

San Rafael, 26 de Octubre de 2018.-

Y VISTOS: Estos autos N° 129.908, caratulados “SCHKOP RI-CARDO HUGO C/ DESPEGAR.COM.AR P/DS. Y PS.”, los que han quedado en estado de dictar sentencia, y de los que:

RESULTA:

I.- Que a fs. 96/108 y fs. 123/124 comparece el Dr. Diego E. Silvestre en representación del Sr. Ricardo Hugo Schkop, conforme escrito ratificatorio de fs. 111 y fs. 125 y promueve demanda ordinaria de daños y perjuicios contra DESPE-GAR.COM.AR reclamando la suma de PESOS CIENTO VEINTICUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS (\$124.482) con más la suma de PESOS VEINTE MIL (\$20.000), o lo que en más o en menos resulte del prudente arbitrio judicial y de la prueba a rendirse, en concepto de daños y perjuicios material, moral y daño punitivo, con más sus intereses legales, honorarios y costas.-

Expresa que la demandada resulta legitimada pasivamente en virtud de haber celebrado un contrato de compraventa de dos pasajes aéreos por la suma total de \$26.556,14. En el acápite 6. Hechos relata que, en fecha 08/11/2015 su parte con-trató un viaje para él y su esposa por intermedio de Despegar.Com.Ar; programados con fecha de partida el 03/04/2016 y de regreso el 28/04/2019, saliendo de Ezeiza con escala en Estambul y arribo a Fiumicino(Roma). Los vuelos serían operados por Turkish Airlines Inc. emitiéndose dos tiquetes electrónicos: 235-9781934353 a nom-bre de Ricardo H. Schkop y 235-9781934354 a nombre de Maria Leandra Faura, am-bos con código de reserva USV8E7. Que confirmada la operación y emitido el res-pectivo comprobante, su parte ingresó a la página de la aerolínea e imprimió copia de los tiquetes; que en fecha 23/03/2016 la demandada le informa que la compañía aérea (Turkish Airlines Inc) había comunicado un cambio de vuelo -que implicaba un arri-bo a Roma en horario inconveniente- que requería su aceptación. Que después de varias comunicaciones telefónicas de su parte con Despegar -ante la incomunicación por parte de ésta última- muy cerca de la fecha del viaje y para evitar mayores com-plicaciones decidió aceptar el cambio en el vuelo propuesto ante la falta de otra alter-nativa. Que en fecha 01/04/2016 ante la proximidad del viaje ingresa a la página de Turkish Airlines Inc. mediante el código de reserva USV8E7, resultando que la mis-ma estaba vigente. Expresa que a las 23:10hs. del día 02/04/2016 cuando intentó rea-lizar el chek-in, al ingresar el código de reserva surge

de la página que estaba cancelada, a sólo 24 horas para la partida del vuelo; que en virtud de ello se comunicó en forma inmediata telefónicamente con Despegar donde se le informa por un agente que la reserva estaba confirmada, que además tenía una "solicitud pendiente de resolución" y que le sería enviado un correo electrónico con dicha notificación, informándole un número interno de reclamo RS-1012022. Que ante la falta de comunicación de la demandada y siendo las 3:00hs. del 03/04/2016 -día del vuelo- una agente de Despegar le informa que "no hay nadie en el área encargada de Argentina", cuya atención comenzaría a las 8:00hs. y que se comunicaría con él. Que dicha comunicación no fue efectuada y nuevamente por tercera vez, su parte se comunicó con Despegar y un agente le informa que "la aerolínea le quitó el dominio del ticket a Despegar.com" y que debía presentarse directamente en el aeropuerto para hacer el check-in, debiendo responsabilizarse Turkish Airlines Inc. y que en caso de cobrarse algún adicional debía contactarse con Despegar. Señala expresamente que todas las comunicaciones telefónicas efectuadas desde su celular fueron grabadas. Que arribado a Ezeiza la aerolínea le comunica que su reserva está caída y que Despegar no le ha comunicado el cambio de vuelo correctamente y que es dicha empresa quien debe reactivar la reserva; comunicado nuevamente con Despegar le informan que "es un problema que debe solucionar la empresa aérea". Expresa que su parte -ante tal desesperante situación- logra que se comunique personal de Despegar con personal de Turkish Airlines Inc surgiendo de la comunicación de ambos que cada vez que se realiza un cambio deben emitirse nuevos tickets y es responsabilidad del intermediario (Despegar.com) informar dichos datos. Me remito al relato exhaustivo del actor a fs. 98 vta./99 en honor a la brevedad. Ante la falta de solución (ver precisiones de fs. 99), a punto de salir el avión, informado por personal de Despegar (Sr. Castro) que "no podían ofrecerle nada" y que "realice la compra y que Despegar.com va a validar si corresponde la devolución", que se comunicaría nuevamente con él; se vio obligado a pagar la suma de \$84.482 a Turkish Airlines Inc. para poder acceder al mismo vuelo que ya había abonado a Despegar.com., esto es, que pagó dos veces el mismo vuelo por incumplimiento de Despegar.com. Invoca aplicación de Ley 24.240 y del artículo 1.735 del CCCN. Reclama daño material, moral, punitivo y publicación del art. 47 ley 24.240. Plantea inconstitucionalidad Ley 7.198. Ofrece prueba y funda en derecho.-

A fs. 143/160 se presenta DESPEGAR.COM.AR mediante su representante legal contestando la demanda, conforme al poder general agregado a fs. 132/135.-

Opone excepción de incompetencia, contesta demanda en subsidio y excepciona por falta de legitimación sustancial pasiva alegando que en su calidad de Agencia de Viajes ha actuado como intermediaria entre el actor y Turkish Airlines Inc. Plantea inaplicabilidad de la ley 24.240 e inconstitucionalidad del art. 52 bis de dicha normativa. Solicita integración de litis con Turkish Airlines Inc.; ofrece prueba y formula reserva de caso federal. A fs. 185/186 contesta ampliación de demanda solicitando el rechazo del rubro y monto reclamado en concepto de daño punitivo y de la aplicación del art. 47 de la Ley 24.240.-

A fs. 162/163 vta. el Tribunal admite la denuncia de litis y ordena notificar la demanda a Turkish Airlines Inc., la que resulta cumplimentado en tal calidad a fs. 190

A fs. 198/215 el actor por medio de apoderado contesta el traslado conferido oponiéndose al planteo de incompetencia. Contesta, desconoce prueba instrumental y se opone a la pericial contable ofrecida por la demandada.

A fs. 224 el Sr. Fiscal Civil contesta la vista conferida considerando que la Suscripta es competente para tramitar la presente causa.-

A fs. 238/239 se rechaza la excepción de incompetencia opuesta por la demandada con costas.

A fs. 243 las partes son convocadas a una audiencia de conciliación, que en virtud de no arribarse a un acuerdo, se tiene por fracasada a fs. 253

Fijada audiencia inicial (fs.258) y ante el fracaso de conciliatorio, a fs. 276 el Tribunal hace conocer la aplicación en autos respecto de la materia probatoria de los arts. 175 inc.II del CPCCT y 1735 CCCN; pronunciándose sobre admisión y sustanciación de las pruebas ofrecidas por las partes y fijando fecha de audiencia juicio.-

Producidas las pruebas, desistida la prueba de posiciones ofrecida por la demanda (fs. 381) se lleva a cabo la audiencia final y habiéndose dado por concluida la etapa probatoria se invita a las partes a rendir alegatos en forma oral, cuyas manifestaciones quedan registradas mediante video grabación; quedando la causa en estado de sentencia a fs. 389 y,

CONSIDERANDO:

I. NORMATIVA SUSTANCIAL APLICABLE.

No obstante las posturas antagónicas de las partes litigantes, cabe señalar como primer aspecto que ambas reconocen la existencia de un vínculo jurídico de naturaleza contractual que tuvo como base la contratación de un servicio de transporte aéreo -por un medio informático- difiriendo, además de la situación fáctica, respecto de la aplicación a dicha relación de los preceptos contenidos en la Ley 24.240.-

Al respecto diremos que, en virtud de que la calidad de Agencia de Viaje invocada por la demandada no se encuentra cuestionada, en el caso se cuenta con un ordenamiento particular compuesto por la ley 18.829 de agentes de viaje y su decreto reglamentario 2182/1972, el cual comprende un sistema de responsabilidad subjetiva, limitada y mancomunada, desde ya, opuesto al establecido por la Ley de Defensa del Consumidor.

A partir de la sanción de la ley 24.240 -y en especial luego de la reforma introducida por ley 24.999 y 26.361-, la responsabilidad de las agencias frente a los viajeros ha quedado encuadrada definitivamente en el sistema previsto por el ordenamiento de consumo, tal como lo han entendido unánimemente la doctrina y la jurisprudencia. (En tal sentido: BORDA, Alejandro "El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo", LA LEY-2003-B, p. 214. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales; FARINA, Juan M. "Defensa del Consumidor y del Usuario", 2004, Buenos Aires, Astrea, p. 77 y sgtes.; ECHEVESTI, Carlos y SILVESTRE, Norma O. "Responsabilidad Civil de las Agencias de Viajes", LA LEY, p. 40; CNCom., Sala A "Chiapetta, Graciela Mónica y otros c/Iquique Turismo S.A.", LA LEY 2008-F, p. 382; Cámara 1ra. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Trib. de Mendoza 28/07/2006 "Leiva, Pablo c/Asatej S.R.L. s/Daños"; entre otros).

En el ordenamiento particular, la responsabilidad del agente de viajes se encuentra acotada básicamente a los supuestos en los que éste no haya obrado con la "debida diligencia". De tal manera, la agencia no resultaría responsable frente al consumidor por los actos de los distintos prestadores de los servicios, respecto de quienes la agencia sería en definitiva, un mero intermediario ante el viajero.

En tal sentido el art. 14 del decreto 2182/1972 dispone que las agencias de viaje serán responsables por cualquier servicio que hayan comprometido, pero quedan eximidas cuando no hayan obrado con

culpa, dolo o negligencia y sean intermedia-rias entre las empresas de servicios y los usuarios.

Sin embargo, la citada normativa resulta inaplicable a cualquier relación de consumo, tal como la que surge entre un pasajero que adquirió a título gratuito u one-rososo para su uso particular o el de su grupo social o familiar, un servicio turístico a una agencia de viajes. Por el contrario, dicha relación es regida por la LDC y las normas del Código Civil y Comercial.

En efecto, si existiese alguna duda al respecto, el art. 3 in fine LDC aporta aún mayor claridad a la primacía de las normativa consumeril, y en tal sentido dispone: "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado otra normativa específica."

Efectuadas las consideraciones precedentes y determinada la ley aplicable, nos detendremos brevemente a analizar el planteo de falta de legitimación sustancial pasiva formulado por la demandada, quien argumenta que en su carácter de Agencia ha actuado como intermediaria entre el actor y Turkish Airlines Inc., en cuanto el primero celebró un contrato de compraventa de pasajes con la aerolínea mediante la intermediación de la agencia demandada. Funda su planteo en el art. 14 del dec ley 2182/72.-

La cuestión relativa a los legitimados pasivos conlleva a determinar a quiénes se puede reclamar el resarcimiento por el daño causado. Por tratarse de un resarcimiento y no de una pena, podrá demandarse a cualquiera de las personas que la ley considera responsables, sin distinguir entre daños patrimoniales y no patrimoniales (Conf. BUSTAMANTE ALSINA, J. Teoría general de la responsabilidad civil, 8°ed. N°1574 yss. P.550).-

En el caso, los sujetos del contrato de servicios turísticos son: a) el turista; b) los operadores turísticos, entre los que se pueden distinguir como variantes: agencias de organización de viajes y agencias intermediarias. Dentro de este segundo polo de la relación contractual quedan también involucrados los prestadores de los distintos servicios necesarios para la realización del viaje (transporte, hotelería, excursiones, transfer, entre otros).

La agencia de intermediación de viajes se desempeña como mediadora a los fines de procurarle al turista por un precio, un viaje combinado elaborado por un organizador de viaje o alguno de los distintos servicios que le permitan realizar un viaje o una estada

(hospedaje, transporte). Sin embargo, una agencia de viajes -como en el caso- puede asumir alternativamente funciones de organizadora de viaje o solamente de intermediaria para contratar uno o varios de los distintos servicios.-

En el otro extremo del esquema contractual se encuentra el turista, quien generalmente carece de poder de decisión en las negociaciones, de conocimientos y de experiencia en ese ámbito, circunstancias que lo colocan en una situación de inferioridad respecto de los operadores turísticos. Ello así, por un imperativo de justicia, el desequilibrio contractual producido entre los operadores turísticos, en su calidad de expertos, y la frágil situación del turista, generalmente desprovisto de conocimientos y de experiencia, debe resolverse a través de la inserción de las relaciones jurídicas emergentes del turismo en la Ley 24.240 de Protección al Consumidor. En efecto, de acuerdo con la redacción actualizada de la norma, se entiende por consumidor o usuario "... a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" (art. 1º, ley 26.361).

En correlato con ello, según idéntica ley, se entenderá como proveedor a, "... la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley..." (art. 2º, ley 26.361). Ello resulta corroborado por el marco legal previsto en el art. 1093 del CCCN.-

Sin lugar a dudas, deben ubicarse a los contratos que son llevados a cabo por los agentes o empresas de viaje como de consumo; por lo que más allá de la normativa que le resulta específica, también le es inherente la ley de Defensa del Consumidor.

En consecuencia encontrándose debidamente reconocida la calidad de Agencia de Viaje por parte de la demandada en tanto

proveedora de servicios, corres-ponde rechazar esta defensa, considerando a la demandada sujeto pasivo de la de-manda promovida en autos.-

II- LA ACCION EJERCITADA.

1) Conforme los términos de la demanda, el accionante promueve en autos acción de responsabilidad contractual en contra de la demandada fundado en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, toda vez que no comunicó en debida forma a Turkish Airlines Inc. (empresa a cargo del transporte aéreo) los números de tiquetes correspondientes a los vuelos modificados, lo que provocó la caída de la re-serva de los pasajes contratados por su parte.-

Concretamente, atribuye a la demandada el hecho de haber provocado –por su actuar ineficiente, negligente y de mala fe- la caída de reservas de los pasajes aéreos contratados por lo que, dos horas antes de salir su vuelo y previo realizar trata-tivas infructuosas, se vio obligado a pagar la suma de \$84.482 a Turkish Airlines Inc. para poder acceder al mismo vuelo que ya había abonado a Despegar.com. Invoca falta de información, de colaboración, de respuestas en tiempo y forma, de respeto a su persona, abuso de posición dominante y total abandono -

En principio, la inserción del contrato de servicios turísticos dentro de la noción más amplia de relación de consumo no obsta al reconocimiento de su raíz con-tractual, al momento de dirimir la responsabilidad de los operadores turísticos.

En su virtud, el deber de responder de la agencia intermediaria derivado de su incumplimiento obligacional, también se encuentra disciplinado en las normas del CCyCN. Una norma rectora que no puede perderse de vista es la contenida en el art. 1716 del mencionado cuerpo legal que dispone que: "La violación del deber de no da-ñar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme con las disposiciones de éste Código". Asimismo se define la antiju-ridicidad en el art. 1717 como "cualquier acción u omisión que causa un daño" y que el sujeto responsable directo es "quien incumple una obligación u ocasiona un daño injus-tificado por acción u omisión" (art.1749 CCCN). Por eso en materia de contratos, no habrá incumplimiento más daños y perjuicios, sino que el incumplimiento contractual en sí mismo genera el deber de reparar bajo las reglas del código de fondo; en el caso parti-cular del derecho del consumidor, le serán aplicables, en tanto y en cuanto dichas reglas no resulten

contrarias, incompatibles o inaplicables a la materia en estudio, todo ello como consecuencia de la unificación de la responsabilidad civil.-

Conforme a ello, el análisis del contrato de viaje revela la existencia de las siguientes obligaciones a cargo de la agencia intermediaria: deber de información; deber específico de prestación y obligación de seguridad.

En relación al deber de información diremos, que la agencia de viajes intermediaria tiene el deber de suministrar al consumidor información veraz, adecuada y eficiente sobre el servicio contratado conforme al art. 42 de la CN y art. 4 de la LDC. Este deber tiene vigencia tanto en la etapa precontractual como en toda la ejecución del plan de prestación asumido.

Las funciones de organización y coordinación entre los distintos servicios constituyen la obligación central del operador en el contrato de turismo, para que el viaje o en su caso el servicio contratado se desarrolle en la forma en que fue convenido con el consumidor.

Por último, la agencia intermediaria asume una obligación de seguridad, emergente de la relación de consumo, en cuya virtud garantizan la indemnidad de la persona y de los bienes del viajero y su grupo familiar en la ejecución de la prestación. Tal obligación emerge como un deber calificado de fuente contractual, expresa o tácita, funcionalmente autónomo de los deberes típicos del negocio, emanada de la buena fe y cuya finalidad es preservar la indemnidad de las personas y la incolumidad de las cosas. (art. 9, 961 CCCN y arts. 5 y 6 24.240).-

Entrando en el tratamiento de la cuestión a resolver -conforme los li-neamientos trazados- diremos que de la prueba instrumental acompañada por el actor a fs. 2/4 resulta acreditado que éste último en fecha 18/11/2015 adquirió por intermedio de Despegar.com dos pasajes aéreos con la aerolínea Turkish Airlines individualizados Reserva 43646944 y 43646944 por la suma de \$26.556,14, cuyo vuelo estaba programado con fecha de salida el 03/04/2015 y regreso el 29/04/2015 con salida del Aeropuerto de Ezeiza, escala en Estambul y arribo a Fiumicino (ROMA); obrando a fs. 3/4 los correspondientes tickets electrónicos emitidos por la demandada con Código de Reserva USV8E7.

De la comunicación telefónica entablada entre el actor y Despegar -acompañada en formato digital- resulta que en fecha 23/03/2016 se le comunica al actor un cambio en el vuelo de Estambul a Roma que, en principio el actor no acepta a la espera del envío de otra

alternativa. Que ante la falta de comunicación para ejercer la opción, el Sr. Schkop se contacta telefónicamente con Despegar y manifiesta que constató con la aerolínea que el vuelo se encuentra confirmado con nuevo horario que él no había aceptado y cuyos respectivos tickets no se encontraban emitidos; personal de Despegar le informa que todavía no comunicó a Turkish la aceptación del cambio, que le enviará una confirmación. De las comunicaciones telefónicas acompañadas por ambos litigantes como prueba, cuyas desgravaciones obran a fs.65 surge que el actor se comunicó varias veces con la demandada –previo a la fecha de partida- a los fines de que se le informara respecto del cambio de vuelo y ante la imposibilidad de realizar el correspondiente check-in, quedando constancia de “reporte urgente”. Que no obstante ello, todas las comunicaciones posteriores también fueron efectuadas por el actor ante la falta de asistencia por parte de Despegar.com. Que a una hora de salida del avión sus pasajes habían sido cancelados; que ante la falta de respuesta del operador, solicita y se le niega la asistencia de un supervisor. De las constancias de fs. 67 vta./68 y 73/78 resulta comprobado que la caída de la reserva de los pasajes se debió a una falla en el procedimiento que debía llevar a cabo el personal calificado de Despegar.com -sin perder de vista la gran confusión en que se vio inmerso el accionante-; resultando también probado que el Sr. Skchop se vio obligado ante las circunstancias imperantes, la falta de respuesta y de solución de la agencia intermedia-ria, a comprar dos pasajes aéreos nuevos para el mismo destino pero con una tarifa diferente a la ya abonada a Despegar.com; todo conforme con la instrumental de fs, 16/23 y 25/26 de autos (copia resúmenes de cuenta tarjeta de crédito y cupones respectivos).

De la carta documento agregada a fs. 62 surge el emplazamiento cursado a la demandada a reintegrar las sumas abonadas a la compañía aérea ante la falta de respuesta al reclamo recepcionado por ésta última.

Frente al material probatorio analizado no existe ningún elemento en la causa que permita confirmar que la agencia demandada cumplió acabadamente (con-testación de fs, 152) con los deberes a su cargo, máxime si como en el caso, atento la condición especial del agente era mayor la exigencia de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 1725 CCCN).-

En cuanto a la carga de la prueba, éste Tribunal ha sostenido reiteradamente con base en el art. 175 CPCCT, que "todo aquél que invoca un hecho, acto jurídico, contrato o estipulación parcial del mismo,

corre con la carga de demostrarlo. Es parte de la máxima de que cada parte debe probar sus afirmaciones, y mientras no lo haga, a la contraparte le bastará negar pura y simplemente sin necesidad de probar sus dichos. A partir de la afirmación de un hecho demostrado correrá por cuenta de quien pretenda desvirtuarlo, modificar o extinguir sus efectos, acreditar las circunstancias fácticas o jurídicas que produzcan tal efecto. (Autos N° 127.679 caratulados "GUIJARRO ALIAS AMELIA C/ GONZALEZ DANIEL P/ DESALO-JO"09/06/2017), debiendo tenerse muy presente la aplicación en el caso de lo normado por el art. 1735 CCCN (Ac-ta de fs. 276 y vta.).-

Conforme a ello, del análisis probatorio efectuado resulta innegable la falta de información padecida por el actor con posterioridad a la contratación, poniéndose de manifiesto que todas las comunicaciones tendientes a obtenerla fueron realizadas por su parte ante la indiferencia y falta de respuesta de la demandada.

Del mismo modo, resulta latente la falta de organización y coordinación de la agencia intermediaria con la línea aérea, que trajo aparejado no sólo el incumplimiento de la prestación convenida -toda vez que los pasajes debieron ser abonados nuevamente y a una tarifa cuatro veces mayor a la pactada- sino también del deber de indemnidad asumido. (art. 9, 961 CCCN y arts. 5 y 6 24.240).

Ello así, la empresa de viajes y turismo incumple su obligación como organizadora cuando no tiene un agente suyo en cada destino para apoyar y auxiliar al turista adquirente del viaje, pues su función no consiste en la prestación de una serie de servicios sin coordinación. (C1 CC. Bahía Blanca, Sala I, ED, 114-669) El proveedor no solo es responsable de la prestación puntual a la que se ha comprometido, sino que asume conjuntamente con ella, la obligación implícita de seguridad de la integridad física, psíquica y moral del consumidor y su patrimonio, la que se extiende a lo largo de la relación de consumo -desde las etapas precontractuales hasta las post-contractuales con fundamento en el art. 991 del CCCN.-

Por otro lado y en referencia a la eximente esgrimida como defensa, diremos que la demandada no ha demostrado los recaudos establecidos por el art. 1731 del CCCN para excusarse de responder, toda vez que, para que el hecho del tercero exonere de responsabilidad debe reunir los caracteres de caso fortuito o fuerza mayor, esto es, debe tratarse de un hecho imprevisible o inevitable. (Revista de dcho de Daños. Responsabilidad objetiva II. p.233).

Al respecto el art. 53 de la ley de Defensa del Consumidor consagra que “cuando el proveedor no aporte al juicio las pruebas que se encuentren en su poder, o estas se hayan perdido o no se hayan producido, cuando razonablemente se encontraba en cabeza de aquel su preservación, este extremo constituirá una presunción en su contra, que permitirá presumir el hecho invocado por el consumidor”.

En el caso, el incumplimiento es generado por falta de integralidad en la obligación debida violando el deber de buena fe negocial (art. 1198 CC); lo cual genera una responsabilidad empresarial objetiva por el quebramiento de los principios generales del derecho, bastando con la prueba del incumplimiento. (CNFed.CAdm., sala II, 24-7-2008 "Dominique Val c/DNCl, dis.460/06. ElDial- AA4B66).-

Frente a la atribución de responsabilidad objetiva y directa del daño invocado, y no habiendo la demandada acreditado la intervención de un factor de responsabilidad que quiebre el nexo causal (art. 1730, 1729 y 1731 del CCCN y art. 40 de la ley 24.240 y sus modificatorias) la demanda luce procedente, debiendo establecerse que existe relación causal entre el daño alegado y el obrar antijurídico de la demandada.-

2) Corresponde a continuación analizar la procedencia y extensión del daño a reparar:

DAÑO MATERIAL: En el caso la parte actora reclama como daño material la suma de \$84.482 en concepto de compra de dos pasajes aéreos a Turkish Airlines Inc. como consecuencia de la caída de las reservas de pasajes para el mismo vuelo, contratadas y abonadas a Despegar.com.

Con las constancias de fs. 16/21; 23; 25/26 cuyos originales fueron agregados a fs. 354/355; 365/366; 375/377, resulta probado el daño invocado por el actor.

No obstante lo expuesto, advierte la Suscripta al compulsar las constancias del Expediente N°13796-S de fecha 29/06/16, en especial el folio 52 originarios de la Secretaria de Gobierno, Dirección de Defensa del Consumidor, que fueron traídos en copia certificada ad effectum vivendi (cargo fs. 109); que la firma demandada -al sólo efecto conciliatorio- consigna un importe de \$22.505,20 en concepto de reembolso de Turkish Airlines Inc. a favor del actor, ofreciendo en consecuencia el pago de la diferencia que asciende a \$35.421. Dicha situación es denunciada a fs. 295 acompañando copia simple de comunicación al actor de aprobación de reembolso de tickets.

En razón de que dicho reembolso no fue introducido por las partes a fin de delimitar los términos de la acción o de su oposición, no

mediando pedido cierto y oportuno, mal puede la sentencia contener referencia alguna al respecto y por ende, de contenerlo, se violaría el principio de congruencia a que debe sujetarse. Por aplicación de dicho principio, el Juez está en el deber de adecuar su fallo a la relación procesal existente, por lo que la denuncia de pago de un reembolso de dinero efectuado por un tercero al actor -efectuado en una etapa distinta a la contestación de la demanda- no co-rresponde que sea considerado y resuelto en la sentencia, a fin de que exista un pronun-ciamiento expreso, de conformidad a las exigencias dispuestas en los incs. 2º, 4º y 7º del art. 90 del C.PCCT. (Expte.: 37743 - LEMOS QUIROGA JORGE EN J: LEMOS QUIROGA JORGE O. ISABELINO RODRIGUEZ Y OTRO EJECUCION - CASA-CION. 13/06/1979 -SUPREMA CORTE. LS158-273).

Al respecto se ha precisado que "Es menester determinar los límites de-ntro de los cuales los jueces inferiores pueden ejercer la facultad que les confiere el art. 46 inc. 9 C.P.C., pues el ejercicio de tal prerrogativa de ninguna manera debe significar menoscabo al principio de congruencia, ni a ningún otro principio procesal, ya que de lo contrario se consumaría una grave lesión a la garantía del derecho de defensa en juicio. (Expte.: 41499 - NAZAR Y CIA. EN J: HERRERA REYNALS ANGEL NAZAR Y CIA. S.A. DAÑOS Y PERJUICIOS - INCONSTITUCIONALIDAD- CORTE EN PLENO. LS185-438").-

Lo expuesto me lleva a concluir que resulta justo y equitativo el reclamo efectuado por el actor toda vez que resultó probado que abonó las sumas reclamadas; correspondiéndole a Despegar.com aportar la mayor cantidad de antecedentes encami-nados a generar convicción sobre el hecho cuestionado, demostrando de este modo y en acatamiento de la buena fe, el sincero propósito de contribuir a la averiguación de la verdad. -

En consecuencia, siendo innegable la mayor facilidad de acceso a los medios probatorios relativos a un hecho de ésta naturaleza por parte de la demandada, en el marco de su presumible estructura organizativa, teniendo presente lo dispuesto por el art. 53 de la Ley 26.361 y no habiéndose producido prueba en contrario, corresponde admitir el monto total reclamado.-

INTERESES: Al respecto, en la demanda se reclama el pago de los intereses legales, acusando el actor la inconstitucionalidad de la Ley.-

Atento el planteo efectuado por la parte actora y teniendo en cuenta que la ley 7198 ha sido declarada inconstitucional por la Suprema

Corte de Justicia de Men-doza, conforme al plenario dictado en autos N° 93.319, caratulados: “AGUIRRE HUMBERTO POR SÍ Y POR SU HIJO MENOR EN J. 146.708/39.618 AGUIRRE HUMBERTO C/ OSEP P/ EJEC. SENTENCIA S/ INC. CAS.” del 28/05/09 y a par-tir de la fecha del mismo, y que la misma resulta doctrina obligatoria conforme art. 149 del C.P.C.; corresponde declarar también en el caso concreto la inconstituciona-lidad de la ley 7198 desde la fecha de la mora por los mismos argumentos estableci-dos en el plenario citado a los cuales se remite en honor a la brevedad.-

En consecuencia, los intereses aplicables al rubro indemniza-torio admiti-do, se determina-rán conforme a la tasa activa vigente del Banco de la Nación Argentina desde la fecha de adquisición de los pasajes a Turkish Airlines Inc. (03/04/2016), según Plenario Aguirre (TNA Banco Nación) y hasta el 03/11/2.017. Desde dicha fecha y has-ta el día 01/01/2.018, la tasa que fija el plenario de la SCJM, CITIBANK N.A EN J: "28144 LENCINAS, MARIANO C/ CITIBANK N.A.P/ DESPIDO" P/ REC. EXT. DE INSCONSTIT-CASACIÓN” (de fecha 03/11/2.017), esto es la tasa para la línea de préstamos personales del Banco de la Nación Argentina, denominados “Libre Destino” a 36 meses. Desde el 02/01/2.018 hasta el efectivo pago a la tasa prevista en el art. 1, segundo párrafo, de la Ley 9.041.-

DAÑO MORAL: En tal concepto el actor reclama la suma de \$40.000 fundado en la falta de información, de colaboración, de asistencia en tiempo y forma, de respeto a su persona, abuso de posición dominante y total abandono.-

Con anterioridad a la modificación introducida en materia civil, la indemnización del daño moral en el caso de incumplimiento contractual se encontraba regulada en el art. 522 del Código Civil, debiendo precisarse que el mismo sólo debía ser acogido con carácter excepcional. (LLambias, Jorge "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. 1 p.353; Borda , G. "Tratado de derecho civil. Obligaciones, t.1, 7°ed. P.165). El carácter restrictivo que la jurisprudencia asigna a la reparación de esta clase de daño, tiende esencialmente a excluir de ese ámbito las pretensiones insustanciales, basadas en simples molestias. Sin embargo esa restricción no puede erigirse en obstácu-lo insalvable para el reconocimiento del agravio moral cuando el reclamo tiene visos de seriedad suficiente y encuentra base sólida en los antecedentes de la

causa (conf. CNCom. Sala C, "Miño Olga B. c/Caja de Seguros SA. s/ord., 29/05/07). -

La vigencia del CCCN ha producido cambios en cuanto a esa diferenciación de responsabilidad. Sin embargo y en lo que aquí importa, la solución del caso no cambiaría, pues el art. 1.744 expresa que el daño debe ser probado por quien lo invo-ca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos. No caben dudas entonces de que, para que un daño sea resarcible debe ser cierto, es decir debe existir certeza y para considerarlo existente debe demostrarse que se trata de un perjuicio efectivamente sufrido” (L.S.C. N° 51, fs. 196/203, 18/11/2.016 y L.S.P. N° 24, fs. 290/300, 30/11/2.016).

Desde ésta óptica conceptual, podemos señalar que, del expediente ad-ministrativo ofrecido como prueba, así como de las comunicaciones telefónicas cur-sadas entre los litigantes –cuyas desgravaciones son tenidas a la vista- y demás cons-tancias de autos -en especial de la audiencia de conciliación e inicial presenciada por la Suscripta-, resulta probado la real existencia de angustias y padecimientos que ma-nifiesta el actor haber sufrido como consecuencia de haberse caído la reserva de pasa-jes para viajar al exterior con su esposa. El hecho de haber viajado 1000km. para arri-bar al aeropuerto de partida, sin respuesta a los numerosos reclamos efectuados a la agencia ante la imposibilidad de validar sus pasajes aéreos; inmerso en una discusión sobre operatoria inherente a la aerolínea y la agencia vendedora de los pasajes; ante la incertidumbre y alto grado de intranquilidad de perder la totalidad de lo abonado en concepto de transporte, hotelería, traslados, combinaciones; preocupación y desagra-do; pérdidas de tiempo inherentes al trámite administrativo, es dable presumir una perturbación espiritual o anímica de tal magnitud que amerite otorgar una indemniza-ción por el perjuicio causado.-

También la conducta prejudicial y judicial de la demandada evidencia una actitud desaprensiva, francamente reprochable, injustificable para un proveedor que –dada su posición y prestigio en el mercado, que supone una especial confianza del consumidor al momento de decidir la compra- recibió el pago íntegro de la prestación, y luego se desentendió del reclamo efectuado por el pasajero a quien, no surge probado no solamente que se le haya proporcionado la debida información en relación al cambio de vuelo y consiguiente reserva de pasaje aéreos sino que además le fue negada una res-puesta razonable que justificara la caída de la reserva respectiva; evadiendo en todo momento su responsabilidad.

La escasa prueba rendida por la demandada en la causa, pone en evidencia la conducta reticente e injustificada de su parte frente al reclamo del accionante, ya que ante el inexplicable hecho de perder la reserva de un pasaje aéreo confirmado 24 horas antes y advertido por el pasajero en tiempo y forma a la agencia; de haber existido una debida colaboración se habrían evitado las consecuencias disvaliosas analizadas.

Todas estas actitudes, en el marco de la relación de consumo en la que el cliente-usuario ocupa una posición de debilidad, de fragilidad, donde se le omitió información, se dilató asistencia y se lo sometió a una situación que podría haber sido evitada, configuran indudablemente un daño moral, pues se trata de hechos que tienen aptitud para producirlo, según el curso natural y ordinario de las cosas. En este caso, nos hallamos ante una prueba *in re ipsa*, es decir, que surge inmediatamente de los hechos, que su vinculación no se encuentra sujeta a cánones estrictos, y que no es, por lo tanto, necesario aportar prueba directa de tal padecimiento; (Bustamante Alsina, en "Equitativa reparación del daño no mensurable", LL.1990-A-654) solución ésta ahora receptada por el art. 1744 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, que dispone que, en cuanto a su prueba "el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos". De tal premisa se infiere una clara excepción a la regla general de la carga de la prueba cuando los daños surgen notoriamente, de los mismos hechos que lo ocasionaron.- Conforme a ello, tomando como parámetro de cuantificación la importancia del perjuicio económico generado por la obligación incumplida, las conductas desplegadas, las expectativas frustradas, la especial confianza depositada en el co-contratante y el tiempo transcurrido; entiendo prudente hacer lugar a la suma de \$40.000 solicitada por el actor en concepto de daño moral. A dicha suma deberá adicionarse los intereses de la ley 4.087 desde la fecha de caída de las reservas y emisión de nuevos tickets correspondientes a los pasajes aéreos 03/04/2016 (fs.64/65; fs. 39/40) hasta el dictado de la presente sentencia. Luego de conformidad con lo establecido por el art. 768, inc. c, CCyCN a la tasa prevista por la Ley 9.041 hasta su efectivo pago.-

3º) SANCIONES DE LA LEY 24.242: En su escrito de demanda el actor solicita daño punitivo según los arts. 47 y 52 bis de la Ley 24.240 y publicación de la resolución condenatoria a costas del vencido conforme el art. 47 del mencionado cuerpo legal.-

Por su parte Despegar.com plantea la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la LDC.

Al respecto, y siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia nacional, debemos señalar que el instituto en estudio "no se presenta como incompatible con la Constitución Nacional, ni tampoco con el sistema represivo, sino que por el contrario, resulta una herramienta complementaria y hasta superadora en alguno de sus aspectos, alcanzando (con la aplicación prudente y responsable de los magistrados) el castigo y la prevención de conductas dañosas, que generalmente escapan a la mano de la Justicia Penal". (CApel. Civil y Com. Mar del Plata, Sala I, "L.A.Amx Arg. s/Rescisión de contrato, 11/6/2014; el dial.com. AA8917), conforme a lo cual el planteo debe ser rechazado. (art. 42 CN).-

Entrando en el tratamiento de la sanción prevista por el art. 52 bis de la LDC (modif. Ley 26.361) diremos que, el juez puede aplicar una multa civil en favor del consumidor, al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con éste, a instancia del damnificado, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y de más circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Disponiéndose que la multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de la ley.-

La Jurisprudencia sentada por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza señala como condiciones de aplicación del daño punitivo las siguientes: incumplimiento del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; petición por la parte perjudicada; la graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y de más circunstancias; la pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder. (Expte110849- Guerrero, Cristian Adrian Y Ot. P.S. y P.S.H.M Guerrero, Brisa Noel y Guerrero, Noha Ezequiel en J:151.209/44631 Guerrero, Cristian Adrian Y Ot. P.S. y P.S.H.M Guerrero, Brisa Noel y Guerrero, Noha Ezequiel c/O.S.M SA. p/D. y P. s/Inc. Cas. 04-07-2014).-

Para que el daño punitivo resulte compatible con la Constitución Nacional, y por ende, no se erija en un tipo penal abierto, dependerá de que se requiera la concurrencia de una particular intencionalidad o desaprensión del proveedor en la producción de un daño de magnitud y significativa trascendencia social. (LOPEZ HERRERA, Edgardo. Los Daños punitivos. Abeledo Perrot, Bs. As., 2008. p. 40 y ss.). Por ello, se ha postulado la improcedencia de que

baste con el mero incumplimiento del proveedor para que procedan los “daños punitivos”: se requeriría una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia. (SCJMza., sala I, Ex-pte. N°108977: "Castillo Julio en j. 149.520/14.364 Castillo Julio Daniel c/ Banco Pagagonia S.A. s/ Daños y Perjuicios s/ Casación", del 11/03/2014; Tinti, Guillermo P. y Roitman Horacio: “Daño punitivo”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario – 2012-1 – Eficacia de los derechos de los consumidores”; Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As.-Sta. Fe, p. 216).

En este sentido, en el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, celebrado en Buenos Aires en Setiembre de 2010, la Comisión N° 5 que se ocupó de los Daños punitivos, concluyó por unanimidad que ellos proceden sólo cuando medie al menos grave negligencia o grave imprudencia por parte del proveedor (conf. Ghersi Carlos A.- Weingarten Celia (Dir.): “Tratado jurisprudencial y doctrinario – Defensa del Consumidor”. Ed. La Ley, Bs. As., 2011, T° I, p. 639)

Entiendo que el juicio acerca de la gravedad de la conducta que pueda disparar la procedencia del daño punitivo, no puede prescindir -en el caso-, de considerar que se trata de una operatoria en la que la demandada es una Agencia dedicada a la comercialización de servicios turísticos en el país y en el extranjero de reconocida trayectoria nacional, en quien el actor depositó su confianza.-

En el sublite, llama poderosamente la atención que la demandada no haya realizado esfuerzo alguno por demostrar la causa por la cual se produjo la caída de reserva de los pasajes, cuya vigencia había sido confirmada veinticuatro horas antes del vuelo correspondiente. Del relato efectuado en su defensa sólo atribuye responsabilidad a la empresa aérea sin aportar una sola prueba que lo justifique fáctica y jurídicamente. Ello constituye un severo indicio, si no de dolo, al menos de grave negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de la obligada.-

Bajo estas circunstancias corresponde hacer lugar al pedido de daño punitivo.-

Para estimar la cuantía del daño punitivo, deben tomarse en consideración los parámetros que incorpora el art. 49 de la ley 24240, según concluyó –también por unanimidad- la Comisión N° 5 del Congreso Euroamericano antes aludido, es decir: el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de

intencionalidad, la gravedad de los riesgos o los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Conforme el análisis efectuado en la presente causa resulta que, de haber sido informado debidamente el actor de que las reservas aéreas se habían cancelado y que la empresa se hacía cargo de solucionar con eficacia y eficiencia la cuestión, no se lo habría colocado en la violenta situación -una hora antes del vuelo- de afrontar el pago de pasajes aéreos que ya había abonado y por un precio notoriamente superior al pactado.-

Corresponde señalar por otra parte que, el Sr. Schkop apenas detectó la irregularidad la puso en conocimiento de la Agencia, intentando por todos los medios empleados obtener una pronta solución. (art. 9 y 961 CCyC).-

También debe tenerse presente al momento de la valoración que: la empresa demandada es una Agencia constituida para intermediar entre los usuarios y los prestadores de servicios u organizadores (operadores mayoristas) de transporte, hotelería, etc. conforme se autodefine a fs. 153; con gran publicidad y popularidad en el país; el grado de confianza que ello formó en el consumidor; las características de las conductas desplegadas que más arriba he valorado y que no consta en autos que haya sido sancionada previamente por una infracción a la ley.

Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar al reclamo efectuado en concepto de daño punitivo con la finalidad de evitar futuros daños al grupo de consumidores que diariamente realizan operaciones de adquisición de productos y servicios turísticos y a título de PENA EJEMPLIFICADORA; el que conforme la prueba analizada resulta estimado en la suma de PESOS VEINTE MIL (\$20.000) a la fecha de esta resolución, A dicha suma deberá adicionarse la tasa prevista en el art. 1, segundo párrafo, de la Ley 9.041 desde la presente hasta su efectivo pago.-

No obstante la decisión precedente y en relación al pedido efectuado por el actor de publicación de la sanción impuesta conforme lo preceptuado por el art. 47 de LDC, corresponde señalar que la Suscripta resulta incompetente para su aplicación toda vez que dicha sanción solo puede ser impuesta por la autoridad administrativa de aplicación conforme lo establecido por el art. 64 del mencionado cuerpo legal; imponiéndose por ello el rechazo de lo solicitado. Lo contrario

importaría incurrir en una arbitrariedad al emitir una decisión carente de razonable fundamentación. (art. 3 CCyC. Art. 88, 90 del CPCCT).-

4°) COSTAS: Según el criterio sintético de la derrota la imposición de las costas debe definirse con base en el resultado de los temas conceptuales y jurídicos debatidos, y no a partir del aspecto puramente numérico o cuantitativo, constituidos por la diferencia entre el importe reclamado y el reconocido por la sentencia. (conf. CNCom., Sala C, 01/12/11 "Wilson Guillermo B. c/American Express Argentina SA. p/Ord.).-

En consecuencia, las costas se imponen a la firma demandada DESPE-GAR.COM. AR por resultar vencido.- (art.36 C.P.-C).

5°) HONORARIOS: Los honorarios se regulan a tenor de lo pautado por los arts. 2, 4 inc. 19 y concs. de la ley de aranceles profesionales de Abogados y Procuradores (Ley 3.641, Decr- Ley N° 1304/75), conforme etapas cumplidas por cada profesional.-

Por lo expuesto, constancias de autos, arts. 35, 36, 37, 179, 210, 212 y cc. del C.P.C. art. 7 ss. y cc. del CPCCT; Legislación, Doctrina y Jurisprudencia aplicables, ley 24.240 y sus modificatorias, Ley N° 3.641, D.L. 1304/75, y en ejercicio de las facultades conferidas por el art. 46 del Código Procesal Civil,

RESUELVO:

1°) HACER LUGAR a la demanda promovida a fs. 96/108 y su ampliación de fs. 123/124 por el Sr. RICARDO HUGO SCHKOP contra de DESPE-GAR.CON.AR, y en consecuencia, condenar a la firma demandada para que en el término de DIEZ DIAS (10 días) de ejecutoriada la presente abone al actor en concepto de DAÑO MATERIAL la suma de PESOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS (\$84.482) con más la suma de PESOS CUARENTA MIL (\$40.000) en concepto de resarcimiento por DAÑO MORAL con más los intereses establecidos en los respectivos considerandos que se devenguen hasta el efectivo pago.-

2°) HACER LUGAR al pedido formulado por el actor en el punto 2 de fs. 123, y en consecuencia CONDENAR a DESPEGAR.COM.AR según los términos del art. 52 bis de la ley 24.240, a abonar al actor en el plazo de 10 días de la presente, en concepto de DAÑO PUNITIVO, la suma de PESOS VEINTE MIL

(\$20.000) a la fecha de esta sentencia, con más los intereses a la tasa prevista por el art. 1 de la Ley 9.041 que correspondan hasta el efectivo pago.-

3°) RECHAZAR el pedido efectuado por el actor a los términos del art. 47 de la Ley 24.240.-

4°) Imponer las costas a la demandada DESPEGAR.COM.AR por resultar vencida.-

5°) Regular los honorarios profesionales en la suma de PESOS VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 40/100 (\$28.896,40) para el Dr. RODRIGO QUIROGA FAURA, Dr. OSCAR MANUEL HERRERO, Dra. SOL HERRERO GALDEANO y Dr. LUIS