000016/2022

Comodoro Rivadavia, de marzo de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D..COM.AR S.A. en autos: "L., G. F. c/ D..COM. s/ RECLAMO", Expte. 330/2021 ODC-MCR" s/ RECURSO DE APELACION", Expte. N° 16/2022,** en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en esta ciudad de Comodoro Rivadavia.

I- A fs. 52/68vta., D..COM.AR S.A. interpuso recurso de apelación y nulidad de la Resolución ODC MCR Nro. 207/2021 dictada el 22 de diciembre de 2021 (fs. 45/49vta.) por la Oficina de Defensa del Consumidor de Comodoro Rivadavia, que impuso una multa de $35.000 por infracción al art. 10 bis de la ley 24.240 con más la suma de $400 correspondientes a gastos de publicación y le ordenó abonar al reclamante la suma de $108.756,66 con más los intereses conforme la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos a treinta días desde el día en que requirió efectivamente el reintegro -8/1/2021- hasta el día del efectivo pago.

Primero se refiere a la actividad de su empresa, la cuales una agencia de viaje reconocida por IATA, que actúa como intermediaria de servicios turísticos en los términos del art. 1 de la Ley 18.829 y su decreto reglamentario 2182/72; es decir intermedia entre los usuarios y los prestadores de servicios u organizadores

de transporte, hoteles, etc. a través de la plataforma web que posee y donde se advierte a los usuarios los términos y condiciones de los servicios. Agrega que, no es prestadora directa o proveedora de esos servicios, por ello tampoco puede incumplir el contrato de transporte que la accionante reclama, solo realizan las ventas de tickets aéreos, actuando como intermediarias entre las líneas aéreas y los pasajeros y su empresa sólo percibe una comisión por esa intermediación.

Luego relata los antecedentes de la causa y considera que no le es aplicable la ley de defensa al consumidor en virtud de la exclusión prevista por el art. 63, debiendo aplicarse para el contrato de transporte aéreo las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y supletoriamente la LDC.

Concretamente en el punto 2.3, se agravia porque considera que no infringió el art. 10 bis. de la Ley de Defensa al Consumidor, toda vez que no incumplió con lo contratado dado que informó al denunciante antes, durante todo el proceso de compra y una vez efectuadas las reservas de cuáles eran las políticas de cambio, cancelación y devolución dispuestas por los proveedores respecto de los servicios contratados. Expresa que, la cancelación del vuelo excede completamente a su accionar y que no tiene la obligación de reintegrar el dinero hasta tanto el proveedor lo autorice o no lo haga directamente por su cuenta; más teniendo en cuenta que es un monto que nunca percibió. Manifiesta que, el

régimen tarifario, las penalidades y las posibles excepciones que puedan ser otorgadas al consumidor, son exclusivamente establecidas por cada prestador de servicios turísticos sin su intervención. Asevera que desde el inicio de la relación contractual cumplió con las obligaciones y deberes a su cargo, brindándole la información necesaria, así como la asistencia y trato digno que todo ser humano merece.

Asimismo se queja porque se impuso una multa de $35.000 sin fundar los motivos de su graduación, siendo el monto arbitrario y absurdo; tampoco se expresó cual es el perjuicio real y cuantificable que sufrió el consumidor en relación a su reclamo, ni tampoco el grado de intencionalidad de su accionar y cuál es la ganancia que su empresa alcanzó. Solicita se déje sin efecto la multa o se reduzca al mínimo legal.

Finalmente plantea la nulidad del daño directo aplicado –art. 40 bis LDC-, toda vez que la Oficina no tiene competencia en razón de la materia para fijarlo incurriendo en un exceso de sus facultades y atribuciones constitutivas, dado que el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales por parte de los órganos de la administración es un régimen de excepción, debiendo ser emitido exclusivamente por ente o tribunales administrativos con competencias especiales. Afirma que la Dirección de Defensa al Consumidor, conforme su naturaleza administrativa, no

cumple con las condiciones necesarias para el ejercicio de facultades jurisdiccionales, toda vez que no ha sido creado por ley formal y, a su vez, es un órgano administrativo con dependencia jerárquica de la Administración local. Señala que la fijación de un resarcimiento por parte de un órgano administrativo vulnera la división de poderes, siendo una facultad estrictamente judicial dirimir una controversia entre partes con carácter de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 109 CN), la cual excepcionalmente podrá ejercer facultades jurisdiccionales en cumplimiento con los recaudos establecidos conforme el sistema judicialista prescripto en la Constitución Nacional. Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal y provincial.

II- De las constancias de autos surge que el actor, el 11 de enero de 2021, denuncia ante la Oficina de Defensa del Consumidor, que compró dos tickets de vuelo, uno Comodoro Rivadavia/Bs. As. y el otro Buenos Aires/Santiago República Dominicana. Este último sufrió una reprogramación del vuelo y nunca les dieron la nueva opción para el cambio. Llamaron muchas veces al 08108101010 donde tampoco les dieron opción. Relata que viajó a Buenos Aires con la primer reserva y quedó varado en Ezeiza, teniendo que ir a un hotel y al no tener respuesta de la empresa regresó a Comodoro.

Agrega que hizo otros reclamos pero que no anotó el número. Acompaña documental a fs. 2/5.

A fs. 8, obra cédula de citación dirigida a D. S.A. a fin de que comparezca a la audiencia de conciliación el día 30 de marzo de 2021.

A fs. 9, se presenta el gestor procesal de D. S.A. y solicita un plazo de 10 días hábiles a fin de poder dar una respuesta por escrito a la solicitud del reclamante, los que son concedidos.

A fs. 10/12, se presenta D. S.A., efectúa manifestaciones, solicita se amplíe el reclamo con la compañía aérea y se la desvincule a su empresa por ser ajena al reclamo.

A fs. 14, la actora solicita se fije nueva fecha de audiencia, la que es fijada para el día 3 de junio de 2021, notificando mediante carta documento a D. S.A. –ver fs. 17-.

A fs. 19, presenta escrito la demandada y ratifica su postura en el escrito articulado el 14/4/2021, toda vez que su empresa ya no posee los tickets en su sistema, reitera la importancia de ampliar el presente reclamo, incluyendo a la aerolínea involucrada, a fin de que la misma comparezca a la instancia y fije posición.

A fs. 19vta., la autoridad de aplicación solicita a la demandada denuncie domicilio legal de la aerolínea, el que es denunciado a fs. 22.

A fs. 23/24, obra cédula de citación dirigida a A. A. a fin de que comparezca a la audiencia de conciliación el día 3 de junio de 2021.

A fs. 25/26, la empresa D. S.A. presenta un escrito titulado: Informa.

A fs. 27, obra acta de la audiencia realizada donde no se presenta A. A., el reclamante solicita el reintegro de la suma de $108.756,66 conforme las facturas que se adjunta por la compra de los pasajes y solicita la apertura de sumario. El gestor de la empresa D. S.A. solicita un cuarto intermedio de diez días y el accionante dice que solo acepta para que se le informe cuando se reintegran dichos montos, ratificando la denuncia.

A fs. 29/34 y 35/38, D. S.A. presenta dos escritos: el primero, “Fija posición. Solicita desvinculación” y el segundo “Fija posición. Sostiene ampliación. Solicita desvinculación”.

A fs. 40vta., el actor solicita apertura de sumario. A fs. 43, se dispuso abrir el sumario correspondiente, citando a D. S.A. a que efectúe su descargo y ofrezca pruebas. A fs. 44, obra cédula de notificación diligenciada el 5 de agosto de 2021.

A continuación, a fs. 45/49vta. obra la Resolución Nº 207/2021 aquí impugnada

III- Marco normativo aplicable.

Primer agravio: En primer lugar es dable señalar que en las presentes actuaciones nos encontramos frente

a una relación de consumo entre el actor, en su carácter de consumidor y la demandada D. S.A. en su carácter de agencia de viajes.

En efecto, conforme lo relatado en la denuncia, el Sr. L. realizó la compra de pasajes aéreos con la finalidad de efectuar un viaje, por lo que resulta consumidor en los términos del art. 1º de la Ley 24.240 y art. 1092 del C.C.C.

Por su parte, la denunciada resulta ser la comercializadora del servicio de transporte aéreo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la LDC.

En consecuencia, es menester tener en consideración que nuestro ordenamiento jurídico otorga especial tutela a consumidores o usuarios de bienes y servicios.

La doctrina y la jurisprudencia reconocen sin lugar a dudas que el turismo y los contratos celebrados en su mérito dan lugar a relaciones de consumo (Cfme. Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 380 y ss.; Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Derecho del consumidor y usuario de servicios turísticos”, RCyS, 2001-242; Borda, Alejandro,“El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo”, LA LEY 2003-B-213; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El contrato de servicios turísticos. Su realidad en la jurisprudencia argentina reciente”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005-2, 21).

En consecuencia, no se encuentran razones para apartarse de la normativa que enmarca la relación entre los clientes y la agencia de viaje, la que parte de la Constitución Nacional (art. 42) desde donde se extiende a la LDC y sus modificatorias, al régimen de contratación del derecho común, a la Convención Internacional sobre Contratos de Viaje que adhiere al Concluido en Bruselas el 23/04/1970 adoptada por nuestro país a través de la ley 19.918, a la ley No 18.829 de agentes de viaje dictada en su consecuencia, con su decreto reglamentario No 2182/72 y, en función de lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación, se extiende también a las nuevas normas supletorias que resulten más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Así, tenemos que el contrato de intermediario de viaje ha sido definido por el art. 1.3 de la Convención de Bruselas como —cualquier contrato por el cual una persona se compromete a procurar a otra, mediante un precio, o bien un contrato de organización de viajes, o una de las prestaciones aisladas que permitan realizar un viaje o una estadía cualquiera. siendo que, a los fines de la Convención, precio es “cualquier remuneración en efectivo, en especie o en forma de ventajas, directas o indirectas de cualquier naturaleza” (art. 1.4), intermediario de viaje es toda persona que habitualmente asume el compromiso al que refiere el concepto antes dado, sea a título principal o accesorio, sea a título profesional o no y viajero es toda persona que se

beneficia de dicho compromiso, sea que el contrato esté concluido o que el precio sea pagado por ella o para ella (art. 1 puntos 6 y 7, respectivamente).

A su vez, la ley No 18.829 que reglamenta la Convención en nuestro derecho interno refiere que "Quedan sujetas a las disposiciones de esta Ley todas las personas físicas o jurídicas que desarrollen, en el territorio nacional, con o sin fines de lucro, en forma permanente, transitoria o accidental, algunas de las siguientes actividades: a) La intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero...Las normas de la Convención sientan una plataforma que mínimamente se debe asegurar a los viajeros frente a los organizadores e intermediarios de viajes (conf. arts. 1, 2, 3, 27, 31, entre otros).

El art. 2 de la Convención dispone que su aplicación es "sin perjuicio de las legislaciones especiales que establecen disposiciones más favorables a ciertas categorías de viajeros y el art. 3 dispone que en la ejecución de las obligaciones que resultan de los contratos de organización o de intermediación de viaje, "el organizador de viajes y el intermediario de viajes garantizarán los derechos e intereses del viajero según los principios generales del derecho y las buenas costumbres en este dominio.

Ello así, la idea del turista o, si se quiere, del viajero se encuentra perfectamente subsumible dentro de la categoría típica del consumidor, pensado como aquel que adquiere o utiliza un servicio turístico como "destinatario final", en beneficio propio o de su grupo familiar y social, tal como reza el art. 1 de la LDC. }

Tampoco existe dificultad para ubicar a las agencias de viajes y mayoristas dentro de la categoría de proveedor de estos servicios turísticos; encontrándose en esta vinculación jurídica entre viajero/turista – agencias de viajes/mayoristas, una típica relación de consumo (cfr. arts. 2 y 3 de la LDC; art. 42 de la Constitución Nacional)... la reforma operada sobre el art. 40 de la ley de Defensa del Consumidor N° 24240 (efectuada por el art. 4 de la ley 24999 BO 30/07/1998) ha alterado sustancialmente el régimen de responsabilidad señalado en el marco de la ley 19918. En efecto, esta normativa ha venido a instalar un tipo de responsabilidad típicamente "objetiva", en contraposición al sistema anterior. Así se desprende de lo dispuesto por el art. 40.

Esto implica ni más ni menos que sobre todos los agentes intervinientes en el contrato de turismo (agencias intermediarias, organizadores y prestadores de servicios), pesa la misma responsabilidad, de tipo objetiva y solidaria. Y en tanto toda la cadena de comercialización deviene solidariamente responsable frente al usuario de los daños e incumplimientos

sufridos, debe el intermediario agente de viajes responder también solidariamente por cualquier incumplimiento o daño ocurrido en el desarrollo de los servicios incluidos en el paquete turístico, aún por aquellos que él no pudo prever, o escapen totalmente a su órbita de acción, no bastando su diligencia o el control que hubiere ejercido a fin de evitar defectos en las prestaciones (arts. 5, 6, ley 24240, art. 1198 del Código Civil)y asimismo que ―El turista tiene una posición singularmente débil y, por ende, necesita de una específica protección jurídica como consumidor añadida a la general. Ello así, la ley 24.240 de defensa de los consumidores alcanza al sector turismo, sin perjuicio de la legislación específica, la que debe necesariamente ser interpretada en beneficio del consumidor o usuario por imperativo legal y constitucional. La obligación que asume la agencia de viajes es de resultado, en cuya virtud debe predisponer los medios tendientes a asegurar la efectiva concreción del viaje. Su responsabilidad es de naturaleza objetiva y solidaria. En este lineamiento, debe desarrollar, como intermediario y conforme su estándar de vendedor profesional, una adecuada y diligente conducta comprensiva del control en el itinerario del viaje, de modo que pueda detectar posibles deficiencias en diagramación del viaje (arts. 512, 902 y 909 del Código Civil). (conf. ONDARCUHU, José Ignacio, “El plazo de prescripción en materia de contrato de viaje y la responsabilidad de las agencias de viajes (como intermediario) con motivo en el error en la diagramación

del viaje", DCCyE 2013 (octubre), 101, Cita Online: AR/DOC/3686/2013).

Todo ello es coherente con la evolución en punto a la responsabilidad por incumplimiento obligacional, que ha ido abandonando los factores de atribución subjetivos hacia la adopción de factores objetivos con basamento el riesgo creado o de empresa, la idea de garantía, el deber calificado de seguridad, entre otros.

En esta dirección se ha dicho que: "Se entiende que, particularmente en el ámbito empresarial, un régimen de imputación objetiva (o predominantemente objetiva) luce como másidóneo que otro basado en la culpa, para alcanzar una adecuada distribución de los recursos productivos y, lo que es más importante, para dinamizar la economía a través de mecanismos que promuevan el cumplimiento y desalienten conductas contrarias.(conf. PIZARRO, Ramón Daniel, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Bs. As., 2006, T. III, p. 312).

En consecuencia, no caben dudas acerca de la plena aplicación de las normas consumeriles a la relación entre el agente de viajes y su cliente. Por lo que se rechaza el primer agravio.

Segundo agravio: El art. 10 bis de la ley 24.240, establece las facultades que tiene del consumidor ante el incumplimiento del contrato por el proveedor.

Específicamente dispone que "el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso

fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que corresponda".

El denunciante solicito la devolución de la suma abonada conforme las facturas agregadas a fs. 2/5 con más los intereses devengados al cobro del mismo.

Se advierte que en la decisión, el órgano administrativo analizó los hechos y los subsumió en tal disposición. Expresamente valoró que la firma imputada no cumplió con eficiencia, diligencia y profesionalidad la obligación asumida frente al consumidor, que le era exigible de conformidad con el principio de buena fe especialmente relevante en una relación donde el consumidor había actuado con toda confianza en el producto ofrecido y promocionado por su empresa, una profesional en el servicio de viajes y paquetes de turismo. Agrega que la denunciada reconoció que la denunciante el día 8/1 le comunicó a la empresa que deseaba la devolución del 100% del monto de los tickets, que el incumplimiento contractual de la firma es grave. También tuvo en cuenta el descargo formulado por la

firma, la posición de la empresa en el mercado, el grado de intencionalidad, los perjuicios derivados de su conducta y las circunstancias relevantes del presente hecho.

Ergo, de la resolución surgen suficientes fundamentos de hecho y de derecho para motivar la solución consagrada.

La firma denunciada, solo se limita a decir que dio acabada y oportuna respuesta al reclamo de la actora, que le brindó la información necesaria, la asistencia y trato digno que todo ser humano necesita. Asimismo niega la existencia de la infracción, sin ninguna prueba que lo avale.

Tales argumentos no justifican el incumplimiento de la normativa que insistimos, se constata.

Por ello, verificada la existencia de la infracción, corresponde imponer una sanción en atención a las facultades conferidas.

Tercer agravio: En cuanto a la cuantía de la multa impuesta, teniendo en cuenta la escala prevista por el art 47 de la ley 24240 y la conducta sancionada, se advierte que el monto establecido por la autoridad administrativa es ajustado a derecho.

En lo atinente al tipo o clase de la sanción aplicada, es oportuno señalar que en numerosas oportunidades los tribunales han dicho que la determinación y graduación de las penalidades pertinentes le corresponden a la autoridad

administrativa. Así, en uno de los tantos fallos revisados, se ha dicho que: “la determinación y graduación de la misma es resorte primario de la autoridad administrativa, principio que solo cede ante una manifiesta arbitrariedad (conf. esta Sala, en autos caratulados: “Musso, Walter c/ Prefectura Naval Argentina”, sentencia del 27/05/97).

En efecto, no resulta exigible una exacta correspondencia numérica entre la multa y la infracción cometida, sino que es suficiente que la autoridad de aplicación realice una apreciación razonable de las diferentes circunstancias fácticas tenidas en cuenta para justificar la sanción” (CNACont.Adm.Fed., Sala V, in re “Pinturerías Rex S.A. c/ DNCI s/ L.tad comercial - ley 22.802 - art. 22, 27/03/18, Cita Online: AR/JUR/3073/2018).

Esto quiere decir que, no existiendo una palpable y manifiesta arbitrariedad de la administración provincial en perjuicio del justiciable, se debe sostener el criterio de apreciación de la autoridad administrativa.

Es que, a criterio de este tribunal, no se aportó ninguna razón que indique que se ha cometido una arbitrariedad en la elección de la pena ni tampoco en el monto de la multa aplicada en la disposición recurrida.

Por los motivos expuestos se deberá confirmar la condena también en este aspecto.

Cuarto agravio: Finalmente, en lo atinente al pedido de nulidad del daño directo –art.40bis. LDC- porque la Oficina no tiene competencia en razón de la materia para fijarlo cabe recordar que el daño directo que incorpora el art. 40 bis de la Ley 24.240 (añadido por el art. 16 de la Ley 26.361) incluye aquel de apreciación pecuniaria ocasionado al consumidor o usuario sobre sus bienes o persona, excluyéndose de dicha fórmula el daño moral.

En este sentido, se incluye dentro del mencionado daño directo, en el sentido legal, al valor del producto o su reparación. Y en este orden, la Oficina de Defensa del Consumidor de la ciudad de Comodoro Rivadavia tiene competencia según la Ley VII N° 61 –a la que se adhirió a través de la Ordenanza Nº 10.387/12- para juzgar las infracciones de las disposiciones de la Ley Nacional Nº 24.240 y su modificatoria Ley Nacional N° 26.361, entre las que se encuentra la restitución de lo abonado (conf. doc. art. 10 bis Ley 24.240; FARINA, J. M., “Defensa del consumidor y el usuario”, Astrea, 2004, pág. 231).

Reiteramos, el mismo se configura cuando se causa un perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor y que ocasiona daño de manera inmediata sobre su persona o sus bienes, debiendo considerarse la totalidad de los derechos, que a aquél le asisten y que puedan resultar afectados u que surge palmariamente del articulado de la ley 24.240 (derecho a ser informado, derecho al trato digno etc) y ello es como consecuencia

de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

A la autoridad de aplicación se le ha otorgado esa facultad para determinar la existencia de daño directo como una sanción accesoria a la infracción detectada.

La determinación del daño directo no debe someterse a un procedimiento administrativo de conocimiento, pues la autoridad de aplicación no ejerce funciones jurisdiccionales, sino que está facultada a determinar si como consecuencia de la infracción se produjo un daño al consumidor (Cfme. Tratado Jurisprudencia y Doctrinario –Defensa al Consumidor- Ghersi-Weingasrte, La Ley, Tomo II, p. 1065).

Insistimos, en autos dicho daño se encuentra configurado ante el incumplimiento contractual de la empresa al no reintegrar el precio de los pasajes aéreos abonado por el actor cuyas facturas se encuentran agregadas a fs. 2/5.

No se ha demostrado tampoco que dicho monto resulte irrazonable, ante el daño ocasionado al consumidor que no encuentra todavía una solución a su reclamo.

Por lo tanto dicho agravio también es desestimado. Por lo expuesto, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por D..COM.AR S.A. a fs. 52/ 68vta. y en consecuencia se confirma la Resolución ODC MCR Nº 207/2021 de fs. 45/49vta.

IV- Las costas de la Alzada, atento el principio objetivo de la derrota, se imponen al recurrente vencido (art. 69 del C.Pr.).

Se regulan los honorarios profesionales del letrado interviniente conforme las pautas de la ley arancelaria local (artículos 13 y 32 de la ley arancelaria).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial II con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por D..COM.AR S.A. a fs. 52/68vta. y en consecuencia confirmar la Resolución ODC MCR Nº 207/2021 de fs. 45/49vta.

2) Imponer las costas de esta instancia a la recurrente vencida.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. J. M. I., en la suma de pesos equivalente a CUATRO (4) JUS.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARÍA MARTA NIETO
Jueza de Cámara

M. HORACIO PIS DIEZ
Presidente

VERÓNICA DANIELA ROBERT
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2022

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS