



NEUQUEN, 1 de Junio del año 2022

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**BAIRIKI VIAJES Y TURISMO C/ MONTARCE FERNANDO CESAR S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES**" (JNQC16 EXP 523214/2018) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 156/160vta. se dictó sentencia que hizo lugar a la demanda y condenó al pago de la suma de dinero que resulte de la factura o constancia oficial que de manera detallada refleje el valor abonado por el viaje del demandado, con costas.

A fs. 164 apeló la parte demandada y a fs. 168/171vta. se presentó el memorial de agravios.

En primer lugar, se agravia de que la sentencia asegure que la prueba aportada por la parte demandada no fue suficiente para acreditar la cancelación de la deuda, cuando debería ser la parte actora quien debía acompañar las pruebas para demostrar la existencia de tal deuda. Agrega que tampoco pudo establecerse su monto dada la falta de probanzas.

Manifiesta que no se tuvo en cuenta que se trata de una relación de consumo y, por ende, la carga de la prueba le corresponde a quien se considera acreedor, como también que ante la duda existe una presunción a favor del deudor.

Alega que el fallo equivoca la interpretación del concepto "lugar liberado" ya que dicha calidad la revestía la parte demandada y no el Sr. Fava. Refiere que el costo del viaje de éste, según lo acordado con las accionantes, sería prorrateado por los demás integrantes del grupo y el liberado del viaje sería el accionado. Alude al informe de VIE S.A., operador mayorista, que da cuenta que la reclamante pagó por



21 pasajeros (entre los que se encontraba Fava) y el número 22 era el liberado, cuyo cupo correspondía a la parte demandada.

Cuestiona que se tenga por acreditado que las accionantes abonaron el viaje siendo que los testigos Biondo, Monje y Delvo y la pericia contable demuestran que ni al accionado ni a los demás pasajeros se les otorgó contrato ni recibo. Señala que el fallo exige la presencia de los testigos al momento del pago o formalidad con el comprobante de pago pero no exige lo mismo respecto de la documentación que habilita a la parte actora a reclamar la deuda. Agrega que tampoco se tuvo en cuenta el testimonio de Montiveros, quien declara que siempre se paga antes del viaje, por lo que el efectivo viaje hace presumir el pago.

Aduce que el fallo se equivoca cuando sostiene que la parte demandada no desconoció los mails adjuntados por la contraparte siendo que los desconoció expresamente en el punto III) 31 del escrito de contestación de demanda.

Se queja de que el pronunciamiento haya estimado que la pericia contable solo aporta que no era obligación de las reclamantes llevar registros, cuando de ese medio surge que ellas no aportaron ninguna documentación de la que surja el saldo contra el accionado, porque no existen facturas ni comprobantes de pagos ni contrato, lo cual daría cuenta de su desorden contable.

Expresa que habiendo mediado una relación de consumo entre las partes, la accionante debía brindar información del viaje, sus costos y forma de pago, itinerarios y vuelos mediante un contrato o documento escrito, por lo que su inexistencia implica una duda a favor de la parte débil, es decir el deudor.

Afirma que la Ley de Defensa del Consumidor establece la carga dinámica de la prueba, lo cual implica que la parte actora tenía la carga de aportar las pruebas de la deuda del demandado y que su incumplimiento deriva en una presunción en



contra del proveedor. Destaca que la falta de exhibición de un contrato que diera base al reclamo es un riesgo que debe recaer en aquél y no en el consumidor, por lo que no puede considerarse probada la deuda.

Finalmente, se queja por la imposición de las costas. Sostiene que en la sentencia no se pondera que no se pudo determinar el monto por el cual prospera la demanda por lo que se debe aplicar el segundo párrafo del art. 68, CPCyC.

A fs. 172 se corrió traslado del recurso, siendo respondido a fs. 173/175vta. por la parte actora.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a las cuestiones sometidas a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), limitación que tiene jerarquía constitucional (FALLOS: 313:983; 319:2933; 339:1308).

Asimismo, corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo en aquellos que son conducentes y decisivos para la resolución de la cuestión de fondo (FALLOS: 305:1886; 303:1700; entre otros).

Tal como lo sostiene el fallo (cfr. fs. 157, al final) se encuentra reconocida la existencia de un contrato que vinculó a las partes. A través de éste, la parte actora se comprometió a brindar servicios turísticos a cambio de un precio. La prestación a cargo de las reclamantes fue cumplida en tanto el accionado reconoce en su contestación de la demanda que viajó con el grupo de alumnos (cfr. fs. 67vta., segundo y tercer párrafos).

El motivo del debate es si el demandado cumplió o no con el pago total del precio comprometido. Al respecto, correctamente se asevera en la sentencia que en virtud de haber alegado la parte demandada el pago total, ello



constituye el hecho extintivo de la obligación que debe ser probado por quien lo invoca (cfr. fs. 157vta., segundo párrafo).

Una de las quejas que se relaciona con la cuestión del pago considera errónea la interpretación de la expresión lugar liberado porque no se ajustaría a lo que comúnmente se considera ni tampoco como se entiende en la jerga de las agencias de viajes.

El reproche debe descartarse porque no se advierte que el sentido dado en el fallo sea distinto con el perseguido por el impugnante, es decir con la idea de sujeto eximido de pagar el precio. Lo que sucede es que quien juzga considera que el planteo, tal como es presentado al responder la demanda (cfr. fs. 67vta., tercer y cuarto párrafos), no se relaciona a todos los costos del viaje, o sea al pago total reclamado, sino tan solo a la parte del paquete correspondiente al viaje a Grecia (cfr. fs. 157vta., tercer párrafo). Cabe recordar que comprendía un viaje por Italia (la mayor extensión de la prestación) y por Grecia.

Como correlato, tampoco puede tener cabida el argumento de que el liberado comprendía la eximición del pago total del viaje, ya que refiere a un asunto no propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que resulta inadmisibles su tratamiento por esta Alzada (art. 277, CPCyC). Cabe reiterar que el propio demandado relacionó su calidad de liberado solo al monto extra que se le habría reclamado por el tramo del paquete a Grecia y no al monto total de los servicios contratados que aquí se demandan. En esos términos ejerció su defensa al responder la demanda.

