, Sala I de Tucumán en autos “Ragone de Salazar, Liliana del Valle c. Crédito Automático SA s/ daños y perjuicios (mediación)”, sentencia N° 465 de fecha 29/10/2015.

(26) CCiv. y Com. Común, Sala I de Tucumán en autos “Le-

cuona, Daniel César c. HSBC Bank Argentina SA s/ especiales (residual)”, sentencia N° 272 de fecha 07/07/2016.

(27) CCiv. y Com. Común, Sala I de Tucumán en autos “Toscano, Leonardo Andrés c. Telecom Personal SA s/ mediación (daños y perjuicios)”, sentencia N° 365 de fecha 05/09/2017.

(28) CCiv. en Documentos y Locaciones, Sala III de Tucumán en autos “Furque, Silvia Edith c. Telecom Personal SA s/ sumarisimo (residual)”, sentencia N° 198 de fecha 27/05/2016.

(29) CCiv. en Documentos y Locaciones, Sala III de Tucumán en autos “Frías Silva, Patricio Severo c. AMX Argentina SA (Claro) s/ daños y perjuicios”, sentencia N° 365 de fecha 23/10/2017.

(30) CCiv. en Documentos y Locaciones, Sala III de Tucumán en autos “Valdez, Silvina Paola c. Telecom Argentina SA s/ especiales (residual)”, sentencia N° 410 de fecha 04/12/2017.

(31) CCiv. en Documentos y Locaciones, Sala I de Tucumán en autos “Espino Ojeda, Verónica Adriana c. Telecom Personal SA s/ especiales (residual)”, sentencia N° 306 de fecha 06/09/2017.

(32) CCiv. y Com. Común Sala Única de Concepción en autos “Nadal, Mario Rafael c. FADUA Tucumán SA s/ daños y perjuicios”, sentencia N° 65 de fecha 05/04/2017.

(33) CCiv. y Com. Común Sala Única de Concepción en autos “Drube, Luis Alberto c. MetLife Seguros SA s/ cobros (ordinario)”, sentencia N° 149 de fecha 28/06/2018.

(34) CCiv. y Com. Común Sala Única de Concepción en autos “Smael, Luis Alberto c. Piazza SRL y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia N° 246 de fecha 31/10/2019.

(35) CCiv. y Com. Común Sala Única de Concepción en autos “Karamanef, Jorge Mateo c. Bercovich SACIFIA s/ cobros (ordinario)”, sentencia N° 18 de fecha 27/02/2020.

(36) CSJ de Tucumán, Sala Civil y Penal en autos “Trejo, Guillermo c. Zürich Argentina SA s/ especiales”, sentencia N° 384 de fecha 28/03/2019.

(37) CSJ de Tucumán, Sala Civil y Penal en autos “Gramajo, David Efraín c. Compañía de Seguros Bernardino Rivadavia s/ daños y perjuicios”, sentencia N° 2489 de fecha 20/12/2019.

En consecuencia, verificada la inconducta del proveedor durante todo el proceso, corresponde la fijación de un monto significativo en concepto de daño punitivo, no solo en función del propio consumidor que lo reclama, sino también de la comunidad a la que se protege de sufrir posibles futuros incumplimientos en condiciones similares.

VI. Conclusiones

Desde que el daño punitivo fuera incorporado en nuestra legislación los tribunales de justicia han intentado delinear pautas generales para justificar su aplicación, pero lo cierto es que sus límites siguen siendo al día de hoy muy difusos.

En lo que respecta a la actitud asumida por el proveedor a partir del reclamo efectuado por el consumidor, en especial en lo que respecta a las distintas instancias de autocomposición del conflicto, la jurisprudencia ha venido consolidando su postura en torno a la aplicación del daño punitivo cuando aquel no hubiera demostrado una actitud resolutoria para enmendar los daños ocasionados en virtud del incumplimiento objetivo de las obligaciones a su cargo.

Este avance jurisprudencial contribuye, por un lado, a disuadir al proveedor a asumir posiciones recalcitrantes frente a los reclamos de los consumidores, a la vez que fomenta la adopción de actitudes colaborativas para la resolu-

ción de los conflictos originados en relaciones de consumo.

Tal como se expresó, la utilización y aprovechamiento de este tipo de dispositivos provee nuevas formas de acceso a justicia que permiten brindar respuestas efectivas en tiempos más razonables y a un menor costo económico y emocional, a la vez que favorecen el mejor funcionamiento de los tribunales de justicia.

Promover instancias de diálogo en el marco de las relaciones de consumo es un imperativo para garantizar los derechos contenidos en nuestra Constitución Nacional, de modo tal de transformar una cultura comercial basada en el aprovechamiento de la parte débil para pasar a una cultu-

ra basada en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ambas partes. De lo que se trata, en definitiva, es de propiciar una actitud de colaboración frente a los problemas que pueden surgir ante la celebración de todo negocio jurídico, previniendo y desalentando conductas abusivas que coloquen al consumidor en una situación indigna.

A este fin, el daño punitivo aparece como una herramienta ejemplificadora que, a través de los tribunales de justicia, puede ser capaz de modificar la relación entre consumidores y proveedores, de modo tal de ajustar la conducta existente para transformarla en la conducta querida o anhelada.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3472/2021

Economía popular cooperativa



Roberto F. Bertossi

Experto en cooperativismo de la Coneau.

Durante la apertura de sesiones ordinarias del congreso nacional, el presidente Alberto Fernández en su discurso, entre diferentes anuncios, expresó:

“Es hora de reconocer, visualizar y registrar las actividades de la *economía popular*. Debemos avanzar en su productividad y crecimiento”.

“Necesitamos dotarla de créditos para que la producción impulse hacia arriba a los sectores más postergados. Debemos facilitar que el Estado compre sus insumos y haga partícipes a las cooperativas de trabajo en las pequeñas obras públicas que el Estado realiza”, agregó.

“Concretamente, el propósito consiste, inicialmente, en que unas 30.000 personas que hoy reciben planes sociales vayan incorporándose paulatinamente y a través de cooperativas, al mercado de trabajo formal a lo largo de 2022”.

La *economía popular cooperativa* surge cuando los sectores excluidos del mercado laboral crean su propio trabajo. En algunos casos también crean sus propios circuitos de comer-

cialización e intercambios como ferias, venta ambulante y trueques.

El concepto de trabajador de la *economía popular cooperativa* excluye expresamente toda relación laboral de dependencia, sea esta registrada o no registrada, del sector público o privado. Estrictamente son trabajadores y trabajadoras de la economía popular, empresarios autónomos de su propio trabajo personal independiente, ratificando ahora su formalidad mediante una inscripción como *monotributistas productivos* que simplifique y garantice su legal formalización.

Ahora bien, si en espíritu y en verdad queremos impulsar la *economía popular cooperativa*, no podemos menos que encarnar e institucionalizar sus características inherentes, mediante precisiones y propuestas con absoluta neutralidad política e interés por la comunidad; principios cooperativos liminares definitivamente innegociables.

Pensemos entonces en términos de igualdad, la importancia de un Estado social y democrático de derecho en el que los ciudadanos puedan tener acceso, mediante verdaderas cooperativas de trabajo a una economía popular compuesta especialmente de argentinos desocupados.

Para ello resulta *central* un contundente impulso educativo federal. Cada cooperativista o aspirante a tal debe adquirir y/o profundizar gradualmente el hábito de pensar, de ver, de actuar, de hacer y evaluar de acuerdo con los principios cooperativos y su marco axiológico, (*leyes 1420, 16.583, 23.427 y 26.206*).

Pensemos ahora en una igualdad de oportunidades en la cual todas las personas en cualquier territorio y bajo cualquier circunstancia, tengan posibilidades concretas mediante cooperativas de la economía popular para acceder a bienes, productos y servicios esenciales, especialmente aquellas personas que habitan zonas de difícil acceso, que tengan limitaciones físicas, geográficas o necesidades sociales especiales.

Pensemos en un verdadero sector de *economía popular cooperativa* abierto a una estrategia de afines, incorporando otras formas solidarias de organización empresarial, incluso empresas familiares, para alcanzar ese punto de masa crítica, que favoreciera e incrementara palpables invulnerabilidades competitivas del sector cooperativo, y reivindicara progresivamente instrumentos de

apoyo para este sector de la economía, de carácter educativo, de profesionalización de la gestión, agrario, crediticio, tributario, tecnológico, de seguros, de las telecomunicaciones, de genuinos fondos de inversión y de formación, que le permitiera una cierta igualdad en esa fría competitividad de mercados con los sectores especulativos privados y públicos de la economía.

Pensemos que la sinergia de esta alianza alcanzaría un efecto multiplicador y notables beneficios por la reducción de costos y el incremento de beneficios, ya que no son estos últimos los motores movilizadores del *sector cooperativo de la economía popular* sino, una noble y cabal redistribución equitativa en el marco de la reciprocidad mutua.

Por último, como anticipamos, *fundamentalmente se trata de que decenas de miles de planes sociales improproductivos puedan convertirse finalmente en trabajo genuino y trabajo cooperativo; ni más ni menos.*

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1014/2022

Jurisprudencia

Conflicto de competencia

Delitos cometidos con menores relacionados a su identidad. Juez competente. Facultades de la Corte para dirimir el conflicto.

1. - Si bien ha quedado descartada la hipótesis de un caso de apropiación de menores como crimen de lesa humanidad de la última dictadura militar, resulta prematuro el desprendimiento del caso de la jurisdicción excepcional, en la medida en que la presunta inserción de datos falsos en el acta de nacimiento habría importado la expedición, sobre esa base, de un documento nacional de identidad, circunstancia que permite profundizar la pesquisa en orden a los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de diez años (art. 146 del Cód. Penal), supresión o alteración de la identidad de un menor de diez años (art. 139, inc. 2º, ídem) y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas (art. 293 ídem), que concurrirían en forma ideal y respecto de los que cabe a la justicia federal su conocimiento, atento el carácter nacional que reviste aquel documento (del dictamen

de la Procuración General que la Corte hace suyo).

2. - Los conflictos de competencia suscitados entre magistrados nacionales ordinarios y los magistrados federales que tuviesen asiento en una provincia, corresponde que sean resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
3. - Con arreglo a lo previsto en el art. 24, inc. 7º del dec.-ley 1285/58, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda suscitada entre magistrados nacionales ordinarios y magistrados federales que tuviesen asiento en una provincia es la cámara que reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció, por lo cual no corresponde la intervención de la Corte Suprema (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

CS, 26/04/2022. - N. N. s/ incidente de incompetencia. Damnificado: M., D. E. y otro.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/46741/2022]

Suprema Corte:

En virtud de lo resuelto por V.E. en Fallos: 341:611, y sin perjuicio de lo dictaminado en la

ocasión por esta Procuración General, corresponde que me expida en la presente contienda negativa de competencia finalmente suscitada entre el Juzgado Federal nº 2 de la ciudad capital de la provincia de Neuquén y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nº 19 de esta ciudad, en la causa iniciada con motivo de una denuncia recibida en la Unidad Fiscal especializada en casos de apropiación de niños durante el terrorismo de Estado, de este Ministerio Público Fiscal, por medio de la cual se puso en conocimiento que Diego Eduardo M podría ser hijo de personas detenidas y desaparecidas en el contexto de la última dictadura militar.

Con sustento en la investigación preliminar realizada por esa unidad fiscal, el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 6, que intervino primero, calificó prima facie los hechos como sustracción, ocultación y retención de un menor, con alteración de su verdadera identidad, y consideró que si bien la inscripción del nacimiento de M se realizó en esta ciudad, el 23 de agosto de 1977, tanto sus supuestos progenitores como la propia víctima actualmente se domicilian en Villa La Angostura, por lo que declinó su competencia a favor de los tribunales federales de Neuquén, ámbito donde, por su carácter permanente, continuaría cometándose el delito de sustracción, ocultación y retención de menores y podría llevarse a cabo el estudio pericial que prescribe el artículo 218 bis del Código

Procesal Penal de la Nación (cf. resolución de fecha 15 de marzo de 2019).

El juzgado federal de Neuquén, por su parte, aceptó la competencia atribuida y ordenó la realización del examen de histocompatibilidad, a partir del cual se concluyó que Diego M no guardaba nexo biológico con la información genética de los grupos familiares de víctimas de los delitos de desaparición forzada de personas ocurridos entre los años 1976 y 1983, almacenada hasta ese momento en el archivo del Banco Nacional de Datos Genéticos. Sobre esa base, y de conformidad con el dictamen de la unidad fiscal especializada de la jurisdicción neuquina, el juez sostuvo que los hechos investigados no constituían delitos de lesa humanidad, por lo que, descartado este supuesto con relación a los previstos y reprimidos en los artículos 146, 139, inciso 2º, y 293, en función del 292, del Código Penal, declinó la competencia material y territorial a favor de la justicia nacional ordinaria de esta Capital, donde, según pudo comprobarse a partir del acta registrada en un Registro Civil de la Circunscripción 10ª, se habría inscripto el nacimiento de Diego M cf. resolución del 8 de noviembre de 2019).

La justicia nacional ordinaria consideró, por un lado, que de momento no podía descartarse la hipótesis inicial relacionada con la posible vinculación del caso con crímenes de lesa humanidad, y, por el otro, que los delitos de supresión del

estado civil de un menor y falsedad ideológica de documentos destinados a acreditar la identidad de las personas resultaban inescindibles de la presunta apropiación de un menor de diez años. En cuanto al aspecto territorial, tuvo en cuenta que por su carácter permanente, estos delitos debían seguir investigándose en Neuquén. Así rechazó la atribución de competencia (cf. resolución del 26 de diciembre de 2019).

El juzgado federal neuquino mantuvo sus fundamentos, trabó la contienda y la elevó a la Cámara Federal de General Roca. esta, con base en la doctrina de Fallos: 339:1342, devolvió las actuaciones para ser remitidas a la Corte (cf. resolución del 22 de julio de 2020), lo que así fue resuelto por el juzgado federal (cf. proveído de fecha 25 de agosto de 2020).

En atención al resultado obtenido con el coiteo genético, entiendo que, al menos de momento, ha quedado descartada la hipótesis de un caso de apropiación de menores como crimen de lesa humanidad de la última dictadura militar, más allá de que aún exista la posibilidad de que en el futuro y mediante la incorporación de nuevos perfiles genéticos al archivo del Banco Nacional de Datos Genéticos (cf. artículo 6 de la ley 26.548), pueda arribarse a un resultado distinto con relación a la identidad de quien fue inscripto como Diego Eduardo M

No obstante, considero que resulta prematuro el desprendimiento del caso de la jurisdicción excepcional, en la medida en que la presunta inserción de datos falsos en el acta de nacimiento n° 4240 confeccionada ante las autoridades del Registro Civil de la 10ª Circunscripción capitalina habría importado la expedición, sobre esa base, de un documento nacional de identidad, circunstancia que permite profundizar la pesquisa en orden a los delitos de sustracción, retención y ocultamiento de menores de diez años (artículo 146 del Código Penal), supresión o alteración de la identidad de un menor de diez años (artículo 139, inc. 2º, ídem) y falsedad ideológica de instrumentos destinados a acreditar la identidad de las personas (artículo 293 ídem), que concurrirían en forma ideal y respecto de los que cabe a la justicia de excepción su conocimiento, atento el carácter nacional que reviste aquel documento (cf. doctrina de Fallos: 327:2869; 328:3909; 329:2136 y, en el mismo sentido, Competencia CSJ 3584/2015/CS1, “Portalis, Isidro y otro s/ infracción ley 26.364”, resuelta el 29 de marzo de 2016).

Por último, en lo que refiere a la cuestión territorial de la controversia, considero que por el carácter permanente del delito previsto y reprimido en el artículo 146 del Código Penal, el lapso de consumación, y en particular el resultado del análisis de ADN, sus efectos comisivos aún persistirían en el ámbito de Neuquén, como al inicio postuló el juez federal de esta Capital y aceptó su par de esa provincia en su resolución del 15 de mayo de 2019, dado que la identidad de la víctima aún no pudo ser develada y, por ende, tampoco habría finalizado su situación de ocultamiento (cf. doctrina de Fallos: 327:3279).

En consecuencia, opino entonces que corresponde al juzgado federal de Neuquén proseguir el trámite de esta causa, sin perjuicio de cuanto pudiera surgir con el ulterior avance de la investigación. Buenos Aires, 8 de febrero de 2021. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, 26 de abril de 2022

Considerando:

1º) Que tanto el magistrado del Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, como el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional n° 19, se declararon incompetentes para entender en la causa.

2º) Que por aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal en la Competencia FLP 37227/2017/CS1 “Autopartes FAL S.A. y otro c/ Unión de Obreros y Empleados Plásticos -UOYEP-s/ daños y perjuicios”, sentencia del 4 de junio de

2019, voto de la mayoría, a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir en razón de brevedad, los conflictos de competencia suscitados entre magistrados nacionales ordinarios y los magistrados federales que tuviesen asiento en una provincia, como ocurre en el sub examine, corresponde que sean resueltos por esta Corte Suprema.

3º) Que de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino, se declara que resulta competente para conocer en las actuaciones el Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, Provincia del Neuquén, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 19. — *Horacio Rosatti*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

1º) Que tanto el magistrado del Juzgado Federal n° 2 de Neuquén, como el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 19, se declararon incompetentes para entender en la causa.

2º) Que con arreglo a lo previsto en el art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/58, el órgano legalmente facultado para dirimir la contienda es la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Provincia de Río Negro, la cual reviste la calidad de tribunal de alzada del juez que primero conoció.

3º) Que, en las condiciones expresadas, no corresponde la intervención de esta Corte en el caso.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación interino, a los fines correspondientes, remítanse las actuaciones a la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, Provincia de Río Negro.

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar tendiente a la suspensión de la aplicación de la ley 27.605. Ausencia de peligro en la demora.

1. - No se advierte en el caso un peligro en la demora que justifique el dictado de la medida precautoria tendiente a la suspensión de la aplicación de la ley 27.605. Ello por cuanto el organismo fiscal debe ajustar su eventual reclamo al procedimiento determinativo de oficio previsto en los arts. 16 y siguientes de la ley 11.683, Así pues, recién una vez que el “Aporte Solidario” sea determinado mediante resolución fundada y hubiere vencido el plazo establecido para su pago —y siempre que no se hubiese interpuesto el recurso con efectos suspensivos previsto en los arts. 165 y 167 de la ley 11.683—, el organismo fiscal se encontrará habilitado para acudir a la vía de apremio, a fin de perseguir el cobro compulsivo del referido Aporte.

2. - No se vislumbra en el *sub examine* el acaecimiento inminente del inicio del procedimiento compulsivo de cobro por parte del organismo fiscal y, en consecuencia, la presencia de una circunstancia concreta que justifique el peligro en la demora alegado por el actor, es decir, un factor de riesgo susceptible de acontecer de manera inmediata o tan siquiera imperiosa. El hecho de que el Fisco haya iniciado una fiscalización no prueba tal circunstancia, en tanto para proceder a la ejecución previamente se tiene que haber determinado el “Aporte Solidario” —ley 27.605—, todo lo cual aún no ocurrió.

3. - No resulta inminente la denuncia penal que refiere el actor, toda vez que el art. 18 del Régimen Penal Tributario aprobado por la ley 27.430 establece que “el organismo recaudador formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria” —en el caso, por el aporte de la ley 27.605—.

4. - No se encuentra acreditado que el Fisco nacional haya deducido alguna de las acciones previstas por el art. 111 de la ley 11.683 respecto del cobro del aporte de la ley 27.605. Debe repararse que aquel no cuenta con atribuciones para trabar por sí tales medidas cautelares, sino que las debe solicitar con “razones fundadas” al juez competente, quien evaluará si se dan los requisitos para concederlas. Aun cuando las referidas medidas sean otorgadas, la parte afectada cuenta con los medios pertinentes para reducir el impacto patrimonial mediante el ejercicio de la opción sustitutiva prevista en la norma aludida.

5. - La suma que el actor debería afrontar e ingresar como consecuencia de la gravabilidad de su patrimonio por el “Aporte Solidario” y su vinculación con: (i) los rendimientos atribuibles a los bienes alcanzados con el referido Aporte durante el ejercicio 2020; y (ii) los importes relativos al ISBP y al Impuesto a las Ganancias correspondientes al período 2020; detallados en la certificación contable adjunta al escrito de inicio, no permiten verificar, per se, que el cumplimiento o la ejecución de la ley 27.605 le ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior [1].

6. - El recurrente no ha arrimado elementos probatorios que acrediten fehacientemente y de manera circunstanciada el daño insoluble que provocaría el eventual adelanto del importe, exigible en virtud de las disposiciones de la ley 27.605.

CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, 07/04/2022. - H., E. S. c. EN - AFIP - Ley 27.605 s/ inc. apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27992/2022]

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, “M., R. c. EN - AFIP - Ley 27.605 s/ inc. apelación”, 10/12/2021, TR LALEY AR/JUR/190955/2021.

Costas

Con costas por su orden, dada la naturaleza de las cuestiones involucradas (art. 68, segunda parte, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Buenos Aires, 7 de abril de 2022.

Considerando:

1º) Que, por el pronunciamiento del 18/02/22, el Sr. juez de la anterior instancia rechazó la tutela precautoria solicitada por el actor, con el objeto de que se ordenase a la AFIP-DGI a abstenerse de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo y/o judicial, tendiente a exigir, determinar de oficio e intimar el pago del denominado “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a morigerar los efectos de la Pandemia”, establecido por la ley 27.605 (en adelante, el “Aporte Solidario”), así como también de trabar por sí cualquier tipo de medida cautelar en resguardo del supuesto crédito o iniciar acciones bajo el Régimen Penal Tributario (ley 27.430), hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión.

Sostuvo que si bien la parte actora basó su pretensión en el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ella debía analizarse a la luz del art. 13 de la ley 26.854.

Aseveró que prima facie y dentro del análisis acotado que permite un planteo cautelar, no aparecía demostrado el perjuicio grave de imposible reparación ulterior que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma pudiese ocasionar al Sr. E. S. H. En esa misma línea, puso de resalto que la resolución general (AFIP) 4942/2021 había establecido un plan de facilidades de pago destinado a atenuar el impacto que el Aporte Solidario pudiese producir sobre el patrimonio de los contribuyentes alcanzados y a facilitar su cumplimiento en tiempo de emergencia. Asimismo, señaló que tampoco surgiría sumariamente acreditado que, en caso de prosperar su pretensión, el actor no pudiese recuperar el Aporte realizado a través de la vía de la repetición prevista en la ley 11.683.

Precisó que el examen de la constitucionalidad de la ley 27.605 es una cuestión compleja y que su tratamiento excede el estrecho marco de conocimiento que permite un proceso cautelar; circunstancia que conducía a considerar prima facie no demostrada la verosimilitud del derecho invocado. En ese mismo orden de ideas, puntualizó que el análisis relativo a la confiscatoriedad que se produciría con la aplicación del Aporte Solidario resulta ajeno a un proceso cautelar, “porque incluso está supeditado a vaivenes inciertos y decisiones que puede tomar la demandante que lo modifiquen”.

2º) Que, disconforme con la sentencia, el Sr. E. S. H., interpuso y fundó su recurso de apelación el 02/03/22 y 15/03/22, respectivamente, que fue replicado por el Fisco Nacional el 27/03/22.

Alega que el Aporte Solidario es análogo al Impuesto sobre los Bienes Personales (en adelante, “ISBP”) de modo que se ve obligado a abonar dos impuestos patrimoniales “casi idénticos” y que recaen sobre los mismos bienes; circunstancia que, a su entender, “acredita un alto grado de apariencia de veracidad de la vulneración del derecho invocado”.

Advierte que la falta de fondos suficientes por parte del Estado Nacional no lo habilita a ampararse en el marco de una situación de emergencia económica para cobrar de forma excepcional un Aporte Solidario que resulta confiscatorio.

Afirma que se encuentra “en la imposibilidad económica de afrontar el pago del ASEP correspondiente al periodo fiscal 2020” por cuanto “la renta generada en el periodo fiscal en cuestión, no resulta lo suficiente para afrontar el pago de dos impuestos patrimoniales y el impuesto a la renta, sin contar otros tributos locales”. Asimismo, manifiesta que la valuación de sus bienes es insuficiente para determinar su real capacidad contributiva.

Se agravia de la falta de consideración por parte del a quo de que: (i) gran parte de su patrimonio está representado por la mera tenencia de un portfolio de inversiones en entidades financieras como BBVA / EFG valuados al 18/12/20, en la suma de \$ 292.387.191,52 que “dispara significativamente la valuación en mi patrimonio y, por consiguiente, me hace sujeto pasivo del ASEP, sobre todo por la gran disparidad existente de la valuación entre el peso argentino y el dólar estadounidense”; (ii) la valuación de dicha tenencia en forma estática no tiene en cuenta las pérdidas incurridas en el periodo ni refleja per se las rentas generadas durante el ejercicio involucrado, cuyo activo también se encuentra alcanzado por el Impuesto a las Ganancias y por el ISBP; (iii) la valuación de las participaciones societarias es meramente contable y no contempla un porcentaje real de renta ni la efectiva capacidad contributiva, lo que acreditaría que el parámetro de imposición elegido por la noma es irrazonable y ficticio; y (iv) no existe renta suficiente durante el período “que se corresponda a primera y segunda categoría, para abonar dos impuestos patrimoniales de similares características”.

Subraya que la certificación contable adjunta al escrito de inicio demuestra el grado de confiscación que representa el pago del Aporte Solidario y acredita que la “renta obtenida estimada” durante el período fiscal 2020 (\$19.185.015,41), no alcanzaría para pagar el ISBP (\$6.627.441,86), el Aporte Solidario (\$17.061.283,05) y el Impuesto a las Ganancias (\$7.006.533,90). En efecto, precisa que “el grado de confiscación sobre la renta es del 160% y sobre el patrimonio del 6%”.

Arguye que el peligro en la demora se encuentra acreditado en tanto la AFIP se encuentra facultada para fiscalizar y recaudar el Aporte Solidario, tal como quedó demostrado con la apertura de la Orden de Intervención notificada el 29/04/21, y los sucesivos requerimientos cursados que dan cuenta del avance de un proceso determinativo de la materia imponible que se pretende gravar, que “en caso de apelarse ante el Tribunal Fiscal de la Nación, este no puede expedirse respecto al constitucionalidad de una norma, en caso de resultar confiscatoria sobre el patrimonio, es por ello que se peticiona ante un juzgado federal en materia contenciosa administrativa”.

Advierte que la posibilidad de una repetición no significa que el Estado Nacional vaya a devolver en tiempo y forma las sumas (actualizadas) que fueron reclamadas y tilda de irrelevante el régimen de financiación de pago mencionado por el a quo por cuanto “lo que se pretende con esta cautelar es justamente la suspensión del pago de un tributo”.

Aduce que el pronunciamiento apelado merece la tacha de arbitrariedad toda vez que el juez a quo no ha expuesto un razonamiento lógico en su fundamentación que permita avalar el rechazo de la medida cautelar solicitada, tornando ilusoria la tutela judicial anticipada respecto del derecho de propiedad invocado.

3º) Que, conforme surge de las constancias de autos:

- El 16/04/21 el actor efectuó una presentación ante la AFIP a fin de poner en conocimiento del organismo fiscal su imposibilidad de presentar la declaración jurada determinativa del Aporte Solidario y, en subsidio, expuso los motivos por los cuales considera que el referido aporte resulta inconstitucional (conf. Anexo II, incorporado el 14/06/21).

- El 24/04/21 la AFIP dio inicio a la fiscalización del Aporte Solidario mediante Orden de Intervención N° 1926613 y cursó el requerimiento N° 0750002021023403004 al actor (conf. Anexo III, incorporado el 14/06/21).

- El 09/06/21 el Sr. E. S. H., promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad y solicitó el dictado de una medida cautelar de no innovar a fin de que se ordenara: (i) la suspensión de los efectos de la aplicación de la ley 27.605, su decreto reglamentario y la resolución general (AFIP) 49302021, como así también de toda otra normativa que fuere dispuesta en forma ulterior; y (ii) a la AFIP-DGI que se abstenga de iniciar y/o proseguir cualquier reclamo administrativo y/o judicial tendiente a exigir, determinar de oficio e intimar el pago del Aporte Solidario, como así también de trabar por sí cualquier tipo de medida cautelar en resguardo del supuesto crédito o iniciar acciones bajo la aplicación de la ley 27.430, hasta tanto se resuelva en forma definitiva la acción incoada. A los fines de acreditar la inconstitucionalidad alegada y la procedencia de la tutela pretendida, acompañó las constancias vinculadas a la fiscalización llevada a cabo por el Fisco Nacional, un “Dictamen de contador público nacional certificado por el CPCECABA”, “Copia simple del portfolio de inversiones en BBVA Suiza, Santander, EFG” y “Copia simple de los papeles de trabajo ISBP 2019”. Según la certificación contable adjunta al escrito de inicio: (i) la sumatoria del Impuesto a las Ganancias 2020 (\$7.006.533,90), el ISBP 2020 (\$6.627.441,86) y el Aporte Solidario (\$17.061.283,05) representa

el 160% de la renta obtenida durante el período 2020 (\$19.185.015,41) y el 5,23% de los bienes que conforman el patrimonio del actor valuado -según la ley 27.605- en \$586.992.373,81; y (ii) la sumatoria del Aporte Solidario y del ISBP estimado para el ejercicio 2020 (\$23.688.724,91) equivale al 4,04% del patrimonio incidido (conf. Anexo IV, V y VI, incorporados el 14/06/21).

- El 06/12/21 el Fisco Nacional contestó el informe del art. 4º de la ley 26.854, solicitando el rechazo de la tutela pretendida.

- El 18/02/22 el a quo denegó la cautelar.

4º) Que, en primer término, es necesario determinar la efectiva configuración del peligro en la demora que justifique un adelanto de jurisdicción. Ello es así, porque la ausencia de este recaudo obsta a la procedencia de toda medida cautelar, dada la necesaria configuración de todos los requisitos para el otorgamiento de aquella (arg. Fallos: 326:2261; y esta Sala en causa n° 12.328/2012, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA -inc. med. c/ EN - JG-MSMC s/ amparo ley 16.986”, sent. del 22/5/12; entre otras). Si bien los presupuestos procesales de las medidas cautelares se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud en el derecho puede atemperarse el rigor acerca del peligro en la demora y viceversa, lo cierto es que ambos recaudos deben hallarse presentes (esta Sala, in re “Brugo, Pablo c/ EN - PJN - Exma Cámara Nacional en lo Penal Económico y otro s/ medida cautelar (autónoma)”, resol. del 23/12/14).

5º) Que, sobre dicha base no se advierte en el caso un peligro en la demora que justifique el dictado de la medida precautoria (cfr. arts. 230 del CPCCN y 13 inc. 1º, ap. a, ley 26.854), toda vez que las consideraciones efectuadas por la parte actora con relación a la configuración del mencionado requisito resultan insuficientes a tales fines. Ello por cuanto, en primer lugar, es dable advertir que el organismo fiscal debe ajustar su eventual reclamo al procedimiento determinativo de oficio previsto en los arts. 16 y siguientes de la ley 11.683 (cfr. esta Sala, in re “F. N. E., c/ EN-AFIP-LEY 27605 s/Proceso de Conocimiento”, sent. del 12/08/21 y arg. art. 9º de la ley 27.605).

Así pues, recién una vez que el “Aporte Solidario” sea determinado mediante resolución fundada y hubiere vencido el plazo establecido para su pago (y siempre que no se hubiese interpuesto el recurso con efectos suspensivos previsto en los arts. 165 y 167 de la ley 11.683), el organismo fiscal se encontrará habilitado para acudir a la vía de apremio, a fin de perseguir el cobro compulsivo del referido Aporte (en análogo sentido, Sala II, in re “C., D. M. c/ EN - AFIP - ley 27605 s/ proceso de conocimiento”, resol. 6/8/21).

De este modo, no se vislumbra en el sub examine el acacimiento inminente del inicio del procedimiento compulsivo de cobro por parte del organismo fiscal y, en consecuencia, la presencia de una circunstancia concreta que justifique el peligro en la demora alegado por el actor, es decir, un factor de riesgo susceptible de acontecer de manera inmediata o tan siquiera imperiosa. En tal sentido, es dable señalar que el hecho de que el Fisco haya iniciado una fiscalización no prueba tal circunstancia en tanto para proceder a la ejecución previamente se tiene que haber determinado el “Aporte Solidario”, todo lo cual aún no ocurrió (esta Sala, in re “G, JC c/ EN-AFIP-Ley 27605 y Otro s/proceso de conocimiento”, resol. del 2/9/21). En análogo sentido se pronunció la Sala II de esta Cámara in re “K., G. A. c/ EN-AFIP- Ley 27605 s/Proceso de conocimiento”, resol. del 2/7/21, en cuanto concluyó que, “la circunstancia de la que parte el recurrente para intentar justificar, en el caso, el peligro en la demora (dado por la posibilidad de inicio de la ejecución fiscal y posteriores consecuencias derivadas de ello, tales como, en el caso de obtener una sentencia de fondo favorable a su pretensión en las presentes actuaciones, tener que recurrir a un juicio de re-

petición a los efectos de obtener la devolución de lo pagado al ente fiscal), no se vislumbra, a la fecha, como un factor de riesgo susceptible de acontecer de manera inmediata o tan siquiera inminente”.

En ese mismo orden de ideas, caber recordar que las medidas cautelares revisten naturaleza asegurativa y tienen carácter instrumental y accesorio (art. 3º, inc. 1º, de la ley 26.854), pues no constituyen un fin en sí mismas, sino que tienden a posibilitar el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva estimatoria (esta Sala, arg. “Nuestra Señora del Rosario S.A. UTE c/ EN Secretaría de Gestión de Transporte de la Nación s/ medida cautelar (autónoma)”, resol. de 23/3/21); extremo ausente en el sub lite toda vez que, dado el contexto normativo y procedimental supra descripto, el interesado no ha logrado demostrar liminarmente los motivos por los que la denegatoria de la tutela le impedirían obtener un pronunciamiento de fondo útil en el proceso principal. Dicho de otro modo, este Tribunal no advierte que -en el escenario actual- la falta de otorgamiento de la medida pretendida afecte la garantía de tutela judicial efectiva que le asiste al actor, puesto que su postura presume que la ejecución de la presunta deuda tendrá lugar con anterioridad a que se resuelvan los presentes actuados.

En esta misma línea, es dable reparar que tampoco resulta inminente la denuncia penal que refiere el actor, toda vez que el art. 18 del Régimen Penal Tributario aprobado por la ley 27.430 establece -en lo que aquí interesa- que “el organismo recaudador formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria” (énfasis añadido, cfr. en análogo sentido, Sala II de esta Cámara, in re “O, JL c/ EN -AFIP- ley 27605 y otro s/ proceso de conocimiento”, resol. del 6/9/21).

En segundo lugar, y con relación a las medidas asegurativas que el accionante también pretende repeler mediante la obtención de la cautelar solicitada, cabe advertir que tampoco se encuentra acreditado que el Fisco Nacional haya deducido alguna de las acciones previstas por el art. 111 de la ley 11.683. En tal sentido, debe repararse que aquel no cuenta con atribuciones para trabar por sí tales medidas cautelares, sino que las debe solicitar con “razones fundadas” al juez competente, quien evaluará si se dan los requisitos para concederlas. A ello cabe añadir que, aun cuando las referidas medidas sean otorgadas, la parte afectada cuenta con los medios pertinentes para reducir el impacto patrimonial mediante el ejercicio de la opción sustitutiva prevista en la norma aludida (en este mismo sentido, Sala II de esta Cámara, in re “O, JL c/ EN -AFIP- ley 27605 y otro s/ proceso de conocimiento”, resol. del 6/9/21).

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que, según la Corte federal, “el inicio de la ejecución no acredita per se el peligro en la demora, en tanto no se advierte cual sería el perjuicio concreto que el pago presuntamente debido le podría ocasionar” al actor (Fallos: 343:1337, voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

En este aspecto, es dable señalar que la suma que debería afrontar e ingresar como consecuencia de la gravabilidad de su patrimonio por el “Aporte Solidario” y su vinculación con: (i) los rendimientos atribuibles a los bienes alcanzados con el referido Aporte durante el ejercicio 2020; y (ii) los importes relativos al ISBP y al Impuesto a las Ganancias correspondientes a período 2020; detallados en la certificación contable adjunta al escrito de inicio, no permiten verificar, per se, que el cumplimiento o la ejecución de la ley 27.605 le ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

Así pues, el recurrente no ha arrimado elementos probatorios que acrediten fehacientemente y de manera circunstanciada el daño insoluble que provocaría el eventual adelanto del importe, exigible en virtud de las disposiciones de la ley 27.605. Al respecto, esta Sala tiene dicho que aun cuando las sumas involucradas

resulten notoriamente cuantiosas ellas han de relacionarse con la importancia económica del sujeto que las cuestiona, y en tal sentido el solicitante no ha demostrado de qué modo su pago puede poner en riesgo el giro normal de sus actividades, ni que el rechazo de la tutela pretendida le provoque el referido perjuicio económico irreparable (cfr. “Swift Armour S.A. Argentina c. Estado Nacional”, sent. del 8/6/04). En otras palabras, el actor no demostró que su situación patrimonial resulte seriamente afectada por el consecuente pago del “Aporte Solidario”, ni tampoco la lesión que podría ocasionar al desarrollo de sus actividades (cfr. doctrina jurisprudencial de esta Sala, in re “Amanecida SA c/ EN- AFIP- s/ Dirección General Impositiva”, sent. del 29/12/15).

En virtud de las consideraciones expuestas, cabe concluir que no se ha acreditado de modo fehaciente un peligro particularizado en la demora (en el mismo sentido, Sala III de esta Cámara, in re “R., M. J. c/ EN-AFIP s/ Amparo Ley 16.986”, sent. del 9/6/21); circunstancia que alcanza para rechazar la cautela peticionada por la parte actora, sin que resulte necesario examinar lo atinente a la verosimilitud en el derecho. Ello por cuanto, tal como fue expuesto supra, ambos recaudos (verosimilitud en el derecho y peligro en la demora) deben encontrarse necesariamente presentes a los efectos del otorgamiento de la tutela requerida.

6º) Que, lo hasta aquí desarrollado no implica en modo alguno adelantar un pronunciamiento respecto del fondo de la cuestión y resulta suficiente para rechazar la apelación. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que las decisiones referidas a medidas precautorias son provisionales, susceptibles de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio en tanto y en cuanto hayan variado los presupuestos determinantes de su desestimación, o se hayan aportado nuevos elementos que justifiquen su procedencia (arg. Fallos: 327:202 y 261).

7º) Que, la Corte federal ha señalado que las especiales características del régimen procesal en materia de medidas cautelares, carente de autonomía, como su naturaleza contingente, excluye —como principio— la posibilidad de una condena específica en costas en el incidente de medidas precautorias, cuestión que es objeto de consideración al tiempo de dictarse sentencia en el principal, oportunidad en que debe valorarse la actitud asumida por la demandada en el proceso (Fallos: 296:397; esta Sala, causa N° 22.844/11, “Lichytext S.A. c/ EN Mº Economía - Resol. 589/08 (expte 60743/11) s/ amparo ley 16.986”, sent. del 28/09/10). Ahora bien, la regla precedentemente expuesta solo resulta aplicable en orden a la instancia principal del proceso cautelar, aunque no en relación con incidentes del trámite de aquel (vgr. la presente apelación) en los que, existiendo contradicción, es posible un pronunciamiento sobre costas (art. 68 CPCCN; y esta Sala, causa N° 22.844/11, “Lichytext” cit., sent. del 05/05/12). En este sentido, sin perjuicio de que no corresponde sustanciar el memorial cuando se apela una resolución que deniega la medida precautoria, toda vez que el incidente de apelación de una cautelar denegada debe mantener el carácter inaudita parte, lo cierto es que en el sub examine se dispuso su traslado mediante providencia que fue contestada por ambas partes y aquel fue contestado (cfr. despacho del 16/03/22 y escrito presentado por la AFIP el 27/03/22), circunstancia que exige estar a las particularidades del caso e imponer las costas de esta instancia por su orden (art. 68, segundo párrafo, CPCCN).

En mérito a las razones supra desarrolladas, el Tribunal *Resuelve*: rechazar el recurso y confirmar la resolución apelada en los términos aquí dispuestos. Con costas por su orden, dada la naturaleza de las cuestiones involucradas (art. 68, segunda parte, CPCCN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — Marcelo D. Duffy. — Jorge E. Morán. — Rogelio W. Vincenti.

Protección de la imagen

Difusión. Requisitos. Ausencia de consentimiento. Responsabilidad. Alcances de la libertad de prensa. Daño moral.

1. - La divulgación de la imagen del actor, claramente distinguible e identificable, se trata de una intromisión arbitraria en los derechos de la personalidad, que excede el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general alegado por las accionadas. Ello no se ve enervado por los argumentos esgrimidos en torno al interés periodístico del nudismo tanto a nivel nacional como internacional, pues la misma cobertura periodística se pudo haber realizado sin que las personas que allí se hallaban pudieran ser individualizadas, y adoptando todas las precauciones necesarias para no violentar sus derechos.
2. - La presencia del actor en el parque naturista, donde se permite la práctica del nudismo, sin perjuicio del interés periodístico sobre el tema invocado por la demandada, de ningún modo valida la inclusión de su imagen sin adoptar precaución alguna, al no haber mediado consentimiento expreso para la publicación de la nota periodística efectuada por el demandado.
3. - Aun cuando en la mejor de las hipótesis para la demandada, se pueda presumir que la fotografía fue tomada a pocos metros de donde se encontraba el actor, ello no prueba por sí solo el consentimiento, mucho menos autoriza su difusión ni tampoco permite que la fotografía sea publicada sin ningún tipo de protección que impida la identificación de la persona.
4. - Aun cuando por vía de hipótesis, en el mejor de los supuestos para la demandada, se considere que la serie de conductas positivas invocadas evidencian la conformidad del actor a ser retratado —lo que no surge de modo fehaciente de autos—, el consentimiento —que no puede presumirse— debe ser analizado rigurosa y restrictivamente en relación con la voluntad del sujeto cuya imagen fue captada y luego difundida.
5. - Teniendo en cuenta la estrecha y compenetrada relación existente en este caso particular entre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen, y aun cuando pueda discutirse si se encuentra efectivamente afectado el derecho a la privacidad y se considere que, si la persona expone su intimidad, exhibiéndose sin ropa, renuncia tácitamente a ella, lo cierto es que la vulneración del derecho a la imagen no genera duda alguna.
6. - La circunstancia de que se trate de un parque naturista, de acceso al público, en nada obsta a la preservación del derecho a la intimidad del accionante. En principio, al parque naturista, donde fueron obtenidas las imágenes, su propio destino le otorga un ámbito de privacidad que merece protección a los efectos de no vulnerar el art. 51 del Cód. Civ. y Com.
7. - El consentimiento otorgado en los términos de los arts. 53 y 55 del Cód. Civ. y Com. debe ser interpretado restrictivamente, pues el titular de la imagen puede autorizar la captación, difusión o publicación de su imagen; pero ese consentimiento otorgado está estrictamente limitado a la finalidad y/o circunstancias en la que se presta; no puede inferirse con el consentimiento prestado ni la renuncia del derecho a la imagen ni la utilización o reutilización de la imagen para fines distintos.
8. - La omisión o desviación del consentimiento importa un ataque al derecho a la imagen, que como derecho autónomo e inde-

pendizado del derecho al honor y a la intimidad, surge palmario de su reglamentación en el art. 53 del Cód. Civ. y Com.

9. - Pretender que la libertad de prensa constituya una causa de justificación de todo tipo de publicaciones, so pretexto del servicio de información pública significa tanto como otorgarle a aquella un *bill* de indemnidad, de allí que puedan priorizarse otros derechos de la persona contra actos, expresiones o imágenes éticamente degradantes que hayan sido publicados y que afecten su dignidad.
10. - La indemnización del daño moral es procedente, en tanto que el accionante se ha visto afectado en su estado espiritual por las inquietudes, zozobras y aflicciones que, más que presumiblemente, le ha causado la publicación periodística revalorizada por la demandada.

Cuantificación del daño

El hecho dañoso:

Difusión no autorizada de imagen.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial
Daño moral genérico: \$300.000

CNCiv., sala J, 04/04/2022. - N., M. F. c. Coop. de Trabajo Por Más Tiempo LTDA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/24777/2022]

Costas

Se imponen a la demandada.

Intereses

Se aplica la tasa activa.

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 4 de 2022.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Scolarici* dijo:

I. La sentencia de grado dictada con fecha 25 de octubre de 2021 rechazó la demanda incoada por M. F. N. contra Cooperativa de trabajo por Más Tiempo Limitada; N. V. G. R. y E. R. S., con las costas del juicio (art. 68 del Cód. Procesal) y difiriendo la regulación de los honorarios para la etapa procesal oportuna, una vez determinada la base regulatoria.

II. Contra el decisorio apela y expresa agravios la parte actora a fs. 275/287. Corrido el pertinente traslado de ley, obra a fs. 289/305 el responde de su contraria.

En el marco de las Acordadas 31/20 y conchs. de la CSJN, se dictó el llamado de autos a sentencia, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Hechos

Motiva el inicio de las presentes actuaciones el reclamo del actor contra la Cooperativa de Trabajo por Más Tiempo Ltda., N. V. G. R. y E. R. S.

Relata el accionante que en el mes de enero de 2018, decidió concurrir al Parque Naturista Palos Verdes, de la localidad de Francisco Alvarez, Partido de Moreno, Pcia. de Buenos Aires. Indica que se trata de un predio privado, sito en un campo de seis hectáreas ubicado en una zona semi rural o semi urbana del Municipio

de Moreno, que constituye un parque naturista y donde se permite la práctica del nudismo y que en dicho lugar, y en momentos en que se preparaba el almuerzo para el grupo que integraba el actor, hicieron su aparición los Sres. G. R. y S., quienes manifestaron hallarse en el sitio a fin de realizar una nota periodística sobre el parque, siéndoles expresamente advertido que se abstuvieran de tomar fotografías que pudieran vulnerar la intimidad de las personas que se hallaban en ese predio.

Destaca que la jornada transcurrió sin que se advirtiera anormalidad de ninguna especie.

Expresa que el domingo 4 de febrero de 2018, recibió una llamada telefónica de una persona allegada, quien lo anoticia que en el suplemento Verano del diario Tiempo Argentino de ese día, había visto una foto suya en la que se encontraba totalmente desnudo.

Asimismo, otra comunicación le advierte que había dos fotografías suyas, en la página web (tiempoar.com.ar) de la misma publicación periodística, con imagen de él también desnudo.

Afirma que las tomas fotográficas habían sido obtenidas por los demandados, sin su permiso, en la visita referenciada y publicadas —también sin autorización—, tanto en la edición impresa en cuyos créditos son mencionados G. R. y S., como en la página Web del diario Tiempo Argentino Suplemento Verano.

Sostiene que, a partir de esa fecha, se ha sentido avergonzado y humillado con respecto de todos aquellos que lo conocen y pudieron ver las imágenes que fueron obtenidas sin autorización, ni consentimiento alguno de su parte y que al ser publicadas y divulgadas fotografías de su persona “desnudo”, ha existido una violación a la imagen afectando su intimidad honra y reputación habiendo reproducido sin autorización ni consentimiento alguno, su desnudez sin que se tratara de un acto público, ni el ejercicio regular de informar ni interés científico cultural educacional primario en su divulgación.

Señala que los hechos narrados le produjeron una profunda angustia e impotencia y que dicha situación traumática generada por la mentada publicación de fotos íntimas, produjo un profundo malestar y angustia por la ofensa a su honor y dignidad, daños todos ellos por los que acciona y reclama.

IV. Agravios

Los agravios del actor giran sustancialmente en torno a que el sentenciante de grado, ha resuelto el rechazo de la demanda promovida, en flagrante contravención a lo que expresamente dispone la ley; consagrando que la conformidad en la publicación y divulgación de imágenes vergonzosas y que afectan a la intimidad de una persona puede ser “presumida”; permitiendo la libre obtención, reproducción y divulgación (nada menos que en un medio periodístico gráfico nacional) de imágenes de una persona, en estado de desnudez, en momentos en que se encontraba dentro de un ámbito privado.

Aduce que la defensa ensayada por los accionados es inadmisibles puesto que “...no ha habido una publicación de datos falsos —y ni siquiera de comentarios satíricos o ridiculización en las imágenes que pudieran afectar la honra o la reputación de la parte actora”; apelando al improcedente argumento de que la nota publicada se trataría de “...información periodística sobre una situación de interés general, y por tanto, se encuentra prevista normativamente como una de las excepciones del art. 53 inc. c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, no se ven afectados los derechos que enuncia la actora”.

Indica el quejoso que los demandados, admitieron expresamente que no hubo consentimiento en los términos normados por el art. 53 del Cód. Civil, ensayando una pueril explicación, al decir: “...sí bien la conformidad no se obtuvo por escrito, se advierte claramente que

existió tal como surge de las constancias aportadas, de las secuencias fotográficas, máxime cuando proviene de quienes se presentan como profesionales responsables de un periódico de presencia nacional.

Añade que resultan falaces las afirmaciones relativas a que el hecho de practicar nudismo en un predio privado no puede considerarse como parte de la vida íntima; que se habría tratado de un evento desarrollado en público; o, que no se trató de información falsa, ni agravante.

Subraya que los demandados afirmaron que recorrieron las instalaciones; que realizaron entrevistas y registros de imágenes “...a distintas personas que expresaron su conformidad con el hecho de ser retratados y hasta posaron, que no se retrató a nadie que hubiera manifestado su incomodidad con la fotografía. Nadie tampoco pidió que se elimine foto alguna en la que hubiera aparecido” pero ninguna prueba aportaron que acredite tal inverosímil versión (sencillamente porque no existe); resultando aún más inexplicable que, tratándose de profesionales del periodismo, pasaran por alto recurrir a alguna autorización escrita de quien podía resultar retratado “desnudo”.

Remarca que, precisamente, tal situación de desnudez no se verificaba en un sitio público de acceso irrestricto, sino en un predio privado donde se practica nudismo y que más inexplicable resulta el hecho de que las fotos se publicaran en el diario y en la Web sin siquiera difuminar o pixelar los rostros de las personas involucradas, evitando su reconocimiento por allegados y sometiéndolas así a un innecesario escarnio público.

Indica que en una prueba de admisión de la propia inconducta antijurídica observada, sostuvieron los demandados que eliminaron las fotos de la web sin que esto implique reconocer derecho alguno de la actora, en un claro reconocimiento de responsabilidad y ensayaron como justificación de su proceder (esto es, la divulgación de fotos de personas en desnudez) que habría mediado un “tácito” consentimiento, como así también que se habría tratado de un tema de interés periodístico.

Esgrime que la sentencia de grado rechazó erróneamente la acción promovida, en la inteligencia de que no había mediado obrar antijurídico, pues las fotografías de la imagen del actor, habrían merecido consentimiento tácito del accionante y que dichas imágenes no habrían sido utilizadas para avasallar la intimidad del actor, sino publicadas en el marco de un artículo de interés cultural, como que la libre publicación de las fotografías se encontraría debidamente efectuada conforme a la normativa citada en el encuadre legal efectuado en el decisorio.

Señala que resulta indiscutible que el proceder observado por los accionados, ha configurado una innegable afectación a la dignidad de su persona, como así también que no ha mediado consentimiento alguno de su parte, evidenciando que la conducta observada por los accionados de ningún modo hubo de encuadrarse en las disposiciones de la normativa aplicable; que no existió tal consentimiento, ni expreso, ni tácito, ni presumible.

Por otra parte, advierte sobre el informe elaborado por C. G. (Docente de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA)—, oportunamente impugnado, que, al no revestir carácter de perito judicial, no se encuentra alcanzada por las previsiones legales que resultan aplicables a un auxiliar de la justicia, más le atribuyó el juzgador carácter de dictamen pericial a un mero informe de una colega de los accionados, pero queda por demás claro, a su entender, que el informe deviene parcial, subjetivo y tiene por inocultable objeto procurar excusar a un colega.

Cuestiona que si aún por vía de hipótesis el juzgador infiere que no habría existido oposición a la obtención de fotos, ¿ello también permitiría presumir que el retratado habría prestado una conformidad “tácita” para la publi-

cación y divulgación de sus imágenes?, que la premisa utilizada por el juzgador para fundar su conclusión resulta falsa, toda vez que no existió consentimiento alguno por parte del demandante en permitir la extracción de sus imágenes privadas; y, mucho menos, la publicación y divulgación de las mismas.

También se queja de la existencia de interés cultural alguno que haya motivado la publicación de las imágenes cuestionadas y que el juzgador reputa como sustento para concluir en la inexistencia de obrar antijurídico de los demandados.

Se agravia asimismo que, como fundamento de su conclusión, el juez *a quo* haya considerado que las imágenes fueron obtenidas en un espacio abierto a terceros y publicadas en el marco de un artículo de interés cultural que pretendió dar a conocer las actividades que se desarrollan en el parque temático y que la publicación de la imagen del actor, dentro del contexto de la nota referenciada, cumple con los requerimientos mencionados, por cuanto es de interés cultural y busca informar sobre las prácticas nudistas que se pueden llevar a cabo en un lugar determinado dentro de nuestro país.

Dice que no se advierte que ello se corresponda con una información relativa al “naturismo en un predio privado”; y, mucho menos que, en aras a tales propósitos, resulte admisible publicar y divulgar los rostros de las personas que concurren a dicho ámbito privado a fin de que puedan ser reconocidas por familiares y allegados sin que mediara autorización expresa en tal sentido. Reitera que hubiera bastado con pixelar o difuminar los rostros de los fotografiados para evitar el daño provocado.

Consecuentemente, entiende que las premisas utilizadas por el juzgador para concluir en la inexistencia de obrar antijurídico culpable por parte de los demandados resultan falsas; por lo que la decisión de rechazar la demanda promovida contra estos deviene incorrecta e infundada pues resulta por demás evidente la responsabilidad que cupo a los aquí accionados en la afectación a la dignidad y derechos personalísimos que asisten al accionante.

Invoca que ha existido una violación a la imagen de su persona, afectando su derecho al reconocimiento y el respeto a su dignidad, que el actor ha sido afectado gratuitamente en su intimidad, honra y reputación, habiéndose captado y reproducido su imagen en desnudez, sin consentimiento alguno de su parte y sin que se tratara de un acto público o en un lugar público, ni del ejercicio regular del derecho de informar, ni existencia de interés científico, cultural o educacional primario en su divulgación.

Señala que no estamos en presencia de quienes podrían argumentar desconocimiento en las normas que atañen al derecho a la divulgación de la imagen de terceros, mucho más cuando se trata de fotografías de una persona desnuda obtenidas en un ámbito privado y sin consentimiento alguno por lo que solicita se revoque el decisorio de primer grado recurrido; y, en consecuencia, se haga lugar a la demanda interpuesta en todas sus partes, con expresa imposición de costas, condenando en forma solidaria a los aquí coaccionados.

V. Previo a entrar a considerar la cuestión sometida a decisión, adelanto que seguiré a la recurrente en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf. CSJN, Fallos: 258:304, entre otros) pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf. CSJN, Fallos: 274:113), las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. Se considerarán, entonces, los hechos “jurídicamente relevantes” (Aragoneses Alonso, Pedro, “Proceso y Derecho Procesal”); “singularmente trascendentes” (Calamandrei, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”).

V.a) El derecho a la libertad de prensa y expresión

Cabe resaltar en principio el marco jurídico en el cual se dirime el presente caso.

El derecho a la libertad de expresión ha sido consagrado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Inveterada doctrina de nuestro Máximo Tribunal ha calificado como función primordial a la que cumple el periodismo en toda sociedad moderna, lo que supone que ha de actuar con la más amplia libertad (CSJN, A. 163. XXIII, “A. M. E. y otros s/ calumnias e injurias”, 07/04/1992, Fallos: 315:632, entre muchos otros). Señaló también que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal (CSJN, Fallos: 248:291: 331: 162, 1530; 332:2559, entre otros).

Es que la libertad de expresión tiene un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales (CSJN, Fallos: 321:412) en razón de su centralidad para el mantenimiento de una república democrática (CSJN, Fallos: 320:1272; entre muchos otros) y, por ello, para el ejercicio del autogobierno colectivo del modo diseñado por nuestra Constitución (CSJN, Fallos: 336:879; id. 03/10/2017, Fallos: 340:1364).

La consolidada doctrina tutelar de la Corte del ejercicio de la libertad de expresión, particularmente en materia de interés público, tanto en la doctrina “Campillay” (adoptada en Fallos: 308:789 y desarrollada en numerosos precedentes posteriores) como la doctrina de la “real malicia” (adoptada por la Corte a partir de Fallos: 310: 508 y reafirmada en diversos precedentes), constituyen estándares que brindan una protección intensa a la libertad de expresión y que resguardan un espacio amplio para el desarrollo de un debate público robusto (CSJN, “M.E.H. c. T. SA y otros s/ daños y perjuicios”, 03/10/2017, Fallos: 340:1364).

También se ha expedido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, sosteniendo que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (CIDH, La colegiación obligatoria de periodistas —arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5, párr. 30; CNCiv., Sala G, “A. S. L. y otro c. E. P. SA s/ daños y perjuicios; ídem esta Sala, 09/03/2021, Expte. N° 63.633/2015 “Rawson, Franklin J. c. Arte Gráfico Editorial Argentino SA s/ daños y perjuicios”).

Badeni ha señalado que “Es cierto que la libertad de prensa, al igual que las restantes libertades, no es absoluta en orden a las consecuencias que depara su ejercicio. Pero, cuando ella trasciende el mero interés individual y se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica, el criterio para valorar la responsabilidad jurídica consecuentemente debe ser acorde con la función que le asigna el sistema político. No para otorgar un privilegio inadmisibles a quien ejerce esa libertad, sino para preservar la vigencia de la estructura democrática constitucional

que permite el desenvolvimiento de sus contenidos axiológicos humanistas” (conf. Badeni, Gregorio “El debate público y la real malicia” ED, 174-183).

Ahora bien, sin desconocer ese rol institucional, pretender que la libertad de prensa constituya una causa de justificación de todo tipo de publicaciones, so pretexto del servicio de información pública, significa tanto como otorgarle a aquella un bill de indemnidad (CNCiv., Sala K, 22/03/06 L.45544, “B., L. c. A TV SA s/ daños y perjuicios”), de allí que puedan priorizarse otros derechos de la persona contra actos, expresiones o imágenes éticamente degradantes que hayan sido publicados y que afecten su dignidad.

El caso de autos se centra en el presunto ejercicio abusivo de la potestad de informar, por exceder el medio periodístico los límites externos que el ordenamiento jurídico prevé con el fin de que la actuación en cada situación en concreto de este derecho, como de todos los demás derechos normativamente consagrados resulte razonable (conf. art. 14 de la CN, art. 10 del Cód. Civ. y Comercial vigente).

El nudo medular de la cuestión radica, entonces, en la existencia de vulneración a los derechos personalísimos, reparando especialmente en la tensión existente entre el derecho a la información, que tienen los medios o comunicadores sociales de informar y buscar información como el de toda persona a expresar sus ideas y a informarse, y el derecho que tienen las personas a protegerse contra los abusos que provienen de los medios de comunicación o de un particular. En efecto, la cuestión a dilucidar no es otra que la contraposición entre la libertad de expresión como premisa jurídica angular del Estado constitucional de derecho, frente al derecho a la imagen y a la intimidad consagrados en art. 19 de la CN, art. V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica.

En definitiva, se trata de examinar si la publicación efectuada vulnera el derecho a la honra y reputación, intimidad y/o a la imagen y si la conducta asumida por la demandada es susceptible o no de reproche, al provocar —como consecuencia del hecho— una afectación que responsabilice a la emplazada a reparar las consecuencias disvaliosas que derivaron de su accionar.

V.b) Derecho a la honra y reputación

El ataque a la dignidad por el daño a la honra y reputación puede presentarse por dos situaciones que dan lugar a la reparación: 1) que exista voluntad y conciencia de efectuar una imputación falsa, en cuyo caso se está en presencia del delito civil de calumnias e injurias o 2) que no exista ese dolo o malicia, en cuyo caso la acción resarcitoria está asegurada por la vía del art. 1716, 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Comercial. En tanto los arts. 1770 y 1771 del Cód. Civil se refieren a mortificaciones injuriosas o denuncias o acusaciones calumniosas de cualquier especie no hay razón para entenderla limitada a las especies penales que tipifica el código represivo.

Sin embargo, en el caso, sin necesidad de entrar a profundizar en el tema, pues tampoco ha sido debidamente argumentado en la expresión de agravios más allá de la escueta mención del derecho en estudio, al no haber sido acompañada la nota periodística de ninguna afirmación, imputación, comentario, etc. que pueda resultar injuriosa o agravante respecto al honor del actor y al ceñirse el objeto de la presente acción a su imagen, captada en el parque Palos Verdes y difundida luego en el medio de la demandada, no considero que pueda haberse configurado daño alguno por no verificarse lesión a este derecho.

No soslayo los padecimientos que pudo haber sufrido el actor ni el sentimiento vergonzante que describe, pero estas secuelas —consecuencias extrapatrimoniales— derivan, en su caso, de la afectación de otro u otros derechos de la personalidad y no de un ataque a la honra y reputación.

V. c) El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad encuentra su fundamento en el art. 19 de la CN y, en relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo (CSJN, G. 556. XXIII. “G, F c. A, J”, 15/04/1993, Fallos: 316:703).

El derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica y al círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen, nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (CSJN, G. 556. XXIII.”G, F c. A, J”, 15/04/1993, Fallos: 316:703).

De Cupis considera a la intimidad como aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento de otros de cuanto tiene referencia con la persona misma. Señala que la persona nace con la riservatezza, por oposición a la publicidad; el riserbo (del italiano, reserva, secreto, confidencialidad) encierra y protege a la persona (De Cupis, Adriano, “I diritti della personalità”, Giuffrè, Milano, 1982, T. I, ps. 256/257).

Díaz Molina, por su parte, entiende que el derecho a la intimidad es aquel que le compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la Sociedad (Díaz Molina, Iván M., “El derecho a la vida privada”, LA LEY, 126-984).

Zavala de González enseña que la reserva como bien jurídico protegido es la cobertura espiritual, envoltura o disfraz que envuelve o protege cierto sector de la vida de toda persona, cerrándolo, no descubriéndolo, guardándolo con exclusividad, apartando injerencias, intromisiones y fiscalizaciones (Zavala de González, Matilde, “Derecho a la intimidad”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 73) La vida privada, entonces, conforme surge del art. 1770 del Cód. Civ. y Comercial, es el conjunto de datos, hechos o situaciones, desconocidos por la comunidad y reservados al conocimiento bien del sujeto mismo, bien como un grupo reducido de personas y se entiende por violación de la intimidad a cualquier forma de perturbación arbitraria de los sentimientos aunque ella provenga de la difusión o atribución de hechos o circunstancias falsos o erróneos (Goldenberg, Isidoro, “La tutela jurídica de la vida privada”, LA LEY, 1976-A, 576; Mosset Iturraspe, Jorge, “Estudios sobre responsabilidad por daños”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979, T. I, p. 106; Zavala de Gonzalez, Matilde, “Derecho a la intimidad”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 112, entre otros).

Zannoni, con relación a la prensa, expresa “Lo típico de las intrusiones a la intimidad es la injerencia en la vida privada, en los ámbitos personales y familiares que están sustraídos del conocimiento públicos. La intrusión o injerencia, en ese caso, escudriña o espía hechos, situaciones, costumbres, etc., cuya difusión —a diferencia de la injuria o la calumnia— no constituyen formalmente difamación; por el contrario, muestran per se un abuso en el ejercicio de la libertad de prensa, y por hipótesis, revelan hechos o situaciones que, pudiendo ser verdaderos, lesionan el ámbito de intimidad de la vida privada que preserva, de modo especial el art. 19 de la CN (Zannoni, Eduardo A. y Bíscazo, Beatriz R., “Responsabilidad de los medios de prensa”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 127).

Se ha entendido que esa intromisión solo puede considerarse justificada cuando se trata de cuestiones vinculadas al interés general y siempre que puedan contribuir a la formación de la opinión pública, de lo contrario, cualquier afectación a la privacidad debe ser considerada abusiva, sin importar al efecto la veracidad o no de lo difundido puesto que si se afecta la intimidad de una persona, ningún interés público puede, salvo casos excepcionales, justificar la información (Díaz Molina: “El derecho a la vida privada”, LA LEY, 126-981; Mazzinghi: “Preeminencia del derecho a la intimidad sobre la libertad de informar”, ED, 172-110).

Efectuado el precedente encuadre jurídico del derecho a la intimidad, se impone remarcar que no se encuentra discutido en autos que en el diario Tiempo Argentino (perteneciente a Cooperativa de Trabajo por Más Tiempo Ltda.), publicó una nota —en formato papel y vía Web en la que intervinieran los accionados, N. V. G. R. y E. R. S., en la cual obran fotografías del Sr. M. F. N., desnudo, en el Parque Naturista Palos Verdes, de la localidad de Francisco Álvarez, Ptdo. Moreno, Pcia. de Buenos Aires.

La circunstancia de que se trate de un parque naturista, de acceso al público, en nada obsta a la preservación del derecho a la intimidad del accionante. En principio, al parque naturista, donde fueron obtenidas las imágenes, su propio destino le otorga un ámbito de privacidad que merece protección a los efectos de no vulnerar el art. 51 del Cód. Civ. y Comercial.

Empero, teniendo en cuenta la estrecha y compenetrada relación existente en este caso particular entre el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen, y aun cuando pueda discutirse si se encuentra efectivamente afectado el derecho a la privacidad y se considere que si la persona expone su intimidad, exhibiéndose sin ropa, renuncia tácitamente a ella, lo cierto es que la vulneración del derecho a la imagen no genera duda alguna.

V.d) Derecho a la imagen

Tal como señalara el distinguido sentenciante de grado, del acta de audiencia (art. 360 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) celebrada con fecha 16 de abril de 2019, el propio accionante indicó que aparece en las fotografías de fs. 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 106 y 107 obtenidas en el Parque Naturista Palos Verdes, de la localidad de Francisco Álvarez, Ptdo. Moreno, Pcia. de Buenos Aires. Es decir, que no se encuentra controvertido en autos que se han tomado imágenes del actor en tal lugar y que esas imágenes han sido luego reproducidas.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra “imagen”, proviene del latín *imago-inis* y en su primera acepción se define como: “1. f. Figura, representación, semejanza y apariencia de algo”.

La doctrina mayoritaria concibe al derecho a la imagen como aquel que protege de las agresiones a la integridad espiritual de la persona, con el objeto de impedir el avasallamiento de la manifestación externa o visible de la personalidad humana en cualquiera de sus formas (reproducción o captación de alguna parte del cuerpo, de la voz, de los gestos, utilizando para ello cualquier medio como fotografía, escultura, imitación, filmación, grabación, etc.) (Rivera, Julio C. - Crovi, Luis Daniel, “Derecho Civil-Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 414; Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Parte General”, LA LEY, Buenos Aires, 2008, T. I ps. 324/5; Cifuentes, Santos, “Derechos personalísimos”, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 513; Fissore, Diego M., “Los derechos de la personalidad espiritual en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015-3, p. 153; Hooft, Irene, “La protección de la imagen”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006-2, p. 337/8; Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del Derecho a la propia imagen y su reparación”,

LA LEY, 1996-D, 136; Cobas, Manuel O., “La divulgación de la imagen de una persona sin su consentimiento como presupuesto del hecho ilícito y el daño indemnizable”, DJ05/12/2012, 18; Crovi, Luis Daniel, “En resguardo de la imagen y de la ganancia perdida”, JA, 2005-II-325; Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad civil por violación del derecho a preservar la propia imagen”, ED, 171-94; Llambías, J. J., “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, T. I, p. 254; Ghersi, Carlos A., “Derecho personalísimo a la imagen”, Derechos personalísimos, Thomson Reuters, 2015; Lanata, Alejandro, “El derecho a la imagen y los deportistas”, SJA 2017/08/23; Laplacette, Carlos J., “Fotografías, retratos y libertad de expresión”, DJ 19/06/2013, 3; Picasso, Sebastián, “Nuevas fronteras del derecho a la Imagen”, JA, 2005-II-1251; Lovece, Graciela, “El derecho personalísimo a la propia imagen”, 18/2/ 2008, MJ-DOC-3360-AR | MJJD3360; Márquez, José Fernando, “La doctrina de la real malicia y violación del derecho a la imagen”, LA LEY, 2012-B, 109; Gorosito Pérez, Alejandro, “Exégesis del Derecho a la propia imagen”, <http://www.revistapersona.com.ar/Persona37/37Gorosito.htm>, entre muchos otros).

Este criterio que enaltece y protege el derecho a la imagen también es sustentado por el Tribunal Constitucional Español. En su sentencia 14/2003 en cuanto expresa: “En su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen... se configura como un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde...El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual” (Tribunal Constitucional Español, Sala 2ª, Sentencia 14/2003, de 30 de enero de 2003 del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo núm. 4184/2000).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera, en este mismo sentido, que la imagen de la persona constituye uno de los principales atributos de su personalidad, ya que revela las características únicas de la persona y distingue a la persona de sus pares; el derecho a la protección de la propia imagen es, pues, uno de los componentes esenciales del desarrollo personal, presupone principalmente el derecho del individuo a controlar el uso de esa imagen, incluido el derecho a denegar su publicación (TEDH, “Von Hannover v. Germany”, Grand Chamber Judgment, 07/02/2012, “Right to the Protection of one’s Image”, Press Unit, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf).

La Corte de Apelaciones de París, sostiene asimismo que “toda persona tiene sobre su imagen y sobre la utilización que de ella sea hace un derecho absoluto que le permite oponerse a su reproducción y a su difusión sin su autorización expresa, sea cual fuere el soporte utilizado” (Cour d’Appel de París, “H. E. c. L.V.”, 10/02/1999, 14è chambre, section À RO NI - 1998116424 - 7ème page).

Existe consenso en que el derecho a la imagen es, entonces, emanación de un derecho

personalísimo, cuya tutela como el derecho al honor o a la intimidad, es autónoma y forma parte con aquellos de una categoría amplia: el derecho a la integridad espiritual. La imagen o apariencia de una persona es protegida en forma autónoma, aun cuando también puede o no ella ser sustento de un ataque al honor o a su intimidad (CNCiv, Sala H, 03/12/2015, Expte. N° 114.298/2010 “O, J. c. M y C P SA C M G UTE; s/ daños y perjuicios”; ídem esta Sala, 10/06/2019 Expte. N° 60235/2017 “V, R. A. c. THX Medios SA s/ daños y perjuicios”; ídem 13/05/2021, Expte. N° 18216/2015 “Nesi, Mariana G. c. Kapow SA s/ daños y perjuicios”).

Toda persona tiene un derecho exclusivo que se extiende a su utilización de modo de poder oponerse a su difusión sin su autorización (Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, “V, D. F. c. E P SA s/ daños y perjuicios”, 29/11/2000, SAJJ: SUB0025559).

La Constitución Nacional protege la esfera de la individualidad personal (art. 19) pues no solo ampara el respeto de las acciones realizadas en privado, sino también el reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea y uno de los aspectos centrales de la protección de dicho ámbito está constituido por la tutela del derecho a la imagen de la persona, cuya dimensión jurídica trasciende las fronteras del derecho de propiedad, dado que pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda) (CSJN, “G., C. V. c. G. Inc. s/ daños y perjuicios” 12/09/2017, Fallos: 340:1236).

El actual Cód. Civ. y Com. de la Nación regula el derecho a la imagen en el art. 53. Es claro que la prohibición de captación o difusión de la propia imagen no es absoluta, pues el propio art. 53 del Cód. Civ. y Comercial contiene las excepciones, al establecer que no es necesario el consentimiento para la difusión de la imagen o la voz cuando la persona participe en actos públicos; cuando exista un interés científico, cultural o educacional prioritario o cuando se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

Entiende Gregorini Clusellas que para que procedan las mentadas excepciones se exige que el propósito científico, cultural o educacional sea la finalidad principal de la difusión, o bien que —ante hechos o acontecimientos de interés general o actos públicos— exista claramente una relación directa entre la imagen de la persona y el hecho de interés, puesto que en este caso el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada, sin perjuicio de que estas excepciones, deban ser interpretadas de manera restrictiva (cfr. Gregorini Clusellas, “La violación al derecho de la propia imagen y su reparación”, LA LEY, 1996-D, 136) dado que se encuentra en juego un derecho personalísimo (Cifuentes, “Los derechos personalísimos”, p. 176/7, Ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1974).

Como regla, el legislador ha prohibido la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (Fallos: 311:1171, considerando 4º; 335:2090).

A los efectos de tomar las fotografías que fueron publicadas en el medio de la demandada, debía necesariamente requerirse el consentimiento del actor en los términos del art. 55 del Cód. Civ. y Comercial o bien, probar que se configuraba alguna de las excepciones previstas en el art. 53 del mismo cuerpo legal.

El Tribunal Supremo Español en la sentencia STS 28/05/2002, ha señalado que “ha ido surgiendo una aceptación social del hecho de que determinadas zonas de espacios destinados al uso público o común puedan ser utilizadas por los ciudadanos que consideran que conviene al

ejercicio de ciertas actividades físicas el máximo contacto con la naturaleza, despojándose de los obstáculos que al efecto puedan significar no solo las ropas de uso cotidiano, sino incluso aquellas otras más ligeras, la confianza en que su libertad será respetada permite al nudista desarrollar actividades que considera oportunas en la forma que creen más adecuada, configurando así un ámbito de privacidad legítimo dentro del cual, puedan perfectamente decidir si autorizan o no la obtención o la reproducción de su imagen”.

En términos similares, y respondiendo al cuestionamiento planteado en el último párrafo del apartado anterior, en la sentencia STS de 25/10/2004, el mismo Tribunal consideró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho de un ciudadano alemán alojado en un hotel naturista de la costa de Almería, al sostener que quien se pasea por una playa desnudo renuncia ciertamente a un ámbito de su intimidad, pero tiene derecho a impedir que su imagen sea reproducida en un medio de difusión, y para poder utilizar tal derecho, preciso se hace que se recabe su consentimiento expreso, quien pasea, se exhibe o toma el sol desnudo en la playa, aunque sepa que hay reportero elaborando un artículo periodístico y tomando fotos, no otorga consentimiento tácito ni presunto.

Al hallarse reconocida la captación y reproducción de la imagen del actor, el quid de la cuestión a elucidar a partir de ahora se hará sobre el examen de la existencia de consentimiento para ello o de alguna de las eximentes previstas en el art. 53 del Cód. Civ. y Comercial.

V.e) El consentimiento: Requisitos

El art. 55 del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación expresamente establece: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

Lovece sostiene que “El consentimiento prestado por el titular para que un tercero obtenga la imagen propia debe ser analizado restrictivamente y de acuerdo al caso concreto; ya que dicho consentimiento puede o no abarcar la difusión con fines comerciales y de serlo tampoco debe entenderse que el mismo lo sea de manera ilimitada” (Lovece Graciela, “El derecho personalísimo a la propia imagen”, <http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com.ar/2008/02/el-derecho-personalissimo-la-propia.html>).

Entonces, el consentimiento otorgado en los términos de los arts. 53 y 55 del Cód. Civ. y Comercial debe ser interpretado restrictivamente, pues el titular de la imagen puede autorizar la captación, difusión o publicación de su imagen; pero ese consentimiento otorgado está estrictamente limitado a la finalidad y/o circunstancias en la que se presta; no puede inferirse con el consentimiento prestado ni la renuncia del derecho a la imagen ni la utilización o reutilización de la imagen para fines distintos (Bustamante Alsina, Jorge, “Responsabilidad civil por violación del derecho a preservar la propia imagen”; ED, 171-94; Rivera, Julio César, “Hacia una protección absoluta de la imagen personal. Comentarios sobre la jurisprudencia nacional y francesa” en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Año 1, 1988, N° 1, p. 36; Santos Cifuentes, Derechos personalísimos, Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 502 y ss.; Santos Cifuentes, Derechos personalísimos, Buenos Aires, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 502 y ss.; entre muchos otros).

Como regla, solo el consentimiento del interesado autoriza a disponer de su imagen. Zavala de González destaca que: “El consentimiento no es verdaderamente una excepción a la libre utilización de la imagen sino, antes bien, una exigencia como principio. Principio que, a su vez, tiene ceñidas salvedades, desde que la mediación de consentimiento no autoriza cualquier publicación” (Zavala de González, M., “Resarcimiento de daños”, T. 2 d, p. 179; CNCiv., Sala K, 16/03/2021, “D. L. F., R. F. c. Arter SA s/

daños y perjuicios” Cita: MJ-JU-M-131461-AR | MJJ131461 | MJJ131461).

La omisión o desviación del consentimiento importa un ataque al derecho a la imagen, que como derecho autónomo e independizado del derecho al honor y a la intimidad, surge palmario de su reglamentación en el art. 53 del Cód. Civ. y Comercial. Es decir que, aunque se considere que no ha causado ningún gravamen a la privacidad del afectado, la simple exhibición no consentida de la imagen afecta el derecho que se intenta proteger por medio de la norma legal en examen y genera, por sí sola, un daño representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad. Ello, sin perjuicio de que en ciertos casos la obtención o la difusión de la imagen, sin conformidad del interesado, pueda importar al mismo tiempo una ofensa a su honor o intimidad (CNCiv, Sala E, 623.934.- “A. S. c. T. SA C5N s/ daños y perjuicios”, L 623934, 26/09/2013).

Así se ha sostenido que “Dada la entidad y jerarquía del derecho en cuestión, la existencia y configuración de la autorización o el consentimiento para la publicación de la imagen debe ser analizado con suma estricta, por lo que, ante el desconocimiento formulado por el actor, incumbía a las demandadas demostrar que aquel lo hubo conferido a los fines específicos de que se trata” (CNCiv, Sala D, “M., D. A. c. Telecom Personal SA y otros s/ daños y perjuicios”. Expte. N° 38.635/2007, 24/06/2014).

La existencia del consentimiento en el supuesto de haberse prestado, debe ser analizada con el rigor propio de cada una de las distintas circunstancias de persona, modo, lugar y destino en relación con la voluntad del sujeto cuya imagen va a ser difundida.

Es que, a los efectos de eximir de responsabilidad al medio periodístico no basta con acreditar que una persona expresó su voluntad de ser fotografiada, sino que es necesario que exista una razonable relación entre el consentimiento prestado, la imagen publicada y el medio por el que se realiza la difusión (CNCiv, esta Sala, “P. J. L. c. P. de C. C. SA y otros”, 21/10/2008, ED, 231, 76, DFyP 2009 (octubre), 295 con nota de Graciela Medina, TR LALEY AR/JUR/20583/2008).

Ni el art. 53 ni el art. 55 prevén una forma determinada para dar el consentimiento. Solo establece la segunda norma citada que no se presume, por lo que, en su caso, debe ser otorgado en términos claros, inequívocos y específicos, dada la entidad del objeto del acto jurídico que implica.

Aun cuando en la mejor de las hipótesis para la demandada, se pueda presumir que la fotografía fue tomada a pocos metros de donde se encontraba el actor, ello no prueba por sí solo el consentimiento, mucho menos autoriza su difusión ni tampoco permite que la fotografía sea publicada sin ningún tipo de protección que impida la identificación de la persona.

Entonces, al no presumirse el consentimiento quien su existencia del consentimiento debe probarlo de modo fehaciente, por ser el más interesado en sostener la licitud de la utilización de la imagen, para evitar las reclamaciones del titular de la imagen y su interpretación ha de ser estricta (CNCiv, Sala G, “S.J. c. Arte Gráfico Editorial Argentinos SA y otro”, La Ley Online TR LALEY AR/JUR/2007; id. Sala L, “S. S. M. c. R. J. R. y otros s/ daños y perjuicios”, 30/09/2008, Rubinzal Online RC J 1335/09, entre otros).

Este último recaudo no ha sido probado en autos y como expresamente lo establece el art. 55 del Cód. Civ. y Comercial, el consentimiento no puede presumirse.

Las posturas de las partes difieren en cuanto a la autorización otorgada tanto para tomar las fotografías como para su publicación. Ahora bien, tal como señalara el distinguido sentenciante de grado, las fotografías de fs. 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 102, 106 y 107 contienen la imagen del actor.

El informe confeccionado por una profesional de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires indica que de las fotografías publicadas en el diario Tiempo Argentino (04/02/2018), obran 4 fotografías vinculadas a la nota periodística en cuestión, de las cuales, el actor aparece en dos —las que figuran en la página 3 de la publicación— (conforme sus dichos a fs. 166, allí hace mención a otras más que no obran en el suplemento). Dichas imágenes fueron identificadas en el informe como “foto 1” (“primer plano de dos personas de sexo masculino haciendo un asado..”) y “foto 2” (“se ven cinco personas sentadas en una mesa y un hombre parado en segundo plano..”).

En cuanto a la “foto 1”, la profesional luego de un análisis concluye “que no pudo ser realizada más que entre los 2 a 2,5 metros como máximo de la persona que aparece en primer plano a la izquierda” y también que “se realizó de cierta altura y a no demasiada distancia (...)”. Respecto de la “foto 2”, detalló “no se obtendría si el lente tuviera una distancia focal mayor de 35 a 45 mm y mucho menos si fuese un “teleobjetivo” lo que permite inferir la distancia a la que fue tomada la fotografía” La que se estima entre: mínimo 2 metros y no mayor a 3 / 3,5 metros.

La parte actora impugnó el informe en cuestión, por no revestir la profesional interviniente, el carácter de peritaje judicial, por lo que no se encuentra alcanzada por las previsiones legales que resultan aplicables a un auxiliar de la justicia, señalando que el mismo no se funda en documentación, archivo o registro contable alguno del informante, calificando a las respuestas brindadas como una opinión subjetiva y parcial de la Sra. C. G. intentado exculpar a un colega —aquí demandado—.

Sin perjuicio de las especificaciones técnicas que surgen del informe referido en torno a como fueron tomadas las fotografías (tipo de lentes distancias, etc.), como se señalara supra, el centro del debate gira en torno al medular aspecto de la existencia o no de consentimiento.

Es que lo que debe examinarse es si puede considerarse que medió un consentimiento del actor para la captación y publicación de su imagen y, en caso de que así no haya sido, si se configuraba en la especie algún supuesto de excepción que hubiera permitido a la demandada publicar la imagen prescindiendo del mismo.

La causal exculpatoria de los demandados, cuando afirman que hubo conformidad del actor para la obtención de las imágenes y que, si bien no se obtuvo por escrito, el mismo existió atento a las secuencias fotográficas aportadas, entiendo que se trata de un extremo que no se verifica de las constancias probatorias anudadas en autos y tampoco condice con lo establecido por el art. 55 del Cód. Civ. y Comercial.

Aun cuando por vía de hipótesis, en el mejor de los supuestos para la demandada, se considere que la serie de conductas positivas invocadas evidencien la conformidad del actor a ser retratado —lo que no surge de modo fehaciente de autos—, el consentimiento —que no puede presumirse— debe ser analizado rigurosa y restrictivamente en relación con la voluntad del sujeto cuya imagen fue captada y luego difundida.

A los efectos de eximir de responsabilidad al medio periodístico no basta con acreditar que una persona expresó su voluntad de ser fotografiada, sino que es necesario que exista una razonable relación entre el consentimiento prestado, la imagen publicada y el medio por el que se realiza la difusión.

El carácter expreso y específico del consentimiento a la difusión de la imagen hace muy restringida o casi mínima la posibilidad de una autorización implícita.

En síntesis, se requiere conformidad para la captación de la imagen, que no necesariamente supone su publicación, y también se requiere el consentimiento respecto a la imagen misma

publicada, a la oportunidad y el contexto de su publicación, en general la forma de la misma, e inclusive respecto del medio empleado para efectuar la publicación o difusión. Consecuentemente, una autorización anterior no necesariamente comprende una difusión posterior, o que la que se haga para un destino autorice otro distinto (Gregorini Clusellas, Eduardo L., “La violación del derecho a la propia imagen y su reparación”, LA LEY, 1996-D, 136).

La demandada no ha logrado probar cabalmente en autos el consentimiento del actor para la captación y publicación de su imagen en los términos del art. 55.

En este estado, queda por examinar si en el caso y de acuerdo a la enumeración del art. 53, se ha configurado alguna de las excepciones para la publicación de la imagen sin consentimiento de su titular, allí previstas.

V.f) Excepciones al consentimiento

El art. 53 del Cód. Civ. y Comercial, profundizó la protección del derecho a la imagen, al regular las excepciones con mayor estricta. Dispone en este sentido que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto que: “a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”.

Respecto a la primera excepción, se ha considerado que la sola circunstancia de que una fotografía haya sido tomada en público no la convierte en lícita, ni autoriza su difusión de manera irrestricta, pues debe tenerse en cuenta la finalidad y el marco de captación para establecer los límites (CNCiv, Sala A, “F. L. E. c. Asociación Mutual de Conductores de Automotores s/ daños y perjuicios”, 10/04/2013, RCyS 2013-X, 104, TR LALEY AR/JUR/15410/2013).

En el mismo sentido, se ha señalado que para que procedan las excepciones, hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público, debe existir una relación directa entre la imagen de la persona y el hecho de interés público, puesto que en este caso el valor social que se busca tutelar es el derecho de la comunidad a ser informada, “dado que para que no se requiera el consentimiento del titular del derecho, la captación de la imagen debe estar referida a facetas vitales que la persona despliega como integrante de la sociedad y a las cuales puede conectarse un razonable interés informativo de relieve comunitario”, no cualquier hecho desarrollado en público convierte en lícita la reproducción de una imagen debiendo tenerse en cuenta también la finalidad y marco de la toma para establecer los límites (CNCiv, Sala B, “A. P. E. c. Elementa SRL s/ daños y perjuicios”, 23/06/2014, MJ-JU-M-87175-AR | MJJ87175 | MJJ87175) Máxime, cuando —en el caso— la trascendencia de la nota no autorizaba de por sí la publicación de la foto del actor sin ningún tipo de protección (vgr pixelado, difuminación, franja negra, etc.), ya que no hacía a lo esencial de aquella.

En cuanto al interés científico, cultural o educacional prioritario, que consiste en exponer con finalidades específicas la imagen de una persona para fines superiores como actividad académica, artística, pedagógica, etc.; tampoco se puede considerar configurada pues el mismo inciso b) del mentado art. 53 que la contempla, establece su procedencia “siempre que se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario”.

Tampoco puede tenerse por configurada la tercera excepción referida al ejercicio regular del derecho de informar.

La existencia del interés público implica un límite al derecho a la privacidad y a la imagen.

Puede decirse además que dicho interés es aquel que concierne a cuestiones que trascienden el marco natural de la causa, los intereses de las partes y compromete o afecta a la comunidad toda (CSJN, Fallos: 336:1324).

Badeni define con claridad la vinculación de los hechos invocados como eximitorios para que se configure la excepción, señalando que debe haber relación directa entre la imagen de la persona, los hechos de interés público y el derecho de la comunidad a ser informada, considerando que la obtención de la imagen en un lugar público es lícita si se la emplea para ilustrar una nota de interés público, o una nota en la cual se describen hechos desarrollados en público, sin tergiversar las circunstancias que determinaron el registro de la imagen, no resultando necesario en tales supuestos el consentimiento de la persona fotografiada o filmada (Badeni, Gregorio, “Tratado de la Libertad de prensa”, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 785).

En un ilustrado voto el Dr. Greco señala que si se “concibiera la posibilidad de que estos medios de difusión masiva pudieran definir las cuestiones de interés público a su libre arbitrio, su mera invocación equivaldría al otorgamiento de una patente de corso, la cual habilitaría la intromisión en la esfera íntima de cualquier habitante para someterla así, cual vil mercancía, al conocimiento general...”, y agrega que ello podría no reconocer otra justificación real que satisfacer demandas impulsadas exclusivamente en la curiosidad popular “...prescindiendo de evaluar si esa atención obedece a razones meramente superfluas o incluso morbosas, máxime cuando la explotación de esa curiosidad puede suscitar considerables y lucrativos beneficios a favor de tales empresas. Todo ello resulta inaceptable, dejando ya de lado las consideraciones personales que no tienen aquí cabida, más bien en función del notorio hecho de no guardar esas justificaciones relación alguna con las altas finalidades que estructuran la protección constitucional y convencional de la que goza la libertad de prensa. (CNCont.Adm.Fed., Sala III, 29/08/2019, Expte. 36.500/2012, “D. G. R. D. y otro c. Editorial Sarmiento SA y otros s/ daños y perjuicios”). Estas consideraciones alcanzan indudablemente los hechos de autos en las que se difundieron fotografías con la imagen del actor desnudo.

También cabe hacer una diferencia entre el “interés público” (visión normativa sobre qué debe ser relevante para el debate público) y el “interés del público” (conf. Giuliano Sergio y Guidi Sebastian, “Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión”, Revista de Derecho de daños, Prevención del daño, ed. Rubinzal Culzoni, año 2016, p. 495), que muchas veces se entrega al morbo o a la mera curiosidad, en algunos casos construida por circunstancias efímeras pero no por ello menos resonantes, con clara afectación a los derechos de las personas involucradas.

La primacía del interés general se decide desde una perspectiva objetiva, por los valores que implica para la comunidad, y no porque, simplemente, sea fruto de la curiosidad del público. Por ello, se exige la mediación de un sano interés público” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de Daños”, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, T. 2 d, ps. 186/187; Mosset Iturraspe, Jorge, “Daño a los Derechos de la personalidad”, JA, 1971-346).

Así se ha sostenido que toda transgresión al honor, la intimidad e imagen de una persona por los medios masivos de comunicación debe ser reputada como antijurídica, salvo que medie causa de justificación. En rigor, solo cuando en el caso concreto exista un interés público prevaleciente, podrá considerarse justificada la intromisión en la intimidad por los medios de prensa y regular, en consecuencia, el derecho a informar. Pero la carga de la prueba de dicha circunstancia debe pesar, primordialmente, sobre el medio, dado el carácter excepcional que debe asumir este tipo de intrusiones (Conf. CNCiv., Sala B, 9/ 3/2022 Expte. N° 31.783/2017 “R., T. c. Telearte SA Empresa de Radio y Televi-

sión y otros s/ daños y perjuicios”), extremo que no se verificó en autos.

En el caso, la presencia del actor en el parque naturista, donde se permite la práctica del nudismo, sin perjuicio del interés periodístico sobre el tema invocado por la demandada, de ningún modo valida la inclusión de su imagen sin adoptar precaución alguna, al no haber mediado consentimiento expreso para su publicación —en la forma que se hizo— en la nota motivo del presente litigio.

No se advierten ciertamente razones en las argumentaciones de los accionados que permitan considerar que la publicación de las fotografías del actor responda a las necesidades de un “interés público” que justifique la publicación de la manera en que fue realizada.

La divulgación de la imagen del actor, claramente distinguible e identificable, se trata a mi criterio de una intromisión arbitraria en los derechos de la personalidad, que excede el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general alegado por las accionadas (art. 53 inc. c del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Ello, no se ve enervado por los argumentos esgrimidos en torno al interés periodístico del nudismo tanto a nivel nacional como internacional, pues la misma cobertura periodística se pudo haber realizado sin que las personas que allí se hallaban pudieran ser individualizadas, y adoptando todas las precauciones necesarias para no violentar sus derechos.

Vg) Corolario

Aún en el caso de considerar que el accionante se hubiese prestado a fotografiarse, no implicaba ello una autorización para su divulgación —y menos aún en las condiciones que fue exhibida su imagen—.

La demandada ni siquiera pixeló, esfumó o colocó algún tipo de protección a la imagen del actor y procedió a su publicación, permitiendo su individualización con toda nitidez y sin dificultades, facilitando su reconocibilidad.

Conforme lo expuesto, la reproducción de su imagen sin autorización, no dándose los supuestos de excepción previstos en el 53 del Cód. Civ. y Comercial, sin ningún tipo de efecto de edición, dirigido a frustrar su reconocimiento importó, sin duda, una violación ilegítima al derecho a la imagen del Sr. M. F. N., que tiene base en el artículo 19 de la CN, arts. 52 y 53 del Cód. Civ. y Comercial).

El derecho de libertad de expresión y de prensa puede generar responsabilidades a raíz de los abusos producidos en su ejercicio, ya que a igual jerarquía acceden los derechos personalísimos reconocidos en las normas constitucionales, como la imagen, la honra y reputación, la intimidad o la identidad, imponiéndose su armonización, cuando entran en conflicto. El carácter agravante del uso de la imagen de una persona, sin su consentimiento deriva en la aficción a la dignidad, faltándose a los deberes que impone una conducta prudente y diligente, violándose el principio legal del “alterum non laedere” (Conf.CNCiv. esta Sala, 10/06/2019, Expte. N° 60235/2017 “V., R. A. c. THX Medios SA s/ daños y perjuicios”).

La preeminencia que la Constitución otorga a la libertad de prensa está signada por la necesidad de la existencia de una conducta diligente. Sin embargo, a la luz de los hechos de autos, entiendo que los demandados N. V. G. R. y E. R. S. y la titular del medio gráfico y de la pá-

gina Web que corresponde a Tiempo Argentino (Cooperativa de Trabajo por Más Tiempo Ltda.) han difundido la imagen del accionante en un contexto de desnudez, sin su consentimiento, constituyendo ello una intromisión ilegítima, por lo que considero que cabe atribuirles responsabilidad por el daño inferido a la persona del actor y deben responder por la reparación que consagran los arts. 52 y 1770 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

VI. Consecuencias no patrimoniales

En torno a la cuantía del “daño moral”, actualmente denominado consecuencias no patrimoniales —contempladas en el art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial— las que se producen cuando existe una consecuencia lesiva de naturaleza espiritual.

Desde una concepción sistémica —en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo— el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales. (Tobías, José W, “Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral”, LA LEY, 1993-E, 1227 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T. III, 33).

Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. Dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales.

Con atinado criterio se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio, el daño moral lesiona lo que el sujeto “es” (Matilde Zavala de González, “Resarcimiento de Daños”, Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, T. 4, ps. 103, 1143 y “El concepto de daño moral”, JA, del 06/02/1985; CNCiv., esta Sala, 01/10/2020 Expte. N° 15.489/2016 “Acosta, Luis C. c. Alvarenga García, Jorge A. y otros s/ daños y perjuicios”; Idem 03/02/2021 Expte. 21515/2014, “Benítez, Emanuel H. c. Consultores Asociados Ecotranns (Línea 136, interno 216) y otro s/ daños y perjuicios”, Ídem id 20/12/2021, Expte. N° 11570/2017 “Duarte, Franco María S. c. Línea 71 SA s/ daños y perjuicios” entre muchos otros).

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, p. 13, ed. Abeledo-Perrot; CSJN., 06/10/2009, “Arisnabarreta, Rubén J. c. E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento”; Ídem., 07/11/2006, “Bianchi, Isabel del C. Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:4944; Id., 24/08/2006, “Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329: 3403; Id., 06/03/2007, ORÍ, “Mosca, Hugo A. c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 330: 563, entre muchos otros).

Asimismo, el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación *in fine* establece que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que

pueden procurar las sumas reconocidas” delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que: El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que “Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción goce y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, 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, 12/04/2011, “Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós; CNCiv., Sala A 17/07/2014 “R. M. B. c. Banco Supervielle SA s/ daños y perjuicios” del voto del Dr. Sebastián Picasso; cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

El criterio fijado por la actual legislación de fondo, impone que la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora.

En el supuesto en estudio considero que el reclamo es procedente en tanto que el accionante se ha visto afectado en su estado espiritual por las inquietudes, zozobras y aflicciones que, más que presumiblemente le ha causado la publicación periodística realizada por la demandada.

El daño surge del hecho mismo de la acción antijurídica, por ello, que el art. 1770 del Cód. Civ. y Comercial tiene especialmente en vista el perjuicio espiritual, cuando alude a la mortificación de las costumbres o sentimientos del afectado.

En el caso el testigo F. J. F. (declaración registrada en el sistema informático —lex 100— (documentos digitales)) refirió a la repercusión anímica y el impacto desfavorable que produjo en el accionante, la publicación de su fotografía.

En virtud de ello, ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones de orden espiritual que muy probablemente debió padecer el reclamante como consecuencia de la publicación indebida de su imagen, la repercusión alcanzada atento haber sido incorporada en la página web de la misma publicación periodística como la simultánea vulneración de distintos derechos autónomos, y sin perjuicio de señalar,

la prudencia y cautela que deben tomarse en estos casos, propongo al Acuerdo fijar la suma de pesos quinientos mil (\$300.000) por entender que resulta ajustada con la extensión del perjuicio inferido y al principio de reparación plena (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial y art. 165 del Cód. Procesal).

VII. Tasa de Interés

En cuanto a los intereses, de conformidad con la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos “Samudio de Martínez, Ladislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios” del 20/04/2009, corresponde sobre el capital reconocido aplicarse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la producción de cada perjuicio, de conformidad a lo dispuesto en el art. 1748 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

VIII. Costas

Las costas de ambas instancias serán soportadas por las accionadas vencidas, por imperio del principio objetivo de la derrota consagrado en el artículo 68 del Cód. Procesal y del principio de la reparación integral y plena (art. 1740 del Cód. Civ. y Comercial, sin que existan en la causa razones que ameriten adoptar un temperamento diferente al respecto.

VII. Conclusión

En virtud de las consideraciones vertidas propongo al Acuerdo:

I. Revocar la sentencia apelada, haciendo lugar al reclamo incoado por M. F. N., condenando en consecuencia a la Cooperativa de Trabajo Por Mas Tiempo Limitada, N. V. G. R. y a E. R. S. al pago de la suma de pesos trescientos mil (\$300.000) en concepto de consecuencias no patrimoniales (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) con más los intereses fijados en el considerando VII.

II. Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 1740 del Cód. Civ. y Comercial).

III. Diferir la regulación de honorarios hasta que sean regulados los de la instancia de grado.

Los doctores *Verón* y *Caia* adhieren al voto precedente.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal resuelve: I. Revocar la sentencia apelada, haciendo lugar al reclamo incoado por M. F. N., y condenado en consecuencia a la Cooperativa de Trabajo Por Más Tiempo Limitada, N. V. G. R. y a E. R. S. al pago de las sumas de pesos trescientos mil (\$300.000) en concepto de consecuencias no patrimoniales con más los intereses fijados en el considerando VII. II. Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 1740 del Cód. Civ. y Comercial). III. Diferir la regulación de honorarios hasta que sean regulados los de la instancia de grado. IV. Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/2013 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón*. — *Gabriela M. Sclarici*. — *Maximiliano L. Caia*.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Flores Candia

Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e.I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaley



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444