



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

C. 9062/2016/CA 1 -I- “Federación Argentina de Asociaciones de Empresas de Viajes y Turismo FAEVYT c/ Aerolíneas Argentinas S.A. Y otros s/ proceso de conocimiento”.

Juzgado N°: 11

Secretaría N°: 21

Buenos Aires, 28 de marzo de 2017.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto a fs. 178 y fundado a fs. 350/364 - cuyo traslado fue contestado a fs. 380/403- contra la resolución de fs. 175/176, y

CONSIDERANDO:

1. La actora promovió demanda contra Aerolíneas Argentinas S.A. y Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A., con el objeto de determinar el "monto -porcentaje de base mínima (‘piso económico’) que las demandadas deben abonar a las agencias de viaje por su labor de venta de pasajes aéreos a modo de modo de retribución y/o comisión razonable".

También solicitó que se dictara una medida cautelar que ordenara a las demandadas no implementar su decisión de eliminar las comisiones aludidas.

El señor juez de FERIA desestimó la medida precautoria requerida por considerar que la verosimilitud del derecho invocado no se hallaba acreditada en los términos exigidos por el tipo de medida de que se trata. A tal fin, ponderó que las circunstancias invocadas por la peticionaria –arbitrariedad e ilegitimidad de la decisión, abuso contrario a la buena fe, usos y costumbres, discriminación infundada, beneficio directo, exclusivo e ilegítimo para las demandadas, etc.– excedían el estrecho marco cognitivo de este tipo de medidas y que, por su vinculación con la cuestión de fondo, sólo podrían ser examinadas al momento de dictar sentencia.

2. La actora inicialmente señala que la resolución es arbitraria pues se sustenta en afirmaciones dogmáticas. Aduce que la verosimilitud del derecho siempre está estrechamente vinculada con la cuestión de fondo, pero que su análisis debe realizarse en términos de probabilidad.



A tal efecto, señala que este requisito se funda en la presunción de onerosidad del trabajo –consistente en la venta de pasajes de las demandadas–, en la discriminación infundada y arbitraria que implica eliminar la comisión sólo con relación a las agencias de viajes nacionales, en el abuso de posición dominante a efectos del cual se debe considerar como mercado relevante el de cabotaje –con sustento en los criterios de los dictámenes 324/99 y 355/01 de la CNDC– y en el perjuicio que implica la decisión de las demandadas para los consumidores, usuarios y para quienes desarrollan su actividad en las agencias de viajes. En particular, señala que en las rutas de cabotaje únicamente participan las demandadas y Latam e incluso, en algunas, exclusivamente las accionadas. Alega que en todos los países de América Latina se pagan comisiones a las agencias por la venta de pasajes aéreos y que la tendencia a su eliminación es sólo en los países del "primer mundo". Argumenta que es incompatible afirmar que la eliminación de comisiones es para reducir el déficit de la empresa y sostener que existe una propensión a una mayor venta de pasajes por internet.

Expone que la conducta de la aerolínea de bandera implica una trascendental modificación del vínculo contractual con las agencias de viaje –que percibían un 1% de comisión– prohibida por el art. 988 del Código Civil y Comercial por tratarse de un contrato de adhesión para el agente IATA.

Reitera que en el caso se busca proteger los derechos de los agentes de viajes y de los consumidores, toda vez que la demandada insinuó en su informe que las agencias deberán cobrarles un cargo extra, perjudicándolos directamente. Subraya que la afectación del interés económico general está acreditada porque para las agencias de viajes dejar de percibir las comisiones de la aerolínea de bandera puede suponer la frustración del negocio, teniendo en cuenta que la venta de pasajes de cabotaje de tales empresas representa el 70% de las ventas y que la venta de pasajes aéreos es fundamental para aquéllas porque es lo más solicitado por los consumidores; añade que se verían afectadas 25.000 familias por la pérdida o disminución del trabajo.

En cuanto al peligro en la demora, invoca que todos los miembros del grupo representado en esta acción se verán irremediablemente afectados en sus derechos porque a partir del 1 de enero de 2017 deberán continuar vendiendo pasajes de las demandadas y soportando los gastos que ello supone sin poder percibir siquiera el 1% de comisión que estaba vigente.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

Sustenta el daño irreparable en la duración del juicio ordinario que implica que las empresas y agentes de viajes comercialicen los productos de las demandadas sin percibir contraprestación alguna y sin poder dejar de vender sus pasajes debido a la posición dominante que éstas tienen en el transporte aéreo de cabotaje.

3. La demandada inicialmente alega la insuficiencia del memorial y solicita que el recurso sea declarado desierto.

En punto a la fundamentación de la resolución, sostiene que no es dogmática, sino la consecuencia necesaria de las particularidades de la cuestión. Destaca que el argumento central de la actora, la presunta existencia de un abuso de posición dominante que ocasionaría un grave perjuicio a las agencias de viajes, es una cuestión compleja, jurídica y fácticamente, por los motivos que expone. Señala que lo solicitado como medida cautelar coincide sustancialmente con el objeto de la demanda.

Subraya que los servicios pre y post venta de las agencias, cuya onerosidad invoca la actora, no son prestados a las líneas aéreas, sino a sus clientes. Añade que las aerolíneas simplemente ponen a disposición de las agencias sus pasajes a efectos de que puedan prestar servicios turísticos. Manifiesta que, en virtud del incremento de ventas por internet, el principal negocio de las agencias es la venta de paquetes turísticos, cuyo precio incluye un cargo que la agencia cobra por la prestación de sus servicios. Argumenta que también pueden cobrar un cargo a sus clientes por la venta de pasajes, puesto que la ley 18.829 y demás normas aplicables no establecen restricciones al respecto. Indica que basta ingresar en las páginas de Despegar.com o Al mundo.com, para verificar que el precio que pagan los clientes por los pasajes aéreos incluye diversos cargos extra, lo mismo que su parte hace en los casos de venta directa en una sucursal. Por eso, entiende que las agencias no se encontrarían en una posición competitivamente desventajosa si cobraran a sus clientes una suma similar a la comisión que percibían.

Pone énfasis en que no existe norma alguna en el país que imponga a las aerolíneas la obligación de pagar comisiones a las agencias de viajes, sino que se trata de una mera práctica comercial, que puede finalizar por decisión de una de las partes involucradas, que no es cuestionable en la medida en que no persiga una finalidad anticompetitiva que pueda dar lugar a un abuso de posición dominante.

Sostiene que el mercado relevante a tal efecto es el de venta de pasajes en forma global toda vez que modificó las comisiones pagadas a las agencias de viajes



tanto en los pasajes de vuelos de cabotaje como en los internacionales. Sobre esa base, explica que su participación en 2016 fue del 30%, por lo que no tiene una posición dominante conforme los parámetros establecidos en el precedente "YPF" de la CNDC invocado por la actora y en la ley 25.156. Expone los motivos que distinguen el caso del tratado en el dictamen 324/99 de la CNDC y la falta de prueba que conduzca a la aplicación del criterio sostenido en el dictamen 355/01, citados por la contraria.

Acentúa que la decisión fue adoptada a fin de reducir el déficit que afecta a las empresas y mitigar los subsidios que el Estado Nacional se ve obligado a otorgar. Añade que se trata de una tendencia mundial y que no es correcto que las comisiones continúan siendo pagadas en todos los países de América Latina, ya que en Uruguay, El Salvador, República Dominicana, Nicaragua y Panamá han sido eliminadas. Niega que exista discriminación porque su parte continua abonando comisiones a las agencias solo en los países en los que la normativa local así lo exige.

También afirma que el dictamen 702/12 de la CNDC, citado por la actora para fundar la distorsión de la libre competencia por la eliminación de las comisiones, es inaplicable porque el caso no guarda similitud con estos autos, mientras que señala que es sustancialmente idéntico al analizado por la CNDC en el dictamen 356/01, donde se desestimó la denuncia formulada por la Asociación de Agencias de Viajes de Buenos Aires contra diversas aerolíneas sustentada en que la decisión de reducir las comisiones pagadas a las agencias implicaba una violación a la Ley de Defensa de la Competencia.

En relación con la afectación del interés económico general, señala que la actora no ha presentado ni ofrecido prueba sobre la frustración del negocio que alega para fundarlo y que, de todos modos, el interés propio de los supuestamente afectados por la conducta cuestionada no se identifica con el interés económico general.

Subraya que la normativa de IATA no impone a las líneas aéreas la obligación de pagar comisiones a las agencias de viajes, sino que cada aerolínea tiene el derecho de decidir si las pagará o no y su monto, solo debe cumplir con la notificación de cualquier cambio por adelantado y por escrito, tal como lo hizo su parte y ha sido reconocido por la actora. Concluye que la decisión adoptada no implica la modificación de disposiciones contractuales ni, por ende, la violación del Código Civil y Comercial de la Nación.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

Expone que la modificación de las comisiones dispuesta dará lugar a una importante reducción de costos que les permitirá ofrecer precios más competitivos para sus vuelos, lo que redundará en beneficio de los consumidores, en los términos del dictamen 356/01 citado.

Controvierte la acreditación del peligro en la demora y de daño irreparable, que la actora ni siquiera cuantificó.

Alega la afectación del interés público vinculado con la política económica seguida por el gobierno y las medidas tomadas para lograr reducir costos y ganar competitividad. Explica que teniendo en cuenta las ventas proyectadas para 2017, si se mantuviera la comisión del 1% debería desembolsar durante este año U\$S 6.828.225.

Por último, plantea que si se otorgara la medida cautelar, se deberá fijar una caución real por los motivos que expone y por aplicación del art. 10 de la ley 26.854.

