Salta, de julio de 2016

_____**Y VISTOS:** Estos autos caratulados '[redacted] vs. **BBVA BANCO FRANCÉS S.A.; LANTOURS S.A.** - Sumarísimo o Verbal" - Expte. Nº 493551/14 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 2ª Nom.; **Expte. Nº 493551/14/15 de esta Sala Tercera**, y_____

_____ **C O N S I D E R A N D O** _____

_____***El Dr. Marcelo Ramón Domínguez*** dijo: _____

_____ I) *Los agravios y su réplica*: La sentencia de fs. 143/146 es apelada a fs. 147 por el actor, recurso concedido a fs. 148. A fs. 158 interpone similar recurso el apoderado del Banco Francés S.A., desistiendo del mismo a fs. 169 lo que se provee favorablemente a fs. 172._____

_____ A fs. 149/153 funda su memoria el accionante expresando que le agravia el punto II del decisorio que rechazó el reclamo en concepto de daño punitivo ya que a su entender el Juez de grado efectuó una interpretación incorrecta de la jurisprudencia que cita, aplicando pautas irrazonables y arbitrarias respecto de la aplicabilidad del artículo 52 bis de la Ley 24.240, sin ningún análisis ni fundamento, de modo que no cumplimentó con la condición de validez de las sentencias judiciales, respondiendo solamente a su mero arbitrio y voluntad. Por otra parte, considera que los demandados recurrieron a ardides publicitarios para la venta de sus productos, ofreciendo promociones bajo condiciones de imposible o arbitrario cumplimiento por lo que no sólo han transgredido normas de protección al consumidor sino que han actuado deliberada y sistemáticamente en desmedro de sus legítimos derechos debiendo entonces considerarse como dolosas sus conductas, ya que el hecho generador que lo llevó a ingresar al local comercial de la firma Lantours S.A. fue la promoción que ofrecía el Banco Francés en la compra de los pasajes que finalmente adquirió, lo cual no hubiera hecho de otro modo. Añade que en ese marco, el fallo otorga la posibilidad a los demandados de eludir en el futuro el cumplimiento de cualquier oferta mientras que el usuario que realice el reclamo judicial sólo se le restituirá la suma debida, dos años después, generando una recompensa a quien deliberada y sistemáticamente ofrece una

promoción que no cumple y no pretende hacerlo. Pide se haga lugar al recurso. Con costas._____

_____ A fs. 163/165 se presenta el apoderado de la empresa Lantours S.A., quien luego de solicitar se declare desierto el recurso por considerar que las expresiones formuladas por el adversario no reúnen los requisitos formales para su admisión, replica la memoria diciendo que el Juez de grado señala y explica los requisitos del instituto del daño punitivo como las razones por las cuales no se debe aplicar en el sub examen, al decir que no todo incumplimiento lo genera y que no se acreditó dolo o culpa grave, negando que su parte haya inducido a comprar los pasajes al actor sabiendas que no le devolverían el descuento promocionado._____

_____ A fs. 166/168, contesta los agravios el apoderado de Banco Francés S.A., manifestando que no se cumplieron los requisitos para la aplicación del artículo 52 bis de la Ley 24.240 y por ello el recurso debe ser rechazado, añadiendo que el actor no acreditó de manera alguna la existencia del trato denunciado en la demanda, surgiendo de los mails electrónicos que el Banco Francés S.A. atendió los reclamos del cliente en todo momento y que no hubo maltrato o negligencia. Cita jurisprudencia._____

_____ A fs. 198 y vta. dictamina el Señor Fiscal de Cámara postulando se declare mal concedido el recurso._____

_____ II) *Inapelabilidad por el monto*: En primer lugar corresponde aclarar que si bien ha solicitado el señor Fiscal de Cámara que el recurso se declare mal concedido por estimar que la sentencia es inapelable por el monto, se procederá igualmente al mérito del recurso, en tanto carece de determinación cuantitativa la pretensión esgrimida por daño punitivo (se pide a fs. 19 condena por el importe que se aprecie en función a la gravedad de los incumplimientos y demás circunstancias del caso que a renglón seguido expone la parte). En efecto, si bien ha sido desestimada esta pretensión en la sentencia en crisis, considero que una solución en contrario resultaría lesiva al pleno derecho de acceso a la jurisdicción, cuando razonablemente se avizora que, de haber prosperado la demanda en la instancia de grado en forma íntegra, podría haber superado el monto mínimo fijado por el artículo 253 del

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia._____

_____ Así, ha dicho la Corte de Justicia de la Provincia que el principio in dubio pro actione en su sentido amplio “no se compadece con el excesivo rigor de los razonamientos lógicos, pues lo esencial es dar a las normas procesales un alcance acorde con el contexto general y los fines que las informan, a fin de posibilitar al demandante la tutela judicial efectiva de sus derechos, en consonancia con la garantía prevista por el art. 18 de la Constitución Nacional (CJSalta, 27-2-06, “Salgado vs. Provincia de Salta”, tomo 102, fº 639/646)” Id., 27-2-06, “Chambi vs. Provincia de Salta, tomo 102, fº 581/592. Id. 24-2-06, “Bazán vs. Provincia de Salta”, tomo 102, fº 397/404)._____

_____ Cabe aclarar que este principio flexibilizador de las formas ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Abril Alosilla y otros vs. Perú” (del 4 de marzo de 2011) cuando dijo que “el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados, ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes” (*Revista de Derecho Procesal, Ejecución de resoluciones judiciales*, 2013-2, de. Rubinzal Culzoni, pág. 122). _____

_____ Este contexto interpretativo impide que en el caso se desestime el recurso fundado en un óbice formal cuya procedencia resulta cuanto menos dudosa, debiendo en consecuencia inclinarse la jurisdicción al tratamiento de la cuestión debatida. _____

_____ III) *Insuficiencia de memorial*: en el escrito de fs. 163/165 Lantours S.A. solicita la deserción del recurso de la actora por apreciar insuficiente el memorial que intenta sustentarlo. Cabe señalar que de manera reiterada se ha venido sosteniendo que al efectuarse el mérito de la consideración de la suficiencia o no de la expresión de agravios, debe seguirse un criterio amplio sobre su admisibilidad, ya que es éste el que mejor armoniza con un

escrupuloso respeto del derecho de defensa tutelado por la Constitución Nacional, a fin de no limitar la más amplia y completa controversia de los derechos de los litigantes, ya que un mero defecto técnico podría conducir a injustas soluciones en perjuicio de los litigantes quienes recurren en procura de Justicia, buscando ser oídos y que se les brinde la posibilidad de ejercer así su legítimo derecho de defensa en juicio (CSJN, Fallos 306-474; CJSalta, 22-12-92, “Rondoni vs. Eckardt”, Libro 44, fº 1109/1113). Tal criterio también lo ha sostenido esta Sala en numerosos precedentes, entendiendo que en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad (CApel. CC. Salta, Sala III, protocolo año 1993, fº 901; año 2001, fº 415; año 2003, fº 49 y 232/234). Por lo expuesto, y teniendo en cuenta el contenido del memorial presentado por el apelante, en el que se ponen de resalto los motivos por los que estima que el rubro daño punitivo que reclama debe prosperar, no puede decirse que no exista una crítica suficiente de la sentencia en grado._____

_____ IV) *El daño punitivo*: Para la imposición de la multa civil a que se refiere el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor no basta la acreditación de las circunstancias que autorizan a atribuir objetivamente la responsabilidad al proveedor por su calidad de tal, sino que es necesario que concurra un reproche subjetivo de gravedad tal que torne conveniente adoptar esa medida excepcional con el objeto de disuadir al dañador de la actitud que ha generado el ilícito, para evitar que continúe repitiéndose, tal cual lo expusiera el propio quejoso en su memoria._____

_____ Es del caso recordar que en Ramírez vs. Telecom (CApel. CC. Salta, Sala III, año 2011, f° 531/539) se trajo a colación el señero pronunciamiento de la Sala Primera de este Cuerpo -del 13 de abril de 2011-, en la causa Paganetti, Daniel H. c/Telecom Personal S.A. s/Sumarísimo, Expte. N° 272.295/09 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 4ª. Nominación- Expte. de Sala N° CAM 337.746/11 en que se dijo que “la Ley de Defensa del Consumidor fue dictada en el año 1993 y, con posterioridad a ello, la Reforma Constitucional de 1994 incorporó el artículo 42 que expresa que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la

relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno" otorgando de tal modo jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor (L.L.1999- B-271 y ss)._____

_____ La Sala Primera de esta Cámara continúa señalando que "El consumidor ha merecido resguardo legal y constitucional porque se lo considera el contratante débil. Esta caracterización, sin lugar a dudas ha venido a incidir sobre al extensión del deber de informar impuesto por la buena fe, ya que por un lado se encuentra un profesional, y del otro un profano a quien la ley protege. Tal situación de desigualdad real es la que la ley especial intenta solucionar a través de figuras típicas del Derecho del Consumo (Fallos Sala I año 2009 fº 549/551; 2011 fº 118/119). Asimismo expresó, con referencia a los contratos que: "La Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 37 establece -en cuanto a la interpretación de los mismos- que se tendrán por no convenidas: las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, agregando que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que sea menos gravosa" (Fallos Sala I año 2005 fº 1065/1069; 2006 fº 294/301; 2009 fº 549/551)._____

_____ Sigue diciendo el Tribunal en el fallo en cita que de conformidad con el artículo 52 de la Ley 24.240 (sustituido por el artículo 24 de la Ley 26.361) la ley concede al usuario tres vías posibles para la defensa de sus derechos que han sido presuntamente vulnerados: a) el reclamo ante la propia empresa prestadora del servicio para que revise su accionar y disponga las medidas necesarias para enmendar el obrar ilícito o reparar los daños ocasionados al usuario (arts. 27, 30 31 y cc. ley 24.240); b) el reclamo ante la autoridad de aplicación de la ley, a través del procedimiento que se establezca de

conformidad a lo normado por el artículo 45 de la ley 24.240 y c) la vía judicial (artículo 52 ley 24.240). Sostienen al respecto los Dres. Luis R. J. Sáenz y Rodrigo Silva (*Ley de Defensa del Consumidor Anotada y Comentada*- Directores Picasso- Vázquez Ferreyra- T. I- pág.584 - Ed. La Ley) que la posibilidad de recurrir a la vía administrativa para dar curso a un reclamo denuncia no impide acudir con carácter previo, simultáneamente o con posterioridad a la vía judicial (tal lo acontecido en el sub lite), lo que resulta acorde con el principio de acceso a la justicia, sin ningún tipo de impedimento. El artículo 52 bis dispone 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, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan....".

Analizando esta norma se advierte que tiene un propósito netamente sancionatorio pero su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave sino también para desalentarla en el futuro, vale decir que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares en el futuro. En otro párrafo señala la Sala que "La reprochabilidad de la conducta de una parte, su intencionalidad o el grado en el que refleja su indiferencia frente a los usuarios es el punto central a tener en cuenta para la fijación de la sanción prevista en la norma".

Nancy Celavez (*Daño punitivo -Conveniencia de su aplicación-*: elDial.com - DC14E7) nos precisa que la Reforma introducida por la Ley 26.361 al estatuto del consumidor, vigente en nuestro país a partir del mes de Abril de 2008, incorporó diversas modificaciones que continúan siendo materia de debate e interrogantes. Así, institutos tales como el nuevo régimen de los servicios públicos compartiendo la autoridad de aplicación de la ley, el control y la vigilancia sobre la prestación de esos servicios conjuntamente con la autoridad de contralor del servicio; la figura de daño directo traducida como la posibilidad que tiene la autoridad administrativa de disponer la reparación de daños en esa sede; el daño punitivo o, como lo denomina la reforma, la

multa civil; las acciones de clase previstas en el artículo 54 de la ley y otras, han causado y continúan haciéndolo, no pocas polémicas en ámbitos judiciales, administrativos y en el mundo doctrinario. Esta nueva realidad acarrea interrogantes sobre la conveniencia o no de la aplicación de los citados institutos, cuestionándose en más de una ocasión la técnica legislativa utilizada en alguno de ellos. Lo cierto es que la actualidad del derecho del consumo en nuestro país, exige en los actores que intervienen en el mismo una inusual amplitud de criterios imponiendo necesariamente, en ciertos casos, desprenderse de conceptos establecidos para dar paso a una visión más amplia y dinámica, acorde a las exigencias de un mercado cada vez mas diversificado y sofisticado. Cabe recordar en relación a lo dicho las palabras de Genaro Carrió (*Notas sobre derecho y lenguaje*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976), quien apunta con gran claridad que "desde siempre, la introducción de algún nuevo concepto en el derecho o bien cuando la dinámica social genera nuevas formulaciones relacionales, tradicionalmente existe la tendencia a llevarlo al plano de la discusión, con la finalidad de tratar infructuosamente de encuadrar la nueva figura jurídica, dentro de alguna ya conocida o bien de encontrar un fundamento dentro de los cánones dogmáticos sin advertir que es precisamente su atipicidad lo que lo distingue y enriquece". Teniendo en cuenta lo dicho, analiza la problemática que suscita el denominado daño punitivo o multa civil incorporado en la Ley de Defensa del Consumidor por la reforma de la ley 26.261. _____ _____ Recordemos que el texto incorporado por el artículo 52 bis de la ley 26.361 dice: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley". _____

_____ La norma nos remite en forma inmediata a preguntarnos por la naturaleza de la multa civil, o el denominado daño punitivo. ¿En que consiste este instituto ajeno a nuestro derecho positivo argentino, pero figura no extraña al sistema del "common law"? Partiendo del conocimiento que sobre la institución tiene el derecho inglés y americano, podemos decir que la multa civil consiste en determinadas sumas de dinero que se condena a pagar por parte de los jueces, a un sujeto que ha incurrido en una grave conducta y se tornan procedentes básicamente en casos de gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos ajenos, priorizando netamente aspectos económicos. Con ella se trata de prevenir –por el temor que provoca la misma- la reiteración de hechos similares en el futuro.
_____Advertimos entonces que si bien el sentido ontológico de la multa civil es sancionatorio, tal como se presenta en la ley, corresponde atribuir a su misma existencia una función preventiva. Esta última consiste en desalentar la ejemplaridad de la conducta reprochada (prevención general) y disuadir al agente de incurrir en la misma conducta (prevención especial) según lo sostienen Fernández Oliva y Trivisonno (*Origen de la multa civil en el common law británico* Universidad Nacional de Rosario). Por su parte Aída Kemelmajer de Carlucci *(¿Conviene la...? Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. Anticipo de Anales – Año XXXVIII, segunda época, Nº 3*), coincidiendo con el criterio expuesto expresa "que los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo". El denominado daño punitivo también conocido como "exemplary damages", "non compensatory damages", "agravated damages", es una figura aplicada desde hace ya varios años en el derecho anglosajón, conociéndose desde mediados del siglo XVIII casos ventilados en tribunales que merecían especial censura. Por ello las cortes inglesas posibilitaron la aplicación de penas privadas a estos supuestos en los cuales además de la reparación del daño causado (compensatory damages) se buscó reprobar especialmente la conducta del agente dañador (wrongdoer) en virtud de la gravedad de la misma. Es así que

la figura allí se encuentra arraigada y la efectividad de su aplicación en materia de consumo resulta indiscutible, tanto es así que en consideración a estos antecedentes estudiosos del derecho de daños y especialmente del de consumo planteaban desde hace tiempo la necesidad de su incorporación a la normativa vigente, la que arribó recién a nuestro país a través del nuevo artículo 52 bis. _____

_____ De su parte, Agustín Álvarez y Manuel Cornet (*La reparación de daños en las relaciones de consumo* en elDial.com-DC1571 publicado el 08/04/2011) advierten que el Código Civil –en referencia al Código de Vélez- es ahora sólo uno de los sistemas de los que se compone el gran universo de Derecho privado. Lo que ocurre es que el Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada, sino que el Código comparte su vida con otros códigos, microsistemas jurídicos y con subsistemas. Algunas de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor (principalmente su artículo 3º) establecen su preferencia por sobre otras normas en caso que previeran cosas distintas, incluso que en caso de duda siempre habrá que estar a lo que sea más favorable para el consumidor. Sin embargo, la ley no ha derogado al Código Civil. Es cierto que sus normas se aplican ahora a muchas de las relaciones jurídico-privadas en las que interviene un débil jurídico, pero el Código Civil sigue rigiendo tanto en las relaciones que no son de consumo, como en las que sí lo son. Lo que ocurre es que la ley establece algunas particularidades específicas y agrega algunas facultades en cabeza de los consumidores u obligaciones de los proveedores, pero la estructura de las relaciones siguen teniendo su fundamento en el Código Civil. Así, no existe un tipo contractual "de consumo", sino que los contratos que puedan ser encuadrados de esa forma, siguen manteniendo su tipicidad originaria, por ejemplo: una compraventa, sigue siendo compraventa, se encuadre en una relación de consumo o no. El derecho de protección a los consumidores, es el simple resultado de la adaptación de la norma general a una situación particular. Aunque la Ley tenga aspiraciones autónomas y sistémicas, debe nutrirse necesariamente de los Códigos de fondo. Esto quiere decir que la Ley prevalecerá sobre el Código cuando tengan preceptos distintos (en virtud de

tratarse de una normativa especial y posterior), pero en los casos no regulados por ella, necesariamente debe seguirse al Código. No resulta lógico integrar las relaciones de consumo con principios imaginarios o soluciones mágicas, bajo el pretexto de encontrase en un sistema distinto, independiente del civil. Ante la ausencia de regulación de la Ley debe imperiosamente aplicarse el derecho privado._____

_____ Reparemos que quienes integraron la Comisión de Reforma del Código Civil y Comercial vigente, tomaron la decisión de mantener muchos microsistemas jurídicos: la ley de seguros, la ley de sociedades, la ley de entidades financieras, entre otras, continúan existiendo y regulando el funcionamiento de los mercados en las que se insertan. Y respecto de la Ley 24.240, es del caso reparar que tiene lo que la doctrina ha denominado "anclaje constitucional", esto es, resulta regulatoria de los derechos de tercera generación establecidos en la reforma constitucional del año 1994. Este antecedente determina la importancia de la norma referida, nacida antes incluso que la Constitución fuera modificada (1994) y que fue reformulada en el 2008. Al dejar sobrevivir muchas normas como las citadas, el nuevo Código propuso determinadas reformas sobre las mismas a los fines de mantener cohesionado el sistema jurídico, evitando que se encuentren fisuras o contradicciones entre las regulaciones establecidas por diferentes normas. Con esta idea se introdujeron algunas modificaciones a la ley de Defensa del Consumidor. Las mismas pueden encontrarse en el Anexo II de la ley de aprobación del nuevo Código._____

_____ Gabriel S. Stiglitz (*El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial*) dice que el derecho del consumidor encuentra sus normas en las jerarquías más elevadas del ordenamiento jurídico argentino, comenzando por la principal: la Constitución Nacional (artículos 42 y 43) y, ahora, complementando el sistema de protección, dentro del marco legislativo más trascendente del derecho privado: el Código Civil y Comercial de la Nación, en diálogo de fuentes con el régimen especial vigente (ley 24.240 y normas concordantes). Además, toda la normativa incorporada por el nuevo Código, representa -también por su contenido- un avance progresivo en el sistema de

protección jurídica del consumidor. La complementación del Derecho del Consumidor dentro del Código Civil y Comercial, beneficia también la estabilidad del sistema. Como se señala en sus Fundamentos, el nuevo Código incluye una serie de principios generales que actúan como una “protección mínima” del consumidor, lo que implica que ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela. Los dos primeros niveles del sistema de protección jurídica del consumidor (Constitución y Código) son estables, mientras que el tercero (ley especial) es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas. En síntesis, se avecina una profunda armonización (y sistematización) entre los distintos componentes del sistema de protección jurídica del consumidor: la Constitución Nacional (arts. 42 y 43) , la ley especial 24.240 y el Código Civil y Comercial. Se establece un “dialogo de fuentes”, de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás normativas. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Esencialmente, el sistema de protección jurídica del consumidor, progresa a través del nuevo Código por el fortalecimiento del principio protectorio, mediante los artículos 7, 11, 14, 1094 y concordantes: a) Las normas que regulan las relaciones de consumo, deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor (artículo 1094); b) En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor (artículo 1094); c) Las nuevas leyes supletorias, son de aplicación inmediata a las relaciones de consumo en curso de ejecución, cuando sean más favorables al consumidor (artículo 7);... f) La ley no ampara el ejercicio abusivo de los

derechos individuales, cuando pueda afectar a los derechos de incidencia colectiva (artículo 14). Las normas sobre defensa del consumidor, que se añaden a través del Código (contratos de consumo, etc.), mejoran notoriamente el sistema de protección jurídica. En particular, regulaciones pormenorizadas, novedosas y progresivas en materia de contratos por adhesión, cláusulas abusivas, prácticas abusivas (en general), publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios, conexidad contractual, comercio electrónico, etc., de las que adolece el régimen especial de la ley 24.240 (y que no fueron abordadas por la modificatoria 26.361).____ _____ Además -como se explicó en los Fundamentos del Anteproyecto-, sigue diciendo el autor en cita "también es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre responsabilidad civil, contratos, etc., del Código Civil, que complementan la legislación especial, proveyendo un lenguaje normativo común". Finalmente, se añaden otras novedosas regulaciones en defensa de los consumidores: Un parágrafo íntegro, sobre "contratos bancarios con consumidores y usuarios" (artículos 1384 a 1389 del Código), al cual se aplica todo el régimen sobre contratos de consumo. Y asimismo, reglas especiales en torno a publicidad, forma escrita, obligaciones precontractuales, restricciones en cargos o costos al consumidor, e informaciones en los contratos de crédito bajo pena de nulidad. Los artículos 1100 a 1103 del Código, regulan la información y publicidad dirigida a los consumidores. Además de la publicidad engañosa y comparativa, el Código introduce en el Derecho argentino, la prohibición de la publicidad abusiva (artículo 1101 inc. c.), o discriminatoria, o que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. El artículo 1102, al otorgar las acciones judiciales correspondientes, incluye expresamente aquellas tendientes a la cesación de la publicidad ilícita y a la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado. No puede soslayarse -una vez más- que estos tres aportes del Código (prohibición de la publicidad abusiva, cesación de la publicidad ilícita y anuncios rectificatorios), son aspectos centrales del moderno Derecho del Consumidor, que desde hace tiempo venían siendo impulsados por la comunidad jurídica,

pero también habían sido omitidos por la ley 26.361 (modificatoria de la 24.240).

Karina Barreiro (*El contrato electrónico de transporte aéreo de pasajeros a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, LL On Line, MAR/DOC/1989/2016) precisa que el nuevo Código Civil y Comercial al tratar el contrato de transporte define su ámbito de aplicación señalando en su artículo 1281: “Excepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican cualquiera que sea el medio empleado para el transporte. El transporte multimodal se rige por la ley especial”. Dicha norma no existía en el Código anterior, y es coherente con el tratamiento que tiene la actividad aeronáutica a través del Código especial de la materia. Aún así, nada impide la inclusión del contrato de transporte aéreo dentro de la categoría más amplia de contratos de consumo mencionada más arriba. Por el contrario, debe tenerse presente como un agregado tácito a las reglas previstas en el Capítulo 7, que cuando el contrato de transporte sea declarado servicio público, o involucre a un consumidor, también se verá regido en lo pertinente por las normas atinentes a los contratos de consumo (artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial) y a las relaciones de consumo en general (Ley 24.240 y sus modificatorias). La especialidad aeronáutica ha sido utilizada en ocasiones como argumento para rechazar la aplicación de la normativa consumerista, y en este punto me permito resaltar que dicho razonamiento es desacertado pues omite considerar que la Ley de Defensa del Consumidor también reviste el carácter de legislación "especial". Ciertamente, ésta regula la relación de consumo involucrando una multiplicidad de actividades o servicios incluyendo al transporte aéreo. En definitiva, es ley especial de los consumidores de cualquier producto o servicio. Asimismo, la Ley 24.240 establece claramente en su artículo 3 in fine que las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en la misma y sus reglamentaciones, *sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.* A su vez, no podemos dejar de señalar que la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor es limitada a ciertas cuestiones del contrato de transporte aéreo atento la excepción parcial

que dispone el propio artículo 63. Y a modo meramente enunciativo diremos que se encuentran bajo el amparo de la ley de defensa del consumidor cuestiones tales como el overbooking, *el deber de información*, la prohibición de diferenciación de tarifas en razón de la nacionalidad, *los efectos de la publicidad*, la prohibición de cláusulas abusivas, el derecho de revocación de aceptación de la oferta en ventas a distancia y la aplicación del daño punitivo._ _____ Rafael F. Barreiro (*La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo. El daño punitivo*, LL On Line, AR/DOC/1647/2016) sostiene que "debe recordarse que el artículo 42 de la Constitución Nacional establece que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. *No puede dejar de tomarse en debida consideración la relevancia que el texto constitucional asigna a la información en la relación de consumo*, elevándola al rango de expreso derecho del consumidor que, por consiguiente, *es oponible en todos aquellos vínculos jurídicos de esa naturaleza con el respectivo contratante, quien está obligado a observar una conducta acorde con esa exigencia*. Esa información debe ser adecuada y veraz. La precisión de la cláusula constitucional no permite dudar de los alcances que le asignó el Constituyente de 1994, en orden a la actitud que es esperable en el proveedor de bienes o servicios como profesional que es y que se vincula directamente con el proceso de elección y toma de decisiones. Si se lo quiere expresar de

modo diverso, podría ponerse el acento en la relación que existe entre conocimiento suficiente y prestación del consentimiento en la relación de consumo. Pero también cabe detenerse en los otros derechos de los consumidores mencionados en dicho artículo 42 -que presentan similar intensidad y que, por lo tanto, no admiten que se establezca un orden de prelación en relación a ellos- en especial, en lo que en esta materia adquiere preponderancia para el comentario emprendido, la protección de la salud, seguridad e intereses económicos y la libertad de elección de los consumidores, que guardan entre sí una relación tan estrecha que sólo muy dificultosamente pueden ser considerados separadamente. No es aventurado suponer que constituyen un único bloque en el que cada garantía prevista en favor de los consumidores o usuarios funciona como antecedente y justificación de las demás. La interpretación no puede, entonces, prescindir de esta concepción unitaria de los derechos que confiere el artículo 42 CN" (…) "Según está dispuesto por el artículo 4º de la LDC, *el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.* La información debe ser siempre gratuita para el consumidor *y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión*. Por consecuencia de lo que establece el artículo 5º las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. El Capítulo II de la Ley apunta a dotar al consumidor de los conocimientos básicos en relación con las características esenciales de lo que se le provee. *Certidumbre, claridad, detalle y gratuidad son los ejes que estructuran el ámbito de protección mínimo* de la salud, seguridad, intereses económicos y que se concretan en la libertad de elección. Corresponde enfocar debidamente el ámbito en el que opera este Capítulo II, para hacer lo cual debe atenderse a que las exigencias impuestas al proveedor relacionadas con la información que se halla obligado a proporcionar, se cumplen en la etapa conclusiva del vínculo jurídico. Es cierto, sin embargo, que como consecuencia de la

información que se le provea, en los términos del artículo 4º, el consumidor puede desistir de entablar la relación de consumo -o, si lo hizo, disolverla-, pero parece que igualmente ello integraría el momento de la celebración (supuestos, en principio, regulados por los artículos 5º y 6º). Es claro, no obstante lo dicho, que la verificación del cumplimiento de los deberes informativos se produce en oportunidad ulterior, durante la ejecución, para asignar a la relación concreta los efectos que según el ordenamiento de protección de consumidores y usuarios corresponden. Ello, porque la satisfacción de los principios destacados más arriba puede ser perfectamente examinada con sujeción a las particularidades que pueda presentar el vínculo establecido. La finalidad que persigue este deber de información previsto en favor del consumidor es permitir que el consentimiento que presta al contratar por un producto o servicio haya sido informado reflexivamente, teniendo en cuenta que en ese momento la posición jurídica del proveedor es evidentemente privilegiada respecto de la del consumidor por su conocimiento respecto de la materia objeto del contrato. Asimismo, dicho deber de información, además de proteger el consentimiento del consumidor, también recae sobre las características esenciales de la ejecución del contrato, es decir que, al adquirir el producto o contratar el servicio, el consumidor o usuario debe ser informado sobre sus riesgos y variaciones. Por su parte, en los artículos 3º y 37º, segundo párrafo, de la mencionada Ley de Defensa del Consumidor, se prevé e*l principio in dubio pro consumidor en la interpretación del contrato*, precepto que exige que en caso de duda las cláusulas cuestionadas sean entendidas en el sentido que ofrezca la adecuada protección a los intereses de los usuarios y consumidores, interpretación que termina de redondear la regulación de las exigencias informativas. En materia de información, el artículo 1100 del Código Civil y Comercial, establece que *el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada*, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con

la claridad necesaria que permita su comprensión. El artículo 1101 *prohíbe toda publicidad* que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza *que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio*; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; y c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Los efectos de la publicidad que en general prevé la Ley de Defensa del Consumidor se mantienen en el nuevo ordenamiento. El artículo 1103 dispone que *las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.* Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria (art. 1102). Del muy rápido repaso de estas nuevas disposiciones, aplicables únicamente a la relación de consumo generada en fuente contractual, se desprende que no existen sensibles diferencias con el régimen de la LDC, salvedad hecha de la consagración expresa de un régimen publicitario escueto, sencillo pero eficaz. Se ha unificado, con todo acierto la regulación de las exigencias informativas y las de los aspectos publicitarios.” _____

_____ V) *La solución del caso*: Los hechos que dan origen al presente proceso tienen su génesis en la defectuosa información brindada por las accionadas respecto a la promoción de venta de pasajes aéreos realizada, de la cual se siguió la desinteligencia en el alcance de dicha oferta al público realizada a través de la publicidad difundida por la empresa y por el banco.___

_____En el caso se han producido pruebas tendentes a demostrar los alcances de la publicidad y también de los efectos que ella produce. En particular resulta relevante advertir que al contestar la demanda, la codemandada BBVA Banco Francés S.A. afirma que los alcances de la promoción realizada por la empresa LAN incluían sólo a las clases de pasajes O y Q, y no a las clases S y L, que afirma son las que habría comprado el

actor, circunstancia que estiman sería conocida por éste último por ser parte de la publicidad de ambas empresas. A fs. 122/123 LAN contesta el pedido de informe ordenado por el sentenciante, y dice que las clases a las que se refiere la publicidad aluden a clases tarifarias y que los pasajes aéreos comprados por el actor pertenecerían a las clases O, S y Q, acompañando copia de la publicidad en cuestión de la cual surge que quienes comprasen pasajes con destino a Miami con tarjeta Mastercard de BBVA Francés, tendrían, a más de una financiación de 18 cuotas sin intereses, un 20 % adicional de descuento -textual: “20 % off”-. Los comprobantes emitidos por la empresa LAN, acompañados a fs. 41/ 47 no identifican la aludida clase tarifaria en modo alguno, y de las constancias de los correos electrónicos de fs. 50/51 aparece que las clases tarifarias de la compra ya realizada por el señor Figueroa son O, S y Q._____

_____ El punto en cuestión es, entonces, decidir si la letra chica de la publicidad obrante a fs. 122, que por cierto resulta ser de muy dificultosa lectura, podría tener un efecto restrictivo de la oferta que -en gráfica cien veces más grande- se realiza, diciendo que los consumidores que adquieran pasajes a Miami o Nueva York con tarjetas Mastercard del Banco Francés reciben un 20 % extra de descuento._____

_____ En primer lugar, y en el contexto normativo y doctrinario ya citado, cabe citar que también la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha tenido oportunidad de señalar que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que consumidores en los términos de la Ley 24.240, es decir, son parte de una relación de consumo al adquirir los servicios de una empresa -en el caso, dedicada al transporte aéreo internacional-, en forma onerosa y como destinatarios finales, sea en beneficio propio o de su grupo familiar (CNCiv.Com.Fed. Sala III, "Fortunato, José Claudio c/American Airlines y otros s/Pérdida de equipaje", 04/12/2012)._____

_____ Y luego, recordar que el principio de buena fe exige transparencia y una clara determinación de las pautas contractuales, debiendo estarse en caso de duda a favor del consumidor, tal como se entendió por parte de la Cámara Contencioso Administrativa de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, en el caso

“BBVA Banco Francés – recurso de apelación por infracción al artículo 8 de la ley 24.240”, al confirmar la sanción impuesta por la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, en razón de haber publicitado un descuento del 15 % en la carga de combustibles los días domingos en todas las estaciones de servicio del país abonando con tarjeta de crédito, descuento que luego no hizo efectivo invocando que dicha franquicia tenía un límite de $ 50 por cuenta y por mes, y que este límite estaba publicitado en la pagina web de la empresa. Allí, el Tribunal sostuvo que “la entidad bancaria denunciada creó en aquél, sin lugar a dudas, la expectativa de que si se dirigiese a una estación de servicio a cargar su automóvil con nafta los días domingos, se le iba a realizar el 15 % de descuento”, por lo que “ninguna duda cabe que la recurrente incumplió con las precisiones formuladas y publicadas a través de su catálogo, referidas a la promoción en la carga de combustible” (Diario Judicial, 15 de junio de 2011, http://www.diariojudicial.com/nota/28045).____ _____Cabe concluir entonces que, en el caso, la publicidad realizada por las demandadas y el proceder subsiguiente fue, cuanto menos, engañoso (se destaca que, además de lo ya dicho, no coincide el quinto renglón de la “letra chica” de fs. 122, con el texto de la publicidad a la que alude el BBVA Banco Francés a fs. 97 cuarto párrafo). Y en tanto lesivo a la buena fe que debe imperar en particular en las relaciones de consumo, corresponde que el contrato celebrado -ante al falta de información adecuada y veraz por parte de los proveedores-, sea interpretado en favor del actor, cuestión que además han consentido los apelados al quedar firme para ellos la sentencia de la instancia de origen, que les manda reintegrar el 20% promocionado de descuento, resultando la conducta publicitaria y negocial desplegada reprochable por ser evidente su desapego a las reglas protectorias del consumo, por lo que se admite el reclamo de daño punitivo con finalidad ejemplificadora respecto de conductas que no deben concretarse en el comercio._____ _____ Debe potenciarse por último que el detalle de las clases tarifarias no se incluyó en las facturas y documentación extendidas a favor del accionante y que no se trató de que se promocionaba una descuento sólo para una clase específica -por ejemplo, clase ejecutiva o primera- que, por su mayor valor,

induzca a adherir a la promoción con la certeza de que se viajará con mayores comodidades. Basta al respecto con remitirnos nuevamente a la informativa de fs. 123 para ver que se trata de cuestiones internas de la línea aérea que no se deben considerar conocidas por los interesados y cuya precisión debe ser plenamente informada y consentida de parte del adquirente del pasaje o del paquete que se ofrece, quedando de ello debida constancia._____

_____ Dicho daño punitivo se fija en la suma actual de $ 6.043,60, esto es, similar a la de condena en concepto del monto del reintegro por el que prosperó la demanda en la instancia de origen._____

_____ VI) *Costas:* las costas se imponen a las accionadas en su calidad de vencidas (artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial)._____

_____ ***La Dra. Nelda Villada Valdez,*** dijo:_____

_____Que adhiere a las conclusiones a las que arriba el Sr. Vocal preopinante._____

_____ Por ello,_____

_____ **LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA** _____

_____ I) **HACE LUGAR** al recurso de apelación de fs. 147, modificando parcialmente la sentencia de fs. 143/146. En su mérito, **CONDENANDO** a **BBVA BANCO FRANCÉS S.A.** y/o **LANTOURS S.A.**, a pagar también a la actora en concepto de daño punitivo la suma actual de $ 6.043,60 (pesos seis mil cuarenta y tres con 60/100). **CON COSTAS** a los demandados._____

_____II) **CÓPIESE,** regístrese, notifíquese y oportunamente, **REMÍTASE**.