

SENTENCIA NÚMERO: 153

En la Ciudad de Córdoba, a las horas del día diez del mes
de diciembre

de dos mil quince, se reunieron en Audiencia Pública los
Sres. Vocales de esta Excma. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y
Comercial, en presencia de la Secretaria autorizante en estos autos caratulados:
**“COMBINA JOSE ARMANDO Y OTRO C/ VIAJES FALABELLA S.A. –
ORDINARIO – CUMPLIMIENTO / RESOLUCIÓN DE CONTRATO –
RECURSO DE APELACIÓN (Expte. N° 2189784/36)”** venidos a los fines de
resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte
demandada, Dr. Rodrigo Giordano Lerena, en contra de la Sentencia Número
Doscientos Sesenta y Ocho de fecha diecinueve de junio de dos mil quince
dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia y Trigésimo Primera Nominación
Civil y Comercial, Dr. Aldo R. S. Novak, quien resolvió: **“I- Rechazar la
defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada Viajes
Falabella SA. II- Hacer lugar a la demanda interpuesta por los actores José
Armando Combina DNI 18.173.576 y Adriana Patricia Belli DNI 13.700.338,
en contra de Viajes Falabella SA y en consecuencia, condenar a la firma
accionada para que en el término de diez días abone a los actores la suma de
sesenta y tres mil novecientos sesenta pesos con dos centavos (\$ 63.960,02),**

con más intereses conforme lo establecido en el considerando respectivo y bajo apercibimiento de ejecución forzada. III- Imponer las costas a la demandada Viajes Falabella SA, a cuyo fin, regulo el honorario profesional del Dr. Gerardo Viramonte Moyano en la suma de veintisiete mil cuatrocientos seis pesos (\$ 27.406) con más la suma de cinco mil setecientos cincuenta y cinco pesos con veintiséis centavos (\$ 5.755,26) en concepto de IVA; el del perito oficial informático Pedro Ruiz Cresta y de la perito oficial psicóloga Erika Romina Lemos en la suma de cuatro mil cuatrocientos cuarenta y seis pesos con sesenta centavos (\$ 4.446,60 – 12 jus) a cada uno de ellos y el del perito oficial Félix Omar Quiroz en la suma de dos mil novecientos sesenta y cuatro pesos con cuarenta centavos (\$ 2.964,40 – 8 jus); no regulando el correspondiente al apoderado de la accionada, en función del art. 26 de la ley 9459. Prot...”-----

EL TRIBUNAL: se planteó las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿Es ajustada a derecho la sentencia dictada? 2) En su caso ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? -----

Previo sorteo de ley, los Sres. Vocales votaron de la siguiente manera:-----

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO A

LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:-----

I. Llegan las actuaciones a este Tribunal de Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia cuya parte resolutoria se encuentra transcrita más arriba.-----

Cámara Sexta de Apelaciones Civil y Comercial

Protocolo de Sentencias

Tomo:.....

Folio:.....

Secretaria: Eugenia Martinez Paz

A fs. 497/511 vta. corre adjunto el escrito de expresión de agravios, en el cual la recurrente expone los siguientes agravios:-----

En primer lugar, se queja por cuanto entiende que la sentencia ha interpretado incorrectamente el marco normativo aplicable. En esta dirección, señala que la ley N° 24.240 no era aplicable en forma principal sino subsidiaria porque se trata de un contrato de transporte aéreo; que el art. 63 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) expresamente dispone que el contrato de transporte aéreo no constituye técnicamente una relación de consumo o contrato de viaje o, al menos, que se exceptúa de su régimen en pos de otro régimen integral y especial, como el aeronáutico, que contempla y protege los intereses de los consumidores aéreos; que no se está en presencia de una relación de consumo o bien se está frente a un marco normativo especial y, por lo tanto, que no corresponde aplicar la LDC sin que ello no implique desproteger al pasajero sino aplicar el derecho aeronáutico; que el contrato incumplido fue el de transporte aéreo del cual la demandada no es responsable pues únicamente actuó como agencia intermediaria de acuerdo a la ley 18.829; que la interpretación efectuada por el tribunal ha pretendido salvar la omisión de la parte actora al no haber demandado a Air Comet S.A. a quien atribuye la calidad de único incumplidor. Refiere que quien vende u ofrece en venta un producto actuando en nombre de otro, no asume responsabilidad directa frente a los adquirentes por el incumplimiento de los terceros con los que contrata. Asimismo, que el a-quo

soslayó que la actividad de la demandada era la mera intermediación. Cita normativa del transporte aéreo internacional por hechos sucedidos durante la prestación de los servicios de transporte aéreo y refiere que la sentencia impugnada aplicó la LDC en desmedro de la normativa específica. Concluye que la demandada no debe responder por la inejecución o el cumplimiento defectuoso del contrato de transporte aéreo celebrado entre los actores y Air Comet S.A. dado que su función ha sido únicamente vincular al viajero con el organizador del viaje o transportista, lo cual dice haber realizado satisfactoriamente. Además, aduce que la demandada no puede ser asimilada a un transportista porque no lo es y que el vuelo cancelado da derecho al pasajero a la devolución del precio del pasaje a cargo de la aerolínea y no de la intermediaria. Menciona que ni siquiera directivas de avanzada en este campo abarcan a los operadores intermediarios en la dilatación de la responsabilidad frente al consumidor. Señala que la propia Directora de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia de Córdoba rechazó el reclamo formulado por los actores ante ese organismo en función de lo prescripto en el art. 63 de la LDC.-----

En segundo lugar, se queja de que la sentencia de primera instancia le endilgara que hubiera actuado de manera poco diligente en su intermediación para la devolución del precio de los pasajes. Señala que la decisión es arbitraria por ausencia de obligación legal o contractual o culpa en su actuar dado que, insiste, no estaba a su cargo ninguna gestión de recupero de lo pagado por un billete de pasaje vendido por ella de una transportadora que sobrevino en quiebra después

de la emisión del ticket. Aduce que la demandada realizó gestiones comerciales de cortesía cuando intimó a Air Comet S.A. a los fines que restituyera el dinero a los actores y que asimismo hizo más que lo que le es exigible por la ANAC, obrando en forma diligente aunque no estaba obligada a realizar los reclamos en nombre y representación de los usuarios afectados que habían contratado con Air Comet S.A. Señala que el a-quo se equivoca al considerar que la demandada percibió comisión o retribución por parte del cliente para atender sus requerimientos porque no existe prueba de ello. Insiste en que de la prueba documental surge que la demandada medió entre los actores y Air Comet S.A. para que ésta les reintegrara el precio de los pasajes e incluso realizó varias reprogramaciones de los vuelos pese a que su obligación se limitaba a la venta del ticket aéreo y a avisar las reprogramaciones de los vuelos que realizó la aerolínea.-----

En tercer lugar, se queja porque entiende que los rubros indemnizatorios reclamados eran improcedentes. Menciona que la demandada no fue responsable de los daños sufridos por los actores sino que celebró con la actora un contrato de intermediación de viaje pues sólo vendió los pasajes. Además, señala que no importa si la demandada cumplió o no con el deber de información que le impone el art. 4 de la LDC pues la ley es inaplicable al caso. Asimismo recuerda que la responsabilidad es limitada en el derecho aeronáutico.-----

En cuarto lugar, se queja porque el a-quo condenó a la demandada a reintegrar el valor de los pasajes pese a que nunca cobró o percibió dicho valor, el que fue abonado a Air Comet S.A. Señala que el caso “Schuster Matías Nicolás c/ Air Madrid” tenido en cuenta por el tribunal de grado es un *leading case* para exonerar de responsabilidad al intermediario, no para condenarlo.-----

En quinto lugar, cuestiona que se hubiera acogido el rubro daño moral pues insiste en que el causante ha sido un tercero por quien no debe responder.-----

En sexto lugar, cuestiona la procedencia del daño punitivo porque rechaza la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor y asimismo porque entiende que el juez ni ha identificado un hecho grave, ni que se hubiera causado un perjuicio a sabiendas o un proceder contrario a la buena fe de manera intencional. De manera supletoria plantea la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 sobre la base de la presunta violación de los principios de legalidad, non bis in ídem y del derecho de propiedad. Por último, formula reservas y solicita que se acoja el recurso, revocándose la sentencia impugnada, con costas. -----

A fs. 513/524 contesta agravios la parte actora, quien sostiene, respecto de cada punto: 1) que la contraria no ha planteado un agravio, sino que se ha limitado a exponer en abstracto diversas consideraciones sobre la ley aplicable, reiterando lo que había expuesto en primera instancia; que el Código aeronáutico no rige el conflicto de autos sino la responsabilidad de la agencia de viajes que es la empresa intermediaria entre la transportadora y el pasajero y que quedó a cargo de gestionar el reembolso del valor de los billetes ya abonados por su intermedio;

que los tratados internacionales sí fueron tenidos en cuenta en la sentencia y que sus precisiones no obstan la aplicación de la ley 24.240 y sus modificatorias. Refiere que la responsabilidad de la demandada no deriva del incumplimiento de Air Comet S.A. sino del incumplimiento de sus obligaciones en cuanto agencia intermediaria. Menciona que las normas genéricamente invocadas por la contraria no se refieren a la responsabilidad del intermediario en el iter de celebración y cumplimiento de un contrato de transporte, mientras que las demás normas también referidas por la demandada han sido expresamente analizadas en la sentencia recurrida. 2) Que el recurrente no ha criticado los argumentos del tribunal por los cuales llega a una conclusión contraria respecto a su conducta culposa sobre la base de los mismos elementos. En esta dirección señala que el tribunal se expresó sobre la falta de idoneidad de los elementos probatorios aportados por la demandada para acreditar su cumplimiento del deber de información. 3) Insiste en que no se aplica el derecho aeronáutico al caso de autos porque lo que se reclama a la agencia es que no se ocupó de gestionar e intimar la devolución del importe pagado por un pasaje de viaje desistido por sucesivas programaciones. 4) Refiere que Air Comet S.A. debió devolverle a Falabella Viajes lo recibido por su intermedio, pero que si ello no sucedió fue porque ésta no se ocupó de la gestión hasta cuando ocurrió el cese de vuelos al país de la transportadora. Señala que el agravio de la contraria no es tal sino que se basa en una errónea lectura de lo que la sentencia dice en punto a la obligación

tácita de garantía, pero que lo cierto es que a agencia de viajes se dejó estar y sólo reaccionó cuando se produjo el cese de operaciones a la Argentina. Refiere que los demás agravios son insuficientes y asimismo que el planteo de inconstitucionalidad es extemporáneo. Solicita el rechazo del recurso, con costas.

A fs. 526/548 vta. obra el dictamen del Sr. Fiscal de Cámaras, al que me remito en honor a la brevedad, siendo su criterio que debe hacerse lugar parcialmente al recurso de apelación, modificando el resolutorio sólo en lo relativo a la aplicación de la multa civil impuesta a la demandada.-----

Dictado y firme el decreto de autos, queda la causa en estado de ser resuelta a fs. 555.-----

II. La cuestión debatida. La cuestión traída a esta instancia consiste en determinar si es ajustada a derecho la sentencia de primera instancia que condenó a la agencia de viajes demandada por el incumplimiento del contrato de intermediario de viajes en perjuicio de una pareja que, habiendo adquirido en ella dos billetes de avión respecto de un vuelo que fue reprogramado en varias oportunidades por la compañía aérea y que finalmente no se llevó a cabo.-----

III. Plataforma fáctica del caso. A esta altura del juicio ha quedado firme que los Sres. José Armando Combina y Adriana Patricia Belli celebraron un contrato de intermediario de viajes con Viajes Falabella S.A. a los fines de obtener dos billetes de avión desde Buenos Aires y con destino a Madrid, España y sus respectivos vuelos de regreso, los cuales adquirieron a cambio de un precio. El vuelo de ida debía realizarse el 21/08/2009 pero fue reprogramado en varias

oportunidades por la aerolínea Air Comet S.A. Las modificaciones de fechas efectuadas por la aerolínea eran comunicadas a los clientes por la agencia de viajes. Finalmente, transcurrida la fecha en que debía hacerse el primero de los tramos aéreos y frente a las continuas reprogramaciones del vuelo, los clientes cancelaron el viaje y solicitaron a la agencia de viajes que gestionara la devolución del dinero erogado. La agencia, dando curso al pedido efectuado por los clientes, asumió dicha tarea. La aerolínea cayó en quiebra antes que las gestiones de la agencia concluyeran satisfactoriamente y, en consecuencia, a los clientes, hoy actores, no se les reintegró el dinero por el viaje no realizado.-----

IV. El marco normativo aplicable. El eje del argumento de los recurrentes es que la ley N° 24.240 no es aplicable en forma principal sino subsidiaria porque se trata de un contrato de transporte aéreo. Invoca como fundamento el art. 63 de la LDC.-----

La sentencia claramente ha señalado que el contrato base de la acción es el de intermediario de viajes celebrado entre las partes, cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso por la agencia de viajes es alegado por los actores como fundamento de la pretensión en su contra. Se constata de autos que los actores no han demandado a la agencia por la frustración del viaje, sino porque aducen que ésta se comprometió a gestionar la restitución de su dinero y que fue negligente al respecto. En esta dirección, no se encuentra controvertido que los actores no han recibido el dinero oportunamente erogado.-----

Redefinida la cuestión en los carriles dentro de los cuales se introdujo la demanda y fue resuelta en primera instancia, es evidente que las normas del transporte aéreo de personas no resultan aplicables, lo que descarta el supuesto alcance subsidiario de la normativa referente a consumidores y usuarios y, con ello, el argumento de la apelante.-----

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 (vid. 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; Barreiro, Karina M., “La responsabilidad de las agencias organizadoras de viajes frente al viajero por el incumplimiento en el deber de informar”, LA LEY, 2008-F, 382; Rinesi, Antonio J., “Protección del consumidor de servicios turísticos”, en Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. II, p. 199 y ss.; 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; Tale, Camilo, Contrato de viaje. Responsabilidad de las empresas de turismo por incumplimiento y por daño al viajero, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1, p. 269, 281 y ss., citados en: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A,

“M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otro s/ daños y perjuicios, 24/08/2015”,
La Ley Online, Cita online: AR/JUR/28309/2015).-----

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 N° 24.240 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 (en adelante, “Convención de Bruselas” o “la Convención”), a la ley N° 18.829 de agentes de viaje dictada en su consecuencia, con su decreto reglamentario N° 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 N° 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 debe asegurárseles 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”*.-----

En punto a la responsabilidad del intermediario de viajes, la Convención dispone que éste responde de los actos y omisiones de sus empleados y agentes cuando

éstos actúen en el ejercicio de sus funciones, como si fueran propios (art. 21) y por toda falta que cometa en la ejecución de sus obligaciones, debiendo apreciarse dicha culpa en relación con los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes (art. 22). El primer supuesto es equivalente a la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 del C.C. derogado, art. 1753 del C.C.C.) y en el segundo caso el factor de atribución es subjetivo, esto es, basado en la culpa profesional.-----

Ahora bien, respecto del segundo supuesto, las normas que protegen a usuarios y consumidores son claramente más favorables al viajero turista desde que consagran un régimen objetivo de responsabilidad, invierten la carga de la prueba en favor de la parte más débil de la relación de consumo e imponen deberes especiales a cargo de quienes prestan servicios, calidad que es atribuible al turismo.-----

Es por ello que, en cuanto se superpongan normas de la Convención con normas de la LDC, el régimen de responsabilidad objetivo previsto en la LDC debe primar sobre el subjetivo basado en la culpa profesional establecido en la Convención Internacional sobre Contratos de Viaje que Adhiere al Concluido en Bruselas el 23/04/1970, pues se trata de disposiciones especiales más favorables a los viajeros que desplazan a aquellas, resultando la posibilidad de ese desplazamiento normativo del propio texto de la Convención.-----

La interpretación que propicio es conteste con la efectuada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H en autos: “Bolardi, Melina Leticia c. Asatej S.R.L. y otro s/daños y perjuicios”, de fecha 04/10/2012 en la cual se tuvo en cuenta que la obligación de garantía del art. 1198 del C.C. y el deber de seguridad del art 5 de la LDC, cuyo factor de atribución es objetivo, debían primar sobre el factor de atribución subjetivo de la Convención. Comentando dicho fallo se sostuvo: *“teniendo en cuenta que consideramos al contrato de servicios turísticos como un contrato de consumo, nos permite inferir que se debe armonizar la normativa internacional con el artículo 42 de nuestra Carta Magna que dio rango constitucional a los derechos de los usuarios y consumidores y con la Ley 24.240 que es de orden público.”* (conf. RITTO, Graciela B., La relación de consumo en el contrato de servicios turísticos, DJ 10/04/2013, 13, Cita Online: AR/DOC/79/2013).-----

Se ha dicho en esta línea de pensamiento: *“Es que 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 (efectuado 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 escapan 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. 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 —como sucedió en autos— (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 más idóneo 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.-----

Resta decir que la circunstancia que en sede administrativa la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia de Córdoba hubiera rechazado el reclamo formulado por los actores en función de lo prescripto en el art. 63 de la LDC no empece lo antes señalado, desde que las resoluciones adoptadas en dicha sede administrativa, no impiden al órgano judicial la recta aplicación del derecho vigente. Así, lo resuelto en aquella sede no causa estado ni condiciona la decisión judicial.-----

Por los fundamentos expuestos, se rechaza el primer agravio.-----

V. Las obligaciones a cargo de la agencia intermediaria de viajes y el deber de responder por su incumplimiento.-----

Por otra parte, contrariamente a lo sostenido en instancia apelatoria por los recurrentes, el contrato de transporte aéreo entre Air Comet S.A. y los actores no tiene incidencia alguna sobre la aplicación directa o no de las normas que protegen a los consumidores puesto que, como señala la sentencia recurrida, lo que aquí se discute es si la agencia de viajes ha incumplido o cumplido deficientemente sus obligaciones como intermediaria de viajes en relación la conducta que le era exigible de buena fe, conforme a las circunstancias, para con

sus clientes, una vez que éstos se opusieron a las continuas reprogramaciones de los vuelos efectuadas por la aerolínea e informados por la agencia de viaje y le solicitaron a esta última que gestionara la restitución del dinero.-----

V.1. Cabe advertir que, dado que el incumplimiento que suscita los presentes se endilga directamente a la demandada, no como consecuencia de la frustración del vuelo sino por no haber obtenido el reintegro del dinero abonado a la aerolínea, la causa es diferente a los autos: “Schuster, Matías Nicolás c. Air Madrid y otro”, de fecha 13/04/2010 dictados por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C (Cita online: AR/JUR/21626/2010) en donde se reclamaron daños y perjuicios contra la línea aérea y la agencia de viajes frente a la cancelación de un vuelo para el cual el actor había adquirido pasajes en una agencia de viajes.-----

V.2. La apelante sostiene -en la alzada- que asumió una actitud de cortesía e invoca que no le correspondía gestionar la devolución del dinero a los clientes por no tener obligación legal o contractual de recuperar lo pagado por los billetes de avión vendidos de una transportadora que sobrevino en quiebra después de la emisión de los tickets aéreos.-----

La regla que sienta la Convención a la que hemos hecho referencia es que el intermediario de viajes no responde por el incumplimiento, total o parcial de los viajes, estadías u otros servicios que constituyen el objeto del contrato (art. 22.3) y al respecto ya hemos dicho que no ha sido tal incumplimiento el que motivó los presentes.-----

Por su parte, el art. 14 del Decreto Ley 2182/72, reglamentario de la ley N° 18.829 sienta como regla general que las agencias de viajes serán responsables por *“cualquier servicio que hayan comprometido ellas”*.-----

Ahora bien, de las constancias de la causa y de acuerdo con los términos en que quedó trabada la litis surge que una vez que los actores solicitaron a la agencia de viajes que gestionara la restitución del precio de los pasajes, ésta asumió dicho compromiso frente a los clientes. Es decir que, desde un inicio la agencia de viajes asumió una obligación frente a los actores que encontraba su causa en el contrato de intermediario de viajes.-----

En esta dirección debe interpretarse la carta documento enviada por personal de viajes Falabella S.A. al Sr. José Combina con fecha 12/01/2010 en la cual se lee:

“En nombre y representación de viajes Falabella SA y siguiendo expresa instrucciones de mi mandante... como intermediaria de viajes cumplió con su deber solicitando la devolución de los aéreos no utilizados a la compañía aérea...” (fs. 25, la negrita me pertenece). De allí que luego la recurrente no pueda pretender desconocer sus propios actos alegando que su actuación obedeció a razones de cortesía con sus clientes. Por el contrario, lo cierto es que la agencia de viajes entendió que era su deber como intermediaria de viajes aceptar la gestión encomendada por sus clientes.-----

Las actividades que califican la actuación de las agencias de viajes incluyen la prestación de cualquier otro servicio que sea consecuencia de las actividades

específicas de los agentes de viajes (art. 2 inc e) del Decreto N° 2.182/1972), de modo que si la agencia se comprometió frente a los clientes a obtener la devolución del dinero por ellos abonado, dicha prestación constituye una actividad propia de su actuación y no una mera actuación de cortesía. Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 28 del Decreto N° 2.182/1972, la propia agencia de viajes tenía derecho a demandar la anulación de contratos e indemnización por incumplimiento del transportista por haber suspendido o postergado el viaje contratado por los clientes (inc. b) de manera que, de haber cumplido diligentemente lo solicitado por los actores, no se hubiera visto en la necesidad de sufragar el costo de los pasajes de su peculio.-----

V.3. Aparece como razonable que si dos personas concurren a una agencia de viajes para comprar tickets de avión pagando un precio por el servicio de intermediario y reciben a través de su intervención toda la información proveniente de la aerolínea (vg. reprogramación de fechas de vuelo), la agencia debe canalizar también la información y los reclamos de éstos hacia aquella. Parece evidente que la obligación que asume un intermediario de viajes frente a las partes no se agota con entregar los billetes de avión al viajero, como refieren los recurrentes, sino que se extiende a todas las tareas en orden a servir de puente en la comunicación entre ellos y que debe ser llevada a cabo según el parámetro que establece el art. 22 de la Convención, esto es, el de un “*diligente intermediario de viajes*”.-----

En punto a las prestaciones del intermediario ha referido la jurisprudencia que éste trabaja por una comisión que es en contraprestación de servicios tales como asesoramiento, ofreciendo a los usuarios seguridad y confiabilidad al elegir la alternativa de vuelo, coligiendo que la actividad del recurrente no puede reducirse a la mera entrega de boletas de la línea aérea que se pueden obtener sin dificultad desde el propio y personal ordenador (conf. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, “Elizalde, Juan Manuel y Giori, Natalia c. Patsa Turismo S.R.L. s/ daños y perjuicios”, 28/08/2014, LLNOA 2015 (marzo), 146 con nota de Ignacio A. Vatteone, LLNOA 2015 (junio), 530, Cita online: AR/JUR/74238/2014).-----

V.4. En último caso, la circunstancia que efectivamente la agencia se hubiera mostrado solícita a gestionar la devolución del dinero debe entenderse enmarcada en lo que las partes entendieron que era su deber, obrando con cuidado y de buena fe (art. 1198 del C.C., actual arts. 9, 961, 1061 y 1063 del C.C.C.).-----

Asumida esta obligación por el intermediario de viajes, debía asegurar su cumplimiento de manera diligente (art. 22 inc. 1 de la Convención), lo que no fue probado en autos por la agencia de viajes demandada sobre quien pesaba la carga de acreditar (con fundamento en las normas consumeriles, como asimismo en lo dispuesto por el art. 1735 del C.C.C.) que realizó las gestiones asumidas de una manera idónea, oportuna y diligente siendo que, además, se trata de un

profesional a quien se le exige un estándar de responsabilidad agravado (art. 902 del C.C., art. 1725 del C.C.C).-----

En este orden, la sentencia de primera instancia ponderó adecuadamente -sin que ello hubiera sido motivo de agravios- las pruebas aportadas que dieron cuenta que la única gestión que se verifica fehacientemente cumplida por Falabella viajes respecto de la pretendida devolución de lo pagado por los actores fue una carta documento enviada recién con fecha 16/12/2009 (fs. 52), una vez que habían transcurrido casi cuatro meses desde que los viajeros le solicitaron que realizara las gestiones de reintegro.-----

Siendo que existían elementos suficientes para pensar que la empresa aerolínea que atravesaba una crisis interna estaba por quebrar y que a la agencia de viajes se le exige un accionar agravado por ser un experto en el área de su desempeño, es claro que debió dar trámite y continuar las gestiones a los fines de obtener la restitución del dinero con la premura del caso, lo que no luce satisfecho habida cuenta que los resultados no fueron obtenidos y que tampoco hay elementos probatorios que permitan concluir lo contrario.-----

Aún más, los términos en que se sucedieron las comunicaciones entre las partes dan cuenta que ya el 19/28/2009 la agencia informó al actor que la compañía aérea había aceptado devolver el dinero (fs. 22) y reconoció que -a noviembre de 2009- **la demora en la devolución estaba en manos del Gerente General de la agencia** de viajes pero que lo mantendrían al tanto de las novedades (fs. 23, la negrita me pertenece). La circunstancia que la parte demandada haya

obstaculizado la realización de la prueba pericial idónea a los fines de verificar que los correos electrónicos fueron enviados desde la agencia de viajes (fs. 291/293) es un claro indicio de que su contenido es cierto. Además, son contestes con el contenido de las cartas documentos de fs. 24 y 52 de fechas posteriores.---

V.5. A mayor abundamiento, resulta importante mencionar que tampoco se practicó la pericial contable ni pudo analizarse la documental de la agencia de viajes porque el personal administrativo de ésta manifestó que no tenía la información requerida (fs. 311) e igualmente se destaca que la Resolución N° 26.941/1999 de la Superintendencia de Seguros De La Nacion (S.S.N.) emitida el 17/08/1999, (B.O. 23/08/1999 - ADLA1999 - D, 4495, Cita Online: AR/LEGI/0CWK) regula la póliza de seguro de caución en garantía de la actividad de los agentes de ventas de pasajes y/o de cargas I.A.T.A., y no se ha determinado si ella fue cobrada por la demandada.-----

V.6. En definitiva, queda claro de lo expuesto que la intermediaria no debe el dinero de los pasajes por el incumplimiento de la aerolínea, sino como consecuencia de no haber obtenido la restitución del dinero a la cual se obligó frente a sus clientes con fundamento en el contrato de intermediario de viajes celebrado entre ellos. De allí que no sea relevante que la agencia no hubiera percibido para sí el dinero sino que lo hubiera percibido en carácter de intermediaria, para la aerolínea, pues lo importante es que se comprometió a su restitución, lo que no se realizó. Su responsabilidad queda establecida, sea que se

le impute la responsabilidad subjetiva derivada de la Convención –ya que la demandada no probó haber realizó las gestiones necesarias como un diligente intermediario de viajes-, sea que se le impute la responsabilidad objetiva como consecuencia de no haber logrado el resultado prometido.-----

VI. Estatuto del consumidor y el deber de información a cargo de la intermediaria de viajes.-----

El caso puede ser encuadrado desde la perspectiva que el contrato de intermediario de viajes imponía un deber de información, también con factor de atribución objetivo, cuya violación acarrea el deber de responder de la agencia, como se analiza a continuación.-----

VI.1. En la causa: "TABARES, VANESA MARIANA C/ PLAZA MOTOS S.A. Y OTROS - ORDINARIO - CUMPLIMIENTO / RESOLUCION DE CONTRATO - RECURSO DE APELACION" Expte. N° 1909187/36" Auto N° 98 27/04/2011), entre otras (“**GERVAN, Nora Natalia c/ FORD S.A. y otros - ABREVIADO - COBRO DE PESOS**” Expte. N° 1959605/36, Sentencia N° 34 de fecha 25/03/2014, “**PLANTE, LUCIANO MARCO C/ DE LOREDO, MARIO ALBERTO – RECURSO DE APELACIÓN EXPED. INTERIOR (Civil) – ABREVIADO – DAÑOS Y PERJUICIOS - EXPTE. N° 2563789/36**”, Sentencia N° 16 de fecha 05/03/2015), este Tribunal ha señalado que desde la sanción de la ley 24.240, nuestro país pretendió otorgar al consumidor un estatuto especial y protectorio dado su carácter de parte débil de la contratación frente al proveedor. Las relaciones de consumo se caracterizan

por una desigualdad estructural entre los proveedores y los consumidores o usuarios, que se expresa en la asimetría de información, en las diferencias de poder económico y comercial y, en definitiva, en la totalidad de las esferas de interacción. Este desequilibrio es el que justifica la protección adicional que el ordenamiento jurídico debe proporcionar a la parte más débil de dicha relación, en tanto que la preceptiva del consumidor tiende a paliar la desigualdad de las partes.-----

El reconocimiento constitucional de esta situación llega con la incorporación del artículo 42 de la Constitución Nacional en la reforma de 1994. Allí se establece que: *“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. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de*

control.”-----

Al hacer expresa referencia a la “*relación de consumo*”, se pone de manifiesto la existencia de una vinculación jurídica compuesta por dos elementos básicos: por una parte, el sometimiento de los consumidores al poder de los titulares de los medios de producción como consecuencia del sistema capitalista en el que nos encontramos inmersos y, por otra parte, la necesidad ineludible de la tutela de los derechos de los consumidores. Así, el principio protectorio se erige en la norma fundante del sistema y sobre la cual se asienta el resto del sistema.-----

Desde la sanción de la ley 26.361, la protección va mucho más allá fijando como único recaudo el de revestir el carácter de destinatario final. -----

Puntualiza Molina Sandoval que la referida ley modificatoria, consolida el principio *in dubio pro consumidor* en el art. 3 del régimen, aclarando aún más el concepto, acerca de que si la duda concierne a la interpretación de los principios establecidos, debe estarse a favor del consumidor – “débil contractual” (véase, Molina Sandoval Carlos, *Tratado de Derecho Federal y Leyes Especiales*, Palacio de Caeiro, Silvia B. (dir.), Caeiro Palacio, Eduardo S. (coord.), La Ley, Bs. As., 2013, p. 1104).-----

A su vez, el art. 4 de la LCD (sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008), que establece: “*Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita*

para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.”.-----

En lo que concierne al deber de información que deben asegurar las agencias de viajes se ha dicho que: “... *las normas tuitivas de los consumidores y usuarios lleva a poner el acento en el deber de información que dimana tanto del art. 42 de la Constitución Nacional como del art. 4 de la ley 24.240. Es sabido que en las relaciones de consumo ese deber se ve particularmente acentuado, y abarca tanto la etapa precontractual como la contractual propiamente dicha. En la primera de ellas, la información tiene por finalidad que el consumidor tome una decisión razonada, en conocimiento de todas las características de las cosas o servicios que adquiere, las condiciones de comercialización, etc. En cambio, en la etapa contractual (en la que cabe enmarcar la cuestión debatida en el sub lite) su finalidad es la de garantizar una ejecución satisfactoria del contrato, lo que constituye un factor íntimamente vinculado al principio cardinal de la buena fe (Stiglitz, Rubén S., “Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo”, LA LEY 2009-B, 1085; Rinesi, Antonio J., “Relación de consumo y derechos del consumidor”, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 144; Junyent Bas, Francisco A. - Garzino, María C., “El deber de información al consumidor”, LA LEY 2012-B, 1159; Mosset Iturraspe, Jorge - Wajntraub, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 68).” (conf. Cámara Nacional*

de Apelaciones en lo Civil, sala A, “M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otros/ daños y perjuicios”, 24/08/2015, La Ley Online, Cita online: AR/JUR/28309/2015).-----

VI.2. La relación entre el intermediario de viajes y el deber de información ha sido analizado en doctrina en los siguientes términos: “... *este rol de intermediario obliga al agente de viajes a cumplir con un especial deber de información para con el turista, no solo en relación a las condiciones y particularidades de su servicio, sino también de los servicios por los que intermedia, que a excepción del momento de uso y goce de dichas prestaciones, los prestadores no tienen contacto alguno con el consumidor. La jurisprudencia en nuestro país ha tomado posiciones un tanto radicales frente a los contratos turísticos, fundamentalmente a partir de la vigencia de los derechos del consumidor, pasando de contemplar una atribución subjetiva de responsabilidad de los prestadores de servicios turísticos a una responsabilidad objetiva, solidaria e integral. Por un lado ha centrado la atención en la atribución de una responsabilidad subjetiva para con los prestadores de los diversos servicios turísticos, sustentada en el código civil, para el contrato de transporte terrestre y el contrato de alojamiento turísticos; en tratados internacionales, como la Convención Internacional de Contrato de Viajes, aprobado a mediados de la década del 70 por Ley 19.918, para los contratos de agencias de viajes; o bien desde la Ley 20.094 para los contratos de transporte de personas por agua; y desde la Ley 17.285 -Código Aeronáutico- para los contratos de transporte*

aéreo de personas. Sin perjuicio de la denuncia que Nuestro Estado mayor ha hecho respecto del Convenio de Bruselas, determinando su inaplicabilidad, en nuestro país, para la regulación del contrato de agencia de viaje, el marco normativo ha cambiando sustancialmente para los contratos de turismo a partir de la ley 24.240 y la reforma constitucional de 1994, pues todos estos contratos consolidan una relación de consumo, (a excepción de los contratos de transporte aéreo, conforme los términos del Decreto Nacional 565/2008 el cual vetó la modificación del artículo 63 de la Ley de Defensa del Consumidor, modificada por la Ley 26.361), y por tanto su alcance con todo lo que ello implica. Por otro lado se ha inclinado a reconocer la asimetría de las partes contratantes, reconociendo las ventajas de la parte prestadora, frente al consumidor, exigiendo un cabal cumplimiento del deber de información en la etapa precontractual, enfatizando la importancia de poder contar con toda la información suficiente como para elegir, con suma razonabilidad, contratar o no el servicio objeto del contrato. Ya sea en prestadores de servicios como los intermediarios de estos, todos ellos, en menor o mayor medida, según la naturaleza del servicio contratado, deben cumplir con dicho deber.” (conf. DANGELO, Martinez, Federico, “La libertad contractual en los contratos de turismo”, DJ 26/10/2011, 1, Cita Online: AR/DOC/2725/2011).-----

El actual art. 1100 del C.C.C. establece que “El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de

todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión” (la negrita me pertenece).-----

VI.3. Se advierte de la causa que con fecha 07/01/2010 (fs. 24) desde Falabella viajes se remitió una carta documento al Sr. Combina para comunicarle que se había procedido a solicitar la devolución del boleto aéreo según fecha de solicitud de devolución por **sistema BSP Link** 19/08/09 sin que a aquella fecha el importe hubiera sido acreditado según el sistema BSP IATA. En la misma carta documento se le informa al actor que era el **único legitimado** para realizar el procedimiento de reclamación directa ante Air Comet S.A. de acuerdo con el comunicado oficial del 28/12/2009 del Ministerio de Fomento del Gobierno Español. Por otro lado, de la documental aportada por la parte demandada al contestar la demanda (fs. 56) y que fuera incorporada luego mediante oficio a fs. 157/158 surge que conocía que con fecha 22/12/2009 IATA había informado que la aerolínea había cesado todas sus operaciones y que **las agencias de viaje debían “cesar inmediatamente toda transacción de emisión de tickets y de reembolsos a través de los GDSs y de BSPlink” y “liquidar todos los montos pendientes directamente con Air Comet” así como contactar en forma directa con la aerolínea para reembolsos o cualquier información adicional** (las negritas me pertenecen). De allí que a la fecha en que la demandada cursó la

carta documento a la parte actora, conocía que el **sistema BSP Link** ya no era el idóneo a los efectos de obtener el reembolso del dinero al que se había comprometido, sino que **debía gestionar directamente el pedido con la aerolínea**. No obstante, informó al cliente que estaba dando curso a su pedido que -insisto, ya no podría prosperar por esa vía- y, al mismo tiempo y contradictoriamente, informó que los actores debían realizar el trámite personalmente ser los únicos legitimado para ello. Por un lado, debe tenerse en cuenta que I.A.TA indicó que las agencias de viajes podían continuar con el trámite directamente ante la aerolínea (fs. 157/158) lo que permite concluir que lo informado por la agencia de viajes no era, al menos, claro, preciso ni verdadero. Por otro lado, aquella carta documento generó un estado de incertidumbre en el cliente -quien no supo, por la contradicción existente en el documento, si finalmente la agencia estaba gestionando o no su pedido-, lo cual resulta incompatible con el deber de información previsto en el art 4 de la LDC, art. 1100 del C.C.C., máxime cuando contiene información inexacta, insuficiente y poco clara, siendo que la agencia podía continuar con la gestión comunicándose directamente con la aerolínea.-----

Por otro lado, tampoco se ha aportado prueba alguna tendiente a acreditar que la agencia de viajes hubiera adoptado, respecto de sus clientes, las recomendaciones brindadas por la Asociación Argentina de Agencias de Viajes y Turismo (fs. 164/168) ni que les hubiera proporcionado información adecuada, oportuna, clara

y precisa en la dirección que tales recomendaciones apuntaban, pese a estaban destinadas a los pasajeros afectados por el cese de las operaciones de la aerolínea Air Comet. De todo ello se colige que la demandada no cumplió con el deber de información que le era exigible en razón del contrato de consumo que la vinculaba con sus clientes.-----

Las particulares circunstancias del caso y, en especial, la información a la que tenía acceso la agencia de viajes ameritaban que brindara a los clientes toda la información disponible sobre el cese de las actividades de la empresa aerolínea y agotara todas las vías tendientes a lograr el reintegro del dinero al que se comprometió, máxime cuando los clientes fueron precavidos y manifestaron su intención de obtener dicho reintegro varios meses antes que se hiciera pública la quiebra de la empresa. En ese marco, la recurrente no puede invocar que su deber había terminado entregando los pasajes ni que actuó por cortesía con respecto al pedido formulado por sus clientes. Sobre la intermediaria de viajes pesaba un deber de información cuyo cumplimiento deficiente es razón suficiente para atribuirle el resultado dañoso, esto es, la pérdida del dinero que oportunamente abonaron los clientes por los pasajes.-----

VI.4. La violación del deber de información que pesa sobre la agencia de viajes por tratarse de una prestadora de un servicio de turismo genera el deber de responder de manera objetiva, por lo que la supuesta ausencia de culpa de su parte carece de relevancia.-----

VI.5. Ello es conteste con lo resuelto en otros precedentes jurisprudenciales. En esta dirección se resolvió que una empresa de turismo demandada debe reintegrar la suma de dinero pagada por los actores por los pasajes aéreos que no pudieron utilizar debido al concursamiento de la compañía aérea pues, frente a la cancelación del viaje, se limitó a informarles que debían tratar con aquella, lo cual importó una omisión al deber de colaboración que exige el principio de buena fe que rige toda la relación contractual -art. 1198, Código Civil- (Conf. VASALLO, Carlos María, “Responsabilidad del agente de viajes”, RCyS 2010-X, 122”, 2).-----

VII. Daño moral. Establecido que el daño fue el resultado del incumplimiento de la agencia de viajes, en los términos antes referidos, no cabe admitir el argumento de la recurrente en el sentido que el daño moral no procede por haber sido causado por un tercero por quien no se debe responder. A su vez, el agravio de la recurrente es meramente formal, desde que se limita a referir la falta de elementos de convicción sobre el punto, cuando se observa que la sentencia ha tomado en cuenta, a los fines de tener por existente el daño moral y de cuantificarlo, la declaración testimonial del Sr. Mole así como las pericias psicológicas practicadas a los actores (conf. fs. 470/470 vta.). Ello así, el agravio carece de entidad a los fines de revisar lo resuelto por el tribunal de primera instancia.-----

Además, en autos se encuentran probados los diferentes reclamos que debió

realizar el actor a la agencia de viajes después que ésta se comprometiera a reintegrarle el dinero (fs. 23) e incluso le indicara un plazo para ello (fs. 22), incluso debió concurrir a Defensa del Consumidor a los fines de resguardar el derecho que le había sido vulnerado -pese a que ni siquiera allí obtuvo respuesta favorable- y finalmente debió acudir ante el Poder Judicial a efectos de reclamar para sí un trato digno y equitativo. En esta inteligencia, es preciso señalar, que los hechos referidos en la demanda y acreditados en esta sede, poseen virtualidad suficiente a los fines de producir en los actores un estado de desasosiego, preocupación y angustia, que excede las incomodidades que puede generar cualquier incumplimiento contractual. Así la cuestión, la indemnización incluye la reparación de las afecciones espirituales legítimas así como de las que resultan de la interferencia en el proyecto de vida de los actores (arts. 1738 y 1741 del C.C.C.; el primero concuerda con el art. 522 del C.C. derogado) siendo que, sin dudas, este último se vio alterado no sólo con la frustración del viaje que abonaron -cuestión no imputable a la demandada- sino especialmente con la falta de devolución de lo que erogaron para realizarlo -lo que sí se atribuye a la demandada, por las razones que se han desarrollado.-----

VIII. Daño punitivo. En vistas al marco normativo de los presentes, que incluye la LDC, no es procedente el argumento de la recurrente en el sentido que el daño punitivo no puede aplicarse por resultar aquella inaplicable al pleito.-----

Le asiste razón a la demandada en cuanto a que no se ha identificado un hecho grave de su parte ni que hubiera causado un perjuicio a los actores a sabiendas o

con un proceder contrario a la buena fe de manera intencional, lo que conduce a revisar la sentencia en este aspecto.-----

VIII.1. Este tribunal ha explicado en autos: “PERALTA, JOSE ARIEL C/ MOTO 10 Y OTROS – ABREVIADO – CUMPLIMIENTO/RESOLUCION DE CONTRATO – RECURSO DE APELACION – EXPTE. N° 1937721/36”

(Sentencia N° 133, de fecha 05/11/13) que: "*Los daños punitivos han sido definidos como "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro"* (Pizarro, Ramón Daniel, *Daño Moral*, p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996.).-----

Ante determinadas situaciones lesivas, la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos nocivos del ilícito. -----

Frente a esto, la Ley de Defensa al Consumidor 24.240 (texto agregado por la ley 26.361) introdujo un sistema de multas.-----

El art. 52 de la mencionada ley establece: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos

solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley."-----

Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.-----

Se ha sostenido en doctrina que dichas indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. Y Pizarro, Ramón D., en Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, publicado en L.L. 2009 – B – 949), como así también que su reclamo requiere: "... a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro (cfr.: Cornet, Manuel - Rubio, Gabriel Alejandro, "Daños Punitivos", en Anuario de Derecho Civil, T. III, p.32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997).-----

Dicho instituto de carácter excepcional, debe ser empleado con prudencia frente a una plataforma fáctica que evidencie claramente, no sólo una prestación defectuosa del servicio, sino también una intencionalidad de obtener provecho económico del accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones.--

Resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto y que exista una grave inconducta, ó que se haya causado un daño obrando con malicia, mala fe, grosera negligencia.-----

Su procedencia requiere un elemento subjetivo que se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia.-----

Recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV(CCivyComRosario) (Sala IV) en autos: “Vazquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/daños y perjuicios” Publicado en: LA LEY 17/10/2012, 17/10/2012, 10 - LLLitoral 2012 (octubre) , 950, con nota de Marcelo G. Gelcich; RCyS 2012-XI , 66, con nota de Guillermo C. Ríos; Cita Online: AR/JUR/40764/2012, sostuvo: “...Así, los “daños punitivos” han sido definidos como aquellos “otorgados para castigar al demandado por una conducta particularmente “grave”, y para desalentar esa conducta en el “futuro”. También se lo define como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Conf. Pizarro, Ramón D., “Daños punitivos”, en “Derechos de Daños”, 2a. Parte, La Rocca, Bs. AS., 1993, P. 291/292; Citado en Picasso, S, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, Suplemento especial, LL, “Reforma a la ley de defensa del consumidor abril del 2008). Empero no están relacionados con la actuación en juicio y según lo tiene sentados esta Sala haciendo una interpretación “restrictiva” del mismo, dijo en antecedentes que no cualquier incumplimiento contractual puede dar lugar a la

condena de pago de daño punitivo, perjuicio que se vincula a la relación costo-beneficio de los co-contratantes”.-----

De la lectura del art. 52 bis de la LDC se sigue que la primera constatación que se deriva del texto legal es que la procedencia de la multa civil requiere, en principio, como “único presupuesto”, esto es, que el proveedor no cumpla las obligaciones legales o contractuales con el consumidor.-----

Irigoyen Testa cuestiona la lectura lineal del artículo y entiende que no es suficiente el incumplimiento, sino que también se requiere tener en consideración la conducta del demandado y el riesgo que dicho comportamiento ha traído aparejado para poder definir la eventual procedencia de la sanción (IRIGOYEN TESTA, Matías, ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, t. 5, Córdoba, 2009, p. 111).-----

Desde esta perspectiva, Mosset Iturraspe y Wajtraub señalan a modo de síntesis cuáles son los requisitos que deberán reunirse a los fines de poder aplicar la multa civil: a) El proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; b) La parte perjudicada debe solicitar su aplicación; c) La graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso; d) La pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder; e) Responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan y f) Se

fija un tope de cinco millones de pesos.-----

En esta inteligencia, resulta patente que los recaudos enumerados por los juristas citados deben articularse adecuadamente en cada caso concreto. -----

VIII. 2. Reproduciendo las conclusiones del Sr. Fiscal de Cámaras en cuanto a que la falta de beneficios obtenidos por el incumplimiento por parte de la demandada sumado a la ausencia de reiteración comprobada del incumplimiento hacia otros consumidores, torna inviable la multa, por no configurarse el factor de atribución subjetivo necesario para su procedencia. A la misma conclusión había arribado la Sra. Fiscal de 2º Nominación en su dictamen (fs. 389/399).-----

VIII. 3. No se advierte un “flagrante” y “ostensible” incumplimiento al deber de información y de trato digno al consumidor, lo cual obsta que pueda calificarse a la conducta de la demandada como “una grave inconducta” o como causante de un daño obrado con malicia, mala fe o grosera negligencia conforme la doctrina judicial sentada por el Alto Cuerpo Provincial en la causa “Tejeiro”. La ausencia de tales condiciones torna improcedente a la multa.-----

No debe perderse de vista que la indemnización que se fija en concepto de daño punitivo tiene como objetivo castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina, buscándose con ella evitar que se obtengan beneficios merced a una conducta ilícita y merced a la indiferencia por las lesiones provocadas a un sinnúmero de consumidores. Por ello, no resulta procedente la multa de que se

trata, toda vez que ni se ha probado que la demandada haya obtenido un beneficio a merced de la conducta desplegada ni tampoco que hubiera provocado lesiones a otros consumidores.-----

VIII.4. En consecuencia, corresponde acoger parcialmente el recurso de apelación, revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazándose el rubro daño punitivo. Confirmar lo demás, por los fundamentos expuestos-----

IX. Costas y honorarios. Sin perjuicio del éxito parcial obtenido por la demandada, estimo justo y razonable que cargue con las costas de ambas instancias conforme lo dispone el art. 130 in fine del CPCC, por los siguientes motivos: 1) Por cuanto las defensas de la demandada recurrente colisionaron con los siguientes derechos del plexo consumeril que sienta la regla de la gratuidad a favor de consumidores y usuarios: el derecho a la protección de los intereses económicos y los derechos a la información adecuada, veraz, eficaz y suficiente (arts. 42 CN, 4 ley 24.240 y 26 Ley 26.356) y a la reparación de los daños, los cuales, imponían correlativos deberes a la intermediaria de viajes. Así, los argumentos de la demandada se revelaron en contradicción con la hermenéutica del régimen protectorio constitucional y legal del consumidor y 2) En virtud de haberse constatado -al igual que lo hizo el tribunal de grado (fs. 461)- que aquella ha mantenido a lo largo del proceso una actitud tendiente a obstaculizar las pruebas periciales informática y contable (conf. fs. 291/293 y 313/314 y 311), las cuales no pudieron realizarse pese a que, por un lado, el perito oficial informático informó que su realización era posible no obstante las manifestaciones en

contrario efectuadas por el personal o por el letrado de la agencia de viajes (fs. 292) y, por otro, el perito oficial contador expuso la falta de colaboración de la demandada al acto pericial (fs. 311).-----

Corresponde dejar sin efectos las regulaciones de honorarios de los letrados efectuadas en la primera instancia, las que deberán adecuarse al resultado que se propone. Estimar los honorarios profesionales de los letrados conforme lo disponen los arts. 36, 39 y 40 de la ley 9459.-----

Así voto.-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIAN SIMES A LA

PRIMERA CUESTION DIJO:-----

Que adhería a lo expresado por la Sra. Vocal preopinante y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA PRIMERA

CUESTION DIJO:-----

Que adhería a lo expresado por la Sra. Vocal de primer voto y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.-----

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO A

LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO:-----

Corresponde: 1) Acoger parcialmente el recurso de apelación, revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazándose el rubro daño punitivo. Confirmar lo demás, por los fundamentos expuestos. 2) Imponer las

costas generadas en ambas instancias a la demandada apelante (art. 130 in fine del CPCC). 3) Dejar sin efectos las regulaciones de honorarios de los letrados efectuadas en la primera instancia, las que deberán adecuarse al resultado que se propone. 4) Estimar los honorarios profesionales del Dr. Gerardo F. Viramonte Moyano conforme lo disponen los arts. 36, 39 y 40 de la ley 9459. No regular honorarios en esta oportunidad al Dr. Rodrigo G. Giordano Lerena (art. 26 del C.A.).-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIAN SIMES A LA SEGUNDA CUESTION DIJO:-----

Que adhería a lo expresado por la Sra. Vocal preopinante y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA SEGUNDA CUESTIÒN DIJO:-----

Que adhería a lo expresado por la Sra. Vocal de primer voto y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta ya que comparte los fundamentos.-----

Por lo expuesto y el resultado de la votación que antecede,-----

SE RESUELVE: 1) Acoger parcialmente el recurso de apelación, revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, rechazándose el rubro daño punitivo. Confirmar lo demás, por los fundamentos expuestos. 2) Imponer las costas generadas en ambas instancias a la demandada apelante (art. 130 in fine del CPCC). 3) Dejar sin efectos las regulaciones de honorarios de los letrados efectuadas en la primera instancia, las que deberán adecuarse al

resultado que se propone. 4) Estimar los honorarios profesionales del Dr. Gerardo F. Viramonte Moyano en el 35 % del punto medio del art. 36 de la ley 9459 con más el porcentaje que le corresponde en concepto de I.V.A. atento a revestir la calidad de “Responsable Inscripto”.-----

Protocolícese y hágase saber, con lo que termina el acto que firman los Sres. Vocales.