4. Ante todo, el Tribunal adelanta que, cualquiera sea la pertinencia sustancial de la apelación de la actora, corresponde descartar la sanción de deserción del recurso solicitada por la demandada pues el litigante ha individualizado con claridad sus agravios, por lo que se consideran satisfechos los recaudos formales impuestos por el artículo 267 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –texto según la ley 26.939 Digesto Jurídico Argentino-.

5. Seguidamente, se debe señalar que la medida solicitada altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (*cf.* Fallos 316:1833; 318: 2431; 319:1069 y 321:695).

Aun cuando esa particularidad no determina, por sí misma, la improcedencia de la medida cuando existen circunstancias de hecho que fueran susceptibles de producir perjuicios de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, lo cierto es que al examinar su admisibilidad se impone evaluar si la permanencia en la situación actual genera un peligro para el derecho del peticionario.



En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, debe acreditar *prima facie* la existencia de verosimilitud en el derecho y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (cfr. Fallos 323:337 y N. 308. XLI., del 26-9-06).

En concordancia con esos principios, este Tribunal ha sostenido en relación a las medidas innovativas que, dada su especial naturaleza, requieren para su dictado, además de la concurrencia de los presupuestos básicos generales de toda medida cautelar, un cuarto requisito que le es propio, cual es la posibilidad de que se consume un daño irreparable (cfr. *esta Sala, causas 3905 del 28-4-94 y 1178/98 del 16-4-98, entre otras; en igual sentido, esta Cámara, Sala II, causa 6921 del 1-9-89; CNCiv., Sala A, L.L. 1985-D,11 y L.L. 1986-C, 344; Peyrano, J.W., “Medida cautelar innovativa”, Buenos Aires, 1981, pág. 21 y sigtes.*).

6. Desde esta perspectiva, y de conformidad con las concretas circunstancias del caso, se debe destacar que no se puede considerar acreditado el peligro de que la demora en el reconocimiento del derecho invocado genere a quienes la peticionaria invoca representar un daño irreparable, lo cual resulta determinante para decidir acerca de la medida apelada (cfr. *esta Sala, causa 6865/02 del 8-10-02; Sala III, causas 10.431/05 del 29-6-06 y 8158/10 del 2-6-11*).

Ello es así pues la ausencia del mencionado requisito, que hace a la propia naturaleza de la cautela, determina la improcedencia de la medida. En efecto, el requisito del peligro en la demora está previsto tanto en los arts. 231 y 233 del Código Procesal -texto según el DJA-, cuya existencia en el caso debe ser valorada, como se dijo, con un criterio estricto en atención a la naturaleza de la medida solicitada (cfr. *Sala III, causa 10.431/05 cit.*).

Además de que de los términos en los que la actora ha planteado la cuestión no surge que el pago de comisiones esté impuesto por la ley o por contrato, en este estado, no se ha demostrado que la decisión de reducir las del 1% al 0% constituya un gravamen que difícilmente pueda revertirse en el supuesto de que la sentencia final de la causa admita su pretensión. En efecto, si bien en esta etapa inicial de la contienda no es exigible una prueba acabada sobre el perjuicio económico invocado, a los efectos





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

de conceder la medida precautoria, sería necesaria alguna clase de evidencia sobre su acaecimiento y entidad. Sin embargo, la apelante omite la especificación de la incidencia que en el negocio de alguna o algunas de las agencias cuya representación invoca provocaría la decisión que se cuestiona. No acreditó, por ejemplo, el volumen de ventas de pasajes aéreos de cabotaje en relación con los internacionales, la proporción que representa con respecto a los demás servicios que prestan las agencias de viajes, etc. Por otra parte, tampoco ha demostrado que no exista otro modo de obtener una compensación por la venta de pasajes aéreos.

En tales condiciones, no se advierte *prima facie* una afectación patrimonial para disponer con carácter cautelar una medida provisoria, que resulte necesaria para que no se torne abstracto el pronunciamiento que se vaya a dictar o para prevenir un perjuicio que se vuelva irreparable en el caso de aguardar una decisión definitiva, una vez concluido el procedimiento.

Por otro lado, las cuestiones relacionadas con la lesión al interés económico general que se alegan no constituyen razón suficiente para suplir el peligro en la demora. Tampoco surge del expediente que se haya formulado la denuncia ante la autoridad de aplicación de la ley 25.156, que prevé un procedimiento especial para impedir y/o sancionar conductas anticompetitivas como la que la actora alega para fundar su pretensión. En consecuencia, corresponde poner en conocimiento a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a sus efectos.

Por lo expuesto, **SE RESUELVE**: rechazar el recurso interpuesto, con costas en el orden causado en atención a la complejidad de las cuestiones involucradas y al estado liminar de las actuaciones (art. 71 del Código Procesal -DJA-).

Regístrese, notifíquese, líbrese oficio por Secretaría a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia con copia certificada de la resolución y devuélvase.

María Susana Najurieta

Ricardo Guarinoni

Francisco de las Carreras

