

Paquete Turístico Agencia De Viajes Sobreventa De Pasajes Aéreos Demora En El Viaje

JURISPRUDENCIA

Paquete turístico. Agencia de viajes. Sobreventa de pasajes aéreos.

Demora en el viaje Se incrementa el monto de condena y se confirma el resto de la sentencia que hizo lugar a la demanda en la que se reclamó el pago de los daños y perjuicios que provocó a los actores el defectuoso cumplimiento del contrato de turismo celebrado con la accionada, debido a la sobreventa de pasajes en el vuelo -por lo que debieron tomar otro- y la consecuente llegada al alojamiento 6 horas después de lo pactado. En Buenos Aires a los 28 días del mes de septiembre de dos mil diecisiete reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?DELUCCHI HERNAN CESAR Y OTROS CONTRA CLUB MEDITERRANEE ARGENTINA SRL Y OTRON SOBRE ORDINARIO? (COM 1273/2011) en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden de Vocalías: N°17, N°16, N°18. La doctora Alejandra N. Tevez interviene en este Acuerdo como Subrogante de la Vocalía N° 17 que se encuentra vacante. Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 669/674? La Sra. Juez de Cámara Doctora Alejandra N. Tevez dice: I. Antecedentes de la causa. a. Gastón Delucchi, Hernán C. Delucchi, Patricia Laura Simian y Guido Delucchi iniciaron demanda contra Club Mediterranee Argentina SRL por cumplimiento del contrato de turismo que celebraron con la demandada y reclamaron el pago de los daños y perjuicios que les provocó el defectuoso obrar que le imputaron. Relataron que contrataron un paquete turístico para viajar a ?Rio Das Pedras? (Brasil) del 21 al 28 de febrero del 2010 e instalarse en el complejo hotelero que explota la contraria. Explicaron que en esa oportunidad manifestaron a la accionada su preferencia de que los pasajes aéreos fueran adquiridos en la aerolínea TAM. Sin embargo -prosiguieron- pese a que la demandada inicialmente accedió a esa petición, luego contrató directamente el traslado por Aerolíneas Argentinas. Indicaron que, de acuerdo con lo previsto, viajarían en el vuelo AR 1254 del 20.2.2010 con hora de partida prefijada a las 8.30 hs. y llegarían al complejo a las 14 hs. de ese mismo día. Dijeron que al presentarse en Ezeiza para embarcar les informaron que ello no era posible pues el vuelo estaba sobrevendido. Mencionaron que, en consecuencia, debieron viajar en un vuelo que llegó a Río de Janeiro sobre la medianoche y, por eso, ingresaron tarde al hotel. Detallaron los servicios que requirieron a la accionada: traslados aéreos, terrestres y el hotel entre los días 20 de febrero y 27 del mismo mes. No obstante -señalaron- en razón del cumplimiento defectuoso del contrato, solo usaron 6 de los 7 días de alojamiento que habían abonado. Destacaron que ello fue porque su adversaria adquirió los pasajes en una aerolínea que sobreventa los vuelos. Practicaron liquidación de los daños pretendidos: a) daño emergente: requirieron que se condenara al traslado de todo el grupo durante 7 días al complejo turístico para otorgarles el día que perdieron; b) daño psicológico, que fijaron en la suma de u\$s 2.000, para cada uno de los actores; y c) daño moral, que estimaron en la suma de u\$s 2.000 para cada uno de los demandantes. Ofrecieron prueba y fundaron en derecho. b. Las actuaciones quedaron radicadas ante la Justicia Comercial, en fs. 72/74. c. Club Mediterranee Argentina SRL opuso excepción de incompetencia. Explicó inicialmente que tanto la línea aérea como el itinerario son elegidos por el pasajero y que su parte, en su carácter de agente de viajes, cumplió con todas las obligaciones que le correspondían. Destacó que su tarea se limita a la intermediación en la contratación del servicio según las instrucciones recibidas por los clientes y a la disponibilidad y tarifas informadas por las líneas aéreas. Fundó la excepción de incompetencia. Manifestó que por tratarse de un retraso en el transporte aéreo de pasajeros el responsable es el transportador (art. 141 del Código Aeronáutico). Dijo, entonces, que correspondía que entendiera la Justicia Civil y Comercial Federal en razón de lo que dispone el art. 198 del Código Aeronáutico, la ley 17.285 y el artículo 116 de la Constitución Nacional. Negó, entre otras cuestiones: i) que los pasajes aéreos hubieran correspondido a la aerolínea TAM, ii) que la parte actora manifestara preferencia por alguna aerolínea en particular, iii) que no hubiera respetado las condiciones de contratación acordadas o adquirido directamente los pasajes, iv) que hubiera ofrecido y asegurado a los actores disponibilidad y reserva para viajar por TAM o que tuviera conocimiento de la alegada sobreventa de pasajes; y v) que restara un día de los servicios adquiridos por la parte actora. Seguidamente, brindó su versión de los hechos. Aclaró que Club Mediterranee Argentina SRL es una agencia de viajes que intermedia en la comercialización de estadías en los diversos centros vacacionales ?Club Med?. A su vez y para los clientes que, como los actores, lo requieran expresamente, también ofrece servicios para la venta de pasajes aéreos y medios de transporte. Aclaró que, de cualquier modo, los clientes tienen la posibilidad de contratar directamente los vuelos con la aerolínea que consideren más conveniente. Señaló que, en este caso, fueron los accionantes quienes optaron por el vuelo de Aerolíneas Argentinas y que no presentaron ninguna objeción con el itinerario. Explicó el sistema utilizado para la compra de pasajes. Resaltó que tomó correctamente la reserva

según la disponibilidad que le informó la aerolínea y que los tickets fueron emitidos el 15 de febrero de 2010 y abonados puntualmente. Resaltó, nuevamente, que su parte actuó por cuenta y orden de Club Med Ferias para la contratación de la estadía de 7 noches en el ?Village Rio Das Pedras?. Indicó que en las condiciones generales de venta que entregó a los actores está expresamente aclarada la exención de responsabilidad de su parte en supuestos como el relatado en el escrito de inicio. Arguyó, en ese sentido, que la acción debió dirigirse contra Aerolíneas Argentinas por virtud de lo dispuesto por el Decr. 2182/1972 y solicitó su citación como tercero (art. 94 Cpr.). Impugnó los rubros indemnizatorios reclamados por los accionantes. Ofreció prueba. d. Aerolíneas Argentinas SA contestó la citación como tercero. Solicitó, en primer término, la suspensión de los plazos hasta tanto fuera notificada la Procuración del Tesoro de la Nación (cfr. ley 26.466). Interpuso excepción de incompetencia y solicitó la remisión del expediente a la Justicia Civil y Comercial Federal. De seguido, contestó demanda. Reconoció la emisión de los pasajes a nombre de los actores. Explicó que su parte, como toda empresa aérea, efectúa una práctica comercial llamada sobreventa u ?overbooking? y señaló cómo funciona. Destacó que la misma fue reglamentada en el derecho argentino y refirió a las obligaciones que tiene el transportador aéreo. Mencionó que, en supuestos como el de autos, los actores debían ser embarcados en el vuelo inmediatamente posterior, lo que así ocurrió (Resol. 1532/98). Resaltó, además, que ellos aceptaron esa solución ofrecida por su parte y, en consecuencia, suscribieron los documentos de endoso que les fueron extendidos. Dijo que, en esa línea, carecen de acción para iniciar este juicio. Se opuso a los rubros indemnizatorios reclamados. Respecto al daño emergente alegó que la demora fue de tan solo 6 horas y no de 24 horas, como invocaron los accionantes. Arguyó que no se configuró el daño moral ni el psicológico. Ofreció prueba. e. En fs. 126/128 el magistrado de grado rechazó la excepción de incompetencia interpuesta por Aerolíneas Argentinas S.A. Consideró que, con independencia de lo que se decidiera, el contrato suscripto por las partes involucró operaciones netamente habituales de servicios turísticos. Ese decreto fue confirmado por esta Sala en fs. 162. II. La sentencia de primera instancia. En fs. 669/674 la juez ?a quo? dictó sentencia. Hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó al Club Mediterranee SRL al pago de \$30.000, más intereses y costas. Para así decidir, consideró que las partes celebraron un contrato de consumo y juzgó aplicable la ley 24.240 (en adelante ?LDC?). Ello, previa indicación del marco regulatorio del contrato de turismo, que se conforma por la ley 18.829, su decreto reglamentario 2182/1972 y por la Convención Internacional de Bruselas. Estimó que, en tanto la demandada es una empresa de viajes y turismo, debe responder por la demora de los actores en arribar a destino. Ello pues esa tardanza se motivó en la sobreventa de pasajes aéreos por parte de Aerolíneas Argentinas S.A. Aclaró, sin embargo, que la agencia de viajes podrá dirigir luego un reclamo contra la aerolínea, que no fue aquí demandada. Analizó la procedencia de los daños. Desestimó el daño material, pues consideró que no se había configurado, ya que los actores no perdieron ningún día de vacaciones. Aclaró, en ese sentido, que sólo llegaron 6 horas más tarde al complejo y esto no les generó mayores gastos. Rechazó, también, el daño psicológico pues decidió que no había sido acreditada su configuración. Finalmente, receptó la pretensión relativa al daño moral y lo fijó en \$30.000, con más los intereses desde la fecha de traslado de la demanda. III. Los recursos. 1- Contra tal pronunciamiento apeló la demandada en fs. 675 y su recurso fue concedido libremente en fs. 676. Expresó agravios en fs. 705/725, los que fueron respondidos por el Sr. Hernán C. Delucchi en fs. 759/760, Aerolíneas Argentinas SA en fs. 762/768, Gastón Delucchi en fs. 774/776 y Guido Delucchi en fs. 780/782. 2- Por la parte actora apelaron: a) el Sr. Hernán C. Delucchi en fs. 680, b) el Sr. Gastón Delucchi en fs. 694 y c) la Sra. Patricia L. Simian y Guido Delucchi en fs. 700/701. El primer recurso fue concedido libremente en fs. 681 y el resto en la resolución de fs. 702. El actor Hernán C. Delucchi fundó su recurso en fs. 727/729, al que adhirió el Sr. Gastón Delucchi en fs. 736. Por su parte, Guido Delucchi y Patricia L. Simian fundaron su recurso en fs. 731/734. Los agravios planteados por los accionantes fueron respondidos por Aerolíneas Argentinas SA en fs. 770/772 y por Club Mediterrané Argentina SRL en fs. 801/810. 3- En fs. 811 se llamaron autos para dictar sentencia y el sorteo previsto en el art 468 del Cpr. se practicó en fs. 822. IV. Los agravios. Las quejas de la demandada se dirigen, sustancialmente, contra: a) la aplicación del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor; ya que requirió que su conducta fuera analizada según lo dispuesto por la ley 18.829, el Decreto 2182/72 y la Convención de Bruselas; b) la exención de la condena a Aerolíneas Argentinas; c) la admisión del daño moral; d) el régimen de distribución de las costas del juicio. Por su lado, los actores Hernán C. Delucchi y Gastón Delucchi cuestionaron en sus agravios que la juez ?a quo? hubiera rechazado la indemnización del daño emergente y dijeron que, por tratarse de una condena de hacer, correspondió decidir su admisibilidad aun cuando fuera diferida su cuantificación. Finalmente, Guido Delucchi y Patricia L. Simian al fundar su recurso, criticaron: a) la desestimación de lo pretendido por daño material e indicaron las pautas que debía utilizarse para su cálculo, y, b) el alcance del daño moral. V. La solución. a. Aclaración preliminar. Señalo liminarmente que el análisis de los agravios esbozados por los quejosos no seguirá necesariamente el método expositivo por ellos adoptado; y que no atenderé todos los planteos recursivos, sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto en la causa (conf. CSJN: ?Altamirano, Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica?, del 13.11.1986; íd.,: ?Soñes, Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas?, del 12.2.87; íd.,: ?Pons, María y

otro? del 6.10. 87; íd.;?Stancato, Carmelo?, del 15.9.89; y Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros). Razones de orden lógico impondrán analizar, de modo previo, las quejas planteadas por la defendida. Ello pues procura aquí la revocación del fallo apelado con base en la normativa aplicable. De modo que, en razón de lo que se decida sobre el tópico, dependerá la suerte de los cuestionamientos formulados por ambas partes respecto de la cuantía y admisión de los rubros que componen la indemnización otorgada por la primer sentenciante. b. Normativa aplicable. b.1. La demandada solicitó que el reclamo fuera analizado de acuerdo con la ley 18829, el Decreto 2182/72 y la Convención de Bruselas. Postuló, en esa directriz, la inaplicabilidad de la solución brindada por el art. 40 de la LDC. Arguyó que no se verificó la premisa que dispone la norma para la procedencia de la responsabilidad objetiva, es decir, la existencia de vicio o riesgo de la cosa o prestación del servicio. Anticipo que su planteo será desestimado por las razones que seguidamente desarrollaré. b.2. Recuerdo que los actores celebraron con la demandada un contrato de organización de viajes, mediante el cual requirieron la prestación de servicios de transporte y alojamiento. En la ejecución de ese contrato, tal como fue decidido en la anterior instancia y no fue objetado por ninguna de las partes, los demandantes debieron tomar un vuelo que salía más tarde del horario previsto inicialmente porque no tenían lugar disponible en el que habían contratado, ya que estaba sobrevenido (v. fs. 455). b.3. Actividad de las agencias de viaje En primer término, corresponde señalar que Club Mediteranee SRL celebró con los reclamantes un contrato en su carácter de agente de viajes (v. constancia del Ministerio de Turismo, fs. 215/6). En consecuencia, es cierto que su actuación se encuentra regulada por la normativa señalada por ella (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, ?Tratado de los Contratos?, Tomo III, p. 198/199, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006). Sin embargo, esto no conlleva la inaplicabilidad de la solución prevista por el art. 40 LDC, con el alcance pretendido por la accionada en sus agravios. Es que la ley 18829 y el decreto 2182/72, fundamentalmente se ocupan de regular el ejercicio profesional de la agencias de viaje, pero no hay duda que también deben ser tutelados los derechos de los usuarios, ni tampoco que los destinatarios de los servicios turísticos son consumidores (conf. Norma O. Silvestre, ?Responsabilidad de las agencias de viaje. Una oportunidad perdida?, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año VI N° 5, junio 2004, pag. 37). En esa línea, no se me escapa que la actividad de las agencias es amplia. Así, pueden intervenir como un agente de viajes o como un típico mandatario, en caso de actuar y estar autorizados para concluir contratos a nombre del prestador de servicios (cfr. CNCom. Sala A ?Fainnan Sandra c/ Club Mediterranee Argentina SRL s/ Ordinario? del 23.12.2003). En el segundo supuesto, su actuación comprende la intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el exterior, la intermediación en la contratación de servicios hoteleros, la organización de viajes de carácter individual o colectivo, excursiones, cruceros o similares (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., Tomo III, pág. 216). Esto implica que en el ejercicio de las tareas profesionales exista un área de confluencia con la actividad desarrollada por las empresas aerocomerciales, dando lugar a una serie de conflictos de responsabilidad originados en gran medida en la tarea común de vender pasajes aéreos (CNCom. y Civ. Fed; ?Podesta Mario Horacio C/ Air India Y Otro S/ daños y perjuicios? del 10/12/93). Así las cosas, en el caso que la agencia de viajes comercialice un pasaje aéreo como parte de un paquete turístico, debe responder adecuadamente por la ejecución de las obligaciones asumidas contractualmente (conf., Barreiro, Karina M., ?El Régimen de Defensa del Consumidor en la actividad turística?, p. 78, Ediciones Ladevi, Buenos Aires, 2008). c. 1. Ahora bien. En el caso, está fuera de discusión que existió una sobreventa de pasajes aéreos. Sabido es que la sobrecontratación constituye un fenómeno propio de la contratación en masa y que pone de relieve la fungibilidad de los individuos. Mediante el ?overbooking? el empresario ofrece más lugares de los que realmente posee. La causa de esta sobreoferta de pasajes es la existencia de muchas cancelaciones y, consecuentemente, la posibilidad concreta de que el avión viaje sin estar completamente lleno. De ese modo, el transportador se defiende contra esas cancelaciones intempestivas, sobreveniendo y trasladando el problema a otros pasajeros, los que corren el riesgo de ser o no trasladados a pesar de que han comprado su pasaje. Esto ha sido duramente censurado en doctrina y jurisprudencia, como un incumplimiento doloso que obliga a resarcir no sólo las consecuencias inmediatas y necesarias, sino las mediatas previsibles (Lorenzetti, Ricardo L., op. cit., Tomo III, pág. 225/226). La cuestión no está regulada por el Código Aeronáutico pero sí fue receptada en la Resolución N° 1532/1998 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos. Esa norma prevé, para el caso de overbooking, un abanico de opciones para el pasajero. Es decir que tendrá derecho a: su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del mismo transportador para su destino, o al endoso de su contrato de transporte, entre otras. Además, dispone una serie de servicios incidentales que deberá prestar la aerolínea. Ahora bien. Ello no implica afirmar que esta circunstancia no ocasiona un claro perjuicio al pasajero ni que los sujetos que lo provocaron estén exentos de responder (conf. D´Angelo Martínez Federico, ?Overbooking en el contrato de transporte aéreo?, del Dial.com - DC2382 Publicado el 11/07/2017). Ello pues, el transportador vende duplicadamente varios lugares del mismo vuelo, a sabiendas de que el servicio comprometido será denegado a algunos pasajeros indeterminados si todos o casi todos se presentan a embarcar (Balián, Eduardo Néstor, ?Daños en el transporte aéreo de pasajeros, por retraso, cancelación de vuelo, denegatoria de embarque. Overbooking?,

AR/DOC/6106/2012). En ese orden de ideas, la jurisprudencia tiene dicho que en el contrato de transporte aéreo existe un interés especial en la regularidad de los servicios, y el factor de cumplimiento en el tiempo es uno de los elementos determinantes del acuerdo de voluntades (art. 19 de la Convención de Varsovia de 1929; art. 141 del Código Aeronáutico; en doctrina, conf. Folchi, Mario O. - Cosentino, Eduardo T., "Derecho Aeronáutico y transporte aéreo", Ed. Astrea, 1977, p. 105). De allí que la sobreventa de pasajes sea considerada una práctica que resulta por lo menos temeraria y negligente en cuanto constituye una inobservancia de los deberes inherentes a una conducta comercial responsable y respetuosa de los derechos de los pasajeros, así como de sus legítimos intereses personales y patrimoniales (CNCiv. y Com. Fed; Sala 2 "Beiroa Rodolfo Roberto C/ Aerolíneas Argentinas S/ Daños" del 22.12.1992). En ese contexto, ha sido dicho que se ha convertido en un modo de actuar voluntario, habitual y descomedido de las compañías aéreas respecto del pasajero, afectando el funcionamiento de un servicio destinado al público con conciencia de su ilegitimidad (Simone, "Overbooking en el Transporte Aéreo de Pasajeros", ED 168-356; Sala II, causas 7241/92 del 08.06.95 y 2268/93 del 12.03.96; Sala I, causa 6488/92 del 7/03/96). Cabe resaltar que esta práctica responde, pura y exclusivamente, a los intereses comerciales de la empresa de aeronavegación y, a la vez, significa total desconsideración hacia el pasajero que tiene sus pasajes reservados y ha organizado y planificado su vida en función de su viaje (CNCiv. y Com. Fed, Sala III, "Maluendez Guillermo Eduardo Francisco y otro c/ Mexicana de Aviación s/ daños y perjuicios" del 28/06/07; íd. CNCiv. y Com. Fed; Sala I, "Suñer Josefina y otros C/ Aerolíneas Argentinas S.A. y otro s/ Incumplimiento de contrato, del 16/02/16; CNCiv. y Com. Fed; Sala III, "Thomson Diego Pedro c/ Iberia Líneas Aéreas de España SA s/daños y perjuicios", del 4/12/07; Íd. Maluendez Guillermo Eduardo Francisco y otro c/ Mexicana Aviación s/ daños y perjuicios). Desde esa perspectiva, adelanto que la contingencia que impidió que los accionantes viajaran en el horario previsto sin duda fue la consecuencia de un servicio que merece ser calificado como "riesgoso o vicioso". Es que ciertamente el sistema implementado por la proveedora tiene la potencialidad de causar un daño a los contratantes (cfr. mi voto en "Onorato Viviana Antonia y otro C/ Llao Llao Resorts S.A. s/ ordinario" del 3.4.2012). De allí que resulta sin dudas aplicable el régimen de responsabilidad previsto por el art. 40 de la LDC. Así las cosas, en punto a la responsabilidad que puede endilgársele a la agencia de viajes, la citada norma establece lo siguiente: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena." En ese orden, frente al consumidor, resultan solidariamente responsables todos los intervinientes en la cadena de producción y posterior comercialización del bien o servicio -en este caso, Club Mediterranee Argentina SRL- por los daños resultantes del vicio o riesgo de la cosa. Ello así porque, quien de una manera u otra introduce los productos o servicios en el mercado, tiene el deber de responder por los daños que ellos puedan ocasionar. Bien se ve, además, que los actores han confiado en la demandada a fin de la organización integral del viaje. En el caso, fue la accionada quien ofreció a los actores los servicios turísticos, los que fueron detallados en forma global (v. Factura N° 0027697, fs. 30 y 0027788, fs. 31) e indicó que ellos viajarían en el vuelo que partía el 20.2.2010 a las 8.30 (fs. 33/36). Nótese, además, que en los comprobantes de compra de los pasajes se colocó el sello de la accionada "Audit Coupon. Club Mediterranee" (v. fs. 33/36). Por lo demás, y tal como se desprende del expediente, la "sobreventa de pasajes u overbooking" constituye una práctica habitual llevada a cabo por Aerolíneas Argentinas. Así fue expresamente mencionado en el inimpugnado testimonio de la Sra. Ana Luisa Veca (v. fs. 255/255 vta.), empleada de la aerolínea: la deponente explicó que "la 'sobreventa' es cuando se venden más lugares de la capacidad real que tiene el avión" (sexta pregunta) y añadió que esto "es una práctica común" (séptima pregunta). De allí que, ninguna duda cabe en punto a que la agencia debe responder por los daños ocasionados. Es que su causa no ha sido ajena al accionar de la reclamada ni existe ninguna causal de eximición (cfr. mi voto en "Copan Coop. de Seguros Ltda. c/Ford Argentina S.A. y otros S/ Ordinario" del 31.7.2012). Subrayo, finalmente, que el deficiente servicio fue prestado por una empresa que exhibe un standard de excelencia ciertamente inusual y que, por ello, ostenta un elevado prestigio. Obsérvese que en su página de internet informa que "inventamos el concepto todo incluido, un paquete que incluye todos los ingredientes necesarios para unas vacaciones de ensueño. Transporte, traslados, alojamiento y comidas deliciosas y también una gama completa de servicios personalizados para usted y sus niños. Sin estrés. No hay limitaciones. Sólo la felicidad de la espontaneidad renovada" (sic; v. www.clubmed.com.ar, consulta en línea del día de la fecha) Por virtud de lo expuesto, corresponde desestimar esta queja de la demandada. 2. Condena a Aerolíneas Argentinas La accionada objetó que la anterior sentenciante no hubiera extendido la condena contra la tercera citada en los términos del Cpr. 96. Destacó que Aerolíneas Argentinas pudo ejercer su derecho de defensa y que no puede imputársele a su parte un incumplimiento de la aerolínea. Adelanto que no le asiste razón. Recuerdo que el accionante, al contestar el traslado del pedido de citación de tercero que introdujo Club Mediterranee SRL, solicitó su rechazo (fs. 60/62). Señaló, sobre esta cuestión, que "la relación que pudiera existir

entre la aquí demandada con Aerolíneas Argentinas, es una ?res inter alios?, y no tiene ni tendrá ninguna gravitación en estas actuaciones. Lo concreto es que ?lo comprometido? por la demandada consistente en ciertos servicios turísticos?, fue cuando menos defectuoso; y, por ello, solo debe responder por los defectos de ello? (sic, v. fs. 60 vta.). Así las cosas, la citación del tercero contemplada en el art. 94 del Cpr. tiene como fin evitar que el citado, frente a la posible acción de regreso que la parte vencida pudiera entablar, deduzca la excepción de negligente defensa -?exceptio male gesti procesus?. En este sentido, el hecho de que el tercero citado no haya sido demandado por la actora obsta a que sea aquí condenado. Así porque su intervención se planteó en los términos del art. 94 del Cpr. y no fue traído al pleito como demandado; por eso el efecto perseguido es que la sentencia pueda serle oponible en un eventual proceso o ejecución ulterior (v. mi voto en ?García Guillermo Enrique c. Bankboston NA y otros s/ Ordinario? del 24.9.2015). En definitiva, el hecho de que haya sido citado en los términos del art. 94 del Cpr., y no como demandado, impide que se lo condene en la sentencia (conf. Elena I. Highton, Beatriz A. Areán; ob. op. citada, t. 2, página 419/20).

En tal orden de ideas, en tanto los accionantes no sólo no solicitaron la citación de Aerolíneas Argentinas sino que además se opusieron a ella, desestimaré el planteo de la accionada y propondré también en el punto, que se confirme lo decidido en el pronunciamiento de grado. 3. La indemnización. 3.a. Daño emergente Los demandantes, Hernán C. Delucchi, Gastón Delucchi, Guido Delucchi y Patricia L. Simian criticaron la desestimación del resarcimiento requerido en concepto de daño emergente. Alegaron, sustancialmente, que el perjuicio se encuentra acreditado con independencia de su cuantificación, pues se produjo como consecuencia necesaria del incumplimiento contractual. Así, manifestaron que una demora de doce horas en un viaje de 7 días, con los efectos de cansancio y estrés que ello conlleva, resulta más que suficiente para frustrar, cuanto menos, el primer día de vacaciones. Guido Delucchi puntualizó que este rubro puede cuantificarse en proporción al monto del contrato. Recuerdo que la anterior sentenciante, para desestimar este aspecto de la pretensión, consideró que no había constancias de los gastos en los que incurrieron los demandantes; y que si bien hay un detalle de la totalidad del paquete contratado, no surge cuál es el precio de cada día de hotel. Adelanto que habré de receptor parcialmente la crítica. Ello pues, en el ?sub lite? está acreditado que el grupo arribó al establecimiento de la demandada a las 20.15 hs. cuando había sido previsto que llegaran a las 12.30 hs. (v. fs. 255). En consecuencia, los demandantes perdieron la posibilidad de utilizar aproximadamente 8 horas de los servicios contratados. Esto resultó una consecuencia inmediata del incumplimiento imputado a la accionada. En ese orden, considero que sí ha de receptarse esta arista indemnizatoria, la cual consistió en la imposibilidad de utilizar por varias horas los servicios de hotelería. Ello, teniendo en consideración que en tales circunstancias y en caso de duda, cabrá estar a la versión de la parte actora (conf. arg. art. 3 LDC). Ahora bien. En cuanto a la cuantificación del daño emergente, las únicas constancias acompañadas son las facturas que documentaron la prestación de los servicios y que ascendieron a \$8.220 (v. fs. 8 y 10). Mas no fueron aportados otros elementos de prueba que demostrasen que los reclamantes hubieran incurrido en gastos adicionales o que no hubieran podido utilizar otras prestaciones contratadas. Sin embargo, del relato de los hechos -que se encuentra corroborado por las referidas constancias documentales- se desprende que los actores debían ingresar al hotel la misma tarde del día en que viajaban, pero a raíz del cambio de vuelo, efectivamente arribaron a la madrugada del día siguiente. Ello conduce a concluir que perdieron una parte del paquete turístico contratado. En efecto, el hecho de estar todo el día en el aeropuerto y demorar varias horas en arribar al destino, ciertamente les impidió disfrutar cuanto menos del primer día de vacaciones. De allí que corresponde admitir el resarcimiento del daño emergente, que de acuerdo con las constancias de autos y las directivas del Cpr. 165, encuentro prudente fijar en la suma de \$ 1200. A ese monto deben adicionarse los intereses calculados de conformidad con las pautas indicadas en el acápite VIII de la sentencia de grado. 3.b. Daño moral. 3.b.1. Este rubro fue apelado por la accionada y por los coactores, Patricia Simian y Guido Delucchi.

La reclamada objetó su admisión y alcance por considerarlo excesivo. Por el contrario, los coaccionantes se quejaron por el monto reconocido y adujeron que resultaba insuficiente. Por su parte, el Sr. Hernán C. Delucchi -con la adhesión del Sr. Gastón Delucchi, fs. 736- aclaró expresamente que se encontraba ajustada a derecho la sentencia de primera instancia en lo que se refiere a este rubro (v. fs. 727). En consecuencia, este aspecto del decisorio se encuentra firme respecto de ellos. 3.b.2 Recuerdo que en la sentencia de grado la magistrada estimó razonable fijar la reparación por este daño en \$30.000 con más los intereses establecidos en el acápite VIII.3. Adelanto que cabrá estimar solo el planteo de los coactores y aumentar el monto fijado para resarcir el daño moral. Esta solución implica, en consecuencia, el rechazo del planteo recursivo de la reclamada. Veamos. El daño moral es un perjuicio que aprehende el orden jurídico. Y es así en la medida en que lesiona los bienes más preciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu. Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual y tiene derecho a permanecer en ese estado; las alteraciones anímicamente perjudiciales deben ser resarcidas (v. mi voto en esta Sala, ?Oriti, Lorenzo Carlos c/ Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ ordinario?, del 01.03.11). Y esa modificación disvaliosa del espíritu no corresponde identificarla exclusivamente con el dolor porque pueden suceder, como resultas de la interferencia antijurídica, otras conmociones espirituales: la preocupación intensa, la aguda irritación vivencial y otras alteraciones que, por su grado, hieren razonablemente el equilibrio

referido (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por Daños, t. V, págs. 53/4, Ed. Rubinzal - Culzoni, 1999). Por otro lado, no desconozco que cuando el daño moral tiene origen contractual (art. 522 CCiv.), debe ser apreciado con criterio estricto, desde que generalmente en ese ámbito de interacción humana sólo se afectan intereses pecuniarios. En este sentido, corresponde a quien reclama la indemnización la prueba de su existencia, es decir, la acreditación de las circunstancias fácticas susceptibles de llevar al ánimo del juzgador la certidumbre de que la actitud del incumplidor provocó un efectivo menoscabo de su patrimonio moral. Ello pues, de su mismo concepto se desprende que el mero incumplimiento contractual no basta para admitir su procedencia en los términos de la norma citada (CNCom., Sala A, "Aguerri de Ribot, Sara c/ Héctor A. García", 25.6.82; id., "Capon Bonell S.A. c/ Papel Prensa s.a.", 13.5.83; id., "Collo Collada, A. c/ Establecimientos Metalúrgicos Crespo S.A.", 13.7.84; id., "Transpuertos S.A. c/ Austral Líneas Aéreas S.A.", 24.10.84; id., "Rosner, David c/ Banco Río de La Plata S.A.", 29.11.84; id., "Danisewski, Juan c/ Jorge Hitszfelder", 22.5.86; id., "Criado soc. de hecho c/ Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda.", 30.8.95; Sala B, "Cilam S.A. c/ IKA Renault S.A.", 14.3.83; id., "Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros S.A.", 12.8.86; id., "Cabral, Raúl c/ Aseguradora Rural S.A.", 1.6.88; id., "Rossano de Rossano, María c/ Ramiro Pazos", 22.3.89; id., "Borelli, Juan c/ Omega Coop. de Seguros Ltda.", 10.4.90; id., "Barven S.A. c/ Mellino S.A.", 10.4.90; id., "Gelman, Juan c/ Edic. Corregidor S.A.", 10.8.90; id., "Colombo, Jorge c/ Sevel S.A.", 27.11.92; Sala C, "Nassivera, Oscar c/ Ares S.R.L.", 7.12.81; id., "Fernandez, Vicente c/ Tavella y Cía. S.A.", 17.2.83; id., "Peralta Hnos. S.A. c/ Citroen Argentina S.A.", 23.4.84; id., "Campomar, María c/ Aseguradora Rural S.A.", 21.8.87; id., "Labriola, Walter c/ La Nueva Coop. de Seguros Ltda.", 29.9.88; id., "Gagliano, Juan c/ Chacabuco Cía. Argentina de Seguros S.A.", 27.4.89; id., "Wolf, Manuel c/ Prado, Raúl", 5.10.89; id., "Lucarelli, José c/ Asorte S.A.", 10.11.89; id., "Perez Leiros c/ Plan Rombo S.A.", 23.6.93; id., "Percossi, Nora c/ Cía. Argentina de Seguros Visión S.A.", 29.7.94; id., "Federación Patronal Coop. de Seguros Ltda. c/ Garage Bosso", 14.4.97; Sala D, "Indeval S.A. c/ Fenochietto, Carlos", 7.9.81; id., "Penna, José c/ Bejmias, Jaime", 29.7.85; id., "Desup S.R.L. c/ Irusta Cornet, José", 25.6.90; Sala E, "De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A. s/ ordinario?", 07.09.1990; id. "Cammarata, Ricardo c/ La Defensa Cía. Argentina de Seguros S.A.", 28.8.85; id., "Balk Rolff c/ Instituto Italo Argentino Cía. de Seguros S.A.", 20.4.87; id., "Piquero, Hugo c/ banco del Interior y Buenos Aires", 6.9.88; id., "De Vera, Diego c/ Programa de Salud S.A.", 7.9.90; id., "Izaz, Pedro c/ Sanabria Automotores S.A.", 11.12.90, entre muchos). En esa línea de análisis, resulta evidente la frustración que ocasionó a los accionantes el defectuoso servicio prestado por la defendida o, dicho de otro modo: el viaje contratado se vio necesariamente menoscabado a raíz de la imposibilidad de viajar e n el horario originalmente previsto. Así, cabe considerar que las circunstancias verificadas en la causa, razonablemente produjeron una tribulación anímica con significación jurídica, que impactó en la tranquilidad espiritual los actores, más allá de la mera molestia o incomodidad que podían soportar en el plano de la relación contractual. Nótese que tenían prevista una hora de llegada al complejo vacacional pero, dado que se vieron obligados a viajar más tarde, arribaron al hotel recién a la madrugada del día siguiente. Esto implicó, bien se ve, una situación de angustia: una larga espera en el aeropuerto y las horas que transcurrieron hasta que, finalmente, pudieron partir en otro vuelo. Es razonable concluir, en tales condiciones, que se produjo el estado de angustia y desazón? (fs. 18) por no poder disfrutar del primero de los siete días que tenían contratado, así como la situación de tensión descripta en el escrito inicial. De esta forma, luce evidente la configuración de un daño moral contrariamente a lo argumentado por la accionada. En ese orden, de acuerdo con los antecedentes de la litis y según el prudente arbitrio exigido por el Cpr. 165, considero que corresponde elevar a \$40.000 el monto reconocido por daño moral a los Sres. Patricia Simian y Guido Delucchi. Así, propongo modificar el alcance del daño moral decidido en la sentencia de grado. 4. Costas. La demandada se quejó de que se le impusieran la totalidad de los gastos causídicos del juicio. Arguyó, en ese sentido, que no pueden imputársele los derivados de la intervención de Aerolíneas Argentinas. No será receptado su planteo recursivo. Es que conforme al art. 68 del Cpr., el principio general es la imposición de las costas al vencido, y solo puede eximirse de esa responsabilidad -si hay mérito para ello- mediante un pronunciamiento expreso acerca de dichas razones, bajo pena de nulidad (conf. Fallos: 328: 4504 y 332: 2657). Por ello, y por no advertir motivos suficientes para apartarme del principio establecido en dicha norma, corresponde que las costas de ambas instancias se impongan a la demandada, sustancialmente vencida (conf. CSJN, "Ferreira, Claudia Alejandra e/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Civil y Comercial - varios" 13.3.15). VI. Conclusión. Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mi distinguido colega, propongo al Acuerdo: i) rechazar los agravios de la demandada; y (ii) aceptar parcialmente el agravio de los accionantes, condenando a la defendida al pago del daño material, que se fija en la suma de \$1200 con más intereses (cfr. punto V.3.a.) y al pago del daño moral en favor de Patricia Simian y Guido Delucchi, que se establece en la suma de \$40.000 (cfr. punto V.3.b.2). Las costas de Alzada se imponen a la demandada, sustancialmente vencida (Cpr. 68). Así voto. El Dr. Barreiro dice: 1. La relación de los antecedentes. Con el propósito de evitar dispendiosas reiteraciones remito a la relación de los antecedentes de la causa hecha en el voto que abrió este Acuerdo. 2. El precedente "Marta?". Esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de las normas que rigen el vínculo jurídico establecido entre las partes ante un reclamo

instaurado contra una agencia de viajes por su intermediación en la compra de los pasajes. En la sentencia del 4.06.15 recaída en el expediente caratulado ?Marta, Roberto Germán y otro c/ Longueira y Longueira S.A. s/ ordinario?, se señaló que para las cuestiones que se susciten como consecuencia de un contrato de turismo, resulta aplicable la ley 18.829 - reglamentada por el decr. 2182/72- y la Convención de Bruselas (ley 19.918). En el voto del Dr. Ojea Quintana se explicitó que, en orden a la aplicación de la LDC, resulta indudable que la actividad turística ha adquirido un notable incremento en especial a partir de la década del sesenta, convirtiéndose en un verdadero producto de consumo que, además, exhibe punto de conexión relevante con los derechos del consumidor, que tienen en este ámbito, un gran campo de aplicación y una mayor necesidad de tutela. En ese contexto, el supuesto allí examinado se estimó aprehendido por la LDC, pues se trataba en ese caso de un contrato de servicio de turismo incluido dentro de los denominados de consumo. Dicha Convención fue denunciada por nuestro país y carece de vigencia desde el 30.12.08, como fue aseverado aquí por la tercera citada, Aerolíneas Argentinas. Ello impone complementar esa anterior interpretación con sujeción al nuevo marco normativo sin perderse de vista que ni el Código Civil ni el Código de Comercio regularon el contrato de viaje que, en alguna medida, contó con el precario marco provisto por aquella que, sin embargo, no daba respuestas a las necesidades de los nuevos tiempos caracterizados por el sensible incremento de la actividad turística y distintas formas de comercialización (Kemelmajer de Carlucci, Aída, El contrato de servicios turísticos. Su realidad en la jurisprudencia argentina reciente, en RDPC, 2005-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 32/33).

3. El vínculo jurídico. Debe analizarse, entonces, la concreta relación jurídica habida entre las partes. Por agente de viaje debe entenderse a aquellas personas físicas o jurídicas que desarrollan con o sin fines de lucro, en forma permanente, transitoria o accidental, alguna de las actividades que la ley enumera (art. 1º, ley 18.829) que, en relación a la materia debatida, pueden consistir en: 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; o 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. Como es sencillo advertir tales actividades se traducen sustancialmente en la organización e intermediación de viajes o de ambas simultáneamente. En este sentido, para la ley mencionada, las actividades tanto del organizador como del intermediario, configuran una agencia de viajes (Celia Weingarten-Carlos A. Ghersi, ?Contrato de Turismo?, Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, ps. 66/67). No parece que pueda válidamente ponerse en tela de juicio que la demandada encuadra en esa noción, al menos en aquello que concierne a la conducta desplegada frente a los actores. En efecto, la documentación de fs. 33/6 da cuenta de su intervención en la adquisición de los pasajes y las facturas que fueron agregadas en fs. 30/1 demuestran la configuración de un negocio de estructura compleja denominado resorts con aéreo, regido por la cláusula 3 de las condiciones generales de venta inserta al dorso de esos instrumentos. Queda claro, entonces, que Club Mediterráneo Argentina SRL asumió la obligación de prestar un servicio caracterizado por la obtención de un resultado preciso: el disfrute de una semana de alojamiento en dependencias del complejo explotado por la defendida en territorio brasileño y la contratación de los correspondientes medios de transporte aéreo. A diferencia del precedente de esta Sala antes aludido, no puede reducirse el ámbito contractual solamente al último aspecto.

4. El transporte aéreo y el régimen de la LDC. Esa apreciación asume relevancia dirimente en esta causa a los fines de desentrañar las reglas jurídicas aplicables para su solución. La controversia se vincula con la aplicabilidad de las normas que protegen a los consumidores o usuarios ante el incumplimiento del contrato de transporte aéreo por haber la compañía admitido más reservas en relación a las plazas efectivamente disponibles. Debe tomarse en consideración que, ante esa nueva realidad, ?la ley 24240 y la inclusión del nuevo art. 42 de la CN responden a ella, que no existía al sancionarse la ley 18.829, referida a las agencias de viaje. Ambas leyes responden a finalidades distintas: la ley 18.829 regula la actividad de las agencias de viajes, mientras que la 24.240 tutela a los consumidores y usuarios? (Vázquez Ferreyra, Turismo y defensa del consumidor, en ?Defensa del Consumidor?, Abaco, Bs.As., 2003, p. 420). Cabe precisar que, como está establecido por el art. 63 LDC, en el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, las de los tratados internacionales y, supletoriamente, las de dicha ley. Frente a esa disposición diversas han sido las opiniones: (i) En un análisis de la cuestión, se ha dicho que ?en virtud del ordenamiento vigente, los usuarios de transporte aéreo en nuestro país sólo pueden hacer valer los derechos amparados en la ley 24.240 en la medida en que las cuestiones a resolver no estén previstas en el Código Aeronáutico y los tratados internacionales. De tal manera, a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la ley 24.240 en casos de transporte aéreo, es preciso identificar aquellas cuestiones que no son tratadas por el Código Aeronáutico y los Tratados Internacionales, toda vez que en cuanto las mismas involucren también una relación de consumo, quedan amparadas bajo la órbita de la Ley de Defensa del Consumidor. Como el overbooking aéreo no ha sido contemplado ni en el Código Aeronáutico, ni en los Tratados Internacionales, ante la denegación de embarque por sobreventa de pasajes procede la aplicación de la ley 24.240? (Barreiro, Karina M., La ley de defensa del consumidor y el transporte aéreo de pasajeros, LL 28.10.14). Ello, por cuanto ?no es el art. 40 LDC y la extensión de responsabilidad solidaria que el mismo establece, la norma que determina la aplicación de la ley de los

consumidores, ni lo es tampoco la disposición del art. 3 LDC sin la necesaria complementación del art. 63 LDC en el caso de transporte aéreo? (Barreiro, Karina M., La responsabilidad de la agencia de viajes ante la quiebra de la aerolínea, DJ 27.04.16, 23).

En la misma línea argumental se ha dicho que ?en caso de overbooking, por tratarse de una operatoria de política comercial y no aeronáutica, la Ley de Defensa del Consumidor está por encima del código o los convenios internacionales de Derecho Aeronáutico. En consecuencia se aplican sus normativas de fondo y procedimiento administrativo y judicial? (Balián, Eduardo Néstor, Daños en el transporte aéreo de pasajeros, por retraso, cancelación de vuelo, denegatoria de embarque. Overbooking, RCyS2013-I, 68). (ii) Cuando el viaje se frustra por causas imputables a la aerolínea se decidió que ?no es correcto sostener que la ley 24240 tendría sólo una aplicación supletoria para los contratos de viaje, limitada a los supuestos no previstos por la ley 18.829, porque lex posterior derogat lex anterior. Además, porque se daría el despropósito de que los usuarios quedarían desprotegidos en este ámbito, a diferencia de los demás consumidores y usuarios, por el hecho de que se hubo dado antes una ley protectoria para los primeros? ... Por imperio de este precepto (art. 42 CN), de tan relevante contenido y amplio alcance, es posible dejar de lado en el caso particular, no sólo ciertas cláusulas del contrato de viaje, sino aun cualquier precepto legal (Tale, Camilo, Contrato de Viaje, Alberto Bueres (dir.), ?Responsabilidad Civil?, T 1, n° 23, Hammurabi, Bs.As., 2005, ps. 281 a 283 y 286/7)? (CSTucuman, Sala Civil y Penal, 28.08.14, ?Elizalde, Juan Manuel y Giori, Natalia c. Patsa Turismo S.R.L. s/ daños y perjuicios?, LLNOA 2015 (marzo), 146, con nota de Ignacio A. Vatteone). (iii) En otra postura se afirmó que ?los contratos de transporte aéreo de personas, equipajes y mercancías son claras relaciones de consumo a las cuales les resulta aplicable en forma principal y no subsidiaria la ley 24.240, con todos sus institutos y particularidades? (González Vila, Diego Sebastián, El consumidor en el transporte aéreo, AR/DOC/3979/2013). Consecuentemente, aun en el parecer mencionado en (i) la situación configurada en esta causa admite que se la considere carente de regulación expresa en el Código Aeronáutico y regida por la LDC y las disposiciones relativas a los contratos de consumo del CCyC, como señalaré seguidamente. 5. Aplicabilidad inmediata de la nueva legislación.

Determinada la vigencia de las normas que tutelan los derechos de consumidores y usuarios, destaco que con fundamento en lo que dispone el art. 7 CCyC se juzgó que la regla general ?se invierte en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le son aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. No dispone la aplicación retroactiva de la ley sino su aplicación inmediata a los contratos en curso de ejecución? (CNCiv., Sala H, 18/09/2015, ?Trigueros, Raúl Omar c/ Vaitech Internacional s/ daños y perjuicios?, voto del Dr. Kiper). Un fundamento puede afincarse en la concepción que había sostenido, con antelación a la vigencia del CCyC, prestigiosa doctrina mediante la coordinación entre el art. 3 de la LDC con la primera frase del art. 65 de la LDC (?la presente ley es de orden público?) que expone con claridad la extensión interpretativa que se debe otorgar a la preeminencia a la que se refiere el primero de esos preceptos. En consecuencia, en una interpretación legal, si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Incluso la ley establece que en caso de duda sobre la interpretación de ?los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor? (Alegría, Héctor, Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial, diario La Ley del 26.04.10). Ciertamente, aunque la referencia es a otra situación diversa, el criterio es aplicable para justificar la disposición legal y sugiere algunas consideraciones. El carácter de orden público de la LDC parece dejar fuera del ámbito operativo del último apartado del art. 7 CCyC, en cuanto prescribe la aplicación inmediata de las disposiciones de las nuevas leyes supletorias más favorables al consumidor en las relaciones de consumo. En efecto, las reglas del ordenamiento que protege a los consumidores o usuarios (Ley 24.240) son de orden público, pero cabe plantear si las normas que tienen idéntico propósito tutelar en el CCyC también tienen esa naturaleza. Si la respuesta fuera afirmativa el eventual conflicto quedaría aprehendido por el principio general de irretroactividad y de inaplicabilidad a los efectos de relaciones o situaciones jurídicas anteriores y resuelto en favor de la norma de orden público frente a la regla implemente supletoria de la voluntad de las partes (arts. 963 y 964). Esto conduce a sostener que no todas las disposiciones del Título III del Libro III del CCyC son indisponibles para las partes (Barreiro, Rafael F., La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo. El daño punitivo, Revista CCyC, La Ley, Año II, N° 05, junio 2016, p. 200). El respeto a la voluntad de las partes, que han celebrado un contrato sujetándose a la ley vigente al momento de su conclusión, impone juzgar esa relación por las disposiciones de la ley reemplazada. A partir de este correcto criterio, es posible remarcar que si se trata de una relación de consumo, en especial si se establece un vínculo durable, ?cabe descartar la presunción de una voluntariedad común sobre la remisión a las normas supletorias vigentes? (Taraborrelli, José N., Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código, La Ley 2015-E, 635). También se resaltó que ?es sabido que el punto de inflexión en el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos está dado, precisamente, por las relaciones de consumo, donde campea el principio de protección al consumidor, entendido como la parte más débil de la negociación de esas características, de ahí, que se haya consagrado una

excepción al régimen que rige en general para los contratos y se haya dispuesto la aplicación inmediata de las leyes que consagran disposiciones más favorables al consumidor, aún, para las consecuencias de aquellos contratos que se encuentran en curso de cumplimiento, siempre claro está, que por las circunstancias del caso ello no importe una indebida aplicación retroactiva de las nuevas leyes a actos ya consumidos con valor jurídico propio en el pasado? (Uzal, María Elsa, Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal, con especial referencia al Derecho Internacional Privado, Revista Código Civil y Comercial, Año 1, N° 1, La Ley, julio de 2015, p. 53). En orden a estas consideraciones debe hacerse aplicación al caso bajo juzgamiento de las novedosas disposiciones del CCyC en esta materia.

6. El overbooking como práctica comercial abusiva. Según está dispuesto por el art. 1093 CCyC el contrato de consumo -tal es la calificación estricta que cabe asignar a la relación entablada que motivó este proceso- es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social y debe interpretarse en el sentido más favorable para el consumidor (art. 1095). La misma regla interpretativa está incorporada al art. 37 LDC.

6.1. Los comportamientos empresarios abusivos. Las prácticas abusivas refieren a los comportamientos que debe observar el proveedor de bienes y servicios en la relación de consumo (Junyent Bas, Francisco y Meza, Mariana Inés, Contratos de consumo, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, José María Curá (dir.), 2° edición actualizada y ampliada, La Ley, t. III, Bs. As., 2016, p. 967). Las actividades de producción e intercambio de bienes o servicios están fuertemente influidas por las actitudes que se asumen frente al consumidor y que se encaminan a lograr un mayor volumen de ventas mediante lo que se conoce como un más alto grado de penetración en el mercado. Ese resultado se obtiene con alguna frecuencia mediante conductas que exhiben aptitud para lesionar los intereses -sin distinción de su naturaleza- de los consumidores y usuarios. El novedoso régimen legal de los contratos de consumo, en reconocimiento de este dato informativo que la realidad ofrece, demuestra el propósito de precaver aquél avasallamiento imponiendo a los proveedores reglas de actuación positivas u omisivas, esto es, exigiendo un obrar concreto y positivo o abstenciones, frente a situaciones apreciadas como particularmente perjudiciales, mediante la remisión a conceptos jurídicos indeterminados que permitirán su aplicación a casos precisos. La normativa europea (Directiva 2005/29/CE) ha reconocido también estas nociones aunque poniendo el acento en mayor medida en la protección de los intereses económicos. En el sistema jurídico nacional, además de las disposiciones de los arts. 1096 a 1099 CCyC, esas conductas están también reprobadas por el art. 8 bis LDC.

Según Stiglitz ¿las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción. Se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos?. Agrega el autor que las prácticas comerciales operan en un punto medio entre la oferta y la demanda o ¿como el proceso mediante el cual los productos son lanzados adecuadamente al mercado o todas las medidas que se destinan a promover la comercialización de productos y servicios y que porta como dato principal el de la publicidad, además de todos los incentivos de venta? (Stiglitz, Rubén S., Lealtad comercial, prácticas abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial La Ley Código Civil y Comercial de la Nación, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, noviembre 2014 p. 103). Lorenzetti, concibió las prácticas comerciales como aquellos ¿procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes o servicios al destinatario final? (Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2009, pp. 158). Esta fórmula descriptiva es amplia y, por consiguiente, tiende a encuadrar los más diversos comportamientos y sigue el lineamiento que adoptó el CCyC en el sentido de imponer la indeterminación conceptual como núcleo normativo, reservando la precisión a los ordenamientos especiales, de modo que se requiere en esta materia una adaptación hecha en base a parámetros legales y fácticos que, por su naturaleza, se presentan como mutables.

6.2. La conducta de la aerolínea. Delineadas esas precisiones, parece posible sostener que el overbooking, es decir, la recepción de reservas que superan la capacidad de la aeronave, es una práctica constante que tiene entidad suficiente para lesionar los intereses de los consumidores amparados por el art. 42 CN. El overbooking responde a un acto consciente del transportador, que integra una estrategia empresarial, con consecuencias abusivas hacia el pasajero que tiene su reserva confirmada y ha organizado y planificado su vida en función de su viaje. En esta hipótesis, tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual que se rige por el art. 522 del Cód. Civil, el resarcimiento del daño moral no resulta una consecuencia inexorable sino que depende caso por caso de la índole del hecho generador de la responsabilidad y de las concretas circunstancias (conf. sala III, causa 5483/92 del 22/12/92; sala II, causa 7241/92 del 8/6/95, entre otros; Capaldo de Nolfi, Griselda, Un enfoque más sobre el overbooking en el transporte aéreo, ED, 136-891/894). Se ha sostenido que la sobreventa de pasajes de una aeronave en un número mayor de la que realmente cuenta el aparato -overbooking-, implica un incumplimiento contractual que cabe calificar de doloso (arg. art. 521, CCiv), puesto que se ha convertido en una práctica habitual, descomedida y voluntaria de las compañías aéreas respecto del pasajero y porque implica un

deliberado incumplimiento del contrato con conciencia de su ilegitimidad (conf. Simone, "Overbooking en el Transporte Aéreo de Pasajeros", ED 168-356; Sala II, causas 7241/92 del 8-6-95 y 2268/93 del 12-03-96; Sala 1, causa 6488/92 del 7-3-96). La mencionada práctica responde, pura y exclusivamente, a los intereses comerciales de la empresa de aeronavegación y, a la vez, significa una práctica de total desconsideración hacia el pasajero que tiene sus pasajes reservados (CNFedCyC, Sala III, 28.06.07, "Maluendez, Guillermo Eduardo Francisco y otro c. Mexicana de Aviación", LL 2008-B, 16). En relación al derecho extranjero la Audiencia Provincial de Madrid ha decidido, por sentencia del 10 de noviembre de 1994, que el overbooking es la práctica habitual de los porteadores aéreos que consiste en vender más billetes que el número de plazas de avión en el que se había pactado el traslado de los viajeros; se acude a una palabra ajena a la lengua española para expresar un hecho tan antiguo como el mismo comercio de transporte. Que ese comportamiento responda a razones de índole económica, explicables y hasta razonables, no deja de consistir en una actuación caracterizada por un grave menosprecio por los derechos de los viajeros asimilable al trato indigno que la ley repele. En definitiva, la sobreventa constituye la inobservancia manifiesta de deberes inherentes a una conducta comercial responsable, diligente y respetuosa de los derechos de los pasajeros y extensivamente de sus intereses personales e individuales" (CNCyCFed., Sala 1, 07.03.96, "Salsamendi, Luis María y O C/Viasa SA", JA, 30.10.96).

7. La concreta responsabilidad de la demandada. Con relación a la responsabilidad cabe resaltar que el organizador del viaje responde del incumplimiento total o parcial de los servicios contratados, siendo indiferente que los medios que utilice sean propios o contratados. En todos los casos responde tanto por sus propios actos u omisiones como por los de aquellas personas que el organizador emplee para cumplir con la prestación asumida. También se explica tal responsabilidad con referencia al "riesgo de la actividad económica", reputada por el moderno derecho de daños como un factor autónomo atributivo de responsabilidad, en donde la responsabilidad del organizador resulta de la misma estructura económica y jurídica de su organización empresaria. La responsabilidad de las agencias de viajes, entonces, abarca no sólo las hipótesis en que los servicios comprometidos son directamente brindados por ella sino inclusive en el caso de supeditación a la actividad de otras empresas prestatarias (esta Sala F, 4.06.15, "Marta, Roberto Germán y otro c/ Longueira y Longueira S.A. s/ ordinario?"). Tiénese en cuenta que el art. 40 LDC -texto modificado según Ley 24.999- ha establecido la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de fabricación y comercialización de un bien o servicio, dando así respuesta a los nuevos modelos organizativos que exhibe la actividad económico empresarial que actualmente se estructura en forma de grupos, que ligan a distintos sujetos que se agrupan en torno a un mismo interés. En consecuencia, "la responsabilidad del transportista, armador, explotador, etc., es objetiva y responde hasta resarcir completamente el perjuicio ocasionado al consumidor, sea que éste derive de un hecho suyo, de sus dependientes o de daños derivados de la prestación del servicio, que encuentra su fundamento en el factor o deber de seguridad o garantía" (González Vila, Diego Sebastián, El consumidor en el transporte aéreo, AR/DOC/3979/2013). O bien, como también fue señalado en otra variante interpretativa que llegó a idéntico resultado, "es preciso determinar preliminarmente si la legislación consumerista deviene aplicable al caso particular de transporte aéreo, ya que no todos los casos son exceptuados del alcance de la LDC dada la supletoriedad proclamada por su art. 63. Es decir, el art. 40 resultará aplicable en la medida que la ley de defensa del consumidor lo sea, y para determinar el ámbito de aplicación de aquella sobre el contrato de transporte aéreo es imprescindible acudir a la disposición del art. 63 (Barreiro, Karina M., La responsabilidad de la agencia de viajes ante la quiebra de la aerolínea, DJ 27.04.16, 23). De modo que, desde la perspectiva teórica y legal apuntada, el recurso de las demandantes debe ser estimado. El criterio de responsabilidad recién referido exhibe la "objetivización" del factor de atribución con apoyo en el citado artículo 40 LDC. En este orden de ideas no puede soslayarse que la pérdida de tiempo -que no es otra cosa que pérdida de vida- causada por quien presta el servicio de transporte aéreo internacional constituye un daño cierto y no conjetural, que involucra siempre una acentuación indudable del estado de estrés que consciente o inconscientemente padecen los pasajeros (conf. Sala II, causas 8460/95 del 12/09/96; 5667/93 del 10/04/97). Y es precisamente la situación dañosa puntualizada -esto es, el desasosiego y ansiedad, en vez de tranquilidad espiritual, y la pérdida de tiempo y de libertad de los pasajeros, plasmados en la demora en la salida del vuelo contratado (CNFedCyC, Sala III, 25.02.10, "Gutiérrez, Néstor Luis c. Iberia Líneas Aéreas de España S.A.?"). Cabe considerar también que "el viajero, inserto en la contratación de consumo, debe estar protegido en la relación contractual que celebra con el organizador o intermediario de viajes, relativo a los incumplimientos que pudieran suscitarse en el contrato respectivo ... porque desconoce la relación interna que une al intermediario con su principal, y debe ser protegido en todo aquello que constituya una relación que lo ubique como la parte débil del contrato" (Rinessi, Antonio Juan, Protección del consumidor de servicios turísticos, en "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", T. II, La Ley, p. 248). De cualquier manera, esas relaciones son en esta causa ajenas a la decisión. Ha habido una evidente deficiencia en la prestación del servicio en una materia en la que se entrelazan la protección de los derechos de los consumidores y esos otros derechos, sustanciales, inderogables, de reconocimiento inexcusable, que son inherentes a las personas humanas en cuanto son tales. La vida, la salud, los afectos y los sentimientos, la seguridad personal, económica y jurídica guardan una estrecha vinculación con la tutela de quienes se

encuentran en posición especialmente vulnerable (Chamatropulos, Demetrio Alejandro, Estatuto de consumidor comentado, T. I, La Ley, Bs. As., 2016, p. 348). El vínculo entre los actores y la demandada debe encuadrarse en la noción de contrato de consumo y aunque pudiera estimarse que no estuvo al alcance de la defendida evitar la práctica de la aerolínea, lo cierto es que sin su intervención los daños no se hubieran provocado, de modo que adquirió la responsabilidad que prevé el art. 40 LDC que, como es precisamente objetiva, se abstrae de cualquier intención dañosa o la falta de diligencia en el cumplimiento del servicio ofrecido. Además, en tanto ha quedado reconocido en la causa que ese comportamiento de la aerolínea era usual (véase la contestación de la citación en fs. 98 vta./99), el carácter profesional de la actuación en el medio económico de Club Mediterráneo Argentina SRL le impone un mayor grado de previsión en su obrar. No pudo pasar desapercibido para ella que el incumplimiento podría suceder. Reitero que, para comprender cabalmente el alcance de los deberes contractuales asumidos, no puede desmenuzarse el servicio ofrecido en dos tramos pues la prestación fue única. El consumidor o el usuario no sólo tiene contra el comerciante de quien adquirió el bien o servicio una acción de responsabilidad contractual sino que también la tiene con los demás intervinientes pues en esta materia se debe prescindir de la existencia de culpa -que en una concepción anterior fue un presupuesto imprescindible para la atribución de la responsabilidad civil- para sustituirla por un concepto objetivo que solo atiende a la responsabilidad de quien de una manera u otra introduce los productos o servicios en el mercado y que tiene el deber de responder por los daños que de ellos puedan resultar (art. 40, Ley 24240; Juan M. Farina, Defensa del consumidor y del usuario, art. 40, pto. 9, Astrea, Bs. As. 2004, p. 445); y sólo se liberará total o parcialmente si demuestra que la causa del daño le fue ajena, es decir cuando tal daño es atribuible a la culpa inexcusable de la víctima o al hecho de un tercero por quien no debe responder (Monti, José Luis Monti, Esbozo sobre el daño resarcible en el derecho comercial - presupuesto y aplicaciones, en "Derecho de daños?" -parte V- Ed. La Rocca, Bs. As, 2002, ps. 198 y 224), sin que se distinga en este caso entre responsabilidad contractual o extracontractual (CNCom., Sala B, 29.12.05, "González, R. c/ Peugeot-Citroen Argentina SA"; id., Sala D, 09.11.09, "Del Castro, Christian c/ General Motors de Argentina SA s/ordinario"). Se ha juzgado en ese orden, con base en justificación que comparto enteramente por su precisión, concisión y claridad, que el derecho del consumidor exhibe la crisis de decadencia de la concepción decimonónica, levantada sobre las bases de la igualdad y la libertad formales. La condición de orden público de los derechos de consumidores y usuarios obedece a la necesidad de fijar directrices para el mercado, desde una perspectiva realista, lo que impone al juez una interpretación amplia, extensiva y sistemática del dispositivo legal (CNCom., Sala B, 12.09.02, "Derderian, Carlos c/ Citibank NA s/sumario?"). Y, acoto, se impone entonces como evidencia la prevalencia de la equidad en aquellas relaciones en las que, por imperio de las circunstancias, el equilibrio real aparezca desbalanceado en perjuicio del consumidor o usuario, que es lo que parece haber acontecido en el particular.

La responsabilidad que deriva de la relación de consumo -tal la naturaleza de la que aquí vinculó a las partes- es de carácter objetivo, con base en lo dispuesto por la ley 24240, art. 40 (CNCom., Sala D, 15.05.08, "Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario?" y sus profusas citas; CNCiv., Sala K, 29.12.05, "Rico, Roberto c/ Arcos Dorados y otro?"). Agréguese que en la LDC no se distinguen ámbitos de responsabilidad ya que el fenómeno resarcitorio se presenta unificado dentro de la relación de consumo, sea precontractual, contractual o extracontractual (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 401). En definitiva, la regla del art. 40 LDC -cuyo sinuoso tránsito legislativo es el mejor síntoma de la resistencia que generó- tiende a facilitar la protección de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, en el caso los actores.

8. La reparación. Comparto las consideraciones hechas en relación a la determinación de los daños resarcibles por la Dra. Tevez. Del mismo modo aprecio adecuadas las sumas de condena.

9. Costas. Las costas deben imponerse a la demandada en los términos del art. 68 del ordenamiento procesal nacional.

10. Voto, pues, en el mismo sentido que la Sra. Vocal preopinante, con remisión a sus fundamentos en los aspectos que no he considerado aquí. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria Buenos Aires, 28 de septiembre de 2017. Y Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: i) rechazar los agravios de la demandada; y (ii) receptar parcialmente el agravio de los accionantes, condenando a la defendida al pago del daño material, que se fija en la suma de \$1200 con más intereses (cfr. punto V.3.a.) y al pago del daño moral en favor de Patricia Simian y Guido Delucchi, que se establece en la suma de \$40.000 (cfr. punto V.3.b.2). Las costas de Alzada se imponen a la demandada, sustancialmente vencida (Cpr. 68). II. Notifíquese (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1° y n° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n° 42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria 024223E