Otro motivo de gravamen es que se haya considerado que el precio fue abonado por la agencia de viajes a la operadora mayorista siendo que la agencia no habría dicho nada al demandado antes de la partida del grupo acerca de la existencia de la deuda ni de la forma de pago.



El tratamiento es insustancial. Si la parte actora pagó o no a la operadora mayorista en nada cambia su calidad de acreedora al precio que aquí reclama, por cuanto su pago era una obligación a cargo de la parte demandada que emerge del contrato de servicio turístico que la vinculó con las actoras.

A su vez, motiva la apelación que la sentencia a pesar de considerar irregular que la agencia de viajes omita entregar constancias de los pagos, igualmente le exija a la parte actora la presencia de testigos al momento del pago o formalidad con el comprobante pero no exija lo mismo respecto a la documentación que habilita el reclamo de la deuda.

El punto hace referencia a la forma de probar el pago de una obligación. No caben dudas que el medio por excelencia es el recibo (art. 896, CCyC), teniendo derecho el deudor a que el acreedor se lo extienda (art. 897, CCyC). Pero su ausencia no le impide demostrar el cumplimiento de la obligación por cualquier medio autorizado por la ley, con excepción de que las partes o la ley estipulen el empleo de uno determinado o que revista ciertas formalidades (art. 895, CCyC).

En el supuesto que se pretenda su prueba a través de testigos, es de toda lógica que para confirmar el pago se exija que hayan presenciado el momento en que el deudor cumple la prestación al acreedor. Esa presencialidad les permitirá conocer del hecho a través de sus sentidos, es decir anoticiarse de forma directa.

Por otro lado, se aduce que el efectivo viaje hace presumir el pago, más aun cuando se encuentra demostrado que la agencia no entregaba recibos por los pagos.

Al respecto, el efectivo viaje solo prueba el cumplimiento de la prestación a cargo de la agencia, pero no el cumplimiento de la obligación de abonar el precio en cabeza del accionado. Por caso, pudo estipularse una financiación o



un plazo para el pago con vencimiento posterior al viaje. Precisamente esto último es lo que el fallo tuvo por confirmado (hecho firme y consentido), a través del testimonio de Montivero, al establecer que pudo viajar sin pagar porque se le otorgó el beneficio de hacerlo al regreso (cfr. fs. 158vta., cuarto y quinto párrafos).

Asimismo, en relación con la posesión de un voucher y la prueba del pago se ha sostenido que: *"No es el efectivo pago o cumplimiento de obligaciones por parte del cliente lo que prueba el "voucher" sino que, a mi entender, lo que podría llegar a acreditar serían los servicios contratados. La costumbre ha llevado a que una vez pagos en su totalidad los servicios se hiciera entrega de los instrumentos mencionados, mas la posesión de ellos por parte del viajero o del intermediario no prueba la cancelación de la deuda respectiva"*, (CNCom., SalaC, 31/08/1993, Organización Polvani S. R. L. c. Caneva, Marco A., LA LEY1993-E, 549 - DJ1994-1, 444, AR/JUR/1610/1993).

Por su parte, la decisión impugnada no varía por el denunciado error de considerar que los mails no fueron desconocidos por la parte demandada. A través de dicha documental la sentencia considera la existencia de reclamos de lo adeudado, el dinero ya abonado por la parte actora, que los servicios fueron prestados, que había transcurrido más de un mes de la fecha de regreso del viaje y la insistencia de aclarar la forma en que se abonará lo adeudado (cfr. fs 159, segundo párrafo).

Sobre el particular, cabe considerar que el contenido de tal intercambio no hace variar la procedencia de la pretensión de pago en tanto no queda sujeta a que las demandadas hayan demostrado que hicieron un reclamo (para que se pague la deuda o se aclare su forma) previo a esta instancia judicial. Ni que los servicios fueran efectivamente prestados toda vez que ello fue reconocido por ambas partes y



no fue materia de la controversia. Ni tampoco a que hayan pagado el viaje al prestador mayorista. Conviene recordar que la parte actora invocó que su derecho al cobro proviene del contrato celebrado con la parte demandada y no como un tercero interesado que realiza el pago (art. 881, CCyC) y pretende su reembolso o reintegro (art. 882, CCyC). Lo dicho no desconoce que está a cargo de la parte actora demostrar la cuantía del precio reclamado para lo cual se valió de lo abonado por ella al mayorista, es decir con quien ella contrató para cumplir la prestación comprometida con el aquí accionado.

En definitiva, el progreso de la pretensión igual se impone si no se considera el intercambio de los correos electrónicos o el chat de mensajería.

El rechazo de los agravios anteriores trae aparejado la confirmación de la falta de pruebas del pago del precio, y con esto, que resulte aplicable el instituto de la carga probatoria y cobre relevancia la queja de la parte demandada que se refiere a ella y se apoya en las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sobre tal cuestión esta Cámara ha expresado que: *"Ahora bien, en este contexto y, según prescribe el art. 53 LDC, "...los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio"*.

"He dicho al respecto que "Esto no implica -debo inicialmente aclarar- que adhiera y sostenga que el caso se rigiera por las llamadas "cargas probatorias dinámicas", sino que entiendo que no podría descartarse la incidencia del principio de colaboración (art. 53 de la ley 24240, modificada por ley N° 26.361)" (causa "MOLINA CECILIA RITA Y OTRO CONTRA HSBC ARGENTINA S.A. S/ D. Y P. RESPONSABIL. CONTRACTUAL PARTICULARES", EXP N° 419915/10)".



"Así, "El art. 53 de la ley 24.240 obliga al proveedor a aportar al proceso todas las pruebas que se encuentren en su poder, conforme las características del bien o servicio, imponiéndole además una obligación adicional de carácter genérico: prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. La solución responde a que la superioridad técnica (muchas veces acompañada por preeminencia económica) que detenta el proveedor, la cual le permite asimismo contar con cierta superioridad jurídica, redundando las más de las veces en un fácil acceso a extremos relevantes para liberarse de responsabilidad propia y/o para fundar la ajena".

"De todos modos la figura ha sido materia de debate y se ha dicho que la norma no consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas, sino que pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder, pero no determina que recaer sobre él la carga de producir la prueba correspondiente. No se trataría por tanto de una inversión de la carga probatoria, sino de un deber de carácter agravado establecido en cabeza del proveedor" (QUAGLIA, Marcelo C. y RASCHETTI, Franco, "Inclusión de un consumidor en centrales de riesgo. Reparación de daños y mandato preventivo", LA LEY 15/03/2019, 2)".

"En igual línea, la Corte Suprema de Santa Fe asevera "si bien la regla 'in dubio pro consumidor' consagrada en los arts. 3° y 37 de la Ley de Defensa del Consumidor atañe a la interpretación de la ley y del contrato y no a la valoración de la prueba de los presupuestos fácticos de la pretensión y, a su turno, el art. 53 de la misma ley no establece una inversión de la carga probatoria, sí se establece en cabeza del proveedor el deber de prestar la colaboración procesal necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio y, puntualmente, de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder conforme a las



características del bien o servicio, cuyo incumplimiento podría acarrear un indicio en su contra según las circunstancias". (CS Santa Fe, 04/04/2017, "Belfer c. Electrónica Megatone", AyS 274-280/286)", ("QUESADA PAULA ANDREA C/ CLARO AMX ARGENTINA S.A. Y OTRO S/D Y P DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES", JNQC15 EXP 514461/2016).

A partir de estos lineamientos queda claro que la agencia debía arrimar al proceso los medios de prueba que están en su poder y refieran al pago. Sin embargo, el informe contable da cuenta que la parte actora no está obligada a llevar contabilidad (cfr. fs. 112, respuesta al punto 1.), por lo que no puede deducirse un indicio en su contra. A su vez, si el pago del precio quedó diferido al regreso del viaje, ello explica y justifica la falta de aportación al expediente de un documento que pruebe el pago.

En consecuencia, no se advierte que la parte actora haya incumplido con lo dispuesto en el art. 53, LDC.

Luego, respecto a la pretendida aplicación del principio de la duda, tampoco se advierte que en el caso nos encontremos en la hipótesis de duda acerca de si existió o no el pago del precio porque no existe prueba del mismo.

Para culminar, queda por tratar el agravio por la imposición de las costas. La apelante pretende eximirse de su pago con fundamento en que la parte actora no pudo dilucidar el monto por el cual prospera la demanda.

Al respecto, cabe señalar que la circunstancia invocada no resulta suficiente para liberarla total o parcialmente de las costas de primera instancia, en función de que la pretensión procuró el pago total del precio y su resistencia se fundó en su eximición total (liberado) y en la cancelación total, es decir el rechazo del todo, con lo que habiendo sido vencida por el todo, en la misma medida debe



responder por las costas sin que esto varíe por el monto del rubro.

III. Por lo expuesto propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 168/171vta. por la parte demandada y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 156/160vta. en lo que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- Disiento de la solución dada por mi colega preopinante.

No está controvertido que nos encontramos ante una relación de consumo y, de ahí, que resulte aplicable el microsistema de defensa del consumidor.

Es que, aun cuando no se tuviera en cuenta la invocación expresa que hace la parte actora, no podría soslayarse el carácter de orden público de esa normativa, que la torna aplicable incluso de oficio (conf. art. 65, ley 24.240 y art. 42, C.N.).

Entonces, no cabe interpretar los términos de la relación habida entre las partes, con desapego a los alcances de la Ley de Defensa del Consumidor.

Es que, *«No es posible desconocer la relevancia que ha adquirido la protección jurídica a los consumidores, usuarios e, incluso, de quienes se encuentren expuestos en virtud de relaciones de consumo, a partir de la reforma constitucional del año 1994 (con la consagración de tal derecho en el art. 42 de la C.N.) y de la sanción de la ley 24.240. Su rango constitucional y el carácter de preceptos de orden público que le ha asignado el legislador, han producido notables cambios en la interpretación, vigencia y análisis de compatibilidad de otras normas del derecho que hasta el advenimiento de la nueva normativa, se tornaban como reglas o*



principios inmuebles (Lorenzetti, Ricardo Luis "Consumidores", edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003 pág. 43 y ss.).

Señala dicho autor que el derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del derecho privado con base en el derecho constitucional, por lo que las soluciones deben buscarse primero dentro del propio sistema que está compuesto por la norma constitucional que reconoce la protección del consumidor y sus derechos, los principios jurídicos y valores del ordenamiento porque el microsistema es de carácter "principiológico", las normas legales infraconstitucionales –dispersas en el caso de Argentina– que debe aplicárselas de modo integrado con las normas generales y especiales referidas a las relaciones de consumo (art. 3° LDC), siendo éste el elemento activante, debiéndose, siempre que exista una relación de este tipo, aplicar el microsistema (cfr. Ricardo Lorenzetti, Consumidores, 2° edición, Sta. Fe 2009, págs. 49/50).

Lo anterior, no es otra cosa que el diálogo de fuentes al que hace referencia el nuevo Código Civil y Comercial. Así, el marco regulatorio del consumo parte del art. 42 de la CN que prevé la protección tuitiva del consumidor: "...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno...".

De esta forma, puede decirse que el Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable. Desde su consagración constitucional, hasta su reciente fortalecimiento a través del Código Civil y Comercial, tiene un notorio direccionamiento en el sentido de la protección



jurídica del sujeto débil, vulnerable en las relaciones de consumo.

Barocelli explica que la debilidad y vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado, se verifica a través de las asimetrías negociales, técnicas, informativas, etc. Ello justifica elevar a la protección del consumidor como principio jurídico (cfr. Barocelli, S. Sebastián, "Asociaciones de consumidores", en "Tratado de Derecho del Consumidor", Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos, ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV, pág.579).

El principio protectorio, constituye una de las directrices fundamentales del Derecho del Consumidor. Tiene su razón de ser en la situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en la cual se encuentran situados los consumidores en la "sociedad de consumo". Encuentra su anclaje constitucional en el art. 42 de la Ley Fundamental que, entre otras importantes cuestiones, establece como deber de las autoridades, entendidas como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno, proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores.

Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a) regla in dubio pro consumidor; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa. El in dubio pro consumidor como regla de interpretación del Derecho, ya encontraba reconocimiento en el art. 3° de la LDC, en tanto que como regla de interpretación convencional tenía ya su sustento en el art. 37 de la LDC. Dicha regla constituía asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como la oferta o la publicidad (art. 7° del dec. regl. 1798/1994) (cfr. Barocelli, Sergio Sebastián, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63).



En lo que hace específicamente a la interpretación del contrato de consumo, el art. 37 LDC prescribe que el contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor y que "cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

Otro principio importante en esta materia, es el de la buena fe. Éste, es un principio general de derecho, presente en todos los campos del Derecho y las relaciones jurídicas. De raíz constitucional, emerge en el nuevo Código del art. 9º, en general, y en el artículo 961 en materia contractual.

Sostiene Morello que la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho, de manera que cabe enunciarla en una comprensión amplia y abarcativa de suerte que todas las personas deben obrar de buena fe en sus reciprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal (MORELLO, Augusto Mario, El principio de la buena fe en la sociedad del riesgo, en CÓRDOBA, Tratado de la buena fe en el Derecho, Bs. As., La Ley, 2004, T. I, p. 37).

En este sentido, suele distinguirse entre buena fe subjetiva, también conocida como concepción psicológica de la buena fe y buena fe objetiva, también denominada de concepción ética de la buena fe. Así, esta última funciona como regla de conducta o comportamiento, fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y en la consideración de los intereses de la otra parte, especialmente en el sentido de no ocultarle informaciones relevantes (cfr. FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E. CASTRO, Ingrid Paula, La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14/03/2012, IJ-LI-485).

En el campo del Derecho del Consumidor, el principio de buena fe, que ya era mencionado expresamente en el art. 37 de la LDC, juega como obligación en cabeza tanto del proveedor



como del consumidor. Señala Álvarez Larrondo que la buena fe es cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales (cfr. ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., La buena fe en la ley 24.240, LA LEY 09/06/2009, 1).

Del mismo derivan dos "sub" principios de vital importancia en el Derecho del Consumidor: el principio de confianza y el principio de transparencia.

Respecto del principio de confianza debemos recordar que en la sociedad de consumo la publicidad, la difusión de la marca y la imagen corporativa, las promociones y otras configuraciones y prácticas de mercado generan en el consumidores diversas expectativas respecto de la solvencia, la calidad, la seriedad y eficiencia de las empresas de las que adquieren o utilizan bienes o servicios. Por tales configuraciones, los consumidores, de manera lógica y razonable, depositan su confianza en los proveedores de estos bienes y servicios.

El principio de confianza se perfila entonces como la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basadas en normas comunes compartidas por todos los miembros de esa comunidad. Por lo tanto, en el valor confianza importa que el consumidor sustente la aceptación –como hito del consentimiento contractual– en la apariencia generada por el proveedor a partir de la profesionalidad presumida.

El principio de transparencia, en tanto, se vincula también con la actuación en el mercado de los proveedores en cuanto a generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. Se halla emparentado directamente con el derecho a la información, disciplinado en el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 4° de la LDC y numerosas normas especiales (cfr. Barocelli, Sergio Sebastián, "Principios...").



Por último, cabe destacar que de conformidad con el art. 65 de la LDC, las normas de defensa del consumidor son disposiciones de orden público. Por ser normas de orden público, los derechos de los consumidores son irrenunciables y las normas de protección a los consumidores deben ser aplicadas por las autoridades públicas jurisdiccionales, aun de oficio. El principio de irrenunciabilidad de los derechos también se ha visto reforzado con las previsiones de los arts. 12 y 13 del nuevo Código Civil y Comercial (cfr. Barocelli, op.cit)» (Conf. "ARETOLA MABEL BLANCA C/ CIRCULO DE INVERSORES S.A. S/SUMARISIMO LEY 2268", JNQC14 EXP 508008/2015).

Estos principios y criterios hermenéuticos no pueden ser soslayados al analizar el caso traído a resolución.

Es cierto que se encuentra acreditado que el demandado realizó el viaje, y que su defensa presenta cierta impresión (más tarde volveré sobre ello), pero, si el sistema protectorio del consumidor nace de la posición desigual en la que se encuentran consumidores y proveedores, y pretende equipararla, el análisis no puede desatender la conducta de la parte actora. Veamos.

1.1.- Al deducir la acción, las actoras señalaron que durante el mes de septiembre de 2017, una persona de nombre Oscar Patricio Fava se presentó manifestando que era titular de un instituto de idioma y solicitó un itinerario para recorrer Italia y Grecia.

«Así, la agencia organiza el viaje solicitado, detallando el itinerario día a día desde el 27 de Mayo al 9 de Junio en Italia y desde el 09 de Junio al 15 de Junio en Grecia, donde los servicios organizados y contratados en su totalidad por la Agencia Bairiki al Operador Mayorista Vie Tur y éste, en la cadena de comercialización, a los operadores receptivos en cada destino; todo lo cual fue informado a los pasajeros en las reuniones previas a la contratación del paquete y en los itinerarios y cartas voucher brindadas, cuyas



*copias se acompañan; la totalidad del paquete, incluidos pasajes aéreos, hotelería, traslados y los servicios a Grecia, ascendía a la suma de **dólares americanos siete mil doscientos noventa y siete dólares americano (usd 7.297).***

*El contrato de organización de viaje, se celebró **entre la agencia y veintidós (22) usuarios, incluido el Sr. Fava, conforme surge de los listados elaborados y enviados por los proveedores, razón por la cual, se pactó de común acuerdo que el viaje del Sr. Oscar Patricio Fava, en su carácter de titular del instituto de idiomas y tour líder, sea prorrateado entre los pasajeros que conformaron el grupo.***

*Agregaron que el demandado formó parte del grupo de usuarios que celebró el contrato de organización de viaje, pero fue reticente a cumplir con los pagos «...alegando problemas económicos temporales, razón por la cual, **el Sr. Fava solicitó a la agencia que excepcionalmente se le permitiera abonar el viaje al regreso; la agencia aceptó y pagó la totalidad de los servicios consumidos por el demandado, incluido el paquete de Grecia...**».*

De todos estos hechos, sólo se acreditó que el demandado realizó el viaje.

Véase que las accionantes ofrecieron prueba documental, informativa y testimonial.

La prueba documental, fue íntegramente desconocida por el demandado, y las actoras no ofrecieron ninguna prueba subsidiaria para el caso de desconocimiento.

Esto no es un dato menor, puesto que al dictar sentencia la magistrada dijo que «...la prueba que determina la admisibilidad del reclamo por la deuda impaga, es el contenido de los chats que se incorporan con la demanda y que no fueron desconocidos por el demandado (fs. 67 pto 31)...», haciéndose eco del contenido de esas comunicaciones y remarcando que el demandado nunca alegó haber pagado el viaje (hoja 159).



Sin embargo, en el punto 31 de las "negaciones", el accionado expresamente alegó: «Desconozco, niego e impugno la totalidad de la documentación adjuntada, a saber:» «...copias de chats».

La veracidad de esos mensajes no fue avalada por ninguna otra prueba, por lo que las conclusiones extraídas por la magistrada no tienen sustento.

La prueba informativa, por su parte, se resumió en los oficios remitidos a Aerolíneas Argentinas y a Vie S.A.

Respecto de Aerolíneas Argentinas, la parte actora fue declarada negligente en la hoja 136 (5/03/2020).

Vie S.A. (Empresa Mayorista de Viajes y Turismo-), por su parte, dio contestación al requerimiento (hojas 118 a 119), precisando el listado de las personas que realizaron el viaje en cuestión, dentro de los que se encuentra el demandado.

Asimismo informó que la cotización *«por los servicios turísticos requeridos por Bairiki Viajes y Turismo a mi mandante, como operador mayorista de viajes y turismo incluía para el grupo un pasajero con carácter "liberado", por lo que, del total de 22 (veintidós) pasajeros, la agencia abonó 21 (veintiuno)»*.

Agregando que *«La agencia de viajes Minorista pagó un servicio para 21 pasajeros, de un total de 22 pasajeros; no se individualizó el nombre y apellido de ningún pasajero en el total pagado, sino que el pago fue global por 21 pasajeros»* (hoja 118 a 119).

Lo informado presenta una contradicción con lo relatado por las actoras al iniciar la demanda.

Allí afirmaron que el viaje del Sr. Fava (que no fue citado a declarar por ninguna de las partes), había sido prorrateado entre los pasajeros que conformaron el grupo.

Entonces, si su viaje fue solventado por los restantes integrantes, no resulta claro qué destino se dio al



liberado recibido como beneficio por la cantidad de participantes en el viaje.

Debo hacer notar aquí que, pese a que se afirmó que el prorrateo había sido acordado con todos los contratantes, las testigos Marta Rosa Biondo, Natalia Esther Monge, María Cristina Delvo, quienes integraban el contingente, desconocían la existencia de liberados.

Respecto de Natalia Montivero, testigo ofrecida por la parte actora, debo hacer dos observaciones.

En primer lugar, que si bien se definió como una trabajadora independiente, al ser consultada sobre si se le ofreció algún beneficio al demandado, dijo que *«Se le otorgó abonar luego, digamos al regreso, pagar el costo neto digamos de **nuestro** valor de agencia, para liberar el voucher, no lo hizo y creo que después se le hizo llamados, audios mensajes, para que él pueda abonar ese importe»*.

Es decir, demostró un sentido de pertenecía contradictorio con su alegada posición autónoma.

Luego, contaba con un conocimiento demasiado preciso de la situación, pese a relatar que sólo asistía dos veces por semana a la agencia, y que en ese contexto había presenciado algunos encuentros.

Es claro que en lo central, se trata de una "testigo de oídas", que tiene conocimiento de lo sucedido en función de lo narrado por las actoras.

No obstante a ello, es destacable que desde su conocimiento como agente de viajes, indicó que no es usual que se entreguen los voucher sin pago previo, y que los liberados deben ser informados a los grupos que viajan.

1.2.- Recapitulando, reitero que sólo se acreditó que el demandado realizó el viaje.

Con respecto a los términos del contrato, no resulta claro a quién se le otorgó la plaza de liberado, que fue reconocida como beneficio por la cantidad de pasajeros.



Aún cuando se tuviera por acreditado que el Sr. Fava no pagó su viaje, la actora afirmó que ese costo fue distribuido entre los restantes integrantes del contingente. Es decir, no se trataría de aquel beneficio.

Con respecto al monto que cada participante debía abonar, la suma pretendida (u\$d 7.297) no concuerda con la que las testigos dijeron haber pagado (entre u\$d 6700 y u\$d 6800).

Vale remarcar que la actora, en la prueba informativa, omitió requerir que la mayorista de viajes informe a cuanto ascendían las sumas percibidas por el viaje.

Finalmente, es inusual que se entregue el voucher sin que se efectivice el pago previo.

En este escenario, se presenta otra particularidad.

Al deducir la acción, fueron las mismas actoras las que invocaron la aplicación al caso del "Convenio Internacional sobre contratos de viaje", concluido el 23 de abril de abril de 1970 en la ciudad de Bruselas, al que nuestro país adhirió por ley 19.918.

Conforme ellas mismas citaron, *«El organizador de viajes está obligado a entregar un documento de viaje que lleve su firma, la que puede ser reemplazada por un sello»* (Art. 5°).

Asimismo, *«1. El Documento de viaje debe contener las siguientes indicaciones: a) lugar y fecha de su emisión; b) nombre y domicilio del organizador de viajes; c) nombre del o de los viajeros, y si el contrato ha sido concluido por otra persona, nombre de ésta; d) lugares y fechas de comienzo y fin del viaje así como de las estadías; e) todas las especificaciones necesarias concernientes al transporte, a la estadía, así como todos los servicios accesorios incluidos en el precio; f) si hay motivo, el número mínimo de viajeros requeridos; g) el precio global correspondiente a todos los servicios previstos en el contrato; h) circunstancias y condiciones en las cuales se podrá demandar la rescisión del*



contrato por el viajero; i) cualquier cláusula atributiva de competencia arbitral estipulada en las condiciones del art. 29; j) la indicación de que el contrato está sometido a pesar de cualquier cláusula contraria, a las reglas de la presente convención; k) todas las demás indicaciones que las partes juzguen, de común acuerdo, útil de agregar.

2. En la medida en que todo o parte de las indicaciones previstas en el párrafo primero figuren en un programa entregado al viajero, el documento de viaje podrá contener una simple referencia a este programa; cualquier modificación a ese programa deberá ser mencionado en el documento de viaje» (Art. 6).

Pese a la cita realizada, no afirmaron haber confeccionado ni entregado este instrumento que, a riesgo de ser redundante, era una obligación a su cargo.

Este instrumento habría resultado determinante para esclarecer las características del viaje contratado y su precio, en tanto «hace fe salvo prueba en contrario de las condiciones del contrato» (Art. 7).

Aun cuando la omisión no «afecta la existencia ni la validez del contrato que permanece regido por la presente Convención» (art. 7), no deja de ser un dato que revela claramente la informalidad y oscuridad con la que las actoras llevaron adelante la contratación, en clara contradicción con los principios descriptos al comenzar este desarrollo, en particular el de transparencia.

1.3.- Es desde este entramado, propiciado por la misma actora, que debe analizarse la defensa del demandado.

Reconoció que viajó con el grupo de alumnos en cuestión, afirmando que «De regreso al país, la parte actora pretendió cobrar **un extra** al demandado de alrededor de 693 euros, **por la parte del paquete a Grecia**, que posteriormente fue incrementado hasta llegar alrededor de u\$s 1.700.



Que el monto antes referido, y por acuerdo entre el Sr. Oscar Fava y las actoras, era **asumido por estas** en función que la agencia obtenía por parte del mayorista de viajes un **lugar "liberado"** por la cantidad de personas que viajaban.

Como ocurrió con el resto de los integrantes que viajó, los pagos fueron dados en mano a las actoras, en función de la confianza que se había generado por las múltiples charlas y reuniones que se suscitaron de forma previa al viaje, pero en algunos casos en particular, los viajeros que solicitaron que les extendieran recibos de las sumas entregadas obtuvieron una respuesta reticente, negándose expresamente las actoras a darles recibos, alegando cuestiones formales impositivas y manifestando que los vouchers del viaje eran la constancia de que el viaje había sido abonado.

Y ese argumento respecto a que los vouchers acreditaban el pago del viaje, realmente resultó convincente, ya que si el viaje no estuviera pago la actora no hubiera extendido los mismos para disposición y toma de servicios en el exterior.

Como se probará de la prueba pericial contable y de la informativa a AFIP, las actoras no han dado ni un recibo de pago a los integrantes del contingente y menos aún han facturado sus honorarios por los servicios prestados...».

Finalmente sostuvo que «...resulta muy llamativo que siendo el objeto principal de la demanda, el cobro de la suma de u\$s 7.297, las actoras no han intentado ni mínimamente aclarar cómo se llega al mismo, cómo está compuesto y cómo fue abonado por su parte, lo que resulta un misterio difícil de explicar».

Me he permitido transcribir en extenso los fundamentos de su defensa, puesto que no pretendo soslayar que presenta ciertas imprecisiones, particularmente al no precisar las sumas que dice haber pagado.

Sin embargo, véase lo siguiente.



Con respecto al liberado, ya señalé que la actora afirmó que el viaje del Sr. Fava fue prorrateado entre los restantes contratantes. Entonces existía un cupo liberado disponible (otorgado por la mayorista), cuyo destino no ha sido aclarado.

En lo tocante a los pagos realizados, no puede pasarse por alto que, como también ya dije, la actora afirmó que *«El contrato de organización de viaje, se celebró entre la agencia y veintidós (22) usuarios, incluido el Sr. Fava...»*.

La misma parte, recordó que el "Convenio Internacional sobre contratos de viaje" establece que, por Contrato de organización de viaje, se entiende *«cualquier contrato por el cual una persona se compromete en su nombre a procurar a otra, mediante **un precio global**, un conjunto de prestaciones combinadas de transporte, de estadía distintas del transporte o de otros servicios que se relacionan con él.»* (Art. 1).

Entonces, si es un único contrato celebrado entre la agencia y 22 usuarios, debió existir un precio global por el contingente, que es lo que justificaría el acuerdo denunciado y no probado, sobre el prorrateo del costo del viaje del Sr. Fava.

En ese esquema, la omisión del demandado de denunciar los pagos que afirma haber realizado, se presenta como una falta menor, si se tiene en cuenta la informalidad e imprecisión que se reprocha a la actora.

Ante la interrelación existente entre los distintos integrantes del contingente (precio global), aun cuando se entendiera probado un incumplimiento del demandado, los daños y perjuicios se encontrarían limitados por la diferencia entre el precio global convenido y los pagos realizados por los *"veintidós (22) usuarios"*.



De así entenderse, que se haya acreditado que el demandado viajó, no resulta suficiente para tener por acreditada la deuda.

1.4.- Ante todas estas particularidades, sumadas al hecho de que se encuentra acreditado que las actoras no emitían recibos (los testigos son contestes en ello), la prueba pericial contable ofrecida por el demandado se presentaba como determinante.

En oportunidad de ser proveída, ante el requerimiento de la contraria para que arrime la documental correspondiente, las actoras señalaron que no llevan libros de comercio por ser una sociedad de hecho.

Sin perjuicio de ello, brindaron los datos del estudio que llevaba su contabilidad.

En el dictamen pericial, el auxiliar indicó que la actora no lleva la contabilidad dispuesta por el art. 321 del Código Civil y que, por su giro comercial, *«podría llevar contabilidad, no está obligada por cuanto la sociedad de hecho no es persona jurídica regularmente constituida»* (hoja 112).

Debo detenerme sobre este punto.

En primer lugar, no debe perderse de vista que los dictámenes periciales no constituyen prueba tasada y, de ahí, la posibilidad de apartarse de la opinión del auxiliar, claro está, de manera justificada.

En esta dirección, el art. 320 del CCyC dispone que *«Están obligadas a llevar contabilidad **todas las personas jurídicas privadas** y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. **Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.***



Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local».

Las personas jurídicas privadas están enumeradas en el art. 148 del CCyC, y allí se consigna en el punto a) a las sociedades.

Las aquí actoras conforman una sociedad de hecho.

Sobre estas sociedades, los autores Favier Dubois, padre e hijo, concuerdan en señalar que «Como segunda categoría, aparecen en el nuevo texto legal las sociedades "de la Sección IV del Capítulo I", sección donde antes se ubicaban a las sociedades no constituidas regularmente.

En esta categoría de sociedades, a las que proponemos denominar "sociedades informales", se encuentran ahora ubicadas las siguientes: a) las sociedades atípicas, las que omitan requisitos esenciales tipificantes y no tipificantes, o tengan elementos incompatibles con el tipo; b) las sociedades de hecho o las sociedades típicas pero no inscriptas; y c) las sociedades civiles constituídas oportunamente, al haber desaparecido su regulación en el código civil.

Estas sociedades, a pesar de su informalidad, **también son "personas jurídicas privadas" y, por ende, tienen la obligación de llevar libros».**

Aclaran, sin embargo, que «...su falta de matriculación impedirá la rubricación de sus libros dada su incumplida obligación de inscribirse (art.6° LGS), lo que impide aplicar



la regla de la rubricación "voluntaria" por parte del no obligado a llevar contabilidad prevista en el primer párrafo, segunda parte, del art. 320» (EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (P) - EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H) - Los sujetos obligados a llevar contabilidad en el texto del código civil y comercial en trámite. Para Errepar DSE, nro. 302, Tomo XXV Enero 2013).

En igual sentido se ha afirmado que antes de la reforma, «la falta de inscripción registral era óbice para que las sociedades no constituidas regularmente que quisieran hacerlo, pudieran llevar libros y registros contables debidamente rubricados, lo cual -por su parte-, obraba como obstáculo para la confección de estados contables que pudieran ser auditados con alcance pleno.

Sin embargo, consideramos que a partir de la vigencia del nuevo CCyC, sus normas no permiten soslayar la obligación de llevar contabilidad...».

«Es posible que aún puedan pretender soslayarse la obligación de llevar libros y registros contables y la confección consiguiente de los estados contables, a partir del segundo párrafo del referido art. 320 CCyC, que exime (entre otros) a: las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local. Sin embargo, consideramos que la norma es aplicable sólo a micro emprendimientos que -por su naturaleza- son incompatibles con la posibilidad de ser realizadas en forma asociada.

La clara disposición del art. 326 CCyC, también obliga a que, llevando los libros contables correspondientes, se confeccionen un estado de situación patrimonial y un estado de resultados, al menos una vez al año: "Al cierre del ejercicio quien lleva contabilidad obligada o voluntaria debe confeccionar sus estados contables, que comprenden como mínimo un estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deben asentarse en el registro de inventarios y balances"»



(Jorge Fernando Fushimi - *La contabilidad y la rendición de cuentas en las sociedades no constituidas regularmente o simples* - XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Mendoza, 2016).

Conforme resulta de lo hasta aquí expuesto, las sociedades de la sección IV de la ley de sociedades, caen bajo lo normado por el art. 320 del CCyC.

Las dudas se presentan, a partir de la opinión dividida, sobre si corresponde rubricar los libros de una sociedad que no está regularmente constituida y, por lo tanto, no está inscripta.

Es que ésto obstaría a la posibilidad de llevar una contabilidad regular.

Ante este escenario, hay quienes postulan que «hasta tanto la autoridad de contralor comience a respetar la manda legal, no puede objetarse a quien lleve la contabilidad en libros rubricados -por ejemplo- ante escribano, tal como durante muchos años se hizo y toleró en la Provincia de Buenos Aires. Máxime al no existir en el nuevo Código una norma como el viejo art. 55 C.Com que invalidaba a todo libro que no cumpliera con las formas legales» (Dr. E. Daniel Balonas - *Deberes Contables de los administradores de las sociedades de la Sección IV* - 65º encuentro de institutos de derecho comercial de colegios de abogados de la provincia de Buenos Aires).

En el caso de la jurisdicción local, cabe señalar que se les permite recurrir a la figura de la contabilidad voluntaria, por lo que este inconveniente no se genera.

Así encuadrada la situación, concluyo que la interpretación del perito es incorrecta, en tanto la actora se encontraba obligada a llevar la contabilidad ordenada por el art. 320 y siguientes del CCyC.



1.5.- Lejos de tal obligación, y aun cuando se fuera tolerante en función de las distintas interpretaciones existentes, lo que resulta del dictamen pericial es que la actora no cuenta con contabilidad alguna.

El perito señaló que *«La sociedad de hecho no lleva contabilidad y no existe un registro o cuenta corriente de la cual explícitamente y sin dudas, por emisión de facturas y cancelaciones posteriores, surja un saldo en contra del Señor Montarce»* (hoja 113).

Luego de ello, hizo saber que le fueron entregadas cuatro facturas, de las cuales dos eran a nombre del demandado por la suma total de \$ 157.114,73, pero sin modificar la observación previa, respecto de que no existe un saldo contra el demandado (vale recordar que las actoras no denunciaron pagos parciales).

Las restantes, se tratan de una factura emitida por Vie Tur (operador mayorista) a nombre de la sociedad de hecho conformada por las actoras por la suma de \$ 1.850.078,72, y otra factura otorgada por Universal Assistance S.A. por la suma de u\$d 1.293,66.

Aun cuando se soslayara que se desconoce si esa facturación se relaciona con el viaje del contingente del demandado, lo cierto es que el importe global dividido por los 21 integrantes del contingente que debían solventar el viaje, arroja una suma muy inferior a la aquí pretendida.

Incluso, de sumarse el monto abonado por los restantes participantes, conforme el valor aquí demandado, se obtendría una suma superior a la allí consignada. Es decir, no existiría una diferencia en favor de la actora.

Finalmente, en el último punto, el perito dijo que no se le entregó documentación que acredite emisión de facturas y cobros respecto a las personas del contingente.

1.6.- Entonces, nos encontramos con un contexto en el que se desconocen los términos precisos del contrato, en tanto



no se instrumentó por escrito y la parte actora no cumplió con la entrega del documento de viaje

Tampoco explicó, ni justificó, como arribó a la suma pretendida.

Las testigos declararon haber abonado sumas inferiores a la demandada.

No es claro cómo se aplicó la figura del liberado. Incluso las testigos, que eran integrantes del contingente, desconocían tal situación, pese a que la actora afirmó que prestaron conformidad con asumir el costo de quien habría sido el beneficiado.

La oscuridad con que se desarrolló la relación, fue propiciada por la misma parte actora, quien en su condición de proveedora en una relación de consumo, se encontraban en una posición inmejorable de propiciar pautas claras y verificables de la contratación.

Es desde tal conducta que debe valorarse la absoluta falta de respaldo contable, respecto de las operaciones comerciales realizadas.

Ni siquiera cuentan con la facturación correspondiente a los pagos que recibieron. No esbozaron ninguna razón por la cual se encontrarían exentas de emitir tales comprobantes.

Esta situación es una clara violación del principio de buena fe objetiva que, como ya reseñé, *«...funciona como regla de conducta o comportamiento, fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y en la consideración de los intereses de la otra parte, especialmente en el sentido de no ocultarle informaciones relevantes...»*.

Indudablemente, también se afecta el principio de transparencia, en tanto se limita la accesibilidad a la información respecto del servicio contratado y sus características.



Entonces, esta circunstancia deriva en una grave presunción en contra de las accionantes.

Véase que resultaría sumamente contradictorio permitir que se beneficien con los déficits contables y de instrumentación en los que ellas mismas incurrieron.

A ello se agrega que, en función de lo decidido en la instancia de grado, los déficits procesales en que incurrieron en este proceso, vinculados principalmente a la prueba de las sumas adeudadas, serían subsanados durante la etapa de ejecución de sentencia.

Como bien señala mi colega, la obligación del proveedor, de aportar todas las pruebas que tenga en su poder, es una solución que obedece a la superioridad técnica con la que cuenta, que le permite contar con cierta superioridad jurídica, que redunde en un fácil acceso a los extremos relevantes para liberarse de responsabilidad propia y/o fundar la ajena.

En esta dirección, se ha expresado que «... la obligación de aportar lo reglado en el art. 53, guarda mucha cercanía con lo que resulta de lo previsto en el art. 388 CPr. Es que, la falta de presentación de un documento que se encontrase en poder de una de las partes y cuya existencia y contenido resultare manifiestamente verosímil, genera una presunción de que es absolutamente concordante y marcha por idéntico camino con lo dispuesto en el art. 53 LDC, en cuanto establece que los proveedores "deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio". Ambas disposiciones son análogas y deben ser interpretadas de un modo integrativo y coherente puesto que en rigor existe entre ellas una relación que podría estimarse como de género y especie. La única diferencia que se advierte entre ambas es que, mientras que la disposición contenida en art. 388 establece obligaciones para todas las partes que intervienen



en el proceso, la del art. 53 está dirigida solamente a una de ellas, en razón del carácter tuitivo otorgado al proceso de consumo. Por consiguiente las consecuencias que acarrea el incumplimiento de lo establecido en los dos casos son de naturaleza semejante, por cuanto esto evidenciaría un retaceo de la información necesaria para el proceso. Devis Echeandía, nos orienta de un modo decisivo en la comprensión, cuando nos dice que ***no se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. En materia de acciones de defensa del consumidor, el riesgo de la ausencia de prueba que existe en poder del proveedor no debe recaer en el consumidor o usuario demandante sino en quién, conforme a las características del bien o servicio que es motivo del litigio, debería aportar los elementos de prueba.***» (Bersten, Horacio L. - *La Prueba en la defensa del consumidor* - Publicado en: LA LEY 05/11/2013, 1 • LA LEY 2013-F, 647- Cita: TR LALEY AR/DOC/2787/2013).

No pretendo soslayar que la norma se refiere a documentación en poder del proveedor y, en el caso, las actoras afirman no llevar los libros correspondientes. Es decir, no los tendrían en su poder.

Sin embargo, como ya señalé, tal irregularidad obedece a su propia decisión.

Sea que el proveedor no aporte los documentos que tiene en su poder, o que por decisión propia no los haya emitido o conservado, pese a la obligación de hacerlo, la consecuencia debe ser la misma.

De no ser así, se desvirtuaría el principio protectorio, mediante el simple artilugio de afirmar que no se cuenta con un determinado elemento de prueba, u omitir su confección, a sabiendas que obtendrá un beneficio de ello.

1.7.- En función de todos estos elementos, considerando la impresión con que se dedujo la acción, la oscuridad que la actora propició en el desarrollo de la



relación de consumo, que derivó en la imposibilidad de conocer con certidumbre los términos del contrato y, finalmente, ante la grave presunción que resulta de la inexistencia de todo respaldo contable de sus operaciones, concluyo que no puede tenerse por probado que el demandado adeuda sumas producto del viaje realizado.

En función de ello, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación y rechazar íntegramente la demanda, con costas a cargo de la parte actora vencida.

Asimismo propongo regular los honorarios profesionales en los siguientes porcentajes: Para los letrados ... y ..., en doble carácter por la parte demandada, en el 22,4% en conjunto; para la letrada ..., letrada patrocinante de la actora, en el 11,2%; y para el perito ... en el 3%. Los porcentajes se calcularán sobre la base regulatoria de monto de demanda con más intereses a la tasa que aplica el Banco de la Nación Argentina para los depósitos a plazo fijo en dólares por 30 días determinados desde la interposición de la demanda y hasta la sentencia (arts. 279 del CPCC y 6, 7, 10, 20 y cc. de la LA), (conf. Sala I: "EL TRONADOR S.R.L. C/ WEATHERFORD INTERNATIONAL DE ARGENTINA S/COBRO ORDINARIO DE PESOS", Exp. N° 509.188/15). **TAL MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **José I. NOACCO**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de **Cecilia PAMPHILE** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I por MAYORIA**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia



dictada en la instancia de grado y rechazar íntegramente la demanda.

2. Imponer las costas de ambas instancias al actor vencido (art. 68 del CPCC).

3. Regular los honorarios profesionales en los siguientes porcentajes: Para los letrados ... y ..., en doble carácter por la parte demandada, en el 22,4 % en conjunto; para la letrada ..., letrada patrocinante de la parte actora, en el 11,2%; y para el perito ... en el 3%. Los porcentajes se calcularán sobre la base regulatoria de monto de demanda con más intereses a la tasa que aplica el Banco de la Nación Argentina para los depósitos a plazo fijo en dólares por 30 días determinados desde la interposición de la demanda y hasta la sentencia (arts. 279 del CPCC y 6, 7, 10, 20 y cc. de la LA).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el 30% de los de la anterior (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. José Ignacio NOACCO

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA