Trelew, 21 de septiembre de 2023.-

VISTOS: Estos autos caratulados: “F. L. A. S.A. s/ Recurso de Apelación art. 7 - Ley VII N° 22 (S., S. B.)” (Expte. N° 477 - Año 2023 CAT), venidos de la Oficina de Defensa de Consumidor de Trelew a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la denunciada F. L. A. S.A. (en adelante F.) a fs. 52/62, contra la Disposición N° 88/2023 - ODC del 13/06/2023 (fs. 37/40), concedido en relación y con efecto suspensivo a fs. 66.

Y CONSIDERANDO:

I.- Mediante Disposición N° 88/2023 ODC (13/06/2023, fs. 37/40) la Oficina Defensa del Consumidor de Trelew dispuso aplicar a F. L. A. S.A. una multa de $ 150.000 por infracción a los art. 4 y 19 de la Ley N° 24.240, con más la sanción accesoria de publicar la parte resolutiva de la Disposición en el Boletín Oficial y en el diario E. C. Además, ordenó a F. el reintegro de la suma de $82.665,22, con actualización de intereses desde el 26/01/2022, según SISCAL, tasa activa operaciones descuentos documentos 30 días y restantes operaciones vencidas del B. del C. S.A, hasta el efectivo pago a la Sra. S. A. S.-

Para decidir, sostuvo que la información para el consumidor siempre debe ser gratuita y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión, asegurando a éste la obtención de datos, características y demás conocimientos reales al momento de adquirir un bien o contratar un servicio, también debe ser adecuada y veraz de forma tal que le permita a la persona consumidora y usuaria adoptar una correcta decisión.

Consideró que la denunciada no proporcionó información clara, suficiente y detallada a la denunciante al momento de contratar el servicio de vuelo ni al de reprogramar el vuelo, toda vez que no informó respecto a los eventuales cambios de tarifa ante eventos de caso fortuito o fuerza mayor como la Pandemia por Covid-19 y que la consumidora envió correo electrónico informando la situación, lo que no fue contestado por la denunciada.-

Advirtió que la denunciada cuenta con una política poco accesible en lo que respecta a los cambios de vuelos, dado que el cambio lo tuvo que realizar la hija de la denunciante desde Argentina porque desde Brasil la consumidora no pudo comunicarse con la empresa telefónicamente ni por correo electrónico.-

Transcribió el art. 19 de la LCD y señaló que la denunciada no respetó la norma, toda vez que con su conducta displicente ante los reclamos de la consumidora le generó un menoscabo al no respetar los términos, plazos y condiciones, cobrándole sumas adicionales a la originalmente convenida.-

En relación al art. 40 bis de la LDC sostuvo que la denunciante resultó perjudicada dado que tuvo que pagar la suma de $82.665,22 y dijo que conforme la política de reintegro de

las l. a. éste sólo se hace efectivo si lo declara la aerolínea al momento de emisión del pasaje, lo que demuestra que un pasajero aéreo es sumergido a una normativa claramente impuesta y que la Ley N° 24.240 intenta equiparar esos intereses vulnerados.-

Además, valoró la conducta de la denunciada y sostuvo que en ningún momento intentó buscar una solución a la situación de la consumidora, evadiendo su responsabilidad ante el perjuicio económico causado. En consecuencia, consideró que procede el reintegro de lo abonado por el servicio contratado originariamente con la actualización de los intereses.-

Para la graduación y aplicación de las sanciones tuvo en cuenta el perjuicio resultante de la infracción y la conducta asumida, la importancia que tiene la denunciada a nivel nacional e internacional, la confianza depositada por los consumidores en la empresa Aérea y los antecedentes que obran en la Oficina de Defensa del Consumidor y la reincidencia (conf. arts. 49 y 47 de la Ley 24.240).-

II.- El 24/07/2023 (fs. 52/65 vta.) F. interpone fundadamente recurso de apelación, concedido en relación y con efecto suspensivo el 26/06/2023.

En sus argumentos sostiene que el contrato de trasporte aéreo no se encuentra alcanzado por ciertas disposiciones de la Ley N° 24.240 (conf. art. 63 de la LDC) y que se rige por el Código Aeronáutico, sus normas complementarias y Tratados internacionales sobre la materia. Transcribe el art. 1281 del C--CyC, expresa que debió aplicarse lo establecido por el art. 12 de la Resolución N° 1532/98 de la ANAC y que resulta claro que la relación entre la denunciante y F. debe ser enmarcada según lo dispuesto por la normativa aplicable al contrato de trasporte aéreo, del Código Aeronáutico y de su correspondiente reglamentación.

Detalla que existen distintos precios del tickets aéreos, que el más barato es el que no admite reembolso y que es conocida por su condición de "*Low Cost".* Las únicas tarifas que venden son no reembolsables y ello no afecta la buena fe contractual ni las constituye en irrazonables y dice que ello era conocido por la denunciante.-

Expresa que la normativa específica que regula el negocio aeronáutico tiene prelación sobre cualquier otra y sostuvo que *"en el caso de autos se prevé como condición esencial de contratación el no reembolso de los tickets adquiridos, ni una aplicación irrazonable de la mala fe la contratación"*.-

Agrega que las modalidades de contratación fueron comunicadas de manera clara y precisa, como también, el procedimiento a seguir en caso de que el pasajero presente un test positivo de Covid -19 que le impidiera tomar un vuelo contratado. Alega que el hecho de que la pasajera no pudiera dar cumplimiento con el contrato por haber contraído Covid -19 no le es atribuible y que es de público conocimiento que al momento de los hechos que

motivaron las presentes se encontraba en plena vigencia la normativa emitida por la emergencia sanitaria global y que en ese contexto debía adecuar su operatoria a las medidas y restricciones establecidas.-

Manifiesta que la usuaria comunicó su imposibilidad de viajar el mismo día del vuelo y expresa que los nuevos tickets emitidos, apenas unos días antes del despegue durante temporada alta de un vuelo internacional, claramente implicaron un costo significativamente mayor del ticket original adquirido. Trascribe el art. 1110 del CCyC.-

Sostiene que el deber de informar no puede considerarse que consista en brindar datos exhaustivos que impliquen una afectación del tráfico mercantil dinámico que rige la compra de un pasaje aéreo y sostiene que la Oficina pretende convertir la lógica del funcionamiento de trasporte aéreo en un incumplimiento.-

Señala que aplicándose un análisis económico del derecho se concluye que hay que renunciar a que el consumidor obtenga “toda la información”, pues ésta nunca será perfecta al persistir otras dificultades adicionales para integrar efectivamente esa información a la decisión. -

Indica que si bien el consumidor es acreedor de la información, ello no lo exime de cumplir con su deber de colaboración para que el proveedor pueda cumplir correctamente con la normativa que regula la aéreo navegación comercial.-

Hace referencia al caso fortuito y fuerza mayor, cita el art. 1728 y el art. 955 del CCyC, se refiere a la imprevisibilidad de la pandemia por Covid -19 que afectó la industria aeronáutica y al turismo por las medidas adoptadas en dicho contexto y dice que no decidió unilateralmente dejar sin efecto o cancelar el embarque del vuelo contratado, sino que fue por razones de fuerza mayor. Cita el art. 1091 del CCyC.-

Relata que ante la imposibilidad de la pasajera de cumplir con el vuelo le ofreció la opción de ser incluida en el siguiente vuelo disponible, abonando solamente la diferencia entre la reserva adquirida previamente y el nuevo pasaje.-

Argumenta que la Disposición recurrida no indica cómo y cuáles fueron las violaciones al art. 19 de la LDC, como tampoco, cuáles son las obligaciones contractuales incumplidas ni los fundamentos de la sanción. Asimismo, menciona la Ley N° 19.549 y el art. 18 de la CN y expresa que en el proceso no se cumplió con el derecho a obtener una resolución fundada, ya que se sanciona sobre la base de afirmaciones dogmáticas.-

Sostiene que “La Dirección aplicó la figura de daño directo previsto por el art. 40 bis de la Ley N° 24.240, en la suma de $83.823” y plantea la inconstitucionalidad del daño directo, que la denunciante no lo peticionó y que la autoridad no puede suplir tal omisión de oficio. Además, considera que la reparación del daño se trata de una atribución propia del Poder

Judicial y que de admitirse un resarcimiento de daños en sede administrativa se provocaría una grave violación al debido proceso dispuesto por la Constitución Nacional.

Indica que la denunciante no posee ningún tipo de inconveniente para reclamar el daño directo en sede judicial, preservándose de esa forma el derecho de defensa de la empresa denunciada.

Finalmente cuestiona por excesivo el monto de la multa, dice que no deriva de un análisis serio y razonado de la cuestión *debatida "al omitir tener en cuenta la inexistencia de daño causado, la falta de afectación del interés público y la inexistencia de dificultades o perjuicio al servicio ni a terceros"* y que los argumentos expuestos por la autoridad de aplicación importan una mera enumeración en abstracto de los rubros que supuestamente fueron evaluados para determinar el monto de la multa. Por último, deja planteado el caso federal.

III.- Preliminarmente, se pone de resalto que esta Alzada no se encuentra obligada a analizar cada una de las cuestiones introducidas por la apelante en su expresión de agravios, sino tan solo aquéllas que resultan conducentes para decidir respecto de la disposición impugnada y son suficientes para emitir un pronunciamiento válido, siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos: 258:304; 262:222; 2723:225, 278:221, 291:390, entre otros.-

Dicho ello, de acuerdo con los términos en que fueron planteados los agravios por la recurrente, corresponde ingresar en primer término, por una cuestión de orden lógico, al tratamiento de la crítica respecto a la incompetencia de la autoridad administrativa en virtud de lo dispuesto por el art. 63 de la Ley N° 24.240.-

a) Marco normativo de los contratos Aerocomerciales - Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240:

Al respecto, es aplicable al caso el criterio seguido por esta Sala en SICA N° 24/2022. En dicho antecedente, se señaló que - independientemente de la aplicación del ordenamiento aeronáutico - los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea son consumidores en los términos de la Ley N° 24.240, ya que forman parte de una relación de consumo al adquirir los servicios de una empresa, en forma onerosa y como destinatarios finales, sea en beneficio propio o de su grupo familiar. Ello hace que no pueda sostenerse que queden excluidos en forma total y generalizada de las restantes disposiciones de la señalada ley o que ésta les sea notoriamente extraña (conf. art. 1093 CCyC; CNCIV.COM.FED. Sala III, "Fortunato, José Claudio c/American Airlines y otros s/Pérdida de equipaje", 04/12/2012).-

Así, cuando el contrato de transporte involucra a un consumidor, también se ve regido en lo pertinente por las normas atinentes a los contratos de consumo y a las relaciones de consumo en general (conf. arts. 1092 a 1122 del CCyC, LDC y sus modificatorias; Alfonso, Horacio en Clusellas, Eduardo Gabriel, Coordinador, "Código Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado", Tomo 4, pág. 524, Ed. Astrea- FEN Editora Notarial, Bs. As. 2015).-

No es posible soslayar que la protección del consumidor tiene fuente constitucional expresa desde que el art. 42 fue incorporado a la Constitución Nacional en el año 1994 con el objeto de tutelar los derechos de los consumidores, donde la información y la seguridad son valores fundamentales para el constituyente e importan verdaderos deberes que la CN le impone cumplir al proveedor, entre otros derechos fundamentales mencionados en la norma constitucional.-

En este aspecto, no puede olvidarse que el ordenamiento del consumo, como el aeronáutico, también reviste el carácter de legislación "especial", en tanto regula la relación de consumo, independientemente que exista respecto de una multiplicidad de actividades o servicios, incluyendo al de transporte aéreo.-

En definitiva, es ley especial de los consumidores de cualquier producto o servicio, lo que se advierte del art. 3 de la LDC *in fine*, en tanto sostiene que las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en la LDC y sus reglamentaciones, sin perjuicio que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.-

No puede pasarse por alto que la finalidad de la LDC es la protección del consumidor o usuario, resultando sus normas de orden público, por lo que persigue dicho sistema la debida tutela y protección de éstos, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico. De manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional (conf. C.S.J.N., causas C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", sent. del 21-III-2006, "Fallos" 329:695, voto del doctor Zaffaroni; F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -FEMEDICA- c/ DNCI - DISP 1270/03", sent. del 18-XI2008, "Fallos" 331:2614, disidencia del doctor Maqueda; SCJBA - causa C. 115.486, "Capaccioni, Roberto Luis contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor - Sentencia del 30/09/2014).

En esta línea, tanto la Ley de Defensa del Consumidor como el Código Aeronáutico son regímenes especiales que deben armonizarse con la regulación básica de derecho privado conforme el art. 1 el CCyC (conf. esta Sala en SICA N° 24/2022 con cita a Cámara Federal

de Salta Pellejero, Rodolfo Rubén c/ LAN Argentina S.A. s/ Ley de Defensa del Consumidor", Expte. FSA. 1362/2013/CA1, 21/07/15, www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU136215934.pdf).-

Por tanto, si bien el art. 2 del Código Aeronáutico argentino establece un orden de prelación en la aplicación de las normas y la Resolución Nº 1532/98 del ex Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos ("Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo") aborda las cuestiones atinentes a ellos, la autonomía legislativa del transporte aéreo es alterada, en parte, por el derecho del consumidor, el que - contemplando la especialidad del derecho aeronáutico - dispuso la aplicación supletoria de la propia Ley N° 24.240 a la actividad aerocomercial en su art. 63.-

De esta manera, en el diálogo de fuentes señalado, corresponderá aplicar las normas sobre protección del consumidor en la medida que sean compatibles con la reglamentación aérea, de manera complementaria, ya que la especialidad del derecho aeronáutico no modifica que el derecho civil constituye un derecho privado común y que sus reglas se aplican de modo supletorio a las relaciones jurídicas como la de autos, en la medida en que la solución no se encuentre regulada de modo tal que corresponda excluir al ordenamiento civil.-

Es importante tener presente, entonces, que la regulación del Código aeronáutico y la Resolución N° 1532/98 del ANAC no excluyen la posibilidad de aplicar el CCyC y la LDC en lo que no esté expresamente regulado o en aquello donde dicho ordenamiento lo haga de manera contraria. Es decir, la prelación normativa no lleva indefectiblemente a no aplicar el derecho común, que es lo que pretende la recurrente; máxime cuando ello puede arrojar sobre el consumidor - en su caso particular - una situación de desamparo que el texto constitucional repugna.-

Sin perjuicio de lo relatado, en la especie la firma denunciada es una empresa aérea que tiene como actividad la venta de pasajes, por lo tanto se encuentra dentro de las prestaciones de servicios alcanzados por el art. 1 de LDC.-

En consecuencia, estamos frente a un supuesto en el que se debe aplicar la Ley de Defensa del Consumidor por lo que corresponde desestimar el planteo efectuado por la recurrente.-

b) <u>Infracción a los arts. 4 y 19 de la Ley de Defensa del Consumidor:</u>

Sentado ello, ahora corresponde determinar si efectivamente se verifica una infracción a los arts. 4 y 19 de la Ley N° 24.240 por parte de las denunciada F..-

Al respecto, en la especie se encuentra acreditado que la consumidora adquirió pasajes aéreos de la empresa F. para viajar de Buenos Aires a Florianópolis, ida y vuelta, desde

06/01/2022 al 20/01/2022. Además, el día 20/01/2022 la Sra. S. B. S. se realizó en un test de laboratorio rápido de Coronavirus antígeno basal en la ciudad de Florianópolis, el que resultó positivo conforme constancia de fs. 3, que el 21/01/2022, el 23/01/2022 y el 25/01/2022 la consumidora envió mails a la denunciada a fin de obtener información sobre de la solicitud que había realizado, esto es, el cambió de los pasajes aéreos desde Florianópolis a Buenos Aires debido a que había informado ser positiva de Covid -19 (fs. 04) y que el 26/01/2022 realizó el cambio de su vuelo para el 27/01/2022 por el costo de $89.382,69 (fs. 05/06).-

Por lo tanto, surge que la denunciante desde un primer momento informó que el cambio de los pasajes se debía a que había dado positivo de Covid -19, sin que conste de los elementos aportados en la causa que F. diera respuesta a la consumidora. De tal modo, la consumidora debió comprar un nuevo pasaje con la ayuda de su hija para poder retornar a Argentina.-

A ello se suma que la denunciada, en el marco del presente procedimiento, al contestar el traslado de la denuncia manifestó que: *"en las preguntas frecuentes se encuentra la siguiente información Tengo COVID y no voy a ¿poder viajar que debo hacer?".* Además, que *"los 82 mil pesos a que hace mención son el precio por cambio de tarifa 1- Internacional 2- para dos personas – en la temporada más alta 3 – con muy poca antelación"* y por último, dijo que *"el poder cambiar las fechas exceptuando penalidades es un gesto comercial de la empresa pero no una obligación"* (fs. 12).-

Asimismo, se observa que a fs. 26 y vta. luce el Acta de Imputación-Infracción y Apertura de Sumario N° 33/2023 (26/01/2023) donde se le imputó a la denunciada las infracciones a los arts. 4 y 19 de la LDC y se advirtió sobre el presunto menoscabo patrimonial que habría sufrido la consumidora (conf. art. 40 bis de la Ley N° 24.240), la que fue debidamente notificada a F. el 15/02/2023 (fs. 29), sin que ésta ejerciera su descargo.-

De los escritos acompañados no surge que la denunciada hubiera informado al consumidor sobre el trámite del reintegro, modalidades o, en su caso, que el cambio de pasaje no estaba autorizada por la aerolínea en virtud de la tarifa elegida.-

Cabe recordar que el descargo constituye el acto en virtud del cual el presunto infractor responde a la imputación - los cargos - efectuados por la autoridad de aplicación en la imputación y configura la expresión de la legítima defensa de sus derechos (conf. esta Sala en SICA N° 2/2014). Por su parte la constancia del acta imputación, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas que la denunciada acompañe y ofrezca en su descargo (conf. art. 6 segundo párrafo de las Ley VII

N° 22), lo que en el procedimiento no ocurrió toda vez que F. no acompañó prueba alguna que desvirtúe lo dispuesto en el Acta de Imputación N° 33/2023 (fs. 26). En consecuencia, se tiene por cierto todo lo expuesto en dicha Acta.-

Por otra parte, se destaca que el deber de informar que pesa sobre los proveedores se establece en el art. 4 de la LDC y tiene base constitucional en el art. 42 de la CN, encontrándose presente sobre toda la duración de la relación de consumo, en tanto "es previo, concomitante y posterior a la formalización del contrato, para que el consumidor obtenga la ejecución satisfactoria con relación al bien o servicio contratado, lo cual hace al leal y cabal conocimiento que el consumidor debe tener sobre los alcances de la relación jurídica que lo vincula con quien posee el poder económico de predisponer los términos contractuales" (Vallespinos, Carlos Gustavo, Ossola, Federico Alejandro, "La obligación de informar en los contratos. Consentimiento informado. Derechos del consumidor", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 229, 233 y 304).-

Cabe resaltar que en la relación de consumo existen desigualdades entre las empresas proveedoras de bienes y servicios y los consumidores y usuarios, desigualdades que provienen de la existencia de distinta capacidad económica, científico-técnica, de la incidencia de la publicidad engañosa y de la existencia de monopolios naturales y legales. En este marco, es que el derecho del consumidor a través de sus normas, principios, instituciones y medios instrumentales consagrados por el ordenamiento jurídico, procura al consumidor una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios en forma masiva. Imponiendo deberes y obligaciones a la parte más fuerte que permitan equilibrar la relación de consumo a fin de establecer un equilibrio en el mercado.

Así, el deber de informar a cargo del proveedor y que el estado debe proteger, resulta aplicable en relación a otro derecho del consumidor referido a la lib.d de elección, en tanto que para hacer efectivo este derecho se requiere tener conocimiento acerca de las diferentes posibilidades de productos y servicios, beneficios y perjuicios de los distintos sistemas de contratación, derechos, lib.des y posibilidades al alcance del consumidor, de modo tal de ejercer los derechos conferidos. Se puede hacer valer los derechos en la medida que se tiene conocimiento acerca de sus implicancias, no como una simple lista de declaraciones y declamaciones, sino como posibilidades que le permitan tomar una decisión de entre varias oportunidades al alcance del consumidor, nos referimos aquí a un pleno ejercicio del derecho de transparencia del mercado, que se visualiza inclusive en todos los ámbitos del consumo incluyendo el ámbito del transporte aerocomercial (conf. Esther Ferrer de Fernández, "El artículo 42 de la Constitución Nacional veinte años después y a propósito de la reciente sanción del Código Civil y Comercial" - Cita Online: AP/DOC/1541/2014).-

Con todo, el deber de información es una obligación de resultado que debe cumplir con determinados y precisos contenidos, por lo que la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la parte obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto, lo que justifica -en definitiva- la imposición de la multa (conf. Ayala Espino, “Instituciones y economía”, Ed. FCE, México, 1999, p. 139 y sig.; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Protección procesal del usuario y consumidor”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2005, pág. 403).

Por su parte, la vulneración del art. 19 de la LDC (modalidades en la prestación de servicios) se corresponde con las denominadas infracciones formales, ya que lo que sanciona la Ley de Defensa del Consumidor es la omisión o incumplimiento de los deberes u obligaciones a cargo de los prestadores de bienes y servicios que fueron impuestos como forma de equilibrar la relación prestatario-consumidor. Alcanza con la verificación de tales hechos para hacer nacer por sí la responsabilidad del infractor.

Es decir, no se requiere daño concreto, sino simplemente el incumplimiento de lo prescripto por la ley, sin que pueda ser causa atenuante, en principio, el hecho de que las partes en juego hayan arribado a un acuerdo conciliatorio posterior a la oportunidad procesal prevista en la propia ley. Su apreciación es objetiva. Se configura por la simple omisión, que basta, por sí misma, para violar las normas (conf. A. E. A. S.A. y otros vs. Dirección Nacional de Comercio Interior s. Disposición 934/2004 /// CNCAF Sala II; 13/07/2006; Rubinzal Online; RC J 2023/06).-

No obsta al cumplimiento de dicha obligación el hecho de que la consumidora diera positivo de Covid-19, no pudiendo justificar su accionar ni deslindar su responsabilidad para con la consumidora alegando que dicha situación corresponde a caso fortuito o fuerza mayor, ya que al tiempo del hecho denunciado habían pasado 2 años desde el inicio de la pandemia por Covid - 19.

Sumado a ello, se observa que la denunciante desde un primer momento informó dicha situación y solicitó el cambio de pasaje y que, la empresa denunciada no buscó dar una solución posible rápida o explicación lógica a su clienta, de hecho, se advierte que nunca informó a la pasajera los pasos a seguir ante un caso positivo de Covid -19, por lo que la consumidora no tuvo más remedio que comprar nuevos pasajes de regreso a Buenos Aires ante la imposibilidad de cambiar los que ya había comprado, dada la actitud adoptada por la empresa aérea, quien no le dio respuesta ni realizó el cambio de los pasajes, como tampoco le informó que debía abonar sólo la diferencia del valor.-

Nunca debe perderse el rumbo respecto a que el régimen de protección consumeril se dirige, precisamente, a dar una respuesta ágil y efectiva a aquellas personas que consumen bienes y servicios como destinatarios finales.-

Por eso, en este caso, debe tenerse presente que nos encontramos ante una persona que compró pasajes aéreos y se encontró enmarañada en una situación que no le solucionaban el problema concretamente. Eso en el marco de un sistema de atención, como es el web o el telefónico que estas empresas generalmente ofrecen, donde usualmente se presentan dificultades para que la persona corriente encuentre respuesta efectiva a sus inconvenientes (dificultad del sistema, deficiente información, largos tiempos de espera, discontinuidad del trámite entre operadores, etc.).-

En este contexto, no puede soslayarse que, es evidente la falta de información de la empresa denunciada respecto a los pasos a seguir ante el caso concreto de que una persona, previo a viajar, presente un positivo de Covid -19 y las consecuencias de la cancelación del vuelo. Asimismo, el hecho de que la consumidora tenga que acceder al reclamo por esta vía y transitar todo el procedimiento es indicativo de que la empresa no brindó respuesta oportuna y eficiente en su momento.-

Cabe poner de resalto que desde el inicio de las actuaciones y en diversas oportunidades en el tránsito de la etapa conciliatoria instruida por la autoridad de aplicación la consumidora manifestó expresamente que pretendía la devolución del dinero abonado por los pasajes en cuestión (ver fs. 1 y 16).-

Al respecto, nada dijo F. para poder rebatir de manera concreta los fundamentos expuestos en la Disposición impugnada a fin de arribar a su decisión sino que intentó -en todo momento- justificarse alegando caso fortuito o fuerza mayor.-

Es de destacar, como anteriormente se mencionó, que el acta de imputación N° 033/2023 (fs. 26 y vta.), resulta una presunción favorable sobre la veracidad de los hechos denunciados, habiendo pesado sobre la denunciada la carga de aportar prueba en contrario, hábiles para desvirtuar aquéllas, para lo cual el art. 6 incs. a) y b) de la Ley VII N° 22 le confiere una oportunidad concreta y lo cierto es que no lo hizo.-

En este aspecto, debe recordarse que las constancias del expediente acompañadas en la denuncia con más la imputación que realiza la autoridad de la infracción, impone al denunciado la “carga” de ofrecer y producir prueba en contrario, según lo establece dicha norma, presunción legal en sintonía con lo previsto en idénticos términos por el art. 45, apartado 6º de la Ley N° 24.240, y que responde al fin tuitivo del sistema de proteger al consumidor, por lo que debe interpretarse el contrato en la forma más favorable a éste cuando no haya elementos de convicción suficientes para tener por verificados los hechos discutidos (conf. CAT, Sala B, SDCA N° 03/2014; De Muller, Enrique; “Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos de los consumidores”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, Ed. Rubinzal - Culzoni, 2009-I, Bs As., 183-201; Barbado, Patricia; La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las

relaciones de consumo"; íd. Tomo V, 1994, pág. 203/223; CNCom, Sala E, 31/05/2012, "Paz, Máximo Horacio y otros c/ ADT Security Services S.A. s/ Ordinario", elDial.com - AA7922, publicado el 03/09/2012).-

En otras palabras, los proveedores se encuentran en la posición de cumplir diligentemente con las obligaciones impuestas, en tiempo y forma, pero también soportan la carga de acreditarlo ante un eventual reclamo, en tanto se presume que es la parte de la relación jurídica que se encuentra en mejores condiciones al efecto, por disponer de mayor acceso a los elementos de prueba. Así, estando en mejores condiciones técnicas para acreditar los hechos controvertidos, cabe presumir en su contra cuando existe orfandad probatoria (conf. esta Sala, SICA N° 03/2017; CAT, Sala B, SICA N° 05/2016; Picasso-Vázquez Ferreyra, "Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, Tomo I, 2009, pág. 669).-

c) Improcedencia - inconstitucionalidad del art. 40 bis de la LDC - Daño directo:

Por otra parte, en cuanto al cuestionamiento referido al daño directo previsto en el art. 40 bis de la LDC, el recurrente plantea la improcedencia e inconstitucionalidad de la figura del resarcimiento por el daño directo ordenado en la Disposición recurrida.-

En tal sentido, cabe poner de resalto que el art. 41 de la Ley N° 24.240, establece que, en el orden nacional, la autoridad de aplicación en procedimientos y sanciones referidos a la norma es la Secretaría de Industria y Comercio y que los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación, pudiendo, las provincias, delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los municipios.-

Así es que, en nuestra provincia, la Ley VII N° 22 hace mención a la autoridad de aplicación provincial (art. 2) y municipal (art. 3). Por su parte el Decreto N°. 1545/06 dispone que "La Dirección de Defensa del Consumidor, dependiente de la Dirección General de Industria y Comercio, Subsecretaría de Desarrollo Económico, Ministerio de la Producción, actuará en la vigilancia, control y juzgamiento de las infracciones previstas por la Ley Nacional N° 24.240 y la Ley Provincial VII N° 22 en jurisdicción de la Provincia del Chubut. Sin perjuicio de las facultades delegadas en el artículo 3º de la citada Ley Provincial a los municipios que adhieran expresamente a la misma, la Autoridad de Aplicación Provincial se reserva la facultad de juzgamiento y de aplicación de sanciones, si correspondiera; conforme a las previsiones de las normas jurídicas citadas".-

Asimismo, ante la reforma de la Ley N° 26.361, se sancionó la ley provincial VII N° 53, que en su art. 2 reza: "Establécese como autoridad de aplicación de la presente a la Dirección General de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios, dependiente de la Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut, para intervenir en el control,

vigilancia y resolución de todos los conflictos que se sucedan, de oficio o a petición de parte por la Ley Nacional 26.361, y sus respectivos decretos reglamentarios, la Ley Provincial VII N° 22 con las reformas que se consideren y sus respectivos decretos reglamentarios"; y su art. 3 modifica el art. 3 de la Ley VII N° 53-, el que quedó redactado de la siguiente manera: "Los municipios que en forma expresa adhieran a las disposiciones de la presente Ley podrán ejercer las facultades de control y vigilancia de las disposiciones de la Ley Nacional 24.240 y su modificatoria Ley Nacional 26.361. Los municipios deberán adherir expresamente al Capítulo III de la presente. La autoridad de aplicación provincial podrá actuar en forma concurrente con los municipios en el ejercicio de las facultades de control y vigilancia, reservándose la facultad de juzgamiento de las infracciones que se sometan a tratamiento en el marco de la citada Ley Nacional".-

De la reseña normativa efectuada, se desprende claramente que el órgano administrativo cuenta con la competencia establecida por la ley para intervenir en supuestos como el que aquí se analiza referido a vulneraciones a la Ley N° 24.240, ya que nos encontramos ante una clara relación de consumo en que se debe aplicar supletoriamente la LDC.-

Por último, y en consonancia con la normativa aludida, cabe destacar que la competencia de este Tribunal de Alzada para intervenir en los recursos de apelación interpuestos surge expresamente del art. 7 de la ley VII N° 22.-

En otro orden de ideas, cabe poner de resalto que esta Sala se ha expedido respecto a la competencia de la autoridad administrativa para fijar indemnizaciones en los términos dispuestos por el art. 40 bis de la LDC, entre los que se pueden mencionar la SICA N° 1/2021. En ellos, se dejó en claro que la mencionada norma atribuye expresamente a la administración la potestad de fijar indemnizaciones, lo que encontraría su justificación en la especialización técnica, independencia e imparcialidad de la autoridad de aplicación de la LDC.-

Asimismo, la finalidad de la LDC, en este aspecto, es lograr un mecanismo ágil para permitir el resarcimiento del consumidor en los casos de daños de escasa cuantía. Por tanto, la asignación de la jurisdicción a la autoridad de aplicación que contempla el art. 40 bis, resulta consistente con el "objetivo económico y político considerado por el legislador" -tal como lo dijera la Corte en el caso "Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos" Fallos: 328:651", el que resulta plenamente razonable de acuerdo al principio tuitivo a favor del consumidor y el usuario, que impera en la Ley 24.240.-

No debe soslayarse que, conforme su actual redacción el daño directo contemplado en el art. 40 bis de la LDC se refiere a*: todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata*

sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios...".-

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar este agravio dirigido a cuestionar la procedencia del daño directo y, en consecuencia, confirmar la Disposición impugnada al respecto.-

Por tales razones, corresponde confirmar la sanción impuesta por infracción a los arts. 4 y 19, como el daño directo dispuesto en el artículo 2 de la Disposición N° 88/2023 ODC.-

d) Falta de fundamentación de la sanción impuesta y el monto arbitrario de la multa:

A continuación, corresponde expedirse respecto los agravios referidos a la falta de fundamentación de la sanción impuesta y el monto arbitrario de la misma.-

Es oportuno señalar que en numerosas oportunidades los tribunales han dicho que la determinación y graduación de las penalidades correspondientes 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 sólo cede ante una manifiesta arbitrariedad (conf. esta Sala en SICA N° 24/2022 con cita a la causa: "M., W. c/ P. N. A.", 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" (conf. CNACont.Adm.Fed., Sala V, in re "Pinturerías Rex S.A. c/ DNCI s/ lealtad comercial - ley 22.802 - art. 22, 27/03/18, Cita Online: AR/JUR/3073/2018).-

En cuanto hace a la multa aplicada, el presupuesto de hecho para sancionar es la verificación de una infracción al régimen de la Ley N° 24.240 y ella, conforme surge del expediente y de lo ya señalado, es objetivamente suficiente a los fines de la defensa de los consumidores (doc. arts. 3° y 37, LDC; art. 6°, inc. "b", Ley VII Nº 22; conf. Buccheri, en "Manual", cit., p. 443; CAT, Sala A, SICA Nº 05/2015, SICA Nº 02/2015, SICA Nº 10/2014, entre otras).-

La autoridad de aplicación tuvo en cuenta los antecedentes de la denunciada en la Oficina de Defensa del Consumidor de Trelew, la importancia de la empresa denunciada a nivel nacional e internacional, que es una empresa prestigiosa dentro y fuera del país y que los consumidores confían en contratarla a la hora de realizar viajes aéreos, la importancia e interés de la consumidora en realizar el viaje y los perjuicios ocasionados a la Sra. S.-

Asimismo, la suma de $150.000 en concepto de multa se encuentra dentro de la escala prevista en el inc. b) del art. 47 de la Ley N° 24.240 -de $100 a $5.000.000.-

Por lo tanto, en el caso concreto no se advierte que la Disposición recurrida sea consecuencia de un desvío de las posibilidades reglamentarias aplicables en cuanto a la sanción de la infracción y su fundamento, por lo que debe ser confirmada en todo aquello que fuera motivo de agravio.-

V.- En cuanto a las costas por la actuación en esta instancia, en virtud de cómo se resuelve corresponde sean impuestas a la parte vencida (arts. 69 y 70 del CPCC). -

VI.- En lo referente a los honorarios profesionales por las tareas desempeñadas, teniendo en cuenta el resultado del pleito así como extensión y mérito de aquéllas, se regulan los correspondientes al Dr. E. C., letrado apoderado de la denunciada, por sus labores en esta instancia, en la suma equivalente de 11 JUS, incluyendo el plus procura torio (conf. arts. 5, 6, 7, cuarto párrafo, 13 y conc. de la Ley XII N° 4).

VII.- <u>Disidencia parcial del Dr. Sergio Rubén Lucero</u>:

Coincido plenamente con mis colegas de Sala, en lo atinente tanto del marco normativo que rige el caso como a la admisión y a la verificación de las infracciones de los arts. 4 y 19 de LDC y, por consiguiente, a la aplicación de la sanción en los términos del art. 47 de LDC a la proveedora de servicios aeronáuticos que fue denunciada en este caso.-

Sin embargo, y es aquí donde me aparto de la opinión vertida por los Magistrados prevotantes, considero que el daño directo (art. 40 bis) que fue concedido a favor de la denunciante fue decidido por la autoridad administrativa en un exceso de facultades dado que no se concretó en el momento procesal oportuno el planteo concreto -demanda propiamente dicha- de tal pretensión.-

A partir de ello, se constata que la postulación inicial del consumidor se realizó a través de la denuncia que luce a fs. 01/06 de estas actuaciones, contestada por la denunciada a fs.08/12; la siguiente presentación fue en la audiencia de conciliación en la que ratificó la denuncia realizada (ver fs. 16). Luego se concretó la imputación administrativa (fs.26) y por último, se dictó la resolución hoy recurrida.-

Esta reseña permite comprobar que, si bien la denunciante solicitó que se le devuelva el dinero abonado al precio actualizado a la fecha de su devolución, ello no importó más que el adelanto de su intención de pretender el “daño directo” de ser ello necesario por no encontrar solución a su interés en el etapa conciliatoria que se abriera con motivo de tal denuncia. --De manera tal que, si luego no concretó oportunamente su demanda por daño directo, esto es, al comenzar propiamente el contradictorio con la formulación de los cargos, y -eventualmente- con la demanda por daño directo correspondiente, su inserción en la condena devino en un exceso en el ejercicio de facultades de la autoridad de aplicación. Ello habida cuenta que la condena por daño directo no pretendido implicó

pronunciarse sobre una cuestión que, no siendo demandada por quien como mero denunciante instara el procedimiento administrativo de con finalidad conciliatoria y de verificación de infracciones a la LDC, no dio oportunidad a la proveedora imputada de defenderse. Dadas estas circunstancias, el otorgamiento de una reparación no solicitada por el peticionante importó incurrir en la violación del principio de congruencia y de la debida defensa (art. 18 CN) que a mi criterio no puede ser convalidado.-

Corresponde recordar que el proceso tramitado por ante la Oficina de Defensa al Consumidor de la Municipalidad de Trelew es de carácter administrativo. Y que, dicho procedimiento administrativo se rige por las normas de la ley especial (Ley VII N° 22 y su Dcto. Regl. 896/98), por las contempladas en la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley I N° 18) y por el Código Procesal Penal de la Provincia (Ley XV N° 9), normas a las que remite subsidiariamente. La remisión supletoria al proceso penal encuentra plena justificación y fundamento en que, a través dicho procedimiento administrativo especial, eventualmente, se concreta la potestad punitiva Estatal, de lo que se deriva naturalmente que, en tanto las eventuales sanciones que se resuelvan poseen naturaleza jurídica represiva -sanción-, el mismo se encuentra indudablemente alcanzado por los principios que rigen el derecho penal común por cuanto, por su intermedio se expresa el poder punitivo estatal.-

De otro lado, tal lo dispuesto por el art. 44 de la Constitución Provincial, es inviolable la defensa en juicio de la persona en todo procedimiento administrativo entendido con criterio amplio. Y, forma parte esencial de esta manda constitucional el resguardo del principio de congruencia, es decir, la adecuada relación entre lo demandado, controvertido -o bien, de lo que se haya podido controvertir- y el decisorio.-

Por consiguiente, la autoridad de aplicación de la Ley del Consumidor y del Usuario al fijar una indemnización en concepto de daño directo, por la suma de $ 82.665,22 con la actualización de intereses desde el 26/01/2022, lo hizo sin reparar que el mismo no había sido demandado en su momento oportuno (ver Disposición N° 88/2023, fs. 39 vta., artículo 2).-

Resulta pertinente señalar que el trámite del procedimiento administrativo a seguir se encuentra previsto de la compaginación y coordinación de los arts. 5 y 6 de la Ley VII Nº 22, su decreto reglamentario N° 896/98 y, sobre todo, atendiendo a las citadas normas supletorias. --Así pues, del juego armónico de los art. 26, punto 10º de la Ley I N° 18, que alude al principio de asistencia a la parte no instruida y de los arts. 58, 284 inc. 1º y 292, inc. 2º de la Ley XV N° 9, puede extraerse el siguiente procedimiento debido: a) fracasada la instancia conciliatoria la autoridad de aplicación debe informar al denunciante que aspira a la defensa de su interés particular, sobre la posibilidad de reclamar por el daño directo, quien debe manifestar su voluntad de hacerlo o no, de lo cual habrá de dejarse constancia

en la sede administrativa mediante el acta respectiva; b) una vez avisado e informado debidamente el administrado de tal posibilidad (recuérdese que no es exigencia legal la asistencia técnica letrada en dicha instancia administrativa), recién corresponderá labrar el acta de infracción o "acto administrativo de imputación - infracción".; c) labrada dicha acta de infracción, deberá ser notificada obviamente al proveedor imputado, pero también, al denunciante que manifestara antes su intención de demandar por el daño directo. Tal notificación al denunciante tiene como finalidad instarlo a que produzca formalmente su reclamo o pretensión del daño directo, debiendo precisar en qué consiste -indicar el daño inmediato sufrido- precisar el monto que pretende y ofrecer toda la prueba relativa a dicha pretensión; y, d) concretada la demanda del daño directo en tales términos se ordenará el respectivo traslado al proveedor -ahora sí, además de imputado, propiamente demandado- para que ejerza su defensa y ofrezca o aporte la prueba de la que quiera valerse en sustento de su defensa. Nótese que solo con la demanda del daño directo el denunciante se constituye como verdaderamente parte en el procedimiento especial que se abre con la imputación que efectúa la autoridad de aplicación.-

Advierto que aludo al concepto de "parte" atendiendo a la significación técnica - jurídica procesal de dicho término, cual es, "quien pretende y contra quien se pretende". Es decir, la calidad de denunciante no puede ser confundida con la calidad de parte, al igual que acontece en un proceso penal en los supuestos que el mismo se inicia por denuncia de un particular, quien para poder obtener el reconocimiento a una reclamación civil debe interponer su correspondiente demanda civil al momento de producirse la elevación de la causa a juicio constituyéndose recién allí, de tal forma, en propiamente parte. Pues bien, mal podría el tribunal que se expide en sede penal condenar a una reclamación civil sin que ésta haya sido demandada. Igual sucede en sede administrativa del consumo, si no se demando el daño directo.-

Esto que señalo no es fruto de la consideración de un procedimiento que me parezca más conveniente, sino que es derivado de la estricta aplicación puntual -y, agrego, de carácter indisponible para el juzgador- de la vía procesal indicada por las normas específicas que rigen el procedimiento a seguir por la autoridad de aplicación en la materia en esta provincia que ya he citado más arriba.-

Es de ver, que nada de lo reseñado se hizo en el procedimiento seguido en el presente caso. En tal contexto, se extrae que si bien la Sra. S. B. S. denunció la conducta de la empresa, F. y manifestó su intención de que se le reintegre el valor del pasaje a precio actualizado, nunca formuló oportuna y formal demanda por el daño directo en el momento procesal correspondiente y que es aquel en el que propiamente se abre el procedimiento administrativo especial previsto en la Ley VII N° 22.-

De tal manera, resulta notoriamente desacertada la disposición emitida por la Oficina del Consumidor del Municipio local al incluir un daño directo que no se demando y que, por ende, no pudo ser materia sobre la cual pudiera ejercer su defensa la proveedora.-

En resumen, lo realmente determinante para propiciar la revocación parcial, para dejar sin efecto la condena contemplada en el artículo 2° de la Disposición administrativa en crisis, es que a los fines del art. 40 bis de la LDC, el proveedor o prestador debe contar con la oportunidad de defenderse, lo que presupone conocer, de un daño directo concretamente demandado por el usuario o consumidor.-

Por todo ello y como propicio resolver opino que corresponde dejar sin efecto lo resuelto en el artículo 2 de la Disposición N° 88/2023 ODC (fs. 39 vta.).-

Según el criterio imperante en esta Alzada en casos como el de autos, las costas serán impuestas por su orden (art. 72 del CPCC).-

En cuanto a los honorarios profesionales, corresponde regular los correspondientes del Dr. E. C., letrado apoderado de la denunciada, por sus labores en esta sede, en la suma equivalente de 8 JUS (conf. Arts. 5, 6, 7, cuarto párrafo, y 13 de la Ley XII N° 4). Así lo voto.

VIII.- En su mérito, la sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew, **RESUELVE:**

I) CONFIRMAR en todas sus partes la Disposición N° 88--/2023 (13/06/2023) de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Trelew obrante a fs. 37/40, en cuanto ha sido materia de recurso y agravio.

II) IMPONER las costas generadas en esta alzada a la apelante vencida (arts. 69 y 70 del CPCC).

III) REGULAR los honorarios del Dr. E. C., letrado apoderado de la denunciada, por sus labores en esta sede, en la suma equivalente de 11 JUS, incluyendo el plus procuratorio.-

IV) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.-

SERGIO RUBEN LUCERO
JUEZ DE CAMARA (DISIDENCIA PARCIAL)

GUILLERMO NICOLÁS WALTER
PRESIDENTE

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CAMARA

REGISTRADA BAJO EL Nº 011 DE 2023 - SICA.- CONSTE.

PRISCILA ABIGAIL MONTENEGRO
SECRETARIA DE REFUERZO