



## *Poder Judicial de la Nación*

En Buenos Aires, a los 28 días del mes de junio de dos mil diecinueve, se reúnen los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, con la asistencia de la Señora Secretaria de Cámara, para entender en los autos caratulados “**FAVALE, ROQUE DANIEL Y OTRO c/ DESPEGAR.COM.AR S.A. s/ ORDINARIO**” (Expediente N° 37.961/2014), originarios del Juzgado del Fuero N° 8, Secretaría N° 15, en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo establecido por el art. 268 del CPCCN, resultó que los Sres. Jueces de esta Sala deben votar en el siguiente orden: Vocalía N° 3, Vocalía N° 2 y Vocalía N° 1. Sólo intervienen la *Doctora María Elsa Uzal* (Vocalía N° 3) y el *Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers* (Vocalía N° 2) por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional).

Estudiados los autos se planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, la Señora Jueza de Cámara, la **Dra. María Elsa Uzal** dijo:

### **I. Los hechos del caso.**

1.) En fs. 87/106 se presentaron *Roque Daniel Favale* y *Daniela Alejandra Sayós* por derecho propio y con patrocinio letrado, e interpusieron demanda de daños y perjuicios contra *Despegar.com.ar S.A.* por la suma de \$ 242.517,90 con más los gastos, intereses y costas del pleito, y la suma que se disponga en concepto de *daño punitivo*.

Relataron que en el año 2013, decidieron contraer matrimonio con fecha 09.05.14 e irse de luna de miel a partir del día siguiente, por lo que, el 17.01.14 procedieron a confirmar pasajes aéreos con destino a España -por Aerolíneas Argentinas-, eligiendo la propuesta de *Despegar* y contratando -también *online*- el crucero “*Sovereign*” de la compañía naviera española *Pullmantur S.A.* (itinerario “*Brisas del Mediterráneo*”), con salida el 17.05.14 desde el puerto de Barcelona, España.

Indicaron que también contrataron con la demandada varias noches de hotel en España y un auto de alquiler para los días previos al crucero.





## *Poder Judicial de la Nación*

Afirmaron que, de acuerdo con el mail enviado ese mismo día por *Despegar*, la compra del crucero quedó procesada bajo el número de reserva 51063478 y que, el 21.04.14, recibieron por el mismo medio la confirmación y el *voucher* para el servicio descripto.

Destacaron que su contraria nunca les envió la factura de la compra realizada, pese a los diversos reclamos incoados en tal sentido.

Expresaron que el viaje a Europa fue programado con el exclusivo propósito de tomar el crucero e indicaron que, si bien la ceremonia del matrimonio debió ser postergada por motivos familiares, resolvieron igualmente realizar el viaje en razón de sus obligaciones laborales y para evitar el pago de mayores sumas por la modificación de las fechas.

Señalaron que, luego de efectuar la reserva del crucero, comenzaron a planificar detalladamente el viaje, decidiendo que, cuando arribaran a la ciudad de Roma, el día 21.05.14 irían a la audiencia pública celebrada por el Papa Francisco en la Plaza San Pedro del Vaticano, a los efectos de obtener su bendición.

Relataron que el 10.05.14 viajaron a España y, luego de haber utilizado durante la primera semana los servicios contratados -auto y hotelería-, el 17.05.14 se presentaron en el puerto de la ciudad de Barcelona a los efectos de embarcar en el crucero. Afirmaron que allí se les informó que *el crucero Sovereign no saldría, ya que no había arribado a Barcelona por encontrarse averiado en algún puerto de Italia* (v. fs. 88).

Refirieron que les llamó la atención la escasa cantidad de pasajeros que se presentaron ese día en el puerto, agregando que, tras consultar sobre el punto, les indicaron que el pasaje había sido avisado por las respectivas agencias de viajes.

Añadieron que, en ese momento, efectuaron el reclamo correspondiente ante *Pullmantur* (empresa de cruceros) e *Intercruises* (empresa de gestión de la operación del puerto), exigiendo una solución consistente en *otro servicio, otro barco para fecha próxima, un circuito por Europa de los que ellos venden, aéreos a alguna parte [...] servicios alternativos que pudieran reemplazar al crucero* (sic fs. 88 vta.). Sostuvieron que la respuesta brindada fue que *nada podía hacerse* y que era la agencia de turismo -mediante la cual contrataron el servicio- la

que debía haberles avisado y gestionado una alternativa para ofrecerles. Expusieron





## *Poder Judicial de la Nación*

que en esa oportunidad les indicaron que solo les devolverían el importe de lo abonado, más una bonificación simbólica, y un descuento para realizar otro crucero.

Manifestaron que se comunicaron telefónicamente con *Despegar*, quien no les brindó una solución al problema por tratarse de una intermediaria, más allá de otorgarles un número de reclamo (94702) y decirles que solo podían solicitar a *Pullmantur* que cancelara el cupón de la tarjeta. Agregaron que en *Despegar* incluso intentaron venderles nuevos servicios.

Describieron el contenido de los correos electrónicos enviados por la accionada con fecha 15 y 16 de mayo de 2014, mediante los cuales aquélla les habría informado sobre la cancelación de la salida y que la naviera ofrecía la devolución del 100% de lo abonado.

Arguyeron que luego de nuevas comunicaciones dirigidas tanto a *Despegar* como a *Pullmantur*, se encontraron sin saber qué hacer ya que el vuelo de regreso estaba previsto recién para el día 24.05.14.

Agregaron que, como consecuencia de la situación descrita, la co-actora *Sayós* sufrió una crisis nerviosa debido a un cuadro de *stress* -con cefaleas y pérdida de voz-, por la que debieron solicitar asistencia médica a través de la cobertura *Universal Assistance*.

Fue así que, el 19.05.14, decidieron alquilar un auto y recorrer algunos poblados cercanos a Barcelona en la zona de Cataluña, incurriendo en gastos que no pensaban realizar, los cuales tuvieron que abonar con su tarjeta de crédito en un solo pago, cuando el costo del crucero había sido financiado en cuotas.

Refirieron que al llegar a Buenos Aires, se comunicaron con *Despegar*, quien les brindó la misma solución ya ofrecida anteriormente, consistente en la cancelación de la venta y una compensación de la compañía naviera de aproximadamente *u\$s 125* para cada uno de ellos, debiendo renunciar a cualquier reclamo judicial, a lo que se negaron.

Añadieron que, tras convocar a su contraria a una audiencia en *Defensa del Consumidor de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, no lograron arribar a ningún acuerdo dado que *Despegar* ni siquiera admitió responsabilidad por lo ocurrido.





## Poder Judicial de la Nación

Afirmaron que resultaban aplicables al caso las disposiciones de la ley de defensa del consumidor (LDC) y que la agencia de viajes tenía la obligación de responder objetivamente frente al usuario por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de viaje, y por los servicios ofrecidos a través de la publicidad de su oferta.

Destacaron que los agentes de viaje deben cumplir con los deberes de *prestación, información y seguridad*, y que el incumplimiento de cualquiera de ellos, por hecho propio o ajeno, es un factor de atribución de responsabilidad objetiva que se verifica cuando no se logra el resultado ofrecido en la publicidad y garantizado al turista, aun cuando la ejecución se hubiera delegado a terceros.

Entre los daños reclamados, incluyeron: a) *daño patrimonial* por un total de \$ 42.517,90, conformado por la suma de \$ 28.444 correspondiente a los pasajes aéreos BUE-MAD / BCN-BUE facturados el 17.01.14, y el valor de los gastos incurridos durante la semana que habría durado el crucero, al vencimiento del resumen de la tarjeta de crédito (23.06.14), por la suma de \$ 14.073,90; b) *daño moral* que estimaron en la suma de \$ 200.000 (\$ 100.000 por cada uno de los actores); y, c) *daño punitivo* en los términos del art. 52 bis LDC por el importe que se disponga judicialmente.

Ofrecieron prueba y fundaron su postura en derecho.

2.) Corrido el pertinente traslado de ley, a fs. 194/213 compareció *Despegar.com.ar S.A.* por intermedio de apoderado, y contestó la demanda instaurada en su contra solicitando su rechazo con expresa imposición de costas.

En primer lugar, opuso la *excepción de incompetencia* indicando que el presente caso supone la aplicación de la ley 48, art. 2, inc. 10 por tratarse de un reclamo vinculado al incumplimiento en materia de transporte marítimo de pasajeros. Al respecto, añadió que los argumentos de los accionantes refieren al incumplimiento de la firma *Pullmantur S.A.*

Sostuvo que, al tratarse de un contrato suscripto entre los actores y la naviera referida, se trata en el caso de *un supuesto de comercio marítimo, el cual queda sujeto a la competencia de los Juzgados Federales* (sic fs. 194 vta.).





## *Poder Judicial de la Nación*

Luego de efectuar una negativa pormenorizada de los hechos expuestos al inicio y desconocer la autenticidad de la documental acompañada por los actores, dio su versión de los hechos.

Refirió que los actores contrataron con la empresa *Pullmantur S.A.*, el viaje denominado “*Brisas del Mediterráneo*” en el crucero “*Sovereign*”, por intermedio de *Despegar*, al igual que la estaba en el hotel y el alquiler de un vehículo.

Aclaró que la contratación fue realizada por los demandantes conforme a sus necesidades y gustos, sin que ello estuviera vinculado al crucero o a algún tipo de paquete turístico ofrecido. Destacó que los pasajes aéreos fueron contratados por el matrimonio *Favale* por fuera de su plataforma digital y sin tener en vista, en esa oportunidad, el crucero que luego eligieron.

Refirió que *Pullmantur* le comunicó el 15.05.14 que el crucero en cuestión no saldría del puerto de Barcelona por ciertas fallas técnicas, cancelando el viaje programado entre el 17 y el 24 de mayo de 2014, y que compensaría a los pasajeros con un abono del 25% del importe pagado.

Afirmó haber dado cuenta de ello a los accionantes en forma inmediata (vía mail), para que aquéllos *adopten las medidas necesarias*.

Indicó que, al no recibir respuesta alguna por parte de ellos, remitió un nuevo correo reiterándoles el comunicado y el ofrecimiento efectuado por la naviera, ofreciendo incluso utilizar el saldo a su favor para tomar las noches en destino.

Señaló que, con fecha 17.05.14, nuevamente les envió un correo informando que *la única alternativa era gestionar el reembolso lo antes posible* (v. fs. 201).

Aclaró que la única comunicación que tiene con las personas que contratan a través de su plataforma, es mediante los datos que los propios clientes ingresan, en el caso, la dirección de correo electrónico.

Señaló que *desconocía el itinerario del matrimonio durante su estadía en España los días previos a la fecha del crucero*, al tratarse de una intermediaria en la contratación directa de los usuarios de su plataforma con los prestadores de los servicios (hoteles, vehículos, aviones, etc.).





## *Poder Judicial de la Nación*

Indicó que a pesar de haber ofrecido diversas posibilidades de reembolso, reintegro y compensación por lo ocurrido, los actores *se negaron en forma persistente a ello, hasta llegar a esta instancia, con el claro objetivo de generar una ganancia mayor* (v. fs. 201 vta.).

Afirmó haber mantenido una conducta diligente y correcta, máxime cuando el art. 14 del Dcto. Reglamentario 2.182/72 de la ley 18.829 dispone que *“quedan eximidas las agencias de turismo de toda responsabilidad frente al usuario, no mediando culpa, dolo o negligencia de su parte, cuando sean intermediarias entre las empresas de servicio y los usuarios”*.

Sostuvo que frente a un desperfecto técnico propio de la embarcación contratada por el usuario, su parte careció de responsabilidad alguna por no ser la propietaria del buque, ni tratarse de un servicio brindado por ella, más aún, si tomó todos los recaudos del caso para informar de manera inmediata la situación a los pasajeros. Reafirmó que el incumplimiento en el servicio contratado no le es imputable.

En cuanto al *deber de información*, consignó que de las propias constancias acompañadas por los accionantes surge cabalmente cumplido a partir del instante en que recibió la comunicación de parte de *Pullmantur*.

En relación al supuesto incumplimiento del *deber de seguridad*, destacó que en todo momento se comunicó con los aquí demandantes a fin de buscar una solución al inconveniente, incluso luego de su arribo al país. Añadió que, pese a los incesantes intentos de llegar a un acuerdo, ofrecer reintegros, compensaciones, bonificaciones, sus adversarios no aceptaron, pretendiendo un enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, planteó la falta de *legitimación pasiva*. En tal sentido, explicó que, como agencia de viajes registrada ante la Secretaría de Turismo en los términos del Dcto. Reglamentario 2.182/72 de la ley 18.829, cumple con actividades de intermediación en la reserva y locación de servicios de transporte, servicios hoteleros y en la organización de viajes, excursiones, cruceros o similares, en el país o en el extranjero.

Arguyó que no tiene aptitud para ser demandada en autos por su

Condición de intermediaria y no resultar responsable por la falla técnica que impidió

Fecha de firma: 16/08/2019

Alta en sistema: 16/08/2019

Firmado por: ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: MARÍA VERÓNICA BALBI, SECRETARIA DE CÁMARA



#24403376#235847897#20190712094523933



## *Poder Judicial de la Nación*

la concreción del crucero (atribuible a la propietaria del navío como principal obligada a la prestación del servicio). Sostuvo que carecía también de legitimación para ser condenada en forma solidaria junto a *Pullmantur S.A.* en los términos del art. 40 la ley 24.240, legislación que, a su entender, resulta *inaplicable* al caso.

Questionó cada uno de los rubros cuya reparación se pretendió y planteó la inconstitucionalidad del art. 52 bis LDC.

Ofreció prueba y solicitó la citación de *Pullmantur S.A.* en los términos de los arts. 94 y 95 del CPCCN.

3.) A fs. 253/6, el Magistrado de grado desestimó la *excepción de incompetencia* (confirmada a fs. 299/301 por este Tribunal), difirió el tratamiento de la defensa de *falta de legitimación pasiva* para el momento de dictar sentencia definitiva y dispuso la *citación* de *Pullmantur S.A.* en los términos del art. 94 CPCCN.

4.) Diligenciado el exhorto diplomático del caso (v. fs. 350/60), la tercera citada no compareció (v. fs. 363).

5.) Abierta la causa a prueba a fs. 365/6, se produjo la que surge de la certificación obrante a fs. 623 y vta.

6.) A fs. 674/83 se incorporó en el expediente el alegato de la parte demandada, que fue la única que hizo uso de la facultad prevista en el art. 482 CPCCN, de acuerdo con lo resuelto a fs. 650/2.

7.) El Sr. Agente Fiscal se expidió a fs. 664/8 en relación al *planteo de inconstitucionalidad* formulado por la demandada respecto del art. 52 bis LDC.

### **II. La sentencia apelada.**

En el fallo apelado -dictado a fs. 689/97-, el Magistrado de grado resolvió rechazar la demanda promovida por *Roque Daniel Favale y Daniela Alejandra Sayós* contra *Despegar.com.ar S.A.*, distribuyendo las costas por su orden.

En primer término, el *a quo* refirió que el conflicto se cierne en torno a la extensión de responsabilidad que pudiere caberle a *Despegar* en virtud de la cancelación del servicio por parte del prestador pues, mientras los actores sostienen que la accionada debe responder por el infortunio, la demandada afirmó que en su





## Poder Judicial de la Nación

calidad de mera intermediaria no le corresponde soportar el daño que -eventualmente- aquéllos hubieran padecido por el evento frustrado.

Expresó que existió entre las partes un contrato denominado *de viaje* y que la *Convención Internacional sobre Contratos de Viaje de Bruselas* de 1970 -de la que Argentina fue parte desde 1972 (ley 19.918) hasta que fue denunciada con fecha 16.12.08 B.O. 30.12.08 cesando sus efectos el 16.12.09-, conceptualiza el problema distinguiendo entre el i) contrato de *organización de viaje*, aquél por el que una persona se compromete en su nombre a procurar a otra, mediante el pago de un precio global, un conjunto de prestaciones combinadas de transporte, estadía y/u otros servicios que se relacionen; y, ii) el contrato de *intermediario de viaje*, aquél en virtud del cual lo que se compromete es, o bien un contrato de organización de viaje, o una de las prestaciones aisladas que permitan realizar un viaje, o una estadía cualquiera.

El *a quo* recordó ese antecedente y sostuvo que el CCCN no define el contrato de viaje, como así tampoco lo hace la ley 18.829 de agentes de viaje, ni su decreto reglamentario 2.182/72 y que, si bien la referida *Convención de Bruselas* no se encuentra vigente en nuestro medio (B.O. 30.12.08), la jurisprudencia del fuero ha seguido su conceptualización (cfr. esta CNCom., esta Sala A, *in re: "López R. y Lucci N. c/ Viajes Ati S.A."* del 22.05.08).

Destacó que en la especie no existe controversia en relación a que la firma demandada *procuró a los actores diversos servicios turísticos aislados*, tales como hospedajes, alquiler de un vehículo y el crucero referido, mientras que los accionados abonaron por ellos diversas tarifas individuales.

El sentenciante consideró que no puede considerarse que la demandada haya actuado en calidad de *organizadora del viaje*, pues una de las características de esa actuación, consiste en que su prestación incluya diversos servicios relacionados entre sí y por la cual se pague un precio global. Consideró que la firma accionada actuó como *intermediaria*.

Afirmó que tal circunstancia no le quita -necesariamente- responsabilidad por el evento dañoso padecido por sus clientes, ya que en la ejecución de las obligaciones que resultan de estos contratos, *tanto el organizador*







## Poder Judicial de la Nación

principios generales del derecho y las buenas costumbres (cfr. esta CNCom., esta Sala A, *in re*: “López...” cit.).

Sostuvo que, de la *Convención* invocada, surge que la responsabilidad del organizador o del intermediario de viajes se configura por la contravención al parámetro de diligencia a que ella refiere y por el deber general de atenerse a los buenos usos en la materia, *sin importar si se encuentra actualmente vigente*, ya que ello solo se trata de una aplicación más del principio de buena fe relevante en todo tipo de relación contractual y, especialmente, en aquellas en donde la profesionalidad de una de las partes genera en la otra una legítima confianza basada en la experiencia y aptitud técnica.

Indicó que en el *sub lite* corresponde determinar si *Despegar* -en calidad de intermediaria- cumplió cabalmente con sus deberes para con sus clientes, teniendo en cuenta la compleja problemática planteada en orden a la responsabilidad que asume el agente de viaje frente a ellos cuando actúa en ese carácter, es decir, si responde exclusivamente por esa prestación y no por el viaje en sí, de manera tal que los eventuales incumplimientos de la empresa para la cual intermedia, en el caso, *Pullmantur S.A.*, solo pueden reclamársele de conformidad con lo referido en el párrafo precedente, es decir bajo la pauta de diligencia y buenos usos en la materia, o como lo señala el art. 22, inciso 3 de la *Convención de Bruselas* “*en relación a los deberes que incumben a un diligente intermediario de viajes*”.

Adujo que no puede obviarse la circunstancia de que en virtud de la intermediación efectuada, la demandada percibió una comisión y por ello, su actividad no pudo quedar circunscripta a la mera entrega de los *vouchers* correspondientes al servicio del crucero. Añadió que aquí cobra relevancia la actuación que desarrolló la accionada desde el momento en que conoció que el crucero sería suspendido.

Expuso que *Despegar* afirmó haber cumplido cabalmente con sus obligaciones, comunicando inmediatamente a los actores -vía mail del 15.05.14- que el crucero no se realizaría, informándoles también que *Pullmantur* ofrecía el reembolso del total abonado con más una compensación equivalente al 25% y que, al no recibir respuesta por parte del matrimonio *Favale*, reiteró dicho correo electrónico

---

en los días subsiguientes.

Fecha de firma: 28/06/2019

Alta en sistema: 16/08/2019

Firmado por: ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: MARÍA VERÓNICA BALBI, SECRETARIA DE CÁMARA



#24403376#235847897#20190712094523933



## *Poder Judicial de la Nación*

Señaló que los pretensores no se anoticiaron de la cancelación del viaje sino hasta que arribaron al puerto, donde fueron informados por personal de *Pullmantur*, dado que al hallarse en tránsito en el exterior no habrían abierto su correo electrónico los días previos.

Destacó que el perito informó a fs. 587, que al efectuar la adquisición *on line*, el cliente se ve obligado a aceptar los términos y condiciones predispuestos por la operadora.

Explicó que una de las consecuencias de la revolución tecnológica, ha sido el impulso hacia la celeridad e inmediatez en una amplia gama de relaciones dentro de la sociedad y que, ello conmina a los desarrolladores tecnológicos a un constante perfeccionamiento de los sistemas que permitan acceder al conocimiento con mayor velocidad, entendido tal conocimiento en un sentido amplio, es decir, en la búsqueda de sitios diversos de interés particular de acuerdo a necesidades individuales.

Agregó que ello origina algunas derivaciones que pueden calificarse de no deseadas, vgr. *la disminución de la calidad de la atención en el área de servicios*, ya que varias prestaciones no pueden concretarse si no es mediante accesos por internet. Afirmó que tampoco existe atención personalizada y resulta sumamente dificultoso comunicarse con alguna “*cara visible*” de la empresa, sin resultar una conducta desacertada lo atinente a la aceptación de las condiciones contractuales vía *web*, en la medida de que tales condiciones se ponen a disposición del contratante y se eliminan largos contratos en papel que -de todos modos- no eran cabalmente leídos.

Consideró que entra en la órbita del adquirente tomar conocimiento de los términos en los que contrata, sus derechos y obligaciones, sin que ello implique tener que soportar condiciones abusivas, so pena de no poder acceder al bien o servicio deseado -que no puede adquirir de otra forma-, no solo por aplicación de la LDC sino también de los principios generales que emergen de los arts. 9 y 10 CCCN.

El sentenciante señaló que tales estipulaciones no han sido cuestionadas, y consideró que la responsabilidad de las agencias de viaje se excluye cuando su actuación queda limitada a la expedición de un billete de transporte

---

Concreto, caso en el cual existe un contrato directo entre el viajero y la transportista,

Fecha de firma: 16/08/2019

Alta en sistema: 16/08/2019

Firmado por: ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: MARÍA VERÓNICA BALBI, SECRETARIA DE CÁMARA



#24403376#235847897#20190712094523933



## *Poder Judicial de la Nación*

jugando la agencia, un rol de simple intermediaria de un contrato celebrado entre usuario y prestador del servicio.

Remarcó que eso es, en definitiva, lo que dispone el art. 17 de la ley 19.918 (*Convención de Bruselas*), mientras que el art. 14 del Dcto. N° 2.182/72 exime de responsabilidad a la agencia de viajes que actúe como intermediaria, siempre que no exista negligencia de su parte.

Consideró que no resulta aplicable al caso la responsabilidad solidaria que prevé el art. 40 LDC respecto de los distintos integrantes de la cadena de comercialización, ya que la finalidad de la norma *no fue otorgar el carácter de garante del exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el proveedor directo del servicio, sino de imponer un deber de inocuidad respecto de tal servicio.*

Sostuvo que no corresponde que el agente de viajes responda por el incumplimiento del prestador del servicio cuando haya intervenido en la venta de un servicio aislado, salvo por actuación culposa.

Luego de apartar del caso la vinculación de tipo objetiva, analizó la conducta de la agencia de viajes en relación a sus deberes específicos.

Al respecto, coincidió con las conclusiones alcanzadas por el Sr. Fiscal a fs. 664/8 en torno a que no existió incumplimiento de la demandada respecto de sus obligaciones específicas, ya que entregó oportunamente la documentación necesaria para el viaje, informó sobre las condiciones de la venta y el alcance de su responsabilidad, informó a los pasajeros acerca del infortunio, ofreció gestionar el reintegro y, además, la utilización del saldo para cubrir gastos de estadía en destino.

Fue así, que concluyó finalmente en el rechazo la demanda, al no haber acreditado los pretenses los presupuestos fácticos que sustentaron el derecho invocado a fs. 106 (acápito X), como era de su incumbencia (art. 377 CPCCN).

Añadió que la existencia de precedentes jurisprudenciales acerca del alcance de la extensión de responsabilidad de la LDC:40, como aspecto sumamente controversial, resulta adecuado justificativo para la distribución de las costas en el orden causado (art. 68, 2° párr. CPCCN).

### ***III.- Los agravios.***

---

Fecha de firma: 28/06/2019

Alta en sistema: 16/08/2019

Firmado por: ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: MARIA ELSA UZAL, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: MARÍA VERÓNICA BALBI, SECRETARIA DE CÁMARA



#24403376#235847897#20190712094523933



## Poder Judicial de la Nación

Contra dicho pronunciamiento se alzaron tanto los actores como la parte demandada, quienes sustentaron sus recursos con las expresiones de agravios obrantes a fs. 722/50 y 790/2, respectivamente.

El traslado del memorial presentado por los accionantes mereció la réplica de *Despegar.com.ar* S.A. obrante a fs. 799/815, mientras que el traslado de los fundamentos vertidos por ésta última fue contestado por el matrimonio actor a fs. 795/7.

### 1.) Los actores se agraviaron porque el sentenciante:

i) Aplicó normas derogadas e inaplicables, invocando como base de fundamentación del pronunciamiento una ley derogada que no forma parte de la legislación argentina desde hace diez años (Ley 19.918, *Convención Internacional de Bruselas*) y un decreto de hace cincuenta años que, a su entender, resulta absolutamente inaplicable (Dcto. N° 2.182/72). Destacaron que el juzgador debe aplicar normas vigentes bajo pena de nulidad (art. 34 inc. 4° CPCCN).

Adujeron que el tratado referido fue denunciado por nuestro país el 16.12.08, siendo ello publicado en el B.O. N° 31.562 del 30.12.08.

Tildaron de inválido y nulo el pronunciamiento apelado, donde el *a quo* aplicó una norma derogada que se contradice con la ley de orden público que debió aplicar (LDC), además de la CN. Afirmaron que en la especie no se trata de un “contrato de viaje” sino de un “contrato de consumo”.

Reiteraron la inaplicabilidad del sistema de limitación de responsabilidad objetiva previsto en el Decreto N° 2.182/1972 -similar al del *Convenio de Bruselas*- para cualquier relación de consumo de servicios turísticos.

Señalaron que resulta inválido y no ajustado a derecho el razonamiento del sentenciante referido a que, el sistema de responsabilidad solidaria del art. 40 LDC, no alcanza a la demandada por tratarse de una intermediaria.

ii) Prescindió totalmente del texto legal aplicable (LDC) sin brindar razones plausibles, avasallando de esa forma sus derechos constitucionales.

Los recurrentes destacaron que el *a quo* desconoció -prácticamente- la existencia de la LDC cuando, en la actualidad, se trata de la única ley que resulta aplicable a casos como el de marras. Explicaron que dicha norma incluyó a los

usuarios de servicios turísticos dentro del sistema de protección de los consumidores.





## Poder Judicial de la Nación

iii) No fundó debidamente el fallo apelado, ni ofreció explicaciones y motivaciones que permitan conocer y comprender las razones que lo llevaron al rechazo de la demanda. Reiteraron que la fundamentación *aparente* encuentra sustento en una norma derogada, antiguos decretos, fallos inaplicables y en argumentaciones arbitrarias y sin respaldo.

iv) Omitió pronunciarse sobre las cuestiones oportunamente planteadas y contenidas en la *litis* conducentes para la solución del caso.

Afirmaron que el incumplimiento del *contrato de consumo* por parte de la accionada, provocó los daños cuya reparación reclaman. Atribuyeron responsabilidad a *Despegar* quien, a su entender, no habría cumplido con el *deber de prestación, deber de información y deber de seguridad*, todos ellos impuestos por la LDC.

En el mismo sentido, reiteraron la aplicación de la multa civil en concepto de *daño punitivo* como sanción ejemplar.

v) Decidió prescindir de casi la totalidad de las pruebas fehacientes y decisivas para la solución del pleito, en el caso, la pericial informática, los *vouchers* de *Despegar* por las noches de hotel contratadas, los correos electrónicos de *Despegar* y *Pullmantur*, el reclamo de la factura correspondiente al pago del servicio, los testimonios brindados, entre otras.

Sostuvieron que el Magistrado de grado únicamente se valió de una ley inexistente, de los dichos de la demandada y de razonamientos arbitrarios e infundados.

vi) Determinó arbitraria e infundadamente que la parte demandada había cumplido con sus obligaciones específicas.

Entre los puntos que consideraron incumplidos por su contraria, los recurrentes consignaron: i) la entrega de la documentación necesaria para el viaje (factura); ii) la información de las condiciones de venta y el alcance de la responsabilidad de *Despegar*; iii) la notificación a los pasajeros por medio idóneo acerca del infortunio sufrido por el crucero, cuando contaba con otros medios más allá del correo electrónico (teléfonos celulares, un teléfono adicional de contacto y la información de los hoteles donde se alojaban las dos noches anteriores al embarque);





## *Poder Judicial de la Nación*

y, iv) la gestión del reintegro y utilización del saldo para cubrir gastos de estadía en destino.

Alegaron también, que ninguna cláusula de limitación de responsabilidad inserta en el contrato de consumo de turismo tiene validez frente al régimen de responsabilidad del art. 40 LDC.

Concluyeron indicando que se encuentra totalmente acreditado en autos la existencia de los *hechos alegados*, los *daños producidos* y la *responsabilidad* de la demandada.

2.) De su lado, *Despegar.com.ar S.A.* se agravió del modo en que fueron impuestas las costas, cuando la demanda fue rechazada en su totalidad.

Adujo que la imposición en el orden causado resulta contradictoria cuando, en la especie, su parte fue eximida de responsabilidad. Agregó también, que las razones invocadas por el *a quo* para apartarse del principio general en la materia no fueron suficientes a los efectos de configurar una excepción.

### **IV. La solución propuesta.**

#### **1.) Aclaración preliminar.**

En primer lugar señalo que es el criterio de esta Sala, que estimo aplicable en autos, aquél que conduce a dejar sentado que el caso habrá de decidirse conforme a las disposiciones del Código Civil (ley 340 y sus modificaciones), en lo pertinente, por entender que resultan inaplicables las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994 que entrara en vigor el *01.08.15*.

Por otro lado, es de remarcar que la resolución de los problemas inherentes a los conflictos inter-temporales provocados por el cambio legislativo que introduce el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación exige ahondar en los alcances del nuevo art. 7 CCCN en aquellos casos en los que quepa plantearse la pertinencia de la aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.

Para ello, se observa que de la comparación entre los anteriores artículos 2 y 3 del Código Civil y los actuales artículos 5 y 7 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación surge que, salvo por la inclusión en este último de la referencia al principio de la favorabilidad respecto de las relaciones de consumo, las





## *Poder Judicial de la Nación*

reglas conservan un paralelismo en su redacción, que torna vigente la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial civilista existente desde la reforma introducida por la ley 17.711 (conf. Uzal, María Elsa, “*Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal con especial referencia al Derecho Internacional Privado*”, Revista Código Civil y Comercial (Director: Dr. Héctor Alegría), Ed. La Ley, N° 1, julio 2015, págs. 50/60).

Es de destacar que el art. 5 establece que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen. En el caso del nuevo Código Civil y Comercial, el art. 7 de la ley 26.694 (sustituido por el art. 1 de la ley 27.077), dispuso que dicho cuerpo entrara en vigencia el 01.08.15.

De otro lado, el art. 7 indica la manera en que han de efectivizarse los efectos de las leyes que se dicten con relación al tiempo y a las relaciones preexistentes. Dicha norma establece, textualmente, que “a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Esta última alternativa, impone ahondar en los alcances del mentado art. 7 CCCN en aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, se plantee alguna duda o controversia sobre la debida aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.

Debe repararse en que la interpretación de la norma de aplicación tiene como pilares dos principios fundamentales: la irretroactividad de la ley -salvo disposición en contrario, que en ningún caso podrá afectar derechos amparados con garantías constitucionales- y su aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigencia “aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Cabe profundizar aquí, en el primero de esos principios, esto es, aquél que veda toda posible aplicación retroactiva no prevista expresamente y que lleva de

la mano a precisar cuándo una ley es retroactiva, lo que presenta particulares





## *Poder Judicial de la Nación*

dificultades si se trata de hechos *in fieri*, es decir, en curso de desarrollo. Ello, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso puede implicar una indebida aplicación retroactiva.

Debe recordarse que se ha dicho que se configurará una aplicación retroactiva de la ley: *a)* cuando se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación o situación jurídica anteriormente constituida o extinguida; *b)* cuando se refiera a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; *c)* cuando se atribuyan efectos que antes no tenían a hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen por la vinculación de esos hechos o actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; *d)* cuando se refiera a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio, en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes; *e)* cuando se trata de situaciones jurídicas concurrentes que resultan de fuentes de derecho diferentes que entran en conflicto y pueden suscitar desigualdades entre los titulares de esas relaciones, precisamente, porque dado que cada una de ellas nace de causas diferentes, cada una debe soportar la competencia de la ley que corresponde al momento de su constitución, de sus efectos o de su extinción, según el caso (conf. Roubier, P., “*Les conflicts des lois dans le temps*”, T° 1, págs. 376 y sigs.; Borda, G., “La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo”, E.D., T° 28, pág.809; Coviello y Busso, citados por LLambías, J.J., “*Tratado de Derecho Civil. Parte General*”, T° 1, págs. 144/5, en nota 68 bis; Uzal, *ob. cit.*, nota 1).

Así, si la modificación legal sobreviene estando en curso la constitución, adquisición, modificación o extinción de un derecho, la nueva ley modificará esas condiciones de constitución, adquisición, modificación o extinción del derecho de que se trate, en tanto esas relaciones no se hallen ya consumidas con efectos jurídicos propios en el pasado, de modo que revistan el carácter de derechos adquiridos, debiendo el juzgador examinar las circunstancias de cada caso concreto atendiendo con ese sentido a la directiva legal (conf. Uzal, *ob. cit.*, págs. 59/60).

Ya se ha destacado que la determinación de si se está frente a una aplicación retroactiva presenta particulares dificultades cuando se trata de hechos *in*







## *Poder Judicial de la Nación*

*feri*, es decir, en curso de desarrollo y que es imprescindible distinguir si se trata de situaciones que se encuentran en lo que puede describirse como una fase dinámica de la relación, en la que ésta nace o muta (su constitución o extinción) o si, en cambio, se capta esa relación en una fase estática, cual sería aquella que concierne a sus efectos ya producidos y/o con valor jurídico propio, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso concreto, puede implicar una indebida aplicación retroactiva, sobre hechos o situaciones jurídicas del pasado.

En el marco fáctico legal del *sub judice* las circunstancias de hecho del caso permiten concluir en que las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Código Civil y Comercial de la Nación en la materia no resultan de aplicación.

Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una relación jurídica, ya producidos antes de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley.

En consecuencia, déjase establecido que en autos se resolverán los planteos traídos a conocimiento de este Tribunal conforme las normas que se encontraban vigentes al tiempo en que acontecieron los hechos de marras.

### **2.) El thema decidendum.**

Efectuada la reseña precedente, el *thema decidendum* en esta Alzada consiste en dilucidar, a la luz de las particularidades de la operatoria concertada en la especie, si resultó acertada la decisión del Sr. Juez de grado de rechazar la demanda incoada por los actores, al considerar que no se hallaba configurada la antijuridicidad imputada a la demandada o si, por el contrario -tal como afirman los recurrentes-, corresponde atribuir responsabilidad a *Despegar.com.ar S.A.* por el presunto incumplimiento contractual atribuido, a partir de la aplicación al caso del derecho argentino, en su caso, del régimen de la Ley de Defensa del Consumidor.





## *Poder Judicial de la Nación*

Señálese que sólo en la hipótesis de concluirse en que existió dicha responsabilidad, cabrá pasar a examinar la procedencia -o no- de los rubros indemnizatorios pretendidos por los accionantes, para finalizar refiriendo al régimen de imposición de costas del proceso.

Ha de comenzarse pues, por el estudio de la primera de las cuestiones planteadas, vinculada al derecho aplicable.

### **3.) La relación de intermediación entre las partes. Encuadramiento legal. Derecho aplicable.**

**3.1.** El Magistrado de grado tuvo por acreditado el vínculo contractual que unió a las partes, en virtud del cual los accionantes utilizaron la plataforma digital de *Despegar* para la contratación de diversos servicios turísticos, entre los que se encontraba una semana en crucero por el mar Mediterráneo, que la naviera organizadora *Pullmantur S.A.* canceló por problemas técnicos que habría sufrido el buque.

A los efectos de encuadrar la responsabilidad endilgada a la aquí demandada, el sentenciante invocó “*La Convención Internacional de Bruselas*” del 23.04.70 relativa a los contratos de viaje (v. fs. 693 vta. y ss.), cuya adhesión se instrumentó a través de la *ley 19.918* promulgada el 31.10.72. En efecto, dicha Convención contempla, por un lado, el *contrato de organización de viaje*, y por el otro, el *contrato de intermediario de viaje*. Ya se ha referido la definición que cabe a los contratos alcanzados por esta fórmula y es de señalar que ambos participan a su vez, de la categoría más amplia, vasta y comprensiva de los contratos de intermediación que, en su generalidad, *incluyen todas las formas de representación voluntaria* del derecho común y del derecho anglosajón.

La naturaleza que exhibe la relación que vinculó a las partes, a su vez, permite su encuadramiento dentro de esa categoría, como subcategoría propia, entre los *contratos de intermediación de viaje, de carácter internacional*, que se perfeccionan cuando una persona/agente de viaje, *el intermediario*, tiene el poder de actuar, actúa o pretende actuar en sus relaciones con un tercero (usuario/cliente) por cuenta de otra persona física o jurídica, *el representado* (que puede ser otra agencia de viajes, como en este caso), comprometiéndose, ya sea una organización de viaje o prestaciones aisladas que permiten realizar un viaje o una estadía cualquiera, en otro





## *Poder Judicial de la Nación*

u otros estados nacionales. Incluye pues, la actividad del intermediario (agencia de turismo) consistente en recibir y en comunicar proposiciones o en realizar negociaciones por cuenta de otras personas y se aplica, tanto si el intermediario actúa en nombre propio, como cuando actúa en nombre del representado o del usuario y tanto si su actividad es habitual, como ocasional.

Cabe observar aquí, además, y esto es dirimente, que cuando estos *contratos de viaje internacionales* dentro de su desarrollo se resuelven en la adquisición de parte de terceros (clientes/usuarios) de servicios para uso o disfrute personal o familiar que tienen como destino final una utilización que agota la prestación objeto del contrato, se inscriben también en el marco de lo que podemos denominar genéricamente “*relaciones de consumo*”, pues la prestación de bienes o servicios que se establece entre quien los adquiere en calidad de usuario o consumidor final y el proveedor de ellos, configura un *contrato de consumo*, en este caso, *internacional*, sin importar, y esto es de destacar, que entre ellos exista una vinculación directa o de intermediación, como en este caso (véase sobre el tema: Uzal, María Elsa, “*Derecho Internacional Privado*”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 537/8).

Nos hallamos pues, frente a un *contrato de intermediación de viaje internacional* que además, según sus características, puede inscribirse en la categoría de los *contratos de consumo internacionales* y, bajo este encuadramiento legal, cabe preguntarse, en primer término y dada la índole internacional de los sujetos y prestaciones comprometidas, cuál es el derecho aplicable a las relaciones del tipo que se examina.

Cabe reiterar, ya se ha dicho aquí, que en el ámbito del DIPr. de fuente internacional, nuestro país *ha denunciado la Convención Internacional de Turismo de Bruselas de 1970* y que en el ámbito material convencional, no media otro instrumento vigente entre los Estados eventualmente involucrados en el conflicto que resulte aplicable al caso. Señálase que si bien Argentina es Estado parte del *Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación*, suscripto el 14 de marzo de 1978, que ha sido aprobado por ley 22.488, éste, sin embargo, sólo nos liga con Francia, Países Bajos y Portugal.





## *Poder Judicial de la Nación*

Así pues, en defecto de fuente convencional, el derecho aplicable ha de determinarse conforme a las disposiciones vigentes en el derecho internacional privado de fuente interna.

En ese orden, dentro de nuestro Código Civil y Comercial, los contratos de viaje internacionales, cuando resultan encuadrables dentro de una relación de consumo internacional tienen una regulación específica, aunque *solo parcial*, en el art. 2655, inc. d) CCCN que prevé muy precisamente, *solo al contrato “de organización de viaje internacional”*, cuando se refiere *“al contrato de viaje, por un precio global, que comprende prestaciones combinadas de transporte y alojamiento”* y lo somete a la ley del domicilio del consumidor.

Inicialmente, si se centra el análisis en el *contrato de intermediación de viaje internacional* que ya hemos caracterizado, resulta conveniente detenerse y reparar en que, dada su naturaleza, cabe diferenciar dentro de él distintos haces de obligaciones, vg: *las relaciones internas entre el representado y el intermediario* (aquí *Pullmantur* y la demandada) ajenas a estas actuaciones, *las relaciones del intermediario con terceros clientes/usuarios* (los actores en este caso) amén de *las relaciones externas entre el representado (Pullmantur) y los terceros clientes/usuarios* que también han quedado al margen en estos autos.

Cabe señalar al respecto, que una fuente que presenta proximidad analógica en razón de materia con el caso que aquí se examina, como es la *Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (La Haya, el 14 de marzo de 1978), establece en su art. 11, que *“en las relaciones entre el representado y los terceros, la existencia y el ámbito de poderes del intermediario, así como los efectos de los actos del intermediario en el ejercicio real o pretendido de sus poderes, se regirán por la ley interna del Estado en el que el intermediario tuviera su establecimiento profesional en el momento en que actúa. No obstante, la ley interna del Estado en el que el intermediario actúa es aplicable si: [...] b) el tercero tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en dicho Estado; o [...] d) el intermediario no tiene establecimiento profesional”*.





## *Poder Judicial de la Nación*

Volviendo al caso ahora y deteniéndonos en el modo de contratación habido en autos, debe repararse en que los actores han quedado colocados en la situación de *un consumidor pasivo*, a quien en cierto modo “*se ha venido a buscar para contratar*”, a través de la plataforma *on line* de la demandada (*www.despegar.com.ar*) celebrándose un típico contrato de los denominados *business to consumer (B2C)* en el que empresas en *internet* apuntan a los individuos que son sus potenciales clientes en su carácter de consumidores finales.

Es interesante señalar, incluso, que comparto aquél criterio que sostiene que los sitios de *internet*, en estos casos, bien *pueden ser asimilados a una sucursal o establecimiento*, y dependiendo del nivel de interactividad del sitio, si ese nivel de actividad y su “*targeting*” pueden considerarse manifestación de actividad comercial habitual en un cierto país y, dada la interactividad del sitio de la demandada, se trataría de una manifestación de actividad comercial a distancia en nuestro país (véase sobre el tema: Uzal, María Elsa, *ob. cit.*, pág. 590/1).

Es en esa línea de ideas que, aún si nos ciñéramos sólo al plano de la relación contractual, incluso cabría concluir en que el intermediario (*Despegar*), en el caso, ha desarrollado su actividad *on line* en el ámbito de nuestro país al tiempo de entablarse la relación y a los fines que aquí interesan, a través del sitio “*www.despegar.com.ar*”, de un modo, que puede asimilarse como funcionalmente equivalente a la de un “*establecimiento profesional*”, al que cabría considerar como el más estrechamente vinculado con el contrato.

Este contacto, llevaría por esa vía de razonamiento también a aplicar este aspecto de la relación de intermediación, al caso la ley del país del lugar del domicilio del intermediario o donde éste ejerce a título principal su actividad ya que, cuando el intermediario tuviera varios establecimientos profesionales, debe entenderse aplicable el derecho del *establecimiento con el que la relación de representación se vincule más estrechamente* (arg. arts. 2597 y 2653 CCCN) -véase también, que en un ejercicio de aproximación analógica, si se recurriese a las reglas del *Convenio de la Haya sobre Intermediación de 1978*, allí se prevé que, en defecto de elección por las partes, la ley aplicable sería la ley del Estado *en el que, en el momento de la creación de la relación de representación, el intermediario tuviera su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual* (art.6) -cfr. Uzal





## *Poder Judicial de la Nación*

María Elsa, *ob. cit.*, pág. 620 a 627-, y en ese marco el derecho argentino resultaría aplicable.

**3.2.** En lo que aquí interesa, sin embargo, se observa que el vínculo obligacional analizado *debe examinarse, fundamentalmente, bajo su rasgo de contrato de consumo* y, desde ese sesgo, adquieren especial relevancia el estado actual de nuestro derecho internacional privado de fuente interna, las normas específicas contenidas en los arts. 2654 y 2655, tanto en materia de jurisdicción -aspecto no debatido en autos- como de derecho aplicable, donde se proporcionan criterios que permiten encuadrar el caso con adecuadas soluciones (véase: Uzal, María Elsa, *ob. cit.*, pág. 593).

En efecto, se trata aquí de un contrato cuya conclusión fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor (Argentina) y cuando éste ha realizado en ese Estado los actos necesarios para la conclusión del contrato, como ocurre en la especie, el caso deviene subsumible derechamente entre el supuesto previsto por el art. 2655, inc. a) del CCCN.

Dentro de esta disposición, el Código establece con precisión que en casos de comercialización a distancia, en que se acumulan y concurren, la actividad dirigida al consumidor con los actos necesarios para la conclusión del contrato, *el derecho aplicable es el del Estado del domicilio del consumidor*, resultando inhibida, en principio, la posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad en la materia.

Esta norma prioriza la protección del consumidor al elegir como aplicable al caso el derecho del lugar de su domicilio, que es el que se presupone mejor conocido por él, pero sin embargo, también armoniza sus derechos con los del intermediario y los proveedores, que también son parte en la transacción, pues se da la concurrencia de elementos fácticos típicos y determinantes, en el país del domicilio del consumidor, que marcan proximidad de las partes oferentes (*intermediario/agencia representada*) con esa elección legal. En efecto, surgen actividades concretas de esas partes: la precedencia de una oferta o de una publicidad u otra actividad que los oferentes no pudieron ignorar, que resultan realizadas en Argentina (el Estado del domicilio del consumidor), *a través de la plataforma de un*





## *Poder Judicial de la Nación*

Así las cosas, y en ese marco, estimo claro que el derecho interno argentino, que es el que corresponde al Estado del domicilio del consumidor, donde la demandada efectuó su oferta, publicidad o actividad, y donde aquéllos han realizado los actos necesarios para la conclusión del contrato, resulta aplicable al caso (art. 2655, inc. a. del CCCN).

Pues bien, es de señalar que en el *sub lite*, el *a quo*, encuadró y resolvió el caso aplicando el *derecho interno argentino*. Sentado ello, cabe abordar con ese marco legal las cuestiones comprometidas en el ámbito recursivo del proceso.

### **4.) El contenido del derecho aplicable.**

**4.1.** Por un lado, en el derecho argentino de fuente interna, resulta aplicable en la materia, la *Ley Nacional de Agentes de Viajes N° 18.829* que, en su art. 1º, establece que quedan sujetas a las disposiciones de esa 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 vinculadas a lo que aquí nos interesan: a) *la intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero*; b) *la intermediación en la contratación de servicios hoteleros en el país o en el extranjero*; c) *la organización de viajes de carácter individual o colectivo, excursiones, cruceros o similares, con o sin inclusión de todos los servicios propios de los denominados viajes “a forfait”, en el país o en el extranjero*; d) *la recepción y asistencia de turistas durante sus viajes y su permanencia en el país, la prestación a los mismos de los servicios de guías turísticos y el despacho de sus equipajes*; e) *la representación de otras agencias, tanto nacionales como extranjeras, a fin de prestar en su nombre cualquiera de estos servicios*; y, f) *la realización de actividades similares o conexas a las mencionadas con anterioridad en beneficio del turismo [...] será requisito ineludible para el ejercicio de estas actividades, obtener previamente la respectiva licencia en el Registro de Agentes de Viajes que llevará el organismo de aplicación que fije el Poder Ejecutivo, el que determinará las normas y requisitos generales y de idoneidad para hacerla efectiva.*





## *Poder Judicial de la Nación*

El art. 8 (modif. por ley 22.545) dispone asimismo, que las personas a las que se refiere el primer artículo, se encuentran obligadas a respetar los contratos, las tarifas convenidas y a ser veraces en la propaganda que realicen a fin de promover sus actividades, debiendo el material de dicha propaganda reflejar exactamente, sin dar lugar a confusión, el tipo de servicio ofrecido.

Finalmente, el Decreto N° 2.182 del 19.04.72, reglamentario de la ley 18.829 -que derogó el Decreto 2.254/70-, en su art. 13 dispone que los servicios a prestar por la agencia de viajes se convendrán en todos los casos *por contrato firmado* entre un empleado autorizado de la agencia y el o los usuarios. En el mismo se consignará, como mínimo, lo siguiente: a) *especificación de los servicios a suministrar, indicando su categoría*; b) *fecha de prestación de los mismos*; c) *precios y condiciones de pago*; d) *plazos establecidos para la confirmación o desistimiento por ambas partes y los respectivos cargos, reembolsos e indemnizaciones en los distintos supuestos*; y, e) *toda obligación y responsabilidad que asuman agencias y clientes. Toda modificación que se realice a un contrato de servicios deberá hacerse por escrito y con la firma de ambas partes, a continuación o agregadas al contrato originario. Los contratos a que se refiere el presente artículo deberán cumplir los requisitos fiscales vigentes en la jurisdicción en que se celebren.*

En esta línea pues, el art. 14 del mismo Decreto dispone, y esto es de especial importancia en el caso, que las agencias de viajes serán responsables por cualquier servicio que hayan comprometido ellas, sus sucursales o sus corresponsales, sin embargo, quedan eximidas las agencias de toda responsabilidad frente al usuario, *no mediando culpa, dolo o negligencia de su parte*, cuando sean *intermediarias entre las empresas de servicios y los mencionados usuarios*, siempre y cuando tales empresas desarrollen sus actividades sujetas a un reglamento o legislación aprobado por autoridad competente que establezca las modalidades de la contratación entre esas empresas y los usuarios.

Por otro lado, el art. 15 establece que los precios convenidos con los usuarios no podrán ser modificados, si no es por causa de alteración de los mismos por parte de los terceros prestatarios de tales servicios, debiendo esta situación estar debidamente documentada y el art. 24, que se considerará que son, para las agencias de viajes, causas justificadas de anulación de los viajes individuales o colectivos, las







## *Poder Judicial de la Nación*

siguientes: a) *fuerza mayor y caso fortuito*; b) *cuando en los viajes individuales las agencias, habiendo obrado con la previsión y diligencias debidas, no puedan disponer, por causas ajenas a su voluntad la totalidad de las reservas de hoteles, transportes u otros servicios esenciales, de acuerdo con el itinerario presentado*; c) *cuando la alteración de tarifas o de tipos de cambio de moneda obligue a un aumento sustancial en el precio del viaje*; y, d) *cuando no se haya alcanzado un suficiente número de inscripciones, siempre que tal extremo haya sido mencionado en las cláusulas o condiciones del contrato*.

Por último, el art. 26 dispone que la relación de las agencias de viajes con las empresas que presten alojamiento turístico (mencionados genérica e indistintamente como agencias, hoteles y hoteleros) se regirá, entre otras, de acuerdo con las siguientes normas: “*si el hotel no cumpliera con el compromiso contraído en cuanto a la comodidad contratada, la agencia podrá exigir que se ofrezca al pasajero una comodidad similar a la convenida en otro establecimiento de la misma categoría o de categoría superior, sin cargo alguno por las diferencias de tarifas*” (inc. j) y, “*en los casos en que no le sean ofrecidos tales servicios a su cliente y éste sea alojado en una comodidad de categoría inferior, la agencia podrá exigir además del reintegro de la diferencia tarifaria, una indemnización a favor del pasajero por el valor de tres (3) días de estadía, de acuerdo con las comodidades de la reserva solicitada originalmente, siempre y cuando la misma supere dicho lapso o no exista un acuerdo de partes*” (inc. k).

**4.2.** Ahora bien, desde otro sesgo del caso, cuando el contrato de intermediación de viaje como el del *sub lite*, por sus características deba ser encuadrado además como un contrato de consumo, la legislación especial reseñada precedentemente debe ser interpretada en clave de consumidor y de modo congruente con las directivas establecidas por la *Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240*, pues en tal caso, se reputa al contrato celebrado entre el cliente y la agencia de turismo como una relación de *consumo*, en la que debe protegerse a la parte débil, que es el consumidor o usuario, frente al poderío creciente de las redes de este tipo de prestadores (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, “*Tratado de los Contratos*”, T° III, Ed. Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 2000, pág. 190; en igual sentido, Alegría, Héctor -

Mosset Iturraspe, “*Contratos Conexos - Revista de Derecho Privado y*





## Poder Judicial de la Nación

Comunitario”, 2007-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 306; cit. en el fallo de esta Sala A, in re: “López, Raúl y Lucci, Norma Liliana c/ Viajes Ati S.A. Empresa de viajes y turismo s/ ordinario”, del 22.05.08, referido *supra* e invocado por el *a quo* a fs. 694).

Ello, en los términos del art. 1° de la legislación citada (LDC), torna exigibles los deberes de información allí consagrados (artículo 4), pudiendo cuestionarse por abusivas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten las responsabilidades por daños, o importen una renuncia o restricción de los derechos de la otra parte (artículo 37). En ese sentido, y superando así los criterios limitativos fijados por la *legislación especial*, se viene afianzando una tendencia jurisprudencial destinada a reconocer la debida protección a los derechos del consumidor de servicios turísticos, según la cual la agencia de turismo asume una intermediación con rasgos propios de una obligación de resultados, especialmente adaptada a la relación de consumo que la compromete a predisponer todos los medios tendientes a asegurar la efectiva concreción del viaje (véase: Alegría Héctor - Mosset Iturraspe, “Contratos Conexos - Revista de Derecho Privado y Comunitario”, *ob. cit.*, pág. 306).

Recuérdase que conforme a los lineamientos de la ley 24.240, el contrato de consumo es aquél que celebran un proveedor de bienes y servicios profesionales y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar dichos bienes o servicios para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 1°). En ese marco, en el *sub lite*, el matrimonio (*Favale - Sayós*) ha celebrado un contrato con una empresa organizadora de viajes (registrada como agencia de viajes, v. fs. 468/71), por el cual ésta última, en lo que aquí interesa, comprometió la prestación de un servicio (el crucero) en beneficio de los contratantes, a cambio de una suma de dinero (cfr. Borda, Alejandro, “El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo”, L.L. 2003-B, 213 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 979, fallo comentado: esta CNCom., Sala C, in re: “Fontanellaz, Marta E. y otros c/ Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A.”, del 20.09.02).

Encuadrado de este modo el contrato de marras, se desnaturaliza si se pretende eludir las responsabilidades que les son propias de las agencias de viajes. Es

que la empresa asume una obligación de resultado que consiste en una obra técnica





## *Poder Judicial de la Nación*

(el viaje) y no puede, por ende, eximirse de su incumplimiento aduciendo que actuó como una mera intermediaria entre sus clientes y la naviera por ella contratada, máxime, tratándose, además, de una relación de consumo (cfr. Borda, Alejandro, “*El contrato celebrado con organizadores de viajes...*”, cit. *supra*).

Cabe recordar aquí, que los principios que resguardan la defensa del consumidor tienen rango constitucional, de *ius fundamental*, en nuestro país luego de la reforma de 1994 y del nuevo texto dado a los arts. 42 y 43 C.N., y que, de los principios de base constitucional y de base legal que pueden extraerse de las normas protectoras en materia de defensa del consumidor y de las leyes de defensa de la competencia (leyes 22.262 y 25.156 de defensa de la competencia, ley 22.802 de lealtad comercial, la ley 24.240 de defensa del consumidor), surgen pautas que permiten construir los principios generales de orden público aplicables en las relaciones de consumo.

Con ese sustento, no parece dudoso que conforman principios basilares, con jerarquía de grandes primeros principios de la legislación en la materia y en nuestros días: *i*) el *principio protectorio* que se traduce en el derecho de acceder al consumo, a las prestaciones de salud, a la educación; *ii*) el *principio antidiscriminatorio -derecho a un trato equitativo-* que veda toda falta de igualdad en los recursos que el sujeto tenga para relacionarse con los demás, en las condiciones de contratación, etc., que sea determinante de una situación de vulnerabilidad -económica y/o cognoscitiva (información): técnica y/o jurídica-estructural o coyuntural, actual o potencial, de carácter general o especial, involucra pues, el derecho a la libre elección, a la información, a la seguridad, a la garantía y a la privacidad; *iii*) la *proscripción de cláusulas abusivas*; *iv*) la *protección de intereses económicos*, tales como el derecho a la reparación de daños; *v*) el *derecho a acceder a la organización colectiva* para la defensa de derechos de consumidores y usuarios (art. 42 C.N.); y, *vi*) el *acceso a la justicia* de manera fácil y eficaz (véase: Uzal, María Elsa, *ob. cit.*, pág. 562).

En este marco pues, resulta incuestionable que la Ley N° 18.829 (B.O. 19.11.70) y su decreto reglamentario N° 2.182 (B.O. 28.04.72) conforman la ley especial en relación a la materia de que aquí se trata, dado que regulan específica y exclusivamente el vínculo de marras. Mas por otra parte, no resulta tampoco





## *Poder Judicial de la Nación*

controvertible que la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (B.O. 15.10.93), se trata de una ley general, toda vez que regula a todas las convenciones -con prescindencia de la materia de que se trate- que configuren un contrato de consumo.

Así, cabe precisar que la ley general posterior no deroga a la ley especial anterior (conf. en este sentido Llambías, Jorge Joaquín, “*Tratado de Derecho Civil – Parte General*”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, T° I, págs. 55/6). Es por ello que, si bien las normas referidas tienen idéntica jerarquía, las primeras regulan la actividad de los operadores turísticos en forma específica y la segunda, los contratos de consumo de manera genérica.

De modo que la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) contiene reglas protectoras y correctoras que vienen a completar -no a sustituir- el ámbito de la protección del *consumidor* con carácter general, por cuanto la propia Ley N° 18.829 de agentes de viaje y su decreto reglamentario también protegen al cliente/usuario, aunque en forma específica.

Sobre la base de toda esta estructura conceptual, corresponde pues, pasar a analizar la prueba obrante en las presentes actuaciones a los fines de establecer si la demandada se encuentra obligada a responder frente a los accionantes por el incumplimiento enrostrado.

**4.3.** Se ha dicho del turismo, que es una actividad generalmente asociada al descanso, a la diversión, al deporte y al acceso a la cultura y a la naturaleza y que debe concebirse y practicarse como un medio privilegiado de desarrollo individual y colectivo. Si se lleva a cabo con la apertura de espíritu necesaria, es un factor insustituible de auto-educación, tolerancia mutua y aprendizaje de las legítimas diferencias entre pueblos y culturas y de su diversidad y los agentes profesionales del turismo tienen obligación de facilitar a los turistas una información objetiva y veraz sobre los lugares de destino y sobre las condiciones de viaje, recepción y estancia. Además, asegurarán la absoluta transparencia de las cláusulas de los contratos que propongan a sus clientes, tanto en lo relativo a la naturaleza, al precio y a la calidad de las prestaciones que se comprometen a facilitar como a las compensaciones financieras que les incumban en caso de ruptura unilateral de dichos contratos por su parte (véase: “*Código Ético Mundial para el*





## *Poder Judicial de la Nación*

*Turismo*”, art. 2, inc. 1º, y art. 6, inc. 1º sobre las obligaciones de los agentes de desarrollo turístico).

Con todas estas premisas, rescato las siguientes notas al tiempo de abordar el examen de la conducta desplegada por la firma accionada en autos, pues marcan la responsabilidad de la intermediaria de viaje en la relación de turismo. La agente de viajes debe responder por la *intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero*, en la *contratación de servicios hoteleros, viajes de carácter individual o colectivo, cruceros, la recepción y asistencia de turistas durante sus viajes y su permanencia, los servicios de guías, la representación de otras agencias*, tanto nacionales como extranjeras, a fin de prestar en su nombre cualquiera de los servicios referidos; y, por *actividades similares o conexas a las mencionadas en beneficio del turismo* pues, los servicios a prestar por la agencia de viajes con especificación de los servicios a suministrar, comprometen su responsabilidad frente al usuario, *mediando culpa, dolo o negligencia de su parte*, cuando sean *intermediarias entre las empresas de servicios y los usuarios*, siempre y cuando tales empresas desarrollen sus actividades sujetas a un reglamento o legislación aprobado por autoridad competente que establezca las modalidades de la contratación entre esas empresas y los usuarios.

### **5.) Los hechos del caso.**

Los actores reclamaron la reparación de los daños y perjuicios que afirman haber padecido frente al incumplimiento de la demandada en su condición de agencia de turismo intermediaria, a través de la cual contrataron una semana en crucero por el mar Mediterráneo que finalmente no pudieron realizar.

Por su parte, *Despegar* resistió la pretensión y pidió su rechazo, ya que si bien reconoció la contratación y la falta de concreción del crucero, negó que le cupiera responsabilidad alguna por lo sucedido por tratarse de una mera intermediaria y por haber cumplido cabalmente con su deber de *información y seguridad* para con los pasajeros demandantes (v. fs. 201 vta. y 202).

De las constancias objetivas que se desprenden de autos, resulta la reconocida contratación de dos (2) plazas en el crucero *Sovereign* (“*Brisas del Mediterráneo*”), cuya salida se encontraba pautada para el 17.05.14 desde el puerto de Barcelona y el regreso para el 24.05.14 al mismo puerto de partida. El *cupón de*





## *Poder Judicial de la Nación*

pasajero emitido con fecha 14.04.14 y copiado a fs. 10, da cuenta incluso de la condición de *agencia emisora* de la demandada, de los distintos destinos turísticos incluidos durante la semana del crucero -*Barcelona, Túnez, Nápoles, Roma (Civitavecchia), Florencia/Pisa (La Spezia), Niza (Villefranche), Barcelona-*, como así también el régimen contratado “*todo incluido a bordo - excepto determinadas actividades y consumiciones*”.

Asimismo, fue acreditada la contratación -también a través de la plataforma digital de la demandada- de los otros servicios turísticos referidos por el matrimonio accionante (v. fs. 87 vta.), expresamente reconocidos por *Despegar* a fs. 200 vta., consistentes en *algunas estadías de hotel* y el *alquiler de un auto* durante la semana anterior a realizar el crucero. Las constancias obrantes a fs. 11 y 12 corroboran la reserva y estadía del matrimonio *Favale-Sayós* del 15 al 16 de mayo de 2014 en el “*Hotel HG*” en Granada, España, y del 16 al 17 de mayo (hasta las 11:00 horas) en el “*Hotel Almonsa Playa*” en Tarragona, España.

En lo que a la comunicación de la cancelación del crucero respecta, fue acreditado el envío de los dos (2) correos electrónicos copiados a fs. 17/8, los días 15.05.14 y 16.05.14, por medio de los cuales *Despegar* comunicó que *la naviera había enviado una notificación informando que el crucero Sovereign había cancelado sus salidas por problemas técnicos*, adjuntando la comunicación de *Pullmantur* copiada a fs. 19, solicitando confirmación de la recepción del mail. En el segundo correo, la agencia accionada reiteró la cancelación a los pasajeros, mencionó la oferta de la naviera de devolver el total desembolsado más un bono adicional, y añadió textualmente que “*Despegar.com entiende lo sucedido y le ofrecemos utilizar su saldo a favor para tomar las noches en destino*” (v. fs. 18 *in fine*).

Es claro que los actores no tomaron conocimiento de esos mails y que se presentaron en el puerto para abordar el crucero (17.05.14) y, en consecuencia, tomaron allí conocimiento de la cancelación del mismo. Surge también corroborado en autos por el experto informático a fs. 587/8, el envío de los dos mails copiados a fs. 20 y 21 *ese mismo día*, dirigidos a *Despegar* (21:43 hs.) y a *Pullmantur* respectivamente, donde los actores dieron cuenta de diversos llamados telefónicos realizados *tanto a la agencia de viajes como a la naviera*, sin que ninguna pudiera





## *Poder Judicial de la Nación*

brindarles otra solución más que la *devolución del dinero abonado*, lo cual tildaron de inaceptable, en esa oportunidad.

En tal sentido, se advierte que el correo del día 17.05.14 remitido por *Despegar* a los pasajeros, comunicó que “*lamentablemente la única alternativa que tenían era gestionar el reembolso lo antes posible, siendo que el resarcimiento por inconvenientes ocasionados, era otorgado por la naviera*” (v. fs. 18). *Posteriormente*, la agencia les requirió que confirmasen si *deseaban recibir el reembolso en la tarjeta de crédito utilizada para la compra (19.05.14)*, y luego, el 22.05.14, que brinden los datos de una cuenta para que la empresa del crucero pueda efectuar el depósito de la bonificación a modo de resarcimiento (v. fs. 23).

De lo expuesto, resulta que *Despegar*, como intermediaria en la oferta del crucero frustrado, calidad que en la especie se le atribuye sin discusiones, *debía garantizar los derechos e intereses de los viajeros accionantes* según las disposiciones legales aplicables que se han referido *supra* dado que, todo contrato celebrado por ella en tal calidad con un organizador de viajes (en el caso, *Pullmantur S.A.*) o con personas que suministran servicios aislados, es considerado como que ha sido celebrado por el propio viajero y, a la demandada, le cabía, como agente, la representación de sus clientes frente a la organizadora de viaje para brindar alternativas satisfactorias a sus representados.

Así pues, la responsabilidad de la intermediaria subsiste, aun cuando se pruebe, como en el caso, que los servicios estaban contratados y que el incumplimiento se debió a la culpa de los respectivos prestadores. Esta situación fáctica, determina que el empresario es responsable por el trabajo (servicio) ejecutado (o no ejecutado) y debe poner todo su esfuerzo y diligencia en caso de hechos ajenos a su voluntad, pero no por ello imprevisibles, que impidan el cabal cumplimiento de lo comprometido, para procurar de los obligados y mediante su gestión como representante de sus clientes, que se les brinden alternativas que les puedan proporcionar sucedáneos plausibles ante la situación planteada, para satisfacer similares expectativas y cubrir patrimonialmente las frustraciones que no pudieron ser cubiertas. Esto es así, en razón de haber asumido una obligación que incluía o se integraba, con prestaciones de terceros, cuyas actividades eran coordinadas para el cumplimiento del servicio prometido al viajero, y cuya





## Poder Judicial de la Nación

prestación ha asegurado (arg. analog. art. 1631 C.Civ., conf. Farina, Juan, “*Contratos Comerciales Modernos*”, Ed. Astrea, 2005, pág. 407/10).

En esta línea, estimase que en caso de incumplimiento de la empresa representada (*Pullmantur*) por la actuación de sus representantes o dependientes, subsiste la responsabilidad del agente accionado como *intermediario/obligado*, representante (o intermediario) por la ejecución de una obligación a cargo del representado, frente a terceros que sufren las consecuencias del desacierto, y responde del daño sufrido por ellos, si no se pone toda la diligencia que le es exigida para reparar ese daño (véase Llambías, “*Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*”, T. 1º, Ed. Perrot, 1967, pág. 203; véase además, sobre los fundamentos de la culpa “*in eligendo*”: Mazeaud H. y L., Tunc A., “*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil -delictual y contractual-*”, T. I, Vol. II N° 930).

Y es en este concepto de la culpa, en todo caso “*in eligendo*”, que cabe detenerse. La agencia de viajes intermediaria está encargada de prestar un servicio a los consumidores. El hecho de que para poder difundir y colocar en el mercado dichos servicios se vincule con diversas agencias y prestadores de servicios no implica que quede eximida de responsabilidad. Ello, en tanto es la propia intermediaria quien hará de nexo con sus clientes para comercializar los servicios. En efecto, es grave comprometerse sin contar con la idoneidad para asegurar poder operar sin riesgos puesto que de producirse imponderables, deben hallarse previstos los recursos necesarios para paliar, en parte a esa alternativa, aunque las consecuencias de los hechos o las conductas disvaliosas no pueden ser endilgadas en exclusividad a una u otra parte, dado que devienen compartidas. Ello, es inherente a la obligación de garantía y al principio protectorio que debe satisfacer el empresario frente al consumidor (LDC).

Del análisis de la normativa citada *ut supra*, también se desprende que la intermediaria tenía la obligación de informar fehacientemente a los pasajeros sobre la cancelación del crucero (art. 4 LDC), que oportunamente le comunicara la naviera con fecha 15.05.14. Sin embargo, la agencia de viajes accionada, que conoció con 48 horas de anticipación la cancelación del viaje, se limitó al envío de dos correos electrónicos los días 15 y 16 de mayo de 2014, solicitando la confirmación de







## *Poder Judicial de la Nación*

recepción por parte de los pasajeros *Favale* y *Sayós* que se encontraban en España, sin obtener respuesta alguna por parte de ellos hasta la fecha del embarque frustrado.

Lo cierto es que aquí, la accionada no puede alegar válidamente que la única vía de comunicación para informar a los pasajeros sobre la cancelación del crucero era a través del envío de mails a sus respectivas casillas, al tratarse de la única información de contacto ingresada por ellos como usuarios de su plataforma *online*, cuando fue acreditado en autos que las dos noches anteriores a la fecha de embarque, el matrimonio *Favale-Sayós* se había alojado en hoteles contratados a través de *Despegar*.

Sin embargo, la accionada al contestar la demanda, consignó expresamente y sin fundamentos, que desconocía “*el itinerario que ellos harían en su estadía en España [...] ya que ésta solo es una plataforma por medio de la cual los usuarios de los servicios de intermediación, contratan en forma directa con los prestadores del servicio (hoteles, vehículos, aviones, cruceros, etc.)*” (sic fs. 201) y cuando, además, cargar los datos de un teléfono de contacto, celular o no, debe ser en la práctica *on line* un dato indispensable a llenar.

Lo anterior, sumado a que el intermediario no ha demostrado haber exigido a la naviera organizadora del viaje (*Pullmantur S.A.*), ante la cancelación del crucero contratado para la semana del 17 al 24 de mayo de 2014, una prestación similar a la originalmente comprometida -o superior-, pues solo aparece ofreciendo utilizar el saldo a favor para tomar noches en destino. Evidentemente, lo propuesto, no era un reemplazo acorde a la categoría o calidad de los servicios contratados que ofrecía el crucero, el cual no solo contemplaba la hotelería para los días de su duración, sino que además comprendía “*todo incluido a bordo - excepto determinadas actividades y consumiciones*” (sic), además de la visita a los distintos destinos turísticos incluidos, en el caso, *Túnez, Nápoles, Roma (Civitavecchia), Florencia/Pisa (La Spezia) y Niza (Villefranche)*. La agente debió brindar el armado de itinerarios o posibilidades alternativas, aún terrestres, autos, ferrys u otros medios de transporte, que permitiesen arribar a los puntos de destino previstos, con alojamientos en hoteles de categoría asimilable y prestaciones semejantes en desayunos, media pensión, etc. asimilables a las proporcionadas originalmente u otros sucedáneos, no lo hizo, y esa omisión importó un obrar ciertamente negligente





## *Poder Judicial de la Nación*

en lo que a la defensa de los derechos de sus clientes importa, y tales omisiones resultan imputables a la intermediaria haciéndola responsable (cfr. esta CNCom., esta Sala A, *in re: "Martinotti, Adalberto Alfredo c/ Marsans Internacional Argentina S.A. y otro"* del 28.06.07).

Alternativas de este tipo, obviamente al alcance de una agencia de turismo en un plazo de 48 horas, debieron ser ofrecidas a los clientes consumidores o, en su caso, si éstos lo preferían, siempre cabría ofrecer un reembolso de la suma abonada con más un *plus* resarcitorio.

En este marco, se estima claro que hubo de parte de la agencia de viajes accionada, una impropia protección de los derechos de sus clientes, una seria deficiencia en lo que a agotar el deber de información respecta, y un claro incumplimiento de las obligaciones de garantía, que el principio protectorio, de orden público, le imponía.

En definitiva, en su carácter de intermediaria, *Despegar* debe responder por las negligencias incurridas tanto por ella, como por las que haya incurrido la prestadora de los servicios con la que se vinculó (*Pullmantur S.A.*), a poco que se recuerde, que la calidad de intermediaria de la accionada, la coloca en la cadena de provisión del servicio de turismo frente a los usuarios y es por tal motivo, justamente, por el que resulta procedente -en el caso- el reproche de los actores formulado a raíz de la frustración de su viaje en crucero. Ello, sin perjuicio del reclamo que luego pudiera dirigir la agencia de viajes contra la naviera -citada en las presentes actuaciones en los términos del art. 94 CPCCN a fs. 350/60- (v. fs. 363).

En virtud de lo expuesto, deben analizarse a continuación los daños pretendidos en la demanda, como consecuencia del hecho imputado, que han sido acreditados en autos.

### **6.) Los daños y perjuicios.**

**6.1.** Los accionantes demandaron, en concepto de *daño patrimonial*, el importe abonado por los pasajes aéreos a Europa y los gastos incurridos durante la semana del servicio frustrado (v. fs. 98 vta.). Destacaron que al momento de planear el viaje de *luna de miel*, acordaron un presupuesto que podrían afrontar en pesos, pagando íntegramente con tarjeta de crédito en cuotas, esto es, recurriendo a una

---

financiación en el tiempo.





## *Poder Judicial de la Nación*

Sostuvieron que, al no poder disfrutar del crucero contratado, el viaje *careció de sentido, habiendo llevado a cabo durante la semana del 17 al 24 de mayo de 2014, un periplo que de ninguna manera hubieran realizado sin el crucero, que era el único objetivo a cumplir en su luna de miel* (v. fs. 98 vta. *in fine*). Añadieron que, en virtud del incumplimiento incurrido por *Despegar*, si contaran nuevamente con la posibilidad de tomar un crucero en Europa, tendrían que abonar una vez más los pasajes aéreos, lo cual *violaría la indemnidad en la situación económica del damnificado que busca garantizar la ley y la jurisprudencia* (sic, art. 5 y 6 LDC).

Concluyeron la solicitud del rubro bajo análisis refiriendo que, *sin perjuicio de haberles sido devuelto el importe pagado por el crucero a través de la cancelación del cupón de tarjeta por parte de la demandada, debieron incurrir en gastos de manutención durante la semana en la que se habrían encontrado a bordo del crucero, gastos que -según afirmaron- debieron efectuar in situ con tarjeta de crédito y que tuvieron que abonar en un único pago una vez de regreso en Buenos Aires.*

Cabe señalar aquí también, sin embargo, que en las gestiones para concretar el recupero de lo abonado medió la demandada, pues ello surge claro de su ofrecimiento de reintegro con un *plus* (véase fs. 18 y 23).

Así, en concepto de pasajes aéreos reclamaron la suma de \$ 28.444, mientras que por los gastos de transporte, alojamiento, comunicaciones, medicamentos y alimentación correspondientes a la semana del 17 al 24 de mayo de 2014, solicitaron un reintegro de \$ 14.073,90 más intereses.

Ahora bien, en relación al importe reclamado en concepto de los pasajes a Europa, los accionantes acompañaron a fs. 14/6 las copias de los tickets aéreos emitidos por *Aerolíneas Argentinas*, junto al extracto de la tarjeta de crédito *Visa* (enviado por *Santander Río* vía mail) donde figura la autorización del cargo de fecha 17.01.14 por la suma de \$ 28.443,86 en 12 cuotas.

La pericial informática corroboró la veracidad de los correos electrónicos recibidos con fecha 17.01.14 en la casilla "*sda0807@yahoo.com.ar*" de titularidad del actor *Roque Daniel Favale*, enviados por la aerolínea con la confirmación de la compra y por el banco *Santander Río* (v. fs. 587 *in fine*).





## *Poder Judicial de la Nación*

De las constancias de autos surge, sin embargo, que el viaje no consistió solo en el crucero, sino que éste estuvo pautado para la segunda semana del viaje (17 al 24 de mayo de 2014), y en la primera, los actores también efectuaron diversos recorridos en automóvil por España visitando diversas ciudades (v. fs. 11 y 12).

Lo anterior, en principio, descalifica la postura asumida por los accionantes al demandar, donde destacaron que el viaje a Europa había sido realizado *con el excluyente propósito de tomar el crucero con motivo de su luna de miel*, agregando que “...de ninguna manera hubiéramos viajado a Europa solamente para pasear una semana por unas pocas ciudades de España, ya que para nosotros no revestía un viaje de estas características entidad suficiente como para comprometernos en este momento con el importante gasto de los pasajes aéreos hasta allí y demás gastos [...] si no hacíamos el crucero no viajábamos a Europa...” (sic fs. 87 vta.).

Cabe reflexionar sobre la imposibilidad de acreditar aspiraciones subjetivas, mas también, en que resulta poco probable que alguien asuma un gasto que considera tan significativo solo por el crucero de una semana, si no asigna también importancia a la primera parte del periplo, en todo caso, de igual extensión que la expectativa frustrada.

Tampoco puede soslayarse al respecto, que los tickets aéreos fueron adquiridos y emitidos con fecha 17.01.14 (v. fs. 14/6), mientras que el crucero fue contratado recién en abril de 2014, siendo emitido el cupón de los pasajeros el día 17.04.14 conforme resulta de la constancia de fs. 10, lo cual permite inferir que la decisión de viajar a Europa fue previa a la contratación del crucero.

En este marco, encuentro que no pueden considerarse cabalmente acreditados en autos los dichos de los actores vinculados al *carácter excluyente* del crucero contratado para la realización del viaje, más allá de la trascendencia del recorrido y confort que el mismo pudo significar, por ello, he de propiciar el rechazo de este ítem.

**6.2.** Sin embargo, a la luz de las conclusiones alcanzadas a lo largo del presente decisorio, resulta procedente el reconocimiento de los gastos incurridos por

el matrimonio Favale-Sayós durante la semana del 17 al 24 de mayo de 2014, sin





## *Poder Judicial de la Nación*

perjuicio de la devolución realizada por *Despegar* del monto abonado por la contratación del crucero frustrado (v. fs. 99).

Es que, como ya se dijo precedentemente, la agencia de viajes demandada no ha gestionado ante la organizadora del crucero (*Pullmantur S.A.*), una prestación similar a favor de los pasajeros, ni les ha ofrecido, al menos, un circuito aún terrestre equivalente al que había sido contratado, limitando su accionar a gestionar el reembolso del precio abonado, o a la utilización de dicho saldo *para tomar noches en destino* (v. fs. 18). No se ha demostrado en autos actividad alguna tendiente a hallar una solución que contemplase y resguardase en mejor medida, la calidad de la estadía de los actores. Incluso aún, cabe destacar aquí, que el crucero indubitablemente contemplaba el servicio de hotelería para los días de su duración, *con todo incluido a bordo - excepto determinadas actividades y consumiciones* (sic), además de la visita de diferentes destinos turísticos (v. fs. 10), todo lo cual había sido financiado en cuotas mediante el pago con tarjeta de crédito, ya que como consecuencia del incumplimiento, debieron abonar gastos *in situ* no previstos y, aunque parte de ellos se abonaron con tarjeta de crédito, ese gasto debió solventarse en un pago, privándose a los actores del crédito, obviamente significativo, que representa la financiación.

Todo ello, justifica la procedencia del importe pretendido por los gastos incurridos en concepto de transporte, alojamiento, comunicaciones, atención médica y alimentación, correspondientes a la semana del 17 al 24 de mayo de 2014 por la suma de **\$ 14.073,90**, conforme resulta de los comprobantes acompañados a fs. 49/86 y los resúmenes de cuenta obrantes a fs. 113/6.

A ese importe deberán agregarse intereses calculados desde la fecha del vencimiento del resumen de tarjeta obrante a fs. 114/5, esto es, el 23.06.14 (v. fs. 104 vta.) y hasta el efectivo pago, a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días (cfr. CNCom. en pleno, 27.10.94, *in re* “S.A., *La Razón s/ quiebra s/ incidente de pago de los profesionales*”), no capitalizables (cfr. doctrina plenaria del fuero 25.08.03, *in re* “*Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ revisión de plenario*”, JA 2003-IV-567).

Estímase que esta solución es la única congruente con el deber de





## *Poder Judicial de la Nación*

reparación efectiva que se impone en el caso.

### **7.) El resarcimiento por daño moral.**

En cuanto a la procedencia de la reparación en concepto de *daño moral*, tiene dicho la jurisprudencia que el resarcimiento de este tipo de daño en materia contractual -como en principio lo es el de la especie- debe ser apreciado con criterio *restrictivo*, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos que toda inejecución contractual trae aparejados, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester (art. 522 C.Civ., CNCom., esta Sala A, 09.11.06, *in re: "González Adolfo Ramón c/ Transporte Metropolitano General Roca S.A. s/ ordinario"*; íd., íd., 28.12.81, *in re: "Zanetta Víctor c/ Caja Prendaria S.A Argentina de Ahorro para Fines Determinados"*; íd., íd., 13.07.84, *in re: "Coll Collada Antonio c/ Crespo S.A"*; íd., íd., 28.02.85, *in re: "Vanasco Carlos A. c/ Pinet Casa"*; íd., íd., 13.03.86, *in re: "Pazos Norberto c/ Y.P.F y otros"* y sus citas; íd., íd., 15.11.96, *in re: "Chavey, Angela c/ Empresa de Colectivos Línea 10"*; íd., Sala C, 19.09.92, *in re: "Farre Daniel c/ Gerencial Fondo Administrador S.A. de Ahorro para Fines Determinados"*; íd., Sala B, 21.03.90, *in re: "Borelli Juan c/ Omega Coop. de Seguros Ltda."*, entre muchos otros).

Sentado ello, debe señalarse que para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral: para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa del espíritu, de querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio (conf. esta CNCom., esta Sala A, 16.11.06, mi voto *in re: "Bus Domingo Gabriel c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A."*; íd., íd., 06.12.07, mi voto *in re: "Valiña, Carlos c/ Mercantil Andina Cía. de Seguros S.A."*; íd., Sala D, 26.05.87, *in re: "Sodano de Sacchi c/ Francisco Díaz S.A. s/ sumario"*, entre muchos otros). Es que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz,

la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los





## *Poder Judicial de la Nación*

afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (conf. esta CNCom., Sala B, 12.08.86, *in re*: “Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros s/ ordinario”; íd., esta Sala A, 9.10.13, mi voto, *in re*: “Rearte Fernando Alberto y otro c/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. s/ ordinario”, entre muchos otros).

Desde otro sesgo, tampoco debe existir necesaria vinculación proporcional entre el eventual daño moral y el perjuicio que pudiere afectar la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar en razón de las circunstancias de cada caso (conf. esta CNCom., esta Sala A, 30.06.11, *in re*: “Perman Osvaldo Rubén y otro c/ American Express Argentina S.A. s/ ordinario”; íd., íd., 16.11.06, *in re*: “Bus Domingo...; citado *supra*; en igual sentido, CNCom., Sala D, 28.08.87, *in re*: “Saigg de Piccione, Betty c/ Rodríguez, Enrique”).

El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no, meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto de lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (conf. CNCom., esta Sala A, 16.11.2006, mi voto, *in re*: “Bus...”, citado *supra*; *id. id.*, 06.12.2007, mi voto *in re*: “Valiña...”, citado *supra*; íd., Sala C, 25.06.1987, *in re*: “Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.”).

Como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta.

En esta línea de ideas pues, el peticionante, además de probar la existencia del agravio, debe probar, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, que se configuran las pautas de valoración necesarias para permitir al juzgador proceder a su determinación. De otra manera, nuevamente, la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante (conf. esta CNCom., esta Sala A, 24.02.09, mi voto *in re*: “Suez Luis Moisés y otro c/ Cencosud S.A. s/ ordinario”; íd., 30.12.10, mi voto *in re*: “Flores Plata de





## *Poder Judicial de la Nación*

*Cisneros Elida c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ ordinario*"; íd., Sala E, 06.09.88, *in re: "Piquero, Hugo c/ Banco del Interior y Buenos Aires"*).

A diferencia de lo que sucede con otros rubros indemnizatorios, la acreditación del daño moral no requiere, necesariamente, de elementos que objetiven, mediante pericias médicas o psicológicas, la existencia de un perjuicio físico o psiquiátrico (conf. esta CNCom., esta Sala A, 04.05.06, *in re: "Pérez Ricardo Jorge y otro c/ Banco Bansud S.A."*), sin embargo, deben existir indicios que funden la pretensión con una vinculación causal suficiente.

En la especie, estas apreciaciones adquieren un particular matiz, en atención a las circunstancias del caso. De ellas se infiere que, razonablemente, medió una afectación a la esfera íntima de los accionantes como consecuencia del incumplimiento acreditado, al verse imposibilitados de continuar un viaje programado, en circunstancias personales especiales, respecto de las cuales es dable suponer habían depositado legítimas expectativas de ilusión y disfrute.

En tal sentido, se ha dicho que en el ámbito de los contratos de servicios turísticos la cuestión espiritual adquiere particular significación pues los incumplimientos en los que pueden incurrir las agencias importan la afeción del interés extrapatrimonial del consumidor connatural con el contrato de viaje combinado. En efecto, ya sea que el viaje se realice por motivos vacacionales, recreativos, deportivos o culturales, existen en el consumidor expectativas de disfrute, cuya frustración, a causa de las prestaciones incumplidas o defectuosamente cumplidas, deberán ser reparadas en calidad de daño extramatrimonial (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 22.05.08, *in re: "López Raul y Lucci Norma Liliana c/ Viajes Ati S.A. Empresa de Viajes y Turismo s/ ordinario"*; Frustagli, Sandra, "La Protección del Consumidor de Servicios Turísticos: Publicidad y Responsabilidad de las Agencias de Viajes", publicado en "Derecho Comercial y de las Obligaciones", Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica N° 206 de abril - mayo 2004, Bs. As., 2004, pág. 502).

Sumado a ello, cabe advertir también que, a fs. 85, fueron acompañadas a la causa las copias de las constancias de las prescripciones médicas de fecha 17.05.14, labradas en formularios de "CataSalut" en la ciudad de

Barcelona, a favor de la co-actora *Daniela Alejandra Sayós*. Las mismas, dan cuenta







## Poder Judicial de la Nación

de la atención médica recibida por ésta última durante el mismo día en que los demandantes debían embarcar al crucero frustrado, y de las prescripción de dos (2) medicamentos, en principio, “paracetamol” y “flutox jarabe”.

La autenticidad de dichas constancias, se infiere a partir de la solicitud de reintegro efectuada por la actora a través de la nota copiada a fs. 86, dirigida a *Travel Ace Assistance*, recibida por el respectivo departamento de reintegros, junto con el comprobante del gasto farmacéutico del 18.05.14 copiado a fs. 25.

En este marco, no resulta difícil representarse el grado de incertidumbre e impotencia y el sentimiento de frustración que debió provocarles a los actores el hecho de haberse anoticiado de la cancelación del crucero en el puerto de embarque, que habrían determinado que la *Sra. Sayós* sufriera ciertas afecciones que requirieron de la atención médica acreditada (v. fs. 89 vta.).

Así las cosas, considero que las vicisitudes que debieron afrontar los actores como consecuencia del incumplimiento de los deberes a cargo de la agencia de viajes, debieron ocasionarles una afectación del espíritu suficiente para ser resarcida.

Sobre esa base, atendiendo a las circunstancias del caso y la naturaleza de la cuestión involucrada, recurriendo al criterio de estimación prudencial que debe orientar la labor de los magistrados -art. 165 CPCCN-, se juzga razonable para enjugar el “daño moral” fijar su cuantía a la fecha de este decisorio en la suma de \$ 50.000 para cada uno de los actores, es decir, un total de \$ 100.000 por este concepto, acogiendo parcialmente el rubro bajo examen.

### **8.) El reclamo en concepto de daño punitivo:**

Cabe ingresar ahora en el análisis de la indemnización reclamada por los actores en concepto de *daño punitivo*.

**i)** Como juez de esta Sala he tenido la oportunidad de expedirme sobre el tema que ahora nos ocupa al emitir mi voto en los autos “*Razzini Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario*”, del 20.12.11 -entre otros-.

En dicho precedente, he recordado que el “*daño punitivo*” es un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de “*punitive damages*” (también, “*exemplary damages*”, “*non compensatory damages*”, “*penal damages*”, “*aggravated damages*”, “*additional*





## *Poder Judicial de la Nación*

*damages*”, etc.) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y -recientemente- entre nosotros, donde se ha traducido el instituto al español, literalmente como “*daños punitivos*”, aunque comparto que tal denominación resultaría objetable, pues lo que se castiga o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no, el daño en sí mismo, tal como acota Pizarro (conf. Pizarro, Ramón D.; “*Derecho de Daños*”; Ed. La Rocca, Buenos Aires 1993, pág. 291, nota 7).

En algunos de los países anglosajones, se ha interpretado que consiste en una cantidad económica que se impone y debe desembolsar el responsable de un daño, no para compensar al demandante -como víctima del perjuicio sufrido- sino, con la finalidad de impedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante, constituyendo así una especie de “*pena privada*” para disuadir a toda la sociedad de la realización de actos particularmente dañinos y graves, como los daños al medio ambiente, a la salud y a la seguridad pública (véase, P. Salvador Cordech; “*Punitive Damages*”, *Indret*, septiembre de 2001; E. D’Alessandro; “*Pronunce americane di condanna al pagamento di punitive damages e problemi di riconoscimento in Italia*”, *Rivista di diritto civile*, 2007, I, pág. 384 y ss; R. Pardolesi; “*Danni punitivi: frustrazione da vorrei, ma non posso?*”, *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pág. 341 y ss.). Cabe acotar, que se ha señalado, muchas veces, que las cifras que en los Estados Unidos y en el Reino Unido se conceden como “*daños punitivos*” alcanzan proporciones muy significativas y que su impacto social es enorme, de ahí que para su reconocimiento internacional, las sentencias con condenas de este tipo hayan sido sometidas a “*tests de proporcionalidad*” y “*tests de vinculación espacial*” (véase al respecto: Alfonso Luis Calvo Caravaca - Javier Carrascosa González; “*Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*”, Ed. Comares, Granada 2008, pág. 68/9).

Entre nosotros el “*daño punitivo*” ha sido definido como la suma de dinero que los tribunales mandan pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se agregan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado y que está destinada a punir graves inconductas del demandado y a





## *Poder Judicial de la Nación*

prevenir hechos similares en el futuro (conf. Pizarro, Ramón D., “Derecho...”; ob. cit., pág. 291).

Dicho instituto, como se ha dicho, participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores en los que se condena en calidad de “daños y perjuicios” y se encuentra destinada, en nuestra regulación, en principio, al propio damnificado. Esta pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños y también, al castigo y al desbaratamiento, a futuro, de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización resarcitoria de los perjuicios causados (véase, en esta línea, CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27.05.2009, *in re*: “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina”).

Así, se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones, a saber: a) sancionar al causante de un daño inadmisibles; b) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y, c) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición (conf. Trigo Represas, Félix; “La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor”, LL, 2010-C, 878).

En el mismo sentido, parcialmente, con otros términos, se ha dicho que la finalidad de los daños punitivos es a) punir graves inconductas; b) prevenir futuras inconductas semejantes ante el temor de la sanción; c) restablecer el equilibrio emocional de la víctima; d) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; y, e) proteger el equilibrio del mercado (conf. Pizarro, Ramón D.; “Derecho ...”; ob. *supra* cit., pág. 302/4).

En la jurisprudencia norteamericana esta figura ha encontrado debido cauce procedimental dentro de las llamadas “class actions”, que se han convertido en el ámbito apropiado para el tratamiento de las cuestiones relativas a casos de responsabilidad donde los daños resultan agravados por la proyección social y la magnitud del perjuicio que causan (véase la referencia al litigio del Exxon Valdez en “Manual for Complex Litigation, Third”, Federal Judicial Center, Washington D.C. 1995, pág. 325), éste resulta, quizás un quicio más razonable para la eventual indemnización que el destino individual del beneficio, a poco que se reflexione sobre





## *Poder Judicial de la Nación*

la teleología disuasoria y ejemplificadora que inspira la razón de ser del resarcimiento en cuestión.

### ***ii) Los llamados daños punitivos en nuestra legislación.***

Ahora bien, los “daños punitivos”, hasta no hace mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), mediante dicha normativa se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

La referida norma establece que 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. Se dispone también que “*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*” (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

Pues bien, efectuadas las precisiones precedentes en punto al instituto en cuestión, cabe determinar cuáles son los presupuestos que deben requerirse como necesarios para autorizar la concesión de una indemnización adicional por dicho concepto.

En ese cometido, debe aclararse, en primer lugar, que si bien para la procedencia del *daño punitivo* la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales, y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento (conf. CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, *in re: “Machinandiarena...”*, *supra* citado), lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.





## *Poder Judicial de la Nación*

Asimismo, cabe señalar que el consenso dominante sobre la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, es que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el “*dolo o la culpa grave*” del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un *menosprecio grave* por derechos individuales o de incidencia colectiva (véase: Trigo Represas, Felix; “*La responsabilidad...*”, ob. cit.; Stiglitz Rubén S. - Pizarro Ramón, “*Reformas a la ley de defensa del consumidor*”, LL, 2009-B, 949).

De otro lado, debe destacarse que, en términos generales, cuando los precedentes se refieren a la existencia de “*culpa grave*”, se trata de aquélla que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todos habrían juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido (conf. esta CNCom., esta Sala A, 06.12.07, in re: “*Valiña Carlos c/ Mercantil Andina Cía de Seguros S.A. s/ ordinario*”).

Esta postura de que el “*daño punitivo*” no resulta aplicable en cualquier supuesto, también puede ser observada entre los fundamentos esgrimidos durante el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, donde se ha expresado que “*con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad*” (véase: “*Antecedentes Parlamentarios. Ley 26.361. Defensa del Consumidor*”, Ed. La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 369).

En esa misma dirección, se ha sostenido que “*resulta contrario a la esencia del daño punitivo y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales*” (conf. Cam. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial; 04.06.10, in re: “*De la Cruz Mariano Ramón c/ Renault Argentina S.A. y otra*”; López Herrera, Edgardo; “*Art.*





## *Poder Judicial de la Nación*

52 bis, Ley de Defensa del Consumidor”, JA 2008-II 1201). Para reconocer “daños punitivos” hace falta, se reitera, el elemento “doloso o la culpa grave”.

Por otro lado, nótese que en el derecho anglosajón se ha exigido para que este resarcimiento proceda, un *grave reproche* subjetivo en la conducta del dañador y un particular y significativo proceder que es mucho más que una mera negligencia en la comisión del hecho ilícito (*tort*), en efecto, deben existir circunstancias agravantes relativas a ese obrar que demuestren temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia (conf. Pizarro, Ramón “Derecho ...”; ob. cit. *supra*, pág. 298).

En los precedentes que han gestado esta figura, se ha admitido su procedencia, por ejemplo, cuando ha quedado demostrada la existencia de un cálculo de probabilidades de costo-beneficio de parte del autor del ilícito, en torno a que sería más barato indemnizar a los eventuales damnificados, que los gastos necesarios para corregir el mismo (véase: “*Grimshaw vs. Ford Motor Company*”, 1981, 174 Cal, Rptr 376).

En la jurisprudencia norteamericana, para la aplicación de este tipo de condena en materia de daños causados por productos elaborados se exige para su procedencia que: a) existan fallas acerca de la utilización o riesgos del producto; b) aparezcan fallas de fabricación después de la venta; y/o c) se constaten deficiencias por inadecuados controles de calidad (véase referencia a los fallos “*Lipke vs. Celotex Corp.*”; “*Grimshaw vs. Ford Motor Co.*” y “*Deemer vs. A. Robins Co.*” en Pizarro Ramón, “Derecho...”, ob. *supra* referida, pág. 326/9).

También se ha señalado como exigencia de su procedencia la “existencia de lesión o daño”, incluso se ha dicho que deberían exigirse daños susceptibles de reparación (patrimoniales y/o extrapatrimoniales).

En esta línea, se ha dicho que, en principio, este resarcimiento no resultaría aplicable en cuestiones vinculadas con incumplimientos contractuales, aunque, en general, se admite su procedencia excepcional cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio (conf. Pizarro Ramón; “Derecho...”, ob. cit., pág. 301). En nuestro medio, este ámbito está expresamente previsto en el artículo 52 bis de la ley 24.240.





## *Poder Judicial de la Nación*

En conclusión, la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisibles, con eventual proyección social y a hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 20.12.11, mi voto, *in re*: “Razzini Diego c/ Ford Argentina S.A. s/ ordinario” -entre otros-).

### **iii) Procedencia del “daño punitivo” solicitado en el sub examine.**

Sobre la base de todo lo hasta aquí expresado, debe concluirse pues, en que la mención que realiza el artículo 52 *bis* de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del “*incumplimiento de una obligación legal o contractual*” debe ser entendida como una condición necesaria, pero no suficiente, para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño debiendo haberse verificado que el agente dañador ha actuado con “*dolo*” o “*culpa grave*”, o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados, porque ello, a su vez, le reporta un beneficio mayor que el puntual cumplimiento de sus obligaciones.

Es que, no puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad, que apuntan a la clara finalidad de castigar graves inconductas y *a prevenir su repetición*, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger el equilibrio del mercado.

El *daño punitivo* traído a nuestra legislación no puede pues, ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que agrava, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así pues, cabe solo en el debido contexto que justifique concederlo.

Efectuada la conclusión precedente, cabe pasar a analizar si, en la especie, se han verificado las circunstancias excepcionales que autorizan a la fijación





## *Poder Judicial de la Nación*

del *daño punitivo* pretendido, esto es, si se ha acreditado la existencia del tipo de conducta que resulta exigible.

En ese marco, se reitera que en el *sub examine* se ha verificado la conducta antijurídica de la demandada respecto de los actores, quienes sufrieron la cancelación del crucero contratado a través de aquélla en carácter de intermediaria, sin haber sido anoticiados con anticipación de dicha cancelación y sin que la agencia haya gestionado una prestación similar, ni les haya ofrecido alguna otra opción para la continuación del viaje, limitándose a ofrecerles -como única alternativa- gestionar el reembolso de la cuotas abonadas con tarjeta de crédito por el crucero, más un *plus*.

El reclamo del matrimonio accionante en tal sentido, ha sido favorablemente acogido conforme los términos que resultan del presente decisorio (al menos parcialmente), condenando a *Despegar.com.ar S.A.* al pago de la indemnización correspondiente. Sin embargo, dichas circunstancias no permiten asumir, que haya mediado de parte de la demandada un designio doloso de perjudicar o la existencia misma de culpa grave o evidente mala fe y, de otro lado, tampoco aparece demostrada aquí una generalización de esa conducta, de modo que autorice a presumir la indiferencia o el propósito de incumplir, como vía de obtención de un indebido beneficio económico, aspectos éstos que son requeridos para habilitar la procedencia del daño punitivo pretendido.

Con base en todo lo expresado, habrá de rechazarse el reclamo de los actores relacionado con la aplicación de sanciones a su contraria.

### **9.) Las costas.**

Habida cuenta que lo hasta aquí expuesto determina la revocación de la sentencia de grado, tal circunstancia impone adecuar la distribución de costas, debiendo este Tribunal expedirse al respecto en orden a lo previsto por el art. 279 CPCCN.

Es de recordar que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél.

Ello es así, en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen, no como una sanción, sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio,

---

**gastos que deben ser reembolsados por el vencido.**







## *Poder Judicial de la Nación*

Si bien ésa es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximirla, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss), sin embargo, la imposición de las costas en el orden causado o su eximición -en su caso- sólo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la *litis*, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*”, T° I, p. 491).

Ello sentado, en la especie no se advierte fundamento alguno para apartarse del principio general, en tanto que la firma demandada resultó vencida en la anterior instancia (arts. 68 y 279 CPCCN).

Respecto de las generadas en esta Alzada, las mismas también deberán imponerse a la demandada sustancialmente vencida (art. 68 CPCCN).

### **V. Conclusión.**

Por todo lo expuesto propicio al **Acuerdo:**

a.- Acoger el recurso articulado por los actores y, en consecuencia, revocar en lo pertinente el pronunciamiento apelado.

b.- Admitir parcialmente la demanda incoada por *Roque Daniel Favale y Daniela Alejandra Sayós* contra a *Despegar.com.ar S.A.*, condenando a esta última al pago, *dentro del plazo de diez días*, de la suma de \$ 14.073,90 en concepto de reintegro de gastos, con más los intereses calculados desde el 23.06.14 y hasta el efectivo pago, a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días no capitalizable, y la suma de \$ 100.000 en concepto de daño moral, fijada a la fecha establecida para el cumplimiento de este pronunciamiento.

c.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (arts. 68 y 279 CPCCN).

### **He aquí mi voto.**

Por análogas razones, el Señor Juez de Cámara *Doctor Alfredo Arturo Kölliker Frers* adhiere al voto precedente.

Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los Señores Jueces de





## *Poder Judicial de la Nación*

*Verónica Balbi*. Es copia del original que corre a fs. 571/596 del libro N° 129 de Acuerdos Comerciales – Sala A.

### **MARIA VERONICA BALBI SECRETARIA DE CAMARA**

Buenos Aires, 28 de junio de 2019.-

#### **Y VISTOS:**

Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve:

a.- Acoger el recurso articulado por los actores y, en consecuencia, revocar en lo pertinente el pronunciamiento apelado.

b.- Admitir parcialmente la demanda incoada por *Roque Daniel Favale y Daniela Alejandra Sayós* contra a *Despegar.com.ar S.A.*, condenando a esta última al pago, *dentro del plazo de diez días*, de la suma de \$ 14.073,90 en concepto de reintegro de gastos, con más los intereses calculados desde el 23.06.14 y hasta el efectivo pago, a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta (30) días no capitalizable, y la suma de \$ 100.000 en concepto de daño moral, fijada a la fecha establecida para el cumplimiento de este pronunciamiento.

c.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (arts. 68 y 279 CPCCN).

d.- En materia arancelaria, atento a lo resuelto precedentemente y conforme a lo normado por el art. 279 CPCCN, incumbe a este Tribunal la fijación de nuevos estipendios. En consecuencia, déjense sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas a fs. 697 y vta.

Sentado ello, conforme el monto comprometido en la presente *litis*, con inclusión de intereses, y en atención a la importancia y extensión de las labores desarrolladas, se fijan en **siete mil pesos**, para cada uno, los honorarios correspondientes al perito informático **José Ramón Esquivel** y al perito contador **Enrique Ernesto Aldazábal** (cnfr. arg. CSJN, “*Establecimiento Las Marías SACIFA c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa*” del 04.09.18; arts. 3, 86, 87 y 88, inc. 1°, del dto. ley 7887/55, modif. por ley 24432; y art. 3 Dcto. Ley 16.638/57).





## *Poder Judicial de la Nación*

Finalmente, en atención a la importancia y extensión de las labores desarrolladas por la mediadora en las presentes actuaciones, se establecen en **seis mil ochocientos cuarenta pesos** los honorarios correspondientes a la doctora **Violeta G. Lafuente** (Conf. Anexo III, art. 2, del Dec. 2536/2015, modificatorio del Dec. 1467/11, reglamentario de la ley 26.589).

Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General actuante ante esta Cámara en su despacho, y devuélvase a primera instancia encomendándole al Señor Juez *a quo* disponer las notificaciones pendientes por la regulación de honorarios.

A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexo a la Acordada 24/13 CSJN y con el objeto de implementar esa medida evitando obstaculizar la normal circulación de la causa, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ, una vez transcurridos treinta (30) días desde su dictado, plazo durante el cual razonablemente cabe presumir que las partes ya habrán sido notificadas. Sólo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional).

**ALFREDO A. KÖLLIKER FRERS**

**MARIA ELSA UZAL**

**MARIA VERONICA BALBI  
SECRETARIA DE CAMARA